

ARCHIVES

CR 97/24

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 1997

Public sitting

held on Wednesday 22 October 1997, at 10 a.m., at the Peace Palace,

Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding

*in the case concerning Questions of Interpretation and Application of the
1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie
(Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*

and

*in the case concerning Questions of Interpretation and Application of the
1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie
(Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*

Preliminary Objections

VERBATIM RECORD

ANNEE 1997

Audience publique

tenue le mercredi 22 octobre 1997, à 10 heures, au Palais de la Paix,

*sous la présidence de M. Weeramantry, vice-président,
faisant fonction de président*

*en l'affaire relative à Questions d'interprétation et d'application de la
convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de
Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*

et

*en l'affaire relative à Questions d'interprétation et d'application de la
convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de
Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*

Exceptions préliminaires

COMPTE RENDU

Present: Vice-President Weeramantry, Acting President
President Schwebel
Judges Oda
Bedjaoui
Guillaume
Ranjeva
Herczegh
Shi
Fleischhauer
Koroma
Vereshchetin
Rezek
Judges *ad hoc* Sir Robert Jennings
El-Kosheri
Registrar Valencia-Ospina

Présents : M. Weeramantry, vice-président, faisant fonction de
 président en l'affaire
M. Schwebel, président de la Cour
MM. Oda
 Bedjaoui
 Guillaume
 Ranjeva
 Herczegh
 Shi
 Fleischhauer
 Koroma
 Vereshchetin
 Rezek, juges
Sir Robert Jennings
M. El-Kosheri, juges *ad hoc*

M. Valencia-Ospina, greffier

The Government of the Libyan Arab Jamahiriya is represented by:

H. E. Mr. Hamed Ahmed Elhouderi, Ambassador, Secretary of the People's Office of the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya to the Netherlands,

as Agent;

Mr. Mohamed A. Aljady,

Mr. Abdulhamid Raeid,

as Counsel;

Mr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman, Professor of Public International Law, Faculty of Law, University of Benghazi,

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., Chichele Professor of Public International Law, University of Oxford,

Mr. Jean Salmon, Professor of Law emeritus, Université libre de Bruxelles,

Mr. Eric Suy, Professor of International Law, Catholic University of Louvain (K.U. Leuven),

Mr. Eric David, Professor of Law, Université libre de Bruxelles,

as Counsel and Advocates;

Mr. Nicolas Angelet, Principal Assistant, Faculty of Law, Catholic University of Louvain (K.U. Leuven),

Mrs. Barbara Delcourt, Assistant, Faculty of Social, Political and Economic Sciences, Université libre de Bruxelles; Research Fellow, Centre of International Law and Institute of European Studies, Université libre de Bruxelles,

Mr. Mohamed Awad,

as Advisers.

The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland is represented by:

Sir Franklin Berman K.C.M.G., Q.C., Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office,

as Agent and Counsel;

The Right Honourable the Lord Hardie Q.C., The Lord Advocate for Scotland,

Le Gouvernement de la Jamahiriya arabe libyenne sera représenté par :

S. Exc. M. Hamed Ahmed Elhouderi, ambassadeur, secrétaire du bureau populaire de la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire socialiste aux Pays-Bas,

comme agent;

M. Mohamed A. Aljady,

M. Abdulhamid Raied,

comme conseils;

M. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman, professeur de droit international public à la faculté de droit de l'Université de Benghazi,

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., professeur de droit international public, titulaire de la chaire Chichele à l'Université d'Oxford,

M. Jean Salmon, professeur émérite de droit à l'Université libre de Bruxelles,

M. Eric Suy, professeur de droit international à l'Université catholique de Louvain (K.U. Leuven),

M. Eric David, professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles,

comme conseils et avocats;

M. Nicolas Angelet, premier assistant à la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain (K.U. Leuven),

Mme Barbara Delcourt, assistante à la faculté des sciences sociales, politiques et économiques de l'Université libre de Bruxelles, collaboratrice scientifique au Centre de droit international et à l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles,

M. Mohamed Awad,

comme conseillers.

Le Gouvernement du Royaume-Uni sera représenté par :

Sir Franklin Berman, K.C.M.G., Q.C., conseiller juridique du Foreign and Commonwealth Office,

comme agent et conseil;

le très honorable Lord Hardie, Q.C., procureur général d'Ecosse,

Professor Christopher Greenwood, Barrister, Professor of International Law at the London School of Economics,

Mr. Daniel Bethlehem, Barrister, London School of Economics,

as Counsel;

Mr. Anthony Aust C.M.G.,

as Deputy Agent;

Mr. Patrick Layden T.D.,

Mr. Norman McFadyen,

Ms Sarah Moore,

Ms Susan Hulton,

as Advisers,

Ms Margaret McKie,

as secretary.

The Government of the United States of America is represented by:

Mr. David R. Andrews, Legal Adviser, U.S. Department of State,

as Agent;

Mr. Michael J. Matheson, Principal Deputy Legal Adviser,
U.S. Department of State,

as Co-Agent;

Mr. John R. Crook, Assistant Legal Adviser, U.S. Department of State,

Mr. Sean D. Murphy, Counselor for Legal Affairs, U.S. Embassy, The Hague,

Mr. Oscar Schachter, Professor at the Columbia University School of Law,

Ms Elisabeth Zoller, Professor at the University of Paris II,

as Counsel and Advocates;

Mr. John J. Kim, Office of the Legal Adviser, Department of State,

Mr. Brian Murtagh, U.S. Department of Justice,

as Counsel.

M. Christopher Greenwood, *Barrister*, professeur de droit international à la London School of Economics,

M. Daniel Bethlehem, *Barrister*, London School of Economics,

comme conseils;

M. Anthony Aust, C.M.G.,

comme agent adjoint;

M. Patrick Layden, T.D.,

M. Norman McFadyen,

Mme Sarah Moore,

Mme Susan Hulton,

comme conseillers,

Mme Margaret McKie,

comme secrétaire.

Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique sera représenté par :

M. David R. Andrews, conseiller juridique du département d'Etat des Etats-Unis,

comme agent;

M. Michael J. Matheson, conseiller juridique adjoint principal du département d'Etat des Etats-Unis,

comme coagent;

M. John R. Crook, conseiller juridique adjoint du département d'Etat des Etats-Unis,

M. Sean D. Murphy, conseiller chargé des affaires juridiques à l'ambassade des Etats-Unis aux Pays-Bas,

M. Oscar Schachter, professeur à la faculté de droit de l'Université de Columbia,

Mme Elisabeth Zoller, professeur à l'Université de Paris II,

comme conseils et avocats;

M. John J. Kim, du bureau du conseiller juridique du département d'Etat des Etats-Unis,

M. Brian Murtagh, du département de la justice des Etats-Unis,

comme conseils.

The ACTING PRESIDENT: Please be seated. The Court meets this morning to hear the second round of oral submissions of Libya in the cases concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)* and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*. I call first on the Agent of Libya to make his submissions.

M. ELHOUDERI : Monsieur le Président, Messieurs de la Cour. Lundi matin, le Royaume-Uni et les Etats-Unis ont eu l'opportunité de répondre aux arguments développés par la Libye concernant la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête. Au terme de cette réplique, il apparaît que les points de désaccord ont diminué mais demeurent sur des points importants. La Libye se concentrera sur des questions de droit qu'elle estime fondamentales.

D'un certain point de vue, les défendeurs nous ont permis d'épargner des minutes précieuses en ne soufflant mot du contexte politique, pourtant bien utile, pour interpréter le comportement de ces Etats dans des circonstances particulièrement dramatiques, préférant développer de manière souvent académique des points de droit qui ne soulèvent pas de problème particulier¹. Ils ont ainsi dénigré en une phrase les thèses et les doutes répercutés par les médias internationaux à l'encontre de leurs versions des faits².

Sur un seul point la Libye rejoint le Royaume-Uni : «the Court is in a position to make its own contribution to facilitating the trial of the accused by removing artificial obstacles placed in the way»³. La Libye n'a jamais demandé autre chose. Elle se félicite en outre de cette reconnaissance quasi explicite des effets concrets qui pourraient découler d'un arrêt de la Cour en l'espèce.

¹Voir par exemple les considérations liées à l'article 79 du Règlement développées par sir Franklin Berman, Oral Submissions of the United Kingdom, Monday 20 October 1997, CR 97/22, p. 10-11.

²David R. Andrews, Oral Submissions of the United States of America, Monday 20 October 1997, CR 97/23, p. 8, par. 1.3.

³Sir Franklin Berman, CR 97/22, p. 12.

Pour le reste, les défendeurs persistent à donner une interprétation tendancieuse voire erronée des positions de la Libye. Les conseils qui prendront la parole à ma suite s'attacheront dès lors à préciser la teneur exacte des demandes adressées à la Cour afin de dissiper des malentendus entretenus par les Etats-Unis et le Royaume-Uni.

Le professeur Jean Salmon fera quelques mises au point d'ordre général;

Le professeur Eric David traitera de la compétence de la Cour au regard de la convention de Montréal;

Le professeur Eric Suy abordera certains aspects liés à la recevabilité de la requête;

Le professeur Ian Brownlie abordera d'autres aspects concernant la recevabilité, ainsi que la pertinence de la question liée à la menace de recourir à la force.

Monsieur le Président, je reprendrai la parole pour exposer à la Cour les conclusions de la Libye en l'espèce. Puis-je maintenant, Monsieur le Président, vous demander d'appeler à la barre le professeur Jean Salmon ?

The ACTING PRESIDENT: Thank you very much. I give the floor now to Professor Salmon.

M. SALMON :

Quelques mises au point de caractère général

Monsieur le président, Messieurs de la Cour, mon propos, à ce stade de l'instance, est de me borner à trois mises au point de caractère général.

I. La question du for dans les plaidoiries des défendeurs

2.1. Les défendeurs ont soutenu l'un et l'autre (Sir Franklin Berman¹ et M. John Crook²) que la Libye prétendait que son territoire serait le for exclusif où devrait se tenir le procès des deux accusés; que ce for était fixé à l'exclusion de tout autre. Il est inexact que ceci soit la position de la Libye.

2.2. La Libye sait parfaitement que le droit international général et la convention de Montréal n'excluent aucun for pourvu que les tribunaux de l'Etat en question aient une compétence prévue par leur droit interne. La Libye n'a jamais contesté que les tribunaux d'Ecosse ou des Etats-Unis avaient chacun un titre à traiter des infractions supposées sur la base soit de la compétence territoriale, en ce qui concerne le Royaume-Uni, soit la compétence personnelle passive ou la loi du pavillon, en ce qui concerne les Etats-Unis. La convention de Montréal respecte cette possibilité.

2.3. Mais la question n'est pas là. La question qui est au cœur de cette affaire est celle de savoir à quelles conditions les accusés peuvent être traduits ou jugés devant les tribunaux des défendeurs.

Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées, disons des hypothèses théoriques :

Première hypothèse : les accusés sont jugés *in absentia*. Cette façon de procéder est courante dans le droit pénal de nombreux Etats. Elle n'est pas contraire au droit international, elle pourrait être envisagée, n'était que les droits anglo-saxons ne connaissent généralement pas la procédure par défaut ou par contumace; c'est le cas des défendeurs.

Deuxième hypothèse : les Etats-Unis ou le Royaume-Uni obtiennent de la Libye l'extradition des suspects. C'est ici qu'intervient et joue *le droit* de la Libye de juger ou d'extrader (*aut dedere aut judicare*).

