

OPINION DISSIDENTE DE SIR ROBERT JENNINGS

[Traduction]

Je regrette profondément de ne pouvoir souscrire à la décision de la majorité des membres de la Cour dans la présente affaire.

Deux questions se posent en l'espèce: celle de la compétence et celle de la recevabilité. Comme je suis d'un avis différent de la majorité sur ces deux questions, je dirai brièvement pourquoi, en commençant par la question de la compétence.

LA COMPÉTENCE

La compétence de la Cour ne peut être établie en l'espèce que si, et dans la mesure où, il est démontré qu'il existe un ou plusieurs différends «concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention» au sens du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner deux éléments: tout d'abord, les demandes formulées par la Libye, non seulement au cours de la présente phase de la procédure mais aussi dans sa requête du 3 mars 1992 introduisant une instance contre le Royaume-Uni — et cela afin de déterminer ce qui serait contesté; et, en second lieu, les dispositions de la convention qui seraient en cause dans le litige. Comme il est fait référence aux dispositions pertinentes de la convention dans les conclusions de la Libye, nous examinerons successivement ces conclusions (ou demandes ainsi que la Libye les qualifie dans sa requête et dans son mémoire). Elles sont au nombre de quatre, la Cour ayant été priée de dire et juger ce qu'il est dit aux alinéas *a)*, *b)*, *c)* et *d)* des conclusions du mémoire de la Libye, comme suit.

a) Que la convention de Montréal s'applique au présent litige

La question que la Cour doit trancher est celle de savoir lequel des éléments des demandes libyennes serait contesté par le Royaume-Uni tout en concernant nécessairement «l'interprétation ou l'application» de la convention de Montréal, établissant ainsi la compétence de la Cour au titre de l'article 14 de la convention. La formulation large de cette conclusion *a)* élude tout simplement la question de savoir quelles dispositions particulières de la convention sont censées être en cause.

La citation du texte intégral de la convention amène également à se demander si les auteurs de cet instrument ont jamais entendu viser les actes de terrorisme qui auraient été commis par des personnes au service d'un gouvernement qui aurait été impliqué lui aussi dans la perpétration de ces actes.

Il convient de noter que cette conclusion *a*) ne figure pas du tout dans la requête introductive d'instance de la Libye. On peut ainsi se demander, maintenant que la Cour a dit qu'elle était dans une certaine mesure compétente, jusqu'à quel point la Libye peut encore essayer de modifier le contenu et la nature de ses demandes en vertu du droit qu'elle s'est réservé «de compléter et modifier s'il y a lieu les présentes conclusions en cours de procédure».

b) *Que la Libye a pleinement satisfait à toutes ses obligations au regard de la convention de Montréal et est fondée à exercer la compétence pénale prévue par cette convention*

Il n'existe à cet égard aucun différend au titre de la convention puisque le Royaume-Uni n'a pas cherché à contester que la Libye a pleinement satisfait à toutes ses obligations au regard de la convention. Aucune disposition de la convention ne s'oppose, en effet, à la demande d'extradition des deux suspects formulée par le Royaume-Uni. Il n'a pas été contesté non plus que, conformément aux termes de la convention de Montréal, la Libye soit fondée à exercer sa propre compétence pénale prévue par cette convention. Le Royaume-Uni a fait cependant valoir en l'espèce que la Libye n'est pas maintenant fondée à exercer cette compétence dans la mesure où cela va à l'encontre des décisions prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte; c'est là une question qui ne se pose pas au titre des dispositions de la convention mais qui concerne l'interprétation ou l'application de la Charte des Nations Unies; prétendre que cette question relèverait du paragraphe 1 de l'article 14 est quelque peu absurde.

c) *Que le Royaume-Uni a violé, et continue de violer, ses obligations juridiques envers la Libye stipulées à l'article 5, paragraphes 2 et 3, à l'article 7, à l'article 8, paragraphes 2 et 3, et à l'article 11 de la convention de Montréal*

Il y a lieu d'examiner successivement chacune de ces dispositions de la convention pour déterminer s'il existe à leur égard un différend qui relèverait de l'article 14 de la convention.