¹"Libya has brought before this Court the proposition that the Montreal Convention gives Libya the *legal right* unilaterally to insist that the trial must be held in Libya to the exclusion of all other venues." (Audience publique du 20 octobre, CR/ 97/22, p. 9).

²"an alleged exclusive Libyan right to choose whether to 'extradite or prosecute'" (audience publique du 20 octobre, CR/97/23, p. 11, par 2.4).

Cette possibilité de choix est consacrée par la convention de Montréal qui lie les défendeurs. La Libye a, dès l'origine, indiqué qu'elle choisissait la seconde option (*judicare*) parce que sa loi interne ne prévoyait pas l'extradition de ses nationaux.

Certes, lorsque les décisions 731 et 748 du Conseil de sécurité l'ont invité à trouver une réponse aux demandes des défendeurs, le Gouvernement libyen — comme cela avait été annoncé par son agent devant la Cour en 1992³ — a posé la question au Congrès du peuple. Ce dernier s'est exprimé par une résolution qui a été transmise au Secrétaire général des Nations Unies le 29 juin 1992⁴ et qui se trouve d'ailleurs dans les annexes du mémoire libyen et également à l'annexe 58 des objections préliminaires du Royaume-Uni. Le Congrès du peuple, dans sa résolution, n'a pas donné son aval à une modification du code pénal ou du code d'instruction criminelle libyen; en revanche, il fit savoir qu'il n'avait pas d'objections à ce que le procès puisse se tenir par l'intermédiaire des Nations Unies devant un tribunal juste et impartial sur lequel on se mettrait d'accord.

Et c'est ici, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que la question du procès équitable est apparue comme la clé de tout le problème. Sir Franklin Berman le reconnaissait en des termes excellents :

"It is common ground that any trial must be fair and must be seen to be fair : fair of course to the accused but fair also, so we say, to the interests of the victims and their families, to the States affected and to the wider international interest."⁵

La Libye et la majorité au moins de la communauté internationale estiment que les tribunaux britanniques et américains ne répondent pas à cette condition. Nous n'espérons pas pouvoir en convaincre rapidement les défendeurs, tant ces questions sont liées à des préjugés culturels, pas plus

³Audience publique du 26 mars 1992 (CR 92/2, p. 20).

⁴ "8. Réitérant son attachement au droit pénal et à la procédure de la Jamahiriya, le Congrès général du peuple ne s'oppose pas à ce que le Comité des Sept, créé par la Ligue des Etats arabes, ou l'Organisation des Nations Unies effectue une enquête et porte l'affaire devant un tribunal juste et impartial qui aura été choisi d'un commun accord." (Doc ONU, S/24209 du 30 juin 1992, annexe 154 au mémoire libyen du 20 décembre 1993, aussi reproduit au volume III, annexe 58 des objections préliminaires du Royaume-Uni.)

⁵CR 98/22, p. 8-9.

que nous ne pourrions les convaincre qu'un juge libyen pourrait être impartial. Il serait donc vain de poursuivre ce débat.

Ce qui est essentiel dans tout ceci, c'est non pas que *la Libye ait un droit exclusif* à juger les suspects, mais bien que *les défendeurs n'ont pas le droit de forcer la Libye* à accepter une extradition ou une «livraison» contraire à la convention de Montréal ou au droit commun international qui respecte le consentement et l'égalité souveraine des Etats.

J'en viens maintenant à la troisième hypothèse pour obtenir la présence des suspects au procès : c'est simple, les suspects sont enlevés et conduits de force devant le juge des défendeurs. Si un tel acte est peu probable de la part du Royaume-Uni, on sait que les Etats-Unis y ont eu recours à plusieurs reprises et, selon eux, sans qu'il y ait là rien d'illicite, à leur avis : les affaires *Alvarez Machain* ou *Noriega* en sont des exemples. Des relations séculaires avec le Mexique émaillent les recueils américains de pratique. Une grande partie de la doctrine scientifique aux Etats-Unis, aussi bien que la Libye, sont d'un avis contraire. Le Gouvernement libyen n'a jamais été sûr que les Etats-Unis ne tenteraient pas, un jour, une opération de force de ce style sur leur territoire.

Quatrième hypothèse : obtenir du Conseil de sécurité qu'il décide cette extradition.

Alors là, le premier point à souligner est que la Libye ne conteste évidemment pas, comme il a été prétendu, le droit d'un Etat Membre des Nations Unies de saisir le Conseil de sécurité, c'est une évidence; ce qu'il conteste c'est que l'on procède à une telle saisine dans le but de trouver une justification à posteriori à la violation des droits souverains d'un Etat Membre, qu'il tient de la convention de Montréal et de son droit au règlement pacifique d'une contestation juridique bilatérale.

2.4. Le second point que la Libye soutient — et je renvoie aux exposés passés et futurs de M. Suy sur cette question — le second point, c'est que les défendeurs n'ont pas réussi leur manœuvre. Si l'on procède à une interprétation correcte des textes, on aboutit à la conclusion que le Conseil n'a pas endossé la demande des défendeurs.

II. La pertinence du droit international général

2.5. Le second point, le deuxième point que je souhaiterais maintenant aborder est la prétention des défendeurs que la Libye soulève des questions de droit international général qui n'ont rien à voir avec l'application de la convention de Montréal.

On commencera par remarquer que ce droit qu'il dénie à la Libye, le défendeur ne se prive pas de l'exploiter à leur profit. En effet, pour tenter d'échapper à leurs obligations en vertu de la convention de Montréal, les défendeurs invoquent deux exceptions tirées du droit international général :

1. d'une part, la liberté qu'ils auraient du choix du for. Je viens de m'en expliquer; et
2. deuxièmement, les soi-disants commandements du Conseil de sécurité.

2.6. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il doit être clair que si les défendeurs invoquent des règles du droit international pour écarter la convention de Montréal, et qu'aux yeux des défendeurs la Cour est compétente pour connaître de ces règles comme moyens de défense, le demandeur peut à son tour invoquer les règles de droit international qui font obstacle à ce que ces défenses soient retenues par la Cour.

2.7. C'est bien dans cet esprit que la Libye a montré l'importance du principe du règlement pacifique des différends à la fois comme partie intégrante de la procédure de l'article 14 de la convention de Montréal et comme préliminaire obligé à toute forme d'exécution forcée des «demandes» des défendeurs ou de leur prétendu droit au choix du for.

2.8. Les violations du droit international par des menaces et par le non-respect des règles de la responsabilité internationale illustrent de même la volonté d'écarter la convention de Montréal. C'est toujours dans cet esprit que la Libye a montré que le principe d'un procès impartial est un prérequis à toute forme de «livraison» des suspects (décidément ce mot passe difficilement mes lèvres). Elle ne croit pas qu'une seule des résolutions du Conseil ait jamais invité la Libye à exécuter une action qui s'avérerait, dans les circonstances de l'espèce, contraire à ce principe fondamental.

2.9. C'est toujours dans cet esprit, afin de montrer qu'elle exécutait les décisions du Conseil en ses divers points, que la Libye a exposé les conditions dans lesquelles, à sa recommandation, les avocats des suspects, étaient disposés à accepter différentes formules de procès équitables qui étaient proposées par plusieurs organisations internationales en vue de régler le conflit bilatéral entre la Libye et les défendeurs.

2.10. L'utilisation de ces moyens par la Libye, ne revient pas à «marchander avec le Conseil de sécurité» si je traduis correctement l'expression utilisée par sir Franklin Berman («to bargain with the Security Council»)⁶, mais au contraire de montrer que l'action de la Libye est conforme aux décisions du Conseil et que l'exception d'irrecevabilité avancée par les défendeurs, fondée sur un prétendu conflit avec les décisions du Conseil de sécurité, est sans fondement et ne peut donc être retenue par la Cour.

III. La question de la distinction entre exception préliminaire et fond de l'affaire

2.11. Par une troisième observation la Libye souhaiterait faire part à la Cour de son malaise devant la manière dont les défendeurs recourent au fond pour traiter d'exceptions préliminaires.

Pour traiter de l'exception d'incompétence les défendeurs, s'appuyant sur le précédent des *Plates-formes pétrolières*, insistent pour que l'on entre dans les faits de la cause afin de s'assurer de l'existence réelle d'un différend. La Libye estime ce procédé légitime puisqu'il doit permettre à la Cour d'apprécier si *prima facie* il y a bien un réel conflit d'opinions; la détermination de savoir qui a raison sur les interprétations proposées étant renvoyée au fond, si la Cour estime qu'un tel conflit existe et qu'elle est donc bien compétente.

Toutefois l'extension de cette pratique aux problèmes d'irrecevabilité qui, en l'occurrence ici, concernent pratiquement tout le reste de l'affaire est plus problématique.

2.12. Au cours de la procédure écrite et orale, la Libye a eu l'occasion de déterminer une série d'hypothèses en ce qui concerne les relations entre la convention de Montréal et les résolutions du Conseil de sécurité. Le professeur Suy y reviendra encore tout à l'heure. Aux yeux de la Libye

⁶Audience publique du 20 octobre (CR 97/22, p. 9).

dans la plupart de ces hypothèses, il n'y a aucun conflit possible entre les deux termes de la relation. Ceci devrait suffire à faire écarter les exceptions d'irrecevabilité des défendeurs fondées sur un prétendu conflit et une primauté des résolutions du Conseil qui n'a évidemment pas à s'appliquer s'il n'y a pas de conflit. Dans une hypothèse particulière, la Libye envisage la possibilité d'une contradiction sur un point limité, mais doit dans ce cas se traduire par une inopposabilité à la Libye, en vue de respecter la Charte des Nations Unies elle-même.

Toutes ces questions, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sont indiscutablement des questions de fond.

2.13. On peut comprendre le souci du tribunal de céans, qui se reflète dans l'article 79 de son Règlement, que le rôle de la Cour soit déchargé au plus tôt d'affaires qui manifestement sont hors de sa compétence ou sont affectées d'une particularité susceptible de ruiner sans discussion leur recevabilité. Si tel n'est pas le cas, si les questions de fond sont complexes, on comprendrait mal que la Cour les déclare irrecevables ou les tranche au fond — comme il lui est demandé par M. Matheson⁷ — avant que le débat au fond ait eu lieu dans des conditions normales.

Or en l'espèce qu'en est-il ? Les défendeurs ont pu bénéficier des vues de la Libye au fond par son mémoire déposé le 20 décembre 1993. Il y aura bientôt quatre ans. Ils ont eu le temps de l'étudier. La Libye attend toujours leur contre-mémoire pour connaître une réponse détaillée à l'ensemble de l'argumentation qu'elle a déployée. Le débat, s'il était normal, pourrait d'ailleurs même se poursuivre par une réplique et une duplique. Si les défendeurs peuvent demander à la Cour de décider du fond après une procédure aussi sommaire que reste-t-il du principe de l'égalité des parties ? Une telle approche n'est-elle pas incompatible avec le concept d'une bonne administration de la justice ? Nous sommes persuadés que la Cour sera attentive à ces questions graves qui dépassent de loin le cadre de la présente instance.

Je remercie la Cour de sa bienveillante attention.

⁷Voir CR 97/23, p. 29, par. 4.12.

Je vous prie, Monsieur le Président, si vous le voulez bien, de donner maintenant la parole à M. le professeur David pour continuer les exposés de la Libye.

The ACTING PRESIDENT: Thank you, Professor Salmon. Professor David, please.

M. DAVID : Merci Monsieur le Président.

LA COMPÉTENCE DE LA COUR

3.1. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il m'appartient d'examiner à nouveau la compétence de la Cour à connaître du présent différend conformément à l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal.

Eu égard aux contraintes de temps, la Libye ne répondra qu'aux principaux arguments de ses adversaires; le fait de passer sous silence certaines de leurs réponses qui d'ailleurs parfois déforment ou interprètent de travers les arguments de la Libye n'implique évidemment pas que la Libye reconnaisse la pertinence ou la validité de ces réponses en dehors des cas où elle a pu constater un certain rapprochement des points de vue.

En réalité, pour tout ce qui concerne la compétence de la Cour, la Libye maintient l'ensemble de son argumentation et elle demande respectueusement à la Cour de bien vouloir tenir compte à la fois de son mémoire sur le fond, de ses observations écrites sur les exceptions et des plaidoiries orales de la semaine passée.

3.2. Pour le présent exposé, je suivrai un plan analogue à celui de l'exposé du premier tour. Je confirmerai donc, et développerai pour autant que de besoin, les quatre points suivants :

primo : il existe entre les défendeurs et la Libye un différend qui relève de la convention de Montréal (I);

secondo : les défendeurs ne peuvent agir de manière à empêcher la Libye d'exercer les droits que lui confère la convention de Montréal (II);

tertio : la saisine du Conseil de sécurité par les défendeurs ne fait pas disparaître le différend relatif à la convention de Montréal (III); et

quatro : la Cour peut connaître non seulement des plaintes de la Libye relatives à la convention de Montréal mais également de celles qui y sont directement liées (IV).

Abordons si vous le voulez bien successivement ces différents points.

I. Il existe entre les défendeurs et la Libye un différend qui relève de la convention de Montréal

3.3. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour contester ce point, les défendeurs se sont référés à certaines dispositions de la convention de Montréal. Nous allons donc les suivre sur ce terrain.

Les Etats-Unis, par la voix de M. Crook, se sont étonnés d'entendre la Libye invoquer, «for the first time», selon eux, l'article premier de la convention de Montréal¹, un étonnement que ne semble pas partager le Royaume-Uni, et pour cause puisque la Libye s'était déjà référée, tantôt implicitement², tantôt explicitement³, à cette disposition dans son mémoire écrit.

3.4. Le professeur Greenwood, pour le Royaume-Uni, ne conteste d'ailleurs pas que «the charges, if proved, would disclose an offence falling within Article 1»⁴. Cette formulation reste au demeurant ambiguë car, si nous comprenons bien le professeur Greenwood, elle tend à suggérer qu'il n'est pas encore démontré qu'un attentat aurait été commis sur le vol Pan Am 103... Quoi qu'il en soit, le Royaume-Uni reconnaît aussi que la convention de Montréal a établi un mécanisme applicable à ce type d'acte terroriste⁵ tandis que les Etats-Unis invoquent même certaines dispositions de la convention à leur profit, pour répéter tantôt sur la base de l'article 5, paragraphe 3, que la convention de Montréal autorise les Etats-Unis à poursuivre des suspects selon leurs propres

¹CR 97/23, p. 11-14, par. 2.4-2.12.

²Mémoire du 20 décembre 1993, p. 79, par. 4.1.

³*Ibid.*, p. 80, par. 4.3.

⁴CR 97/22, p. 18, par. 2.7.

⁵*Ibid.*, par. 2.8.

lois⁶, tantôt sur la base de l'article 11, qu'ils ont rempli leur obligation d'assistance judiciaire en transmettant à la Libye l'acte d'accusation⁷.

La Libye reconnaît en effet que l'article 5, paragraphe 3, permet aux Etats-Unis de se prévaloir de leur loi nationale pour poursuivre pénalement des personnes soupçonnées d'avoir commis des actes visés par la convention. En revanche, elle estime que l'entraide judiciaire en matière pénale visée à l'article 11 ne se limite pas simplement à envoyer un acte d'accusation qui n'est étayé par aucune preuve matérielle.

3.5. Mais, au-delà des questions propres à l'une ou l'autre disposition de la convention, la Libye voudrait souligner que, contrairement à ce que prétend le professeur Greenwood, elle considère, elle aussi, que est un «*système* qui doit être considéré comme un tout»⁸.

C'est d'ailleurs exactement ce que la Libye veut dire lorsqu'elle parle d'«ordonnement de la société internationale»⁹, et lorsqu'elle reconnaît que la convention de Montréal n'est pas *nécessairement* «le seul instrument applicable à la présente affaire»¹⁰.

C'est pour cela que la Libye constate que le droit international contient certaines règles de structure comme celles que l'on peut déduire de la *lex specialis*, de la *lex posterior*, ou de l'article 33 de la Charte, des règles qui font obstacle à une saisine immédiate du Conseil de sécurité sans passer par les instruments adéquats.

Lex specialis/lex posterior et article 33; considérons à nouveau ces deux points car ils confirment que la Libye reconnaît le caractère intégré du droit international.

⁶CR 97/23, p. 12, par. 2.7-2.9.

⁷*Ibid.*, p. 14, par. 2.14-2.15.

⁸CR 97/22, p. 18, par. 2.10.

⁹CR 97/20, p. 46, par. 4.18.

¹⁰*Ibid.*, p. 49, par. 4.23.

3.6. Le Royaume-Uni n'a évoqué la *lex specialis* et la *lex posterior* que pour se référer à ses conclusions précédentes¹¹ tandis que les Etats-Unis ont répété l'incompatibilité de cet argument (sur la *lex posterior* ou la *lex specialis*) au regard de l'article 30, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités¹² qui, dans le cas de traités successifs portant sur la même matière, consacre la *lex posterior*, mais sous réserve de l'article 103 de la Charte.

Cet argument n'apporte rien au moyen des défendeurs. L'article 30, paragraphe 1, de la convention de Vienne, en réservant le cas de l'article 103, répète simplement une règle que la Libye n'a jamais contestée, la primauté de la Charte sur toute autre convention en cas de conflit entre les obligations de l'une et de l'autre. En l'espèce, la Libye considère qu'il n'y a pas de conflit entre l'article 103 et la convention de Montréal ainsi que le montreront tout à l'heure les professeurs Suy et Brownlie.

Répétons que la convention de Montréal est une *lex specialis* et une *lex posterior* par rapport à la Charte; or ce que la Libye reproche aux défendeurs, c'est d'avoir tenté d'obtenir du Conseil de sécurité qu'il ne laisse aucune chance à la convention de produire ses effets. L'article 103 s'appliquerait sans doute s'il était apparu à l'autopsie que la Libye ne jouait pas correctement le jeu, mais cette preuve n'a jamais été rapportée.

3.7. L'article 33 confirme à la fois l'idée de la *lex specialis/posterior* et la vision libyenne de l'intégration du droit international.

Pour la Libye, il est erroné de voir dans l'article 33 une disposition dont les effets se limiteraient aux affaires relevant du chapitre VI comme l'ont soutenu les défendeurs au premier tour des plaidoiries. La Libye a montré que cette disposition n'était en réalité qu'un développement de l'article 2, paragraphe 3¹³, dont il serait tout aussi absurde de limiter les effets au chapitre premier de la Charte. Les défendeurs n'ont pas répondu à cet argument.

¹¹Professeur Greenwood, CR 97/22, p. 22, par. 2.20.

¹²Mr. Crooke, CR 97/23, p. 20, par. 2.32.

¹³En ce sens, Chr. Tomuschat, dans *The Charter of U. N.: a Commentary*, ed. by. Br. Simma, New York, Oxford Univ. Press, 1994, p. 506 et les références.

Le Royaume-Uni a seulement observé que la Charte conférait à tout Etat un droit illimité («an unrestricted right») de demander au Conseil de sécurité d'agir sur la base du chapitre VII lorsqu'il estimait qu'une situation menaçait la paix et la sécurité internationales et que la décision prise par le Conseil relevait de ses pouvoirs discrétionnaires¹⁴.

3.8. Ces prétentions se concilient mal avec l'obligation générale pour un Etat «de remplir de bonne foi les obligations assumées *conformément à la Charte des Nations Unies*» (les italiques sont de moi), obligation énoncée dans la Déclaration de l'Assemblée générale sur les principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats¹⁵; ces prétentions se concilient mal aussi avec le devoir des Etats, reconnu dans la même Déclaration, «d'agir tant conjointement qu'individuellement en coopération avec l'ONU, *conformément aux dispositions pertinentes de la Charte*»¹⁶ (les italiques sont de moi). L'article 33, paragraphe 1, fait bien sûr partie des dispositions pertinentes de la Charte, et en application des principes de coopération et de bonne foi que je viens de citer, cet article limite le droit des Etats de saisir sans restriction le Conseil de sécurité.

3.9. Plus précisément, des commentateurs autorisés de la Charte — ainsi, Goodrich, Hambro et Simons — ont écrit que dans le cas d'un conflit tel celui visé à l'article 33, les parties «are expected to make *a real effort* to reach an agreed solution before coming to the Council» et que «[t]he real intent of Article 33 was to establish an obligation to be fulfilled by the parties *prior* to their enlisting the Council's assistance»¹⁷ (les italiques sont de moi). Dans le même sens, un autre auteur a écrit à propos des mots «avant tout», que

¹⁴Professeur Greenwood, CR 97/22, p. 23, par. 2.24.

¹⁵A/Rés. 2625, 24 octobre 1970, 7^e principe, 1^{er} al.

¹⁶*Ibid.*, 4^e principe, 2^e al., *d*).

¹⁷L.M. Goodrich, E. Hambro and A.P. Simons, *Charter of the United Nations Commentary and Documents*, New York/London, Columbia Univ. Press, 1969, p. 260-261.

«*first of all, it is incumbent upon the parties themselves to take remedial action; in the case of a failure of their efforts, the procedures of Chapter VI — or of Chapter VII — become applicable*»¹⁸ (les italiques sont de moi).

Le moins qu'on puisse dire est qu'on ne voit pas très bien en quoi les défendeurs ont consenti de *réels efforts* pour résoudre, conformément à la convention de Montréal et conformément à ce que leur demandait la Libye, le différend tel qu'il s'est manifesté en 1991-1992.

3.10. Au-delà de ces réponses particulières à des arguments particuliers de nos adversaires, je souhaite insister à nouveau sur ce que j'ai appelé «l'ordonnancement de la société internationale», ordonnancement qui n'est finalement rien d'autre qu'une sorte de division internationale du travail entre les règles, entre les acteurs étatiques et entre les institutions. Il s'agit d'un fait dont l'article 33 et les idées de *lex specialis* et *lex posterior* sont l'expression. En voici quelques exemples significatifs.

Un premier exemple est tiré du préambule de la convention de Montréal elle-même, où les parties considèrent que «dans le but de prévenir» les actes de violence contre la sécurité de l'aviation civile internationale, «il est urgent de prévoir des mesures appropriées en vue de la punition de leurs auteurs»; cette disposition, pas plus d'ailleurs que la convention, n'aurait de sens si le Conseil de sécurité devait intervenir chaque fois qu'un acte de violence visé par la convention se produirait quelque part.

La doctrine a relevé que cette convention, comme d'autres du même genre, devait remplir certaines fonctions précises, et notamment combler les lacunes des traités d'extradition¹⁹. Ce n'est évidemment pas au Conseil de sécurité de s'occuper des problèmes d'extradition; la convention occupe donc une place spécifique dans l'ensemble du droit international, et à priori le Conseil de sécurité n'a pas à la priver de cette place.