Paragraphe 2 de l'article 5

Aux termes de cet article, tout Etat partie à la convention prend «les mesures nécessaires pour établir sa compétence» au sujet des infractions prévues dans la convention, s'il n'extrade pas l'auteur présumé qui «se trouve sur son territoire».

Cette disposition crée une obligation juridique pour la Libye, comme pour toute les parties à la convention, obligation dont la Libye prétend s'être effectivement acquittée. Il est difficile de comprendre comment on peut soutenir que le Royaume-Uni a violé, et continuerait apparemment

de violer, cette obligation qui incombe à la Libye; et il est encore plus difficile de comprendre ce qui serait en cause dans ce prétendu différend. Le paragraphe 2 de l'article 5 vise la législation et autres mesures que la Libye, en tant qu'Etat partie à la convention, est tenue d'appliquer. Elle prétend l'avoir fait, ce que n'a pas contesté le Royaume-Uni.

Paragraphe 3 de l'article 5

«La présente convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales.»

Il n'y a pas, là non plus l'ombre d'un différend entre les Parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la convention. Cette disposition est très claire et ne prête guère à controverse.

Article 7

Selon cet article:

«L'Etat contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'une des infractions est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et que l'infraction ait ou non été commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave conformément aux lois de cet Etat.»

Il est aussi difficile de comprendre sur la base de quoi on peut prétendre que le Royaume-Uni a violé cet article de la convention.

La demande d'extradition du Royaume-Uni n'est pas contraire à la convention puisque l'extradition constitue l'autre procédure possible envisagée par l'article 7 lui-même. Même si le fait d'insister sur l'extradition plutôt que sur l'exercice de l'action pénale sur le plan interne était contraire à la convention, une plainte à cet égard devrait être alors adressée au Conseil de sécurité et non à certains membres de cet organe. Quoiqu'il en soit, il est difficile de comprendre pourquoi la Libye serait en fait empêchée de poursuivre les deux suspects, alors qu'à ses dires elle serait précisément en train de le faire — avec un retard très curieux.

Conformément à l'article 7 de la convention, la Libye, sur le territoire de laquelle se trouvent les auteurs présumés de l'infraction, est tenue *soit* de les extradier *soit*, si elle ne les extrade pas, de veiller elle-même à engager des poursuites contre eux. Cette dernière possibilité a été écartée par le Conseil de sécurité dans ses résolutions, dont les termes excluent l'option de l'exercice de l'action pénale sur le plan interne (mesure certainement raisonnable puisque l'Etat partie à la convention est accusé d'être lui-même impliqué dans l'infraction). La Libye conteste les effets des résolutions du Conseil de sécurité; il ne s'agit cependant pas dans ce cas d'un différend avec le Royaume-Uni au sujet de la convention mais d'un

différend avec le Conseil de sécurité au sujet de ses résolutions. Ce n'est pas un différend que l'on puisse raisonnablement considérer comme relevant du champ d'application que l'on a voulu donner à l'origine au paragraphe 1 de l'article 14. Ce n'est pas, en effet, un différend qui peut être réglé au regard de l'article 7 ni d'aucune autre disposition de la convention. Le différend véritable concerne la signification et l'applicabilité de la Charte des Nations Unies, pour ce qui est notamment de ses articles 25 et 103, ainsi que la signification et l'application des résolutions 731 (1992), 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité. Vouloir rattacher ce «différend» au paragraphe 1 de l'article 14 de la convention, par le biais de l'article 7, n'est qu'un artifice qui ne devrait pas tromper la Cour. Dans la mesure, cependant, où la Cour semble maintenant accepter cet argument, il convient de ne pas perdre de vue les possibilités multiples qu'il ouvre de recourir à des clauses de compétence ordinaires et courantes des traités bilatéraux pour contrecarrer et retarder les mesures de maintien de la paix du Conseil de sécurité.