Un autre exemple significatif de l'ordonnancement du droit international réside dans le fait qu'aujourd'hui encore l'on continue à élaborer des conventions du même genre que la convention

¹⁸Voir Tomuschat, *loc. cit.*, p. 506.

¹⁹G. Guillaume «Terrorisme et droit international», *RCADI*, 1989, vol. III, p. 356.

de Montréal et portant sur des objets voisins. C'est le cas de l'actuel projet de convention internationale pour la répression d'attentats terroristes à l'explosif²⁰. Or, quelle serait l'utilité d'un tel instrument si de toute façon, il suffisait de prétendre que les faits visés menacent la paix et la sécurité internationales pour qu'il soient *ipso facto* traités par le Conseil de sécurité ?

Un troisième exemple est tiré de la pratique même du Conseil de sécurité. Cette pratique, dont les décisions prises dans le drame de Lockerbie ne sont que de malheureuses exceptions, confirme tout ce qui précède en matière de décentralisation et de division internationale des tâches. En fait, chaque fois qu'il échoue, le Conseil de sécurité renvoie aux instruments pertinents. Nous y avons déjà fait allusion à propos des décisions du Conseil de sécurité dans l'affaire de l'attentat contre le président Moubarak où le Conseil demandait l'application de la convention d'extradition Ethiopie-Soudan²¹; cet exemple auquel les défenseurs n'ont pas jugé utile de répondre, cet exemple est loin d'être isolé.

Regardons par exemple ce qu'a fait le Conseil de sécurité dans l'affaire des otages américains à Téhéran en 1979 : le conseil commence par réaffirmer le 4 décembre 1979

«l'obligation solennelle qu'ont tous les Etats parties à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 et à la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 de respecter l'inviolabilité du personnel diplomatique et des locaux de ses missions»²².

Puis, le 31 décembre, le conseil envisage l'adoption de «mesures efficaces conformément aux articles 39 et 41 de la Charte» si l'Iran n'applique pas la résolution précédente ainsi que l'ordonnance qui avait été prise par la Cour deux semaines plus tôt²³. Un projet de résolution portant ces mesures est enfin soumis au Conseil le 13 janvier 1980, mais il n'est pas adopté en raison du veto d'un membre permanent.

²⁰Doc. ONU A/C.6/52/WG.1/CRP.45/Rev. 2, 2 octobre 1997.

²¹CR 97/20, p. 45, par. 4.15.

²²S/Rés. 457, 4 décembre 1979, préambule, dernier considérant.

²³S/Rés. 461, 31 décembre. 1979, par. 2-6.

Voilà une séquence d'événements qui illustre parfaitement tant les exigences de l'article 33 que celles de la *lex specialis* et de la *lex posterior* : d'abord renvoi à la convention normalement applicable, ici les conventions de 1961 et de 1963, puis constatation par le Conseil de l'inapplication de ces conventions, et enfin adoption ou tentative d'adopter des mesures coercitives contre l'Etat défaillant.

Les articulations et interactions des tribunaux pénaux internationaux et de la Cour elle-même avec le Conseil de sécurité participent de la même philosophie²⁴. Je ne m'y étendrai pas ici.

*

3.11. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce qui précède montre qu'à partir du moment où le différend relève de la convention de Montréal, celle-ci doit s'appliquer et les efforts vains de nos contradicteurs pour s'y opposer confirment largement l'existence d'un différend sur l'application de la convention.

Nous allons passer à présent au deuxième argument selon lequel les défendeurs ne peuvent agir de manière à empêcher la Libye d'exercer les droits que lui confère la convention de Montréal.

II. Les défendeurs ne peuvent agir de manière à empêcher la Libye d'exercer les droits que lui confère la convention de Montréal

3.12. Les défendeurs se sont vivement insurgés contre la thèse de la Libye selon laquelle leur recours au Conseil de sécurité en la présente espèce violerait la convention de Montréal : pour le professeur Greenwood, «that contention is quite simply nonsense»²⁵, et M. Crook adjure la Cour «In the strongest terms . . . not to accept that position.»²⁶ Dans les deux cas, nos savants contradicteurs estiment que la thèse libyenne est totalement incompatible avec les droits fondamentaux des Etats au regard de la Charte.

²⁴Règlement du TPIY et du TPIR, art. 59 B et 61 E; Charte des Nations Unies, art. 94, par. 2.

²⁵CR 97/22, p. 21, par. 2.17.

²⁶CR 97/23, p. 14, par. 2.13.

3.13. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous commencerons par observer que ce n'est pas le recours au Conseil de sécurité en soi qui est considéré par la Libye comme une atteinte à la convention de Montréal : c'est uniquement le recours au Conseil de sécurité *aux fins de priver la convention de Montréal de ses effets*.

Une telle utilisation par l'Etat d'une compétence qui peut, à première vue, sembler absolue, est bel et bien constitutive d'une violation de la convention combinée, comme on vient de le rappeler, avec la règle de l'article 33, paragraphe 1, de la Charte et les principes de *la lex specialis* et de *la lex posterior*.

3.14. De manière plus générale, il est bien connu en droit international comme en droit tout court, que l'exercice d'une compétence, fût-elle discrétionnaire, doit toujours rester *raisonnable* et de *bonne foi*. La jurisprudence internationale a consacré l'exigence du raisonnable dans les domaines les plus variés; citons pêle-mêle : réglementation des droits de pêche de ressortissants étrangers²⁷, application d'une loi interne sur l'éducation protectrice²⁸, retrait ou dénonciation d'un instrument ne contenant pas de clause de durée²⁹, respect d'un «délai raisonnable» entre les faits et le dépôt d'une requête³⁰, etc.

Exemple plus proche de la présente affaire, il a été considéré par la Cour permanente que la condition des négociations diplomatiques, comme préalable à la soumission d'un différend à la Cour, rendait irrecevable

«une démarche aussi sérieuse que l'assignation d'un autre Etat devant la Cour, sans avoir auparavant, dans une mesure raisonnable, tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vues qui ne peut être dissipée autrement»³¹.

²⁷ *Pêcheries de l'Atlantique nord*, RGDIP, 1912, p. 452.

²⁸ *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle*, C.I.J. Recueil 1958, p. 91 et 99.

²⁹ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1954 entre l'OMS et l'Egypte*, C.I.J. Recueil 1980, p. 96 par. 49; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1984, p. 419-420 par. 63.

³⁰ *Certaines terres à phosphates à Nauru*, C.I.J. Recueil 1992, p. 254-255, par. 31-32.

³¹ *Usine de Chorzów*, C.P.J.I. série A n° 13, p. 10-11; ce dictum est repris dans l'affaire de la *Demande en revision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982*, C.I.J. Recueil 1985, p. 218, par. 46; voir aussi *Plateau continental (Royaume-Uni/France)*, RSA, XVIII, p. 359, par. 12.

Cette citation pourrait facilement s'appliquer *mutatis mutandis* à la saisine du Conseil de sécurité par les défendeurs au regard de l'article 33 de la Charte.

3.15. Si pour des questions de caractère aussi limité, le comportement de l'Etat doit évaluer à l'aune du raisonnable et de la bonne foi, il doit à fortiori en aller de même pour un acte aussi lourd de conséquence que la saisine du Conseil de sécurité à propos d'une situation présentée comme menaçant la paix et la sécurité internationales au regard de la Charte. Comme l'a écrit à juste titre un conseil des Etats-Unis dans un ouvrage bien connu, et dont chacun reconnaîtra aisément l'auteur :

«Lorsqu'il est appelé à déterminer les critères de référence par rapport auxquels les Etats doivent exercer les droits qu'ils tiennent d'un engagement conventionnel, le juge ou l'arbitre accolent souvent deux expressions : «raisonnable» et «bonne foi». L'Etat doit, en général, exécuter les obligations ou les droits qui découlent d'un traité qu'il a conclu, de manière raisonnable et de bonne foi.»³²

La Libye ne dit rien d'autre : la saisine du Conseil de sécurité par le Royaume-Uni et les Etats-Unis aux fins d'empêcher la Libye de pouvoir obtenir l'application de la convention de Montréal viole cette obligation de bonne foi qui s'attache autant à l'application de cette convention (la convention de Montréal) qu'à l'application de la Charte des Nations Unies.

3.16. Les défendeurs ne partagent évidemment pas ce point de vue, preuve s'il en fallait encore, qu'il existe un différend sur l'application de la convention de Montréal...

*

3.17. Nous pouvons à présent passer à notre troisième argument : la saisine du Conseil de sécurité par les défendeurs ne fait pas disparaître le différend relatif à la convention de Montréal.

III. La saisine du Conseil de sécurité par les défendeurs ne fait pas disparaître le différend relatif à la convention de Montréal

3.18. Contre vents et marées, les défendeurs maintiennent ne pas avoir de différend avec la Libye à propos de la convention de Montréal³³. Pour le Royaume-Uni, M. Greenwood répète que

³²Zoller, E., *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pédone, 1978, p. 87 n° 78.

³³Prof. Greenwood, CR 97/22, p. 15, par. 2.2-2.3; Mr. Crook, CR 97/23, p. 15, par. 2.16.

même s'il y avait différend - *quod non*, selon lui -, la requête libyenne serait irrecevable eu égard au traitement de l'affaire par le Conseil de sécurité³⁴. La Libye avait longuement développé ce point la semaine passée, en se fondant notamment sur l'affaire du *Cameroun septentrional* (1963); elle citait aussi les affaires du *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* (1980) et de *Timor oriental* (1995)³⁵. Les défendeurs n'ont pas contesté la pertinence de ces précédents et n'ont rien dit de neuf dans leur réponse de lundi à ce sujet.

Il est donc inutile pour la Libye de répéter ce qu'elle a déjà dit.

3.19. Un point toutefois : M. Crook a rappelé que les Etats-Unis avaient transmis à la Libye l'acte d'accusation des suspects et que cette transmission satisfaisait pleinement les exigences de l'article 11, paragraphe 1, de la convention³⁶. Ceci appelle trois remarques :

Primo : M. Crook affirme que la convention ne s'applique pas³⁷, juste après avoir affirmé que les Etats-Unis s'étaient conformés à l'article 11, paragraphe 1; les Etats-Unis reconnaîtraient-ils quand même l'application de la convention ?

Secundo : L'article 11, paragraphe 1, requiert que les «Etats contractants s'accordent l'entraide judiciaire la *plus large possible*» (les italiques sont de moi); peut-on vraiment soutenir que l'envoi d'un simple exposé d'allégations qui n'est étayé par aucune pièce correspond à «l'entraide judiciaire la plus large possible» ? Même si les règles américaines relatives à la confidentialité de certaines pièces pourraient éventuellement justifier leur rétention, il ne semble pas admissible que *tout* le dossier de preuve soit soustrait à l'Etat requérant.

Tertio : Ces questions de preuve sont d'autant plus essentielles pour la Libye que le Gouvernement de Malte ainsi que la compagnie Air Malta, contrairement aux défendeurs, n'ont pas hésité à collaborer avec le Gouvernement libyen pour les besoins

³⁴Prof. Greenwood, CR 97/22, p. 15, par. 2.3.

³⁵CR 97/20, p. 52-55.

³⁶CR 97/23, p. 14, par. 2.14-2.15.

³⁷*Ibid.*, p. 15, par. 2.16.

de l'enquête; ils ont ainsi informé la Libye qu'ils n'avaient pu trouver aucun élément propre à soutenir l'allégation qu'un bagage non accompagné aurait quitté Malte par Air Malta à la date indiquée dans l'acte d'accusation³⁸. Ces faits ont été confirmés par un ancien chef de la sûreté des British Airways qui a mené une enquête indépendante à Malte en tant que témoin expert dans une affaire civile devant les tribunaux britanniques, affaire pour laquelle ces faits étaient pertinents³⁹.

3.20. Ces discussions relatives à la portée de l'article 11, paragraphe 1, comme celles relatives à la portée des articles 5, paragraphes 2 et 3, 7 et 8, paragraphe 3, révèlent une fois de plus et *in concreto* l'existence d'un différend sur l'interprétation et l'application de la convention de Montréal.

La Libye ne peut en effet que constater que quand on répète *ad nauseam*, d'un côté qu'une convention s'applique, de l'autre qu'elle ne s'applique pas, il devient difficile de soutenir qu'il n'y a pas de différend sur l'application de la convention; dans l'arrêt de 1996 en l'affaire du *Génocide*, la Cour constate que les parties soutiennent «des points de vue radicalement opposés» sur une question «qui relève clairement du fond»⁴⁰ ou encore que les parties «sont en désaccord quant au sens et à la portée juridique de plusieurs ... dispositions»⁴¹. Il n'en a pas fallu davantage pour que la Cour reconnaisse qu'il existait bien un différend entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie sur l'application de la convention de 1948. Ces attendus sont transposables à peu près mot pour mot à la présente espèce.

*

3.21. Nous pouvons enfin aborder notre dernier point : la Cour peut connaître non seulement des plaintes de la Libye relatives à l'application de la convention de Montréal mais également de celles qui y sont directement liées.

³⁸Mémoire libyen du 20 décembre 1993, p. 15.

³⁹Voir la vidéo soumise par la Libye à la Cour : *The Maltese double Cross*; voir aussi l'émission de télévision diffusée le 14 octobre 1997 sur BBC Scotland Program : *Silence over Lockerbie*.

⁴⁰*C.I.J. Recueil 1996, arrêt, par. 31.*

⁴¹*Ibid.*, par. 33.

IV. La Cour peut connaître non seulement des plaintes de la Libye relatives à l'application de la convention de Montréal mais également de celles qui y sont directement liées

3.22. Le Royaume-Uni a contesté que la Cour pût connaître de cette partie de la demande libyenne : pour le professeur Greenwood, il est tout à fait faux de prétendre que la juridiction de la Cour puisse s'étendre à des violations du droit international sur la base d'une clause compromissoire dans une convention en raison de la connexité de ces violations avec le différend relatif à cette convention⁴².

3.23. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette exception procède d'une vision étroite de la compétence de la Cour, une vision qui ne correspond d'ailleurs nullement à sa jurisprudence.

C'est ainsi que dans l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries* (1974), la Cour a considéré que la clause compromissoire qui lui donnait compétence pour connaître de l'élargissement unilatéral par l'Islande de sa juridiction sur les pêcheries l'autorisait aussi à connaître des désaccords des parties concernant leurs droits sur les ressources halieutiques. La Cour estimait que le différend devait «être considéré sous tous ses aspects» et qu'elle devait tenir compte de «tous les éléments pertinents pour rendre la justice entre les Parties»⁴³.

La Libye estime qu'il doit en aller de même dans la présente espèce : rien que le différend portant sur l'application de la convention de Montréal, mais aussi tout le différend, en ce compris la question de l'opposabilité des résolutions du Conseil de sécurité. C'est l'intérêt même de la justice qui l'exige.

*

3.24. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, aux termes de cet exposé, je ne peux que répéter qu'il ne suffit pas de prétendre que le drame de Lockerbie constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales pour qu'il échappe au droit normalement applicable de la convention de Montréal; il faut encore montrer qu'il en va bien ainsi, et cette preuve n'a pas été rapportée.

⁴²CR 97/22, p. 16, par. 2.5.

⁴³C.I.J. Recueil 1974, p. 21-22, par. 47-48.

La Libye constate toutefois que certains points unissent les Parties et notamment un amour commun pour Magritte : cela permet à la Libye d'espérer que le respect des réalités juridiques finira par l'emporter sur toute autre considération.

Je voudrais dire une fois de plus, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que cela a été un honneur pour moi de défendre les intérêts de la Libye devant la Cour et je remercie celle-ci pour la qualité de son attention.

The ACTING PRESIDENT: Thank you, Professor David. We will adjourn now and resume in 15 minutes.

L'audience est suspendue de 11 h 15 à 11 h 30.

The ACTING PRESIDENT: Please be seated. I now give the floor to Professor Suy.

M. SUY :

L'incidence des résolutions 731, 748 et 883 du Conseil de sécurité

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Je répondrai brièvement aux plaidoiries du Royaume-Uni et des Etats-Unis lundi dernier, pour autant qu'elles ont trait à mon exposé de vendredi. La Cour se souviendra que j'ai montré que la recevabilité de la requête libyenne peut être conçue de trois façons différentes.

4.1. Les défendeurs n'ont pas contesté la première possibilité, à savoir que la Cour pourrait se prononcer utilement sans prendre en compte les résolutions du Conseil de sécurité.

J'aborde donc immédiatement la deuxième possibilité, qui est le pouvoir de la Cour d'interpréter les résolutions en tenant compte des limites aux pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu de la Charte.

Les défendeurs font valoir à tort que la position de la Libye sur ce point serait incohérente. La Libye a déjà relevé la semaine dernière que ses observations sur les exceptions préliminaires doivent être lues en combinaison avec le mémoire libyen, auquel elles renvoient systématiquement.

En effet, dans son mémoire de 1993, la Libye a montré que les résolutions n'exigent pas que la Libye livre les accusés aux défendeurs. La Libye s'est prévalué à cet égard du texte des résolutions et des autres documents pertinents du Conseil.

Elle a fait valoir que s'il en était autrement, les résolutions seraient contraires à la Charte. Cette constatation renforce l'interprétation retenue par la Libye, mais fonde également une thèse subsidiaire, qui est une troisième possibilité de concevoir la recevabilité de la requête libyenne : au cas où le Conseil exigerait sans équivoque que la Libye livre les accusés aux défendeurs, ses résolutions seraient — dans cette mesure — inopposables à la Libye.

Dans leurs exceptions préliminaires, les défendeurs ont soigneusement évité de suivre ce raisonnement en échelons. Ils se sont bornés à *affirmer* que le Conseil exige que la Libye livre les accusés.

Il était donc entièrement logique que la Libye, dans ses exceptions préliminaires, se concentre sur cette hypothèse, pour dire que *s'il en est ainsi*, les décisions sont contraires à la Charte.

Afin d'en faciliter la lecture, les observations libyennes n'ont pas répété systématiquement le caractère hypothétique de cette violation de la Charte. Mais ceci ne pouvait tromper que ceux qui voulaient se laisser tromper. En abordant l'incidence des résolutions du Conseil, la Libye a précisé qu'elle suivrait sur ce point l'argumentation développée par les défendeurs (*Libye c. Royaume-Uni*, p. 84; *Libye c. Etats-Unis*, p. 74). Elle a ensuite renvoyé systématiquement à son mémoire — pour dire, par exemple, que «la Libye a déjà fait valoir dans son mémoire que le Conseil de sécurité a violé les droits élémentaires de la Libye à un *due process of law*». En consultant le mémoire libyen sur ce point, les défendeurs ont dû constater immédiatement que la position libyenne est en réalité plus nuancée — dans le mémoire, il n'est jamais dit, tel quel, que le Conseil viole effectivement les droits de la Libye.

Je ne crois donc pas nécessaire d'aborder les conséquences juridiques de la prétendue incohérence dans la position libyenne. Je ne m'étendrai pas sur le fait que la position de la Libye, qui n'est pas membre du Conseil, ne détermine pas l'interprétation des résolutions. De toute

évidence, les défendeurs ont tenté d'échapper par tous les moyens à la thèse libyenne relative à l'interprétation des résolutions.

4.2. De fait, les défendeurs semblent bien, sur ce point, dans une position très difficile. Analysons rapidement ce qu'ils ont répondu à l'analyse de la Libye.

Le Royaume-Uni reconnaît le pouvoir de la Cour d'interpréter les résolutions (CR 97/22, p. 26, par. 3.6), et n'a pas contesté que les résolutions doivent être interprétées de façon à garantir leur conformité avec la Charte.

Il conteste l'interprétation libyenne en se référant uniquement au rapport du Secrétaire général du 3 mars 1992. Or, dans ce rapport, le Secrétaire général dit qu'il a transmis les exigences anglo-américaines à la Libye, il fait part au Conseil des propositions libyennes, et conclut qu'il y a une certaine évolution dans la position de la Libye, dont le Conseil pourrait vouloir tenir compte en décidant de sa ligne de conduite. Ceci ne fait que conforter l'interprétation de la Libye.

Monsieur Crook (CR 97/23, p. 10 et suiv.) a, quant à lui, insisté sur le caractère obligatoire des résolutions, mais évite la question véritable, celle de la *portée* de ces obligations. Il souligne que dans la résolution 748, le Conseil décide que la Libye doit se conformer («must comply now») — mais il ne nous dit pas *à quoi*. Nous avons montré vendredi dernier qu'il ne s'agit aucunement de se conformer aux demandes des défendeurs. Tout est dans le renvoi à la résolution 731.

L'analyse libyenne du *texte* des résolutions, qui est bien sûr primordiale, est donc inaffectée.

Il n'en va pas différemment de la tentative de M. Crook de désamorcer l'analyse libyenne des déclarations faites par les membres du Conseil. S'agissant de la résolution 748, M. Crook s'est prévalu de la déclaration de *trois* membres, dont les Etats-Unis eux-mêmes. Il ne s'agit pas là du point de vue de la majorité du Conseil. Le Cap-Vert, dont la déclaration est invoquée par M. Crook, a formulé un grand nombre d'objections, dont celle que :

«the constitution of Cape Verde does not allow the extradition of our own nationals. Therefore it becomes difficult for us to endorse measures that *could* run counter to that constitutional principle of ours» (S/PV.3063, p. 46; les italiques sont de moi).

Selon le Cap-Vert, les mesures du Conseil *pourraient* violer le principe de non-extradition des nationaux. Elles ne les violent donc pas nécessairement. Ceci signifie que la résolution 748 n'exige

pas nécessairement de la Libye qu'elle livre ses nationaux aux défenseurs. Si le Cap-Vert souligne qu'elle pourrait néanmoins aboutir à ce résultat, c'est bien sûr parce que, une fois les mesures coercitives adoptées, la Libye et le Conseil de sécurité tout entier sont à la merci des défenseurs et de leur intransigeance.

La Hongrie, également sollicitée par M. Crook, n'a rien dit qui contredise l'interprétation de la Libye : elle ne dit pas que la Libye doit livrer les accusés aux défenseurs, mais qu'elle doit répondre aux demandes contenues dans la résolution 731 (S/PV.3063, p. 76). La Libye a déjà analysé le sens réel de cette formule. La Hongrie se réfère aussi aux efforts du Secrétaire général de l'ONU et de la Ligue arabe (p. 76), dont nous connaissons les propositions.