Il semble cependant exister certaines divergences de vues entre la Libye et le Royaume-Uni sur la signification et l'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité; mais si, comme la Libye elle-même les interprète, ces résolutions n'exigent pas toutes la remise des suspects, la seconde option prévue à l'article 7 qui permettrait à la Libye de s'acquitter de ses obligations conventionnelles demeure entière.

Il convient de noter à ce stade la manière dont la Cour a, dans son arrêt, tenté de neutraliser les effets des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par le chapitre VII de la Charte. Il est vrai que «les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité ont ... été adoptées après le dépôt de la requête, le 3 mars 1992», et que, «conformément à une jurisprudence constante, si la Cour était compétente à cette date, elle l'est demeurée» (arrêt, par. 38). Mais ce fait n'est pas pertinent. La Cour suppose qu'elle avait, à la date de la requête, compétence pour connaître d'un différend relevant du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention, un différend dont les résolutions considérées auraient tenté de modifier les effets. Or, tel n'est pas le cas. Il ne s'agit pas de savoir si, par ses résolutions, le Conseil de sécurité aurait essayé de soustraire à la Cour une affaire sur laquelle elle avait déjà établi sa compétence, mais de constater qu'il n'y a vraiment jamais eu aucun différend entre les Parties au sujet de la convention de Montréal. Il est vrai que la Libye a vigoureusement remis en question, sous le couvert de la présente procédure, la valeur et la signification juridiques de toutes ces résolutions du Conseil de sécurité; mais il n'existe aucun différend au titre du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention.

Paragraphe 2 et 3 de l'article 8

Dans sa requête, la Libye se réfère au paragraphe 2 de l'article 8, qui dispose:

«Si un Etat contractant qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre Etat contractant avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la latitude de considérer la présente convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne les infractions. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'Etat requis.»

Cependant, dans les conclusions de son mémoire, la Libye se réfère seulement au paragraphe 3 de l'article 8, qui impose l'obligation suivante aux Etats contractants :

«les Etats contractants qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'Etat requis.»

On ne saurait, là aussi, comprendre comment on peut prétendre que le Royaume-Uni continuerait de violer l'une ou l'autre de ces dispositions, et encore moins comment on peut soutenir qu'il y aurait là un différend entre le Royaume-Uni et la Libye sur leur interprétation ou application.

Article 11

Cet article impose aux Etats contractants l'obligation de s'accorder

«l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions. Dans tous les cas, la loi applicable pour l'exécution d'une demande d'entraide est celle de l'Etat requis.»

La Libye prétend que le Royaume-Uni n'a pas fait tout ce qu'il était tenu de faire en matière d'entraide judiciaire conformément à cet article. Il n'y a pas en tout cas de différend sur l'interprétation de la convention ; *se pose* certes la question de savoir si cet instrument est applicable, étant donné la situation nouvelle découlant des résolutions du Conseil de sécurité. Mais là aussi il s'agit d'une question, ou même d'un différend, qui ne saurait être réglé sur la base des dispositions de la convention, sur lesquelles il n'y a pas de véritable différend. Il s'agit d'un différend sur les effets des résolutions, et un tel différend ne saurait être considéré comme relevant de l'article 14 de la convention.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de noter que l'obligation de «s'accorder» (terme qui n'est pas très fort) une entraide en fournissant des informations est restreinte en l'espèce, conformément aux termes mêmes de cet article, par le droit pertinent écossais. En outre, le Royaume-Uni a certainement fourni assez d'informations sur lesquelles la Libye peut valablement s'appuyer pour engager des poursuites contre les suspects si telle est la manière dont elle entend procéder. On peut raisonnablement supposer qu'assez d'informations et d'éléments ont été fournis à la Cour. Il est donc quelque peu fantaisiste de prétendre qu'il pourrait y avoir un dif-

férend entre le Royaume-Uni et la Libye sur l'application de l'article 11 de la convention. En outre, la Libye a soutenu (voir paragraphe 26 du présent arrêt), qu'elle «a exercé sa compétence à l'égard des deux auteurs présumés de l'infraction en vertu de son code pénal et le défendeur ne devrait pas entraver l'exercice de cette compétence». Cela est cependant manifestement incompatible avec la conclusion présentée par la Libye au titre de l'article 11 de la convention, et la Libye ne saurait avoir raison sur ces deux points à la fois. Bien loin de la question de savoir s'il existe un différend au titre de l'article 14, il est très douteux qu'il existe un quelconque différend.