Je voudrais encore ajouter la déclaration de l'Autriche, qui a voté pour la résolution 748 :

«Austria, as a party to all relevant instruments against terrorism, believes that action taken by the Council in this field should be guided by the principles enshrined in these conventions.» (S/PV.3063, p. 77.)

Il en va de même de la résolution 883. Ici aussi, les Etats-Unis se prévalent des déclarations de trois membres seulement. La déclaration de la France (S/PV.3312, p. 42 et suiv.) ne contredit en rien sa position très nette dans l'affaire soudanaise, que j'ai citée vendredi.

Le Venezuela, également appelé à la rescousse par M. Crook, n'a rien dit qui puisse conforter la thèse des défenseurs, bien au contraire :

«We appeal to all the parties involved in this problem to continue to demonstrate the spirit of compromise they have shown so far in the quest for a solution in harmony with the spirit and purpose of the various resolutions adopted by the Council on this subject.» (S/PV.3312, p. 62.)

C'est bien à tort, enfin, que les Etats-Unis se prévalent du fait que les sanctions contre la Libye ont été maintenues depuis (M. Andrews, CR 97/23, p. 9). Le Conseil n'a *pas renouvelé* les sanctions; son président a seulement déclaré qu'il n'y avait pas de consensus pour procéder à leur levée. Elles ont été maintenues en raison de l'opposition constante des défenseurs à leur levée. Le fait que la composition du Conseil ait été modifiée depuis 1992, est donc tout à fait sans pertinence.

4.3. J'en viens donc à mon prochain point, qui concerne les pouvoirs du Conseil en vertu du chapitre VII de la Charte.

Les défendeurs passent entièrement sous silence la distinction entre l'action policière du Conseil de sécurité, et son activité visant à régler le fond d'un différend ou d'une situation.

Ceci est manifeste dans l'analyse de M. Greenwood sur l'administration de la preuve (CR 97/22, p. 22, par. 2.19). Je n'y reviendrai pas.

Il en va de même de la position britannique quant au pouvoir du Conseil d'imposer de nouvelles obligations aux Etats Membres. La réponse de lord Hardie (CR 97/22, p. 30) déforme la thèse libyenne, qui a pourtant été exposée clairement dans le mémoire libyen (p. 193 et suiv.). Il est évident, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que le Conseil peut créer de nouvelles obligations, et suspendre l'application d'un traité, lorsqu'il énonce des mesures coercitives, comme un embargo commercial. Une autre question est toutefois de savoir, *ce que le Conseil peut mettre en œuvre au moyen de ces mesures coercitives*. Et c'est précisément sur ce point, et sur ce point seulement, que la Libye affirme — et elle l'a amplement montré dans ses pièces écrites — que le Conseil ne peut pas imposer aux Etats Membres de nouvelles obligations pour régler le fond d'un différend ou d'une situation.

Les résolutions adoptées dans d'autres affaires, que lord Hardie a invoquées lundi dernier, sont donc toutes sans pertinence. Il s'agit là, soit de mesures policières et provisoires, soit des mesures de coercition à mettre en œuvre par tous les Etats Membres (les mesures d'embargo notamment).

Bien plus pertinente, pour la question qui nous occupe, est la pratique du Conseil de sécurité concernant la frontière entre l'Iraq et le Koweït. En effet, il s'agissait là de régler le fond du différend entre ces Etats. Or, quelle a été l'approche du Conseil de sécurité sur ce point ?

Lors de l'acceptation de la résolution 687 (1991), le représentant britannique a déclaré :

«The resolution is not attempting to settle the boundary between these two countries; that was done by the 1963 Agreement between them. . . We have no desire and no intention of overturning the principle that it is for the parties in question to negotiate and reach agreement as was done in this case in 1932 and 1963.»
(S/PV.2981, p. 113.)

Et, le représentant américain a fait valoir que

«the United States does not seek, nor will it support, a new role for the Security Council as the body that determines international boundaries. Border disputes are

issues to be negotiated directly between States and resolved through other pacific means of settlement available, as set out in Chapter VI of the Charter.» (*Loc. cit.*, p. 86.)

D'autres membres du Conseil ont fait des déclarations analogues, déniaient au Conseil de sécurité le pouvoir de fixer une nouvelle frontière (voir par exemple la Chine, *loc. cit.*, p. 96, et l'Inde, *loc. cit.*, p. 78). Et ce principe a été consacré, par la suite, dans le troisième considérant de la résolution 773 (1992) :

«Rappelant à ce propos qu'à travers le processus de démarcation, la Commission de démarcation de la frontière ne procède à aucune réattribution de territoire entre le Koweït et l'Iraq, mais mène seulement à bien, pour la première fois, la tâche technique nécessaire à la démarcation des coordonnées précises de la frontière définie dans le procès-verbal d'accord entre l'Etat du Koweït et la République d'Iraq...»

Ceci montre bien que le Conseil ne peut pas, en vertu du chapitre VII de la Charte, imposer aux Etats Membres de nouvelles obligations pour régler le fond d'un différend ou régler une situation.

On n'échappe pas à cette constatation en se prévalant de l'article 103 de la Charte. La primauté établie par cet article 103 *présuppose* une obligation établie conformément à la Charte. Il *présuppose* donc, dans la présente espèce, une décision du Conseil de sécurité respectant les limites que la Charte lui impose.

4.4. J'en viens maintenant à l'affirmation des défendeurs, selon laquelle la Libye demanderait à la Cour de substituer sa propre appréciation subjective à celle du Conseil de sécurité.

Il n'en est rien. La Libye soutient que, dans la mesure où il exigerait la livraison des accusés aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni, le Conseil violerait les limites à ses pouvoirs prévus par la Charte. Ces limitations sont juridiques, et peuvent par conséquent faire l'objet d'une appréciation objective par la Cour.

Il en va de même de la thèse développée dans les observations libyennes (*Libye c. Etats-Unis*, p. 93 et suiv.; *Libye c. Royaume-Uni*, p. 84 et suiv.), selon laquelle la menace contre la paix qui aurait été constatée par le Conseil de sécurité pour fonder une demande — hypothétique — de livraison des accusés aux défendeurs, constituerait un détournement de pouvoir.

Citons tout d'abord la très remarquable analyse de Mme Zoller sur le détournement de pouvoir dans le droit des organisations internationales. Tout comme MM. Fawcett et Amerasinghe, dont les analyses ont été citées dans le mémoire libyen (p. 223 et suiv.), Mme Zoller admet que l'interdiction du détournement de pouvoir s'applique en droit des organisations internationales. Mme Zoller — et je cite un extrait de son ouvrage qui figure à la page 225 du mémoire libyen :

«dans la détermination de cette illicéité, aucun élément subjectif n'entre en considération. Il s'agit de rechercher l'adéquation, la compatibilité entre le but de la compétence exercée (résultat final) et le but et l'objet du traité constitutif.» (E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, 1977, p. 197.)

Cette analyse s'applique entièrement à la thèse libyenne. Dans la mesure où la constatation d'une menace contre la paix fonderait l'exigence que la Libye livre les accusés aux défenseurs, cette constatation constituerait un excès, ou un détournement de pouvoir.

Le pouvoir du Conseil de sécurité de constater une «menace contre la paix» est, vous le savez, largement discrétionnaire, mais il n'est pas illimité et ne peut pas être exercé d'une façon arbitraire. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie l'a souligné en rappelant qu'en vertu de l'article 24 de la Charte, le Conseil doit exercer ses pouvoirs conformément aux Buts et Principes de la Charte (voir la citation dans les observations *Libye c. Royaume-Uni*, p. 86).

Par conséquent, s'il est vrai que la Cour ne peut pas substituer son appréciation subjective à celle du Conseil de sécurité, ceci n'empêche pas la Cour de contrôler, sur une base et sur une appréciation *objectives* des faits et du droit, l'excès ou le détournement de pouvoir qui pourrait entacher une qualification de «menace contre la paix».

Or, dans l'hypothèse susmentionnée, la qualification de «menace contre la paix» de la résolution 748 constituerait très manifestement un excès ou un détournement de pouvoir.

Selon son sens usuel, le mot «menace» vise un événement futur. Le Conseil ne peut donc pas, tant d'années après l'attentat de Lockerbie, constater une «menace» en se référant à ce *seul* attentat.

La question est alors de savoir quel élément supplémentaire justifie la qualification de «menace». Plus précisément, que s'est-il passé entre les résolutions 731 et 748 justifiant cette qualification ?

La menace contre la paix résulterait-elle du refus de la Libye de livrer les accusés aux défendeurs ? Ceci constituerait un excès de pouvoir manifeste. Même si la qualification de l'article 39 était justifiée, le Conseil ne pourrait décider, en vertu du chapitre VII de la Charte, que la Libye doit livrer les suspects aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni. On ne voit pas très bien comment le refus de la Libye de satisfaire à une exigence contraire à la Charte pourrait constituer une menace contre la paix !

Le fait que la Libye n'a pas satisfait aux demandes anglo-américaines de «révéler les noms de tous les coupables» ou de «livrer les dispositifs d'horlogerie restants», ne peut pas plus justifier la qualification de «menace». En effet, cette exigence présuppose la culpabilité de la Libye, qui n'a pas été démontrée.

Il faut donc, Monsieur le Président, se rendre à l'évidence. Dans la mesure où le Conseil aurait eu recours à la qualification de «menace contre la paix» pour fonder l'exigence — toujours hypothétique, je vous demande pardon de le répéter *ad nauseam* — que la Libye livre les accusés aux défendeurs, ce recours au chapitre VII ne pourrait servir qu'à empêcher la Cour d'exercer sa fonction judiciaire, et cela au seul profit des intérêts individuels des défendeurs. Le Conseil aurait commis alors un détournement de pouvoir. Il faut interpréter les résolutions de façon à éviter cette conclusion.

4.5. J'en viens enfin à la tentative du Royaume-Uni de distinguer le contrôle judiciaire de la validité procédurale des résolutions, du contrôle de leur validité matérielle.

Je vous ai montré vendredi que cette distinction était et est sans fondement dès lors que les pouvoirs du Conseil sont limités tant *ratione materiae* que par des règles procédurales.

C'est en vain que lord Hardie a tenté de réfuter cette thèse (CR 97/22, p. 26, par. 3.5). Son argumentation montre que les deux limites aux pouvoirs du Conseil — les limites procédurales et matérielles — sont indissociablement liées.

Lord Hardie cite d'abord l'exemple de la déclaration du président du Conseil en date du 20 juin 1972 relative au terrorisme dirigé contre les aéronefs civils. Lord Hardie remarque que cette déclaration — il s'agit d'une déclaration de principes, d'ordre général, qui n'a pas trait à une affaire

particulière — il remarque que cette déclaration est en réalité une «décision». Lord Hardie poursuit :

«If a question were to arise about the status of this act — whether, for example, it amounted to a «decision» of the Council for the purposes of Articles 25 and 48 of the Charter — the United Kingdom accepts that this would be a matter into which the Court could, and should, inquire.»

Mais il s'agit ici d'une question relative aux pouvoirs substantiels du Conseil ! Il s'agit notamment de savoir si le Conseil peut adopter des décisions législatives, qui imposent des obligations à tous ses Etats membres, en dehors du contexte d'une affaire particulière.

Cette question est parfaitement comparable à celle soulevée ici par la Libye, qui est de savoir dans quelle mesure les résolutions du Conseil dans l'affaire libyenne, dont certains paragraphes portent l'intitulé de «décision», peuvent avoir des effets obligatoires pour la Libye.

Lord Hardie admet aussi que la Cour peut vérifier si une décision a été adoptée à la majorité requise, ou encore, si elle a été adoptée en vertu du chapitre VII ou VI de la Charte. Cette question est également indissociable de celle des pouvoirs substantiels du Conseil en vertu de ces différents chapitres. Je me réfère sur ce point aux observations libyennes (*Libye c. Royaume-Uni*, p. 106 et *Libye c. Etats-Unis*, p. 88).

Lord Hardie fait valoir enfin que «The power of substantive review is not contemplated by the Charter». Si ceci signifie que ce pouvoir n'est pas expressément inscrit dans la Charte, il en va de même pour le pouvoir de la Cour de vérifier la validité procédurale des résolutions du Conseil. L'argument est donc sans fondement, et je vous ai montré vendredi, en me référant aux travaux préparatoires de la Charte, quelle signification il convient d'attribuer à ce silence de la Charte.

4.6. La Libye s'est ainsi prévalué du texte de la Charte, de la volonté de ses auteurs, de la pratique récente du Conseil de sécurité, et du point de vue exprimé par différentes composantes de la communauté internationale.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on ne peut pas perdre de vue, non plus, le contexte politique dans lequel se déroule l'action du Conseil de sécurité depuis la fin de la guerre froide. C'est cette nouvelle situation qui a mené le Secrétaire général de l'époque,

M. Boutros Boutros-Ghali, à soulever en 1994, lors d'une cérémonie à Madrid, les questions fondamentales suivantes :

«this new situation of the Security Council prompts one to raise or repeat new legal questions, such as the following: Does unanimity among the permanent members give the Council unlimited powers? How far may the Council extend its competence? Is it the only body entitled to interpret its powers? Are its actions exempt from any monitoring? These are very complex legal questions which are in no way academic, for they have a direct bearing on the ways in which decision-making power is exercised at the global level.» (Communiqué de presse SG/SM/94/53 du 20 avril 1994.)

Ces paroles d'un grand spécialiste du droit des organisations internationales sont révélatrices des tendances nouvelles qui se dessinent depuis quelques années à propos du fonctionnement de la communauté internationale.

Je conclus, Monsieur le Président, par un argument avancé par l'agent du Royaume-Uni, sir Franklin Berman, qui a fait valoir que la continuation de la présente procédure porterait atteinte à l'intégrité de la Charte.

Il n'en serait rien, naturellement, au cas où la Cour se prononcerait sur l'interprétation et l'application de la convention de Montréal sans prendre en compte les résolutions du Conseil.

Mais il n'en irait pas différemment au cas où la Cour interpréterait les résolutions au regard de la Charte, ou les déclarerait inopposables à la Libye. Il est en effet clair que c'est la tentative des Etats-Unis et du Royaume-Uni d'utiliser le Conseil de sécurité pour servir leurs intérêts individuels qui porte atteinte à l'intégrité de la Charte.

L'effort des défenseurs de plaider le fond de l'affaire afin de conclure à l'irrecevabilité de la requête libyenne montre bien que la question de la recevabilité mérite d'être jointe au fond. En outre, il ne saurait échapper à la Cour que cette approche des défenseurs est une atteinte aux droits de la partie libyenne qui n'a jamais eu l'occasion de prendre connaissance de ces arguments dans un mémoire écrit puisqu'il n'y en a pas eu.

Monsieur le Président, Messieurs les Juges, je vous remercie pour votre bienveillante attention et je vous prie de bien vouloir passer maintenant la parole à mon éminent collègue, le professeur Ian Brownlie.

The ACTING PRESIDENT: Thank you, Professor Suy. Professor Brownlie will now address the Court. Professor Brownlie, please.

Mr. BROWNLIE: Thank you, Mr. President. I shall begin with a synthesis of the issues relating to admissibility. The claimant State relies upon the provisions of a valid multilateral convention. The Respondent States plead that there are circumstances which provide a legal justification for the non-application of certain provisions of that convention in relation to Libya. That is an issue of merits. Alternatively, they plead that the Charter provisions support a subject-matter immunity for the Security Council when it adopts a resolution under Chapter VII. But, in my submission, this argument has the same ultimate purpose, that is, to seek to use the Charter provisions to justify the non-application of the Montreal Convention in these cases.

The subject-matter immunity argument is simply a second-line argument. First, it is said that the breaches of the Convention are justified by the Charter (including Article 103). Secondly, it is said that, in any case, the issue of substance cannot be examined by the Court because the same Charter provisions prevent this.

In the light of this analysis, I shall make a provisional review of the legal issues which are clearly examinable as issues of merits even in the presence of "binding" resolutions of the Security Council adopted by virtue of Chapter VII.

And, before I start my provisional review, it will be helpful if I explain why the provisions of Article 103 do not, for present purposes, present an *ab initio* and *de jure* veto of the legal issues.

Article 103 of course provides that the obligations of the Charter "shall prevail" in case of a conflict with obligations under any other international agreement.

The essence of the Libyan argument can be expressed with Article 103 in mind.

First: The nature of the dispute involves an attempt by the Respondent States to invoke Security Council resolutions as a legal justification for non-application of the Montreal Convention in the present cases.

It will not do to argue that it is only the justiciability of the question which is at issue, because the Respondent States have relied very heavily upon Article 103, which is evidently a substantive and not a procedural provision.

During the first round the United Kingdom team invoked Article 103 on five occasions: first by Sir Franklin Berman (CR 97/16, p. 16, para. 1.6); on three occasions by Professor Greenwood (CR 97/16, p. 64, para 4.27; CR 97/16, p. 74, para. 4.56; CR 97/16, p. 76, para. 4.64); and once also by Lord Hardie (CR 97/17, pp. 18-19, paras. 5.37-38).

The United States invoked Article 103 in the first round on nine occasions: Mr. Crook on five occasions (CR 97/18, p. 32, para. 3.3; CR 97/19, p. 9, para. 3.25; CR 97/19, p. 10, para. 3.2; CR 97/19, p. 11, para. 3.35; CR 97/19, p. 12, para. 3.38); Professor Schachter once (CR 97/19, p. 31, para. 4.18); Mr. Matheson once (CR 97/19, p. 46, para. 6.3); and Mr. Andrews twice (CR 97/19, p. 52, para 7.2; CR 97/19, p. 54, para. 7.5) and of course further reference to Article 103 occurred in the second round.

Mr. President, given this insistence upon the relevance of Article 103 by our opponents, it is necessary to emphasize, once more, that this Article is concerned with substantive questions.

It has nothing to do with the power of organs or with justiciability.

Secondly: The Security Council resolutions and the related documentary evidence *may* or *may not* provide conclusive evidence of Charter obligations which are in conflict with the Montreal Convention. The determination of that question involves the careful examination of the terms of the resolutions and the circumstances in which they were adopted and the significance of this process has been explained by my learned colleague, Professor Suy, in the first round.

Thirdly: In the same general context, there may be conduct of the Respondent States which has no connection whatsoever with the resolutions, which antedates the resolutions, and which involves serious breaches of Charter obligations.

As I indicated in the course of the first round argument, the bilateral threats of force emanating from the senior officials of the Respondent States fall outside the ambit of the resolutions. They involve breaches of the Principles of the United Nations Charter, and therefore

constitute violations of a valid multilateral Convention which cannot be validated by reliance upon Article 103.

Because the use of threats of force to induce Libya to accept the non-application of the Montreal Convention cannot be justified by reference to Article 103.

Fourthly: There are substantial grounds for the view that a fair trial is not possible either in Scotland or in the United States. The relevant considerations have been set forth in the Libyan Memorial (pp. 133-144, paras 5.56-5.82).

In respectable sources the right to a fair trial is considered to be a fundamental human right. This was the view of the Institut de droit international, as expressed in a resolution adopted at the Cambridge session in 1983 (Libyan Memorial, p. 133, para. 5.53).

Mr. President, it is generally accepted that the fundamental principles of human rights form part of the Principles of the United Nations Charter. Authority supporting that view includes the *Namibia* Advisory Opinion of this Court (*I.C.J Reports 1971*, p. 57); the *Tehran Hostages* case (*I.C.J Reports, 1980*, p. 42); and also the very relevant passages in the United States restatement, the Third, the volume on *Foreign Relations Law of the United States*, 1987 (para. 701, comment (d)).

The ambit of the Security Council resolutions and also the provisions of the Montreal Convention are to be determined by reference to the principles of the Charter. And, Mr. President, the principles of the Charter are not confined to the content of Chapter VII.

And, at this point it is necessary to return to the provisions of Article 103 of the Charter.

This refers to the obligations of the Charter in relation to those of other international agreements.

Then there is Article 24 which requires the Security Council "to act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations"; and then Article 25, which requires Member States to carry out decisions of the Security Council "in accordance with the present Charter".

In this context, Mr. President, Article 103 does not provide a solution. Instead, it presents the problem, that is to say that reference to the principles of the United Nations involves *two* forms

of Charter-based obligations, the provisions of Articles 24 and 25, on the one hand, and the fundamental principles of human rights, on the other hand.

This alignment of Charter-based obligations indicates that, in the circumstances of the present cases, resort to Article 103 does not produce a single outcome or ready-made prioritization of obligations.

Mr. President, I now refer to the subject of the threats of force.

In my first round speech I explained the relevance of the threats of force to the substantive issues of law concerning the Montreal Convention. If Mr. X makes a contract with Mr. Y and then, at some later juncture, Mr. X threatens force in order to prevent Mr. Y from exercising an option he has by virtue of the contract, that, in my submission, is a breach of the contract. Mr. X's conduct may involve also a tort, a non-contractual responsibility but, even if it does, it remains a breach of contract.

Thus, when on Monday my learned opponent, Professor Greenwood, complained that Libya had failed to identify "the act by which the Convention was *écartée*", that is the answer to his question. And the United Kingdom and the United States hardly assist the Court by their peremptory dismissal of Libya's evidence relating to threats of force. Let us look for a moment at the nature of the evidence.

First, the evidence consists of direct quotations from senior officials in answer to direct questions.

The answers were provided by the United States Department of State in the person of Mr. Boucher; President Bush; Mr. Cheney, the Secretary of Defense; Mr. Douglas Hogg, Minister of State, Foreign Commonwealth Office; Vice-President Quayle; and the spokeswoman of the Foreign Commonwealth Office in London.

The sources in which these high profile figures were quoted were as follows:

- (a) The United States *Federal News Service* reporting a State Department briefing;
- (b) A teleconference address by President Bush to Southern Newspapers Association;
- (c) A report of an NBC interview on the programme: Meet the Press;

- (d) The official record of Parliamentary proceedings in the United Kingdom;
- (e) The *Middle East Economic Digest*; and lastly,
- (f) *The Scotsman* newspaper.

Is it suggested that these varied sources invented the questions and answers? How is the consistency of the phraseology to be explained? Were the officials perhaps telepathic?

It is a striking fact that the threats continued even after resolution 748 had been adopted on 31 March 1992. On 2nd April Mr. Pickering, the United States representative to the United Nations, was reported by the *Washington Post* as having responded to an enquiry as to whether further action was contemplated by saying that "it's not possible for us to rule in or rule out any particular action" (*Washington Post*, 3 April 1992, p. A24, col. 3).

And so, on 2 April 1992, an American official was still employing the menacing formula which had first appeared in the record when the Department of State briefing was delivered on 14 November 1991, four months earlier.