d) Que le Royaume-Uni est juridiquement tenu de respecter le droit de la Libye à ce que cette convention ne soit pas écartée par des moyens qui seraient au demeurant en contradiction avec les principes de la Charte des Nations Unies et du droit international général de caractère impératif qui prohibent l'utilisation de la force et la violation de la souveraineté, de l'intégrité territoriale, de l'égalité souveraine des Etats et de leur indépendance politique

Il est intéressant de noter comment la Libye a, pour arriver au texte de cette conclusion, tel qu'il figure dans son mémoire, modifié la conclusion correspondante contenue dans sa requête (en tant que conclusion *c*), telle que reproduite dans l'ordonnance de la Cour du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 7). Initialement, la Libye avait prié la Cour de dire et juger que le Royaume-Uni

«est juridiquement tenu de mettre fin et de renoncer immédiatement à ces violations et à toute forme de recours à la force ou à la menace contre la Libye, y compris la menace de recourir à la force contre la Libye, ainsi qu'à toute violation de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de la Libye».

Dans la dernière version de cette conclusion, le mot «immédiatement» a disparu. On a jugé sans doute qu'il était impropre après plus de cinq ans de paix continue avec le Royaume-Uni. On peut ici aussi se poser la question de savoir jusqu'à quel point un Etat, en se réservant tout simplement «le droit de compléter et modifier» ses conclusions, peut modifier à son gré, au fur et à mesure de la procédure, la base même de son argumentation formulée dans sa requête initiale, sans solliciter au moins l'agrément de la Cour.

Le changement le plus mûrement réfléchi a été cependant sans aucun doute l'introduction du concept concernant le «droit de la Libye à ce que cette convention [à savoir la convention de Montréal] ne soit pas écartée par des moyens...» Cette idée vise manifestement à indiquer que le fait d'écartier la convention ferait relever le différend de la rubrique «application» de la convention, selon l'énoncé du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention qui fonde la compétence.

Cet ajout peut suggérer cela sans pourtant l'établir, selon moi. La mise

à l'«écart» de certaines parties du régime seulement de la convention, si tant est qu'il y en ait eu une, résulte des résolutions du Conseil de sécurité. Tout différend sur la question de savoir si la convention a été ou non «écartée» opposerait ainsi la Libye au Conseil de sécurité et non pas au Royaume-Uni, et ce différend ne saurait être considéré comme relevant du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention.

Pour toutes les raisons susmentionnées, la Cour n'a pas, selon moi, compétence pour connaître du présent différend. Mais avant d'achever mon analyse de la question de compétence, je souhaiterais formuler un dernier commentaire. J'estime en effet quelque peu spécieux les arguments que formule le demandeur pour essayer de faire relever, d'une manière ou d'une autre, ou plutôt n'importe comment, cette question concernant essentiellement le Conseil de sécurité du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention. Ces arguments, intelligents et même ingénieux, ont brillamment réussi à provoquer un retard de plus de cinq ans, ce qui était sans doute le but principalement recherché. Toute cette tentative est cependant extrêmement artificielle. Elle a été conçue de manière à séduire les tenants de l'esprit juridique, mais je suis convaincu que parmi les non-initiés les plus intelligents ne s'y arrêteraient pas longtemps. Il est certes paradoxal que la clause juridictionnelle d'une convention ayant essentiellement pour objet de lutter contre les actes de terrorisme international dirigés contre l'aviation civile soit ainsi utilisée avec succès pour protéger des individus accusés d'avoir perpétré de tels actes de terrorisme et qui sont en même temps des nationaux et des agents d'un Etat qui aurait participé lui-même à ces actes. Il semble extraordinaire d'interpréter la convention de manière à ce qu'un Etat, qui aurait participé lui-même à un acte terroriste, ait lui seul le droit de poursuivre ses propres agents de renseignement qui auraient commis l'acte criminel. Cela ne va pas seulement directement à l'encontre de l'objet de la convention, mais constitue aussi un défi au bon sens. Je ne peux que regretter profondément que la Cour se soit laissé abuser par les séduisants arguments qui lui ont été présentés.

LA QUESTION DE LA RECEVABILITÉ

Si la Cour avait adopté, s'agissant de la question de la compétence, la position que j'estime être à la fois la plus justifiée et la plus sage, elle n'aurait pas dû entrer dans son arrêt sur le terrain plutôt moins solide de la recevabilité. Mais la position qu'elle a adoptée m'oblige à aborder cette question.

Avant de passer aux aspects principaux de la thèse de la recevabilité, je voudrais d'abord examiner le paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour, disposition de portée étroite, technique, mais au premier abord source de perplexité, qui, dans une sous-section intitulée «Exceptions préliminaires», prévoit ce qui suit :

«7. La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette

exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure.»

Ce sont les mots «caractère exclusivement préliminaire» qui laissent perplexes dans cette disposition. Chacun sait qu'ils ont été ajoutés en réaction à ce qui s'était passé dans les affaires du *Sud-Ouest africain* de 1966 (C.I.J. Recueil 1966, p. 6) et dans celle de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (C.I.J. Recueil 1970, p. 3). Mais vouloir se prémunir contre une jurisprudence fâcheuse engendre de mauvaises règles de droit. Et, malheureusement, il n'est pas aisé de trouver une exception préliminaire dont on peut absolument dire qu'elle a un caractère exclusivement préliminaire. Même la question de la compétence, habituellement considérée comme revêtant indubitablement un caractère préliminaire exige, probablement le plus souvent, de s'aventurer dans une certaine mesure sur le terrain du fond, comme cela a d'ailleurs été le cas en l'espèce.

Les questions de recevabilité, d'absence d'objet et autres questions analogues dans la présente affaire ont amené les deux Parties — cela a certainement été le cas dans leur argumentation — à entrer très largement sur le terrain du fond de l'affaire. On doit donc se demander s'il est possible de donner une réponse très simple à l'exception préliminaire en décidant qu'elle ne revêt pas un caractère «exclusivement» préliminaire, encore qu'il soit intéressant de relever que la Libye était loin de se contenter d'invoquer cette possibilité.

Aussi est-il raisonnable de s'interroger sur les raisons qui incitent à considérer certaines exceptions comme préliminaires. Après tout, toutes les juridictions le font automatiquement. La raison doit certainement tenir au fait que certains moyens de défense aboutissent, s'ils sont retenus, au classement immédiat de toute l'affaire si bien qu'il n'est pas alors nécessaire de «fixe[r] les délais pour la suite de la procédure». Le bon sens exige donc qu'on examine d'abord ces questions à titre d'«exceptions préliminaires».

Mais qu'en est-il de l'utilisation de l'adverbe «exclusivement» — mot fort — au paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour? Le terme heureusement n'y est pas utilisé de façon inconditionnelle. Sa portée est limitée par le membre de phrase «n'a pas *dans les circonstances de l'espèce* un caractère exclusivement préliminaire» (les italiques sont de moi). Il semble dès lors raisonnable d'interpréter les mots «caractère exclusivement préliminaire» comme qualifiant la qualité de ces moyens de défense invoqués dans une affaire donnée qui, s'ils sont retenus, marquent la fin de l'affaire et écartent ainsi effectivement la possibilité d'un examen au fond.

Il semblerait que les deux Parties