The distinguished Agent of the United Kingdom has referred to these statements made on the record by various officials as "ambiguous public utterances" (CR 97/22, p. 14).

But, Mr. President, the ambiguity was a perfectly measured ambiguity and, in the light of the Libyan experience, it involved a spectrum of actions which included the use of very considerable force against Libyan cities, without warning, at 2 a.m. in the morning.

The impact which the carefully reiterated statements made can be illustrated by reference to the opinion of the Economics Correspondent of the *London Times* in the issue dated 21 March 1992.

"The pound and shares ended the week almost exactly where they started, despite a week full of mainly gloomy economic indicators.

After figures that showed annual inflation in February dropping below the German rate for the first time in almost 25 years, sterling yesterday stood at DM 2.8619 at the official Bank of England close, almost half a pfennig up on its Thursday finish. It began the week at DM 2.8572.

The week's gyrations left the pound at \$ 1.7007 yesterday, down more than a cent from the previous close. Sterling's trade-weighted index was steady on 89.8, precisely where it started the week. The dollar's strength was the main feature of

foreign exchange markets yesterday. The American currency moved ahead after reports that President Bush was discussing Iraq with his chiefs of staff. Fears of military action in the Gulf, or against Libya, drove investors into the dollar, the traditional safe haven.

Although Britain's annual inflation held steady at 4.1 per cent in February, slightly disappointing the City, foreign exchange dealers shrugged off the data. The pound was mainly helped by the softer mark, sentiment for which had also been hit by further strike action by German bank workers."

In his report, referring to the previous week's economic indicators, the Economics Correspondent, Mr. Colin Narbrough states that: "Fears of military action in the Gulf, or against Libya, drove investors into the dollar, the traditional safe haven". And so, Mr. President, it was not only Libya which was aware of the situation in March 1992, but other constituencies as well.

And so, in conclusion, on the evidence of fact, the public statements invoked as evidence of threats of force were produced on the record, with the specific purpose of "sending signals" that the United States, in particular, was prepared to use force against Libya, if it thought fit, to obtain its policy objectives.

Against this background it is strange indeed to hear our opponents refer to "Libya's disgraceful and unsubstantiated allegations of threats of force. . ." (see Professor Greenwood, CR 97/22, p. 17, para. 2.5).

Mr. President, the legal framework should also be appreciated. The *Nuclear Tests* case establishes that the intention of a Government may be derived from statements made by ministers and the Head of State to the media. Such statements constitute public declarations by individuals acting in their official roles.

In conclusion it must be pointed out that the threats of force against Libya are not unfortunately only a part of the history of this case. As Professor El-Murtadi Suleiman has shown in the first round, the United States has threatened to use nuclear weapons against the installations at Tarhunah as recently as April last year (CR 97/20, p. 15, para. 2.10).

I can now move on to a different subject-matter the argument of the United States that a decision of the Court on the merits in these cases would be moot or *sans objet*.

In the first round Mr. Crook mounted the argument, citing the *Northern Cameroons* case, and

the *Nuclear Tests* case (CR 97/19, pp. 23-24, paras. 3.82-3.86). The argument also figured in the speeches of Mr. Matheson and Mr. Andrews in the second round (see Mr. Matheson, CR 97/19, p. 47, para. 6.5; Mr. Matheson, CR 97/22, p. 28, para. 4.11; Mr. Matheson, CR 97/22, pp. 30-31, paras. 4.18-4.20; and Mr. Andrews, CR 97/22, pp. 33-34, para. 5.5).

Mr. President, the mootness argument is seriously flawed at two levels.

First, the argument is no more than a reformulation of the argument which, in effect, claims that judicial examination of the decisions of political organs is excluded or, at any rate, limited in various ways.

Secondly, the argument is contradicted by the realities of these cases. I have already stressed that the bilateral threats of force have not been validated by Security Council resolutions, and thus there is a temporal dimension to the violations of the Montreal Convention. One of the issues to be looked at at the merits. In other words, even if the resolutions could preclude violations of any kind, which is hardly the case, they would not do so in relation to the period before 31 March 1992.

In this context, there is no evidence that the resolutions are permanent and dispositive in effect. Resolutions may be changed, sanctions may be lifted, political assessments may be modified.

There is no mootness here and no parallels either politically or legally with the situations in the *Northern Cameroons* case or the *Nuclear Tests* cases.

I turn, finally, to the general issue of the examinability of the decisions of the political organs of the United Nations. In this context the United States has complained (in the person of Mr. Matheson) that in the first round I did not cite "any case in which the Court had annulled a decision of the Council or asserted the right to do so" (CR 97/23, p. 27, para. 4.4).

Mr. President, here and elsewhere my opponents miss the point. In each of the cases which I cited in the first round the Court did not proceed by reference to *any* version of provisional examinability or principle of limitation of the judicial function. The decision in the *Nauru* case provides a useful example. This concerned a General Assembly resolution establishing the

independence of the Republic of Nauru. The resolution was dispositive and binding in effect. And yet the Court in that case had absolutely no inhibition, no difficulty, in construing the resolution and in assessing its legal consequences. In the *Admissions* case the same process was applied to a whole class of resolutions of the Security Council.

And so it is in this context that my learned opponents have objected to the invocation of cases involving advisory opinions. They have complained that this is to ignore the distinction between the contentious and advisory jurisdictions (see Professor Zoller, CR 97/19, pp. 41-42, para. 5.11; Lord Hardie, CR 97/22, p. 28, para 3.10; and Mr. Matheson, CR 97/23, p. 27, paras 4.4-4.7).

The difference between the two forms of jurisdiction is not, of course, the issue in this debate. The relevant point is that, *mutatis mutandis*, when the Court is exercising its advisory opinion competence, it makes determinations concerning the legal consequences of the actions of the political organs.

The Court does not stand aside although it has a power to do so. Issues of admissibility may be invoked by the Court in relation to the exercise of its advisory opinion competence, given that the Court has a certain discretion in relation to the provisions of Article 65 of the Statute.

But in the cases I have cited in the first round the Court did not stand aside.

In completing my remarks on this issue I would point out that my learned opponents have not attempted to contradict the views of Sir Gerald Fitzmaurice on the importance and legal character of advisory opinions.

At the end of the day the Court does not avoid making legal assessments of the actions of political organs, whether within its contentious jurisdiction or in relation to its competence to give advisory opinions.

The attitude of the Court is exemplified by the following passage from its Advisory Opinion in the *Admissions* case:

"The political character of an organ cannot release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its powers or criteria for its judgment. To ascertain whether an organ has freedom of choice for its decisions, reference must be made to the terms of its constitution. In this

case, the limits of this freedom are fixed by Article 4 and allow for a wide liberty of appreciation. There is therefore no conflict between the functions of the political organs, on the one hand, and the exhaustive character of the prescribed conditions, on the other.

It has been sought to base on the political responsibilities assumed by the Security Council, in virtue of Article 24 of the Charter, an argument justifying the necessity for according to the Security Council as well as to the General Assembly complete freedom of appreciation in connexion with the admission of new Members. But Article 24, owing to the very general nature of its terms, cannot, in the absence of any provision, affect the special rules for admission which emerge from Article 4." (*I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 57, at p. 64.)

And so Mr. President, Members of the Court, there are no signs of judicial inhibition in that Advisory Opinion. I have now reached my conclusions.

The first is that there is no legal limitation placed upon the function of the Court in examining the legal consequences of resolutions of the political organs. Moreover, no such legal limitation has been recognized in the practice of this Court.

The second conclusion is that there are major issues of merits — I have illustrated a number of them — on the agenda, and that these are in no sense preliminary.

And in this context, the operation of Article 103 does not assist the Respondent States in seeking to impose a principle of subject-matter immunity upon the Court.

And my third conclusion is that the claims of Libya are in no sense moot (*sans objet*).

That concludes my arguments in the second round, Mr. President. I would ask you to give the floor to the Agent of the Libyan Arab Jamahiriya. Thank you.

The ACTING PRESIDENT: Thank you, Professor Brownlie. The Agent of Libya now has the floor.

M. ELHOUDERI : Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

A la fin de nos plaidoiries, et conformément au paragraphe 2 de l'article 60 du Règlement de la Cour, la Libye confirme qu'elle prie la Cour de bien vouloir dire et juger :

— que les exceptions préliminaires présentées par le Royaume-Uni et les Etats-Unis doivent être rejetées et qu'en conséquence :

a) la Cour est compétente pour statuer sur la requête libyenne;

b) cette requête est recevable;

— que la procédure doit être poursuivie quant au fond du différend.

Un texte signé contenant ces conclusions sera communiqué à la Cour.

Monsieur le président, je saisis cette occasion pour vous remercier, ainsi que les membres éminents de cette Cour, pour la patience et l'attention que vous avez bien voulu porter à nos plaidoiries. Je remercie également le Greffe pour son assistance précieuse durant le déroulement de l'affaire. Je saisis cette occasion pour souhaiter un prompt rétablissement pour le juge Kooijmans.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous quittons aujourd'hui cette salle confiants que la Cour arrivera à une décision juste et équitable; nous l'en remercions à l'avance.

Merci Monsieur le Président.

The ACTING PRESIDENT: Thank you, Ambassador Elhouderi. The Court takes note of the Final Submissions that you have read out on behalf of the Libyan Arab Jamahiriya in the two cases. There are two Judges who would like to ask questions of the Parties. I give the floor first to Judge Schwebel.

Judge SCHWEBEL: Thank you. This is a question for Libya on which any observations of the United Kingdom and the United States are invited as well.

Professor Suy argued today that the holding of the Security Council in resolution 748 that Libya's failure to respond to the Council's previous resolution constituted a threat to international peace and security is a holding that is *ultra vires* and a *détournement de pouvoir*. Does this mean that it is the position of Libya that the Court may substitute its judgment as to what constitutes a threat to the peace for the decision of the Security Council as to what constitutes a threat to the peace?

The ACTING PRESIDENT: Thank you, Judge Schwebel. I give the floor now to Judge Koroma who would like to put a question to all Parties.

Judge KOROMA: Thank you Mr. Acting President. This is a question to all the Parties before the Court.

It has been contended during these proceedings that the Court may undertake judicial scrutiny of Security Council resolutions, including those immediately relevant to the matter before the Court. To what extent, if at all, may such scrutiny pass on the validity of those resolutions, or may such scrutiny have the effect of passing on the validity of those resolutions for all purposes?

I appreciate that the Parties have addressed these questions in their pleadings but it may be enlightening for the Parties to draw together and state their ultimate conclusions. Thank you, Mr. Acting President.

The ACTING PRESIDENT: Thank you, Judge Koroma. This brings us to the end of this series of hearings. The Court would be grateful to the Parties if they could provide the Court with answers to the questions now posed within two weeks. Copies of the questions will be provided to the Parties.

I would like to express my heartfelt thanks to the Agents, counsel and advocates of all Parties for the valuable assistance they have given to the Court in the accomplishment of its task. As well as for the courtesy and co-operation they have displayed throughout these proceedings. In accordance with the usual practice, I would ask the Agents to remain at the disposal of the Court for any further information which it might need and, subject to this, I now declare closed the oral proceedings on Preliminary Objections in the cases concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)* and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*. The Court will now withdraw to deliberate. The Agents of the Parties will be notified in due course of the date when the Court will deliver its judgments.

There being no other matters before it today, the Court will now rise.

The Court rose at 12.35 p.m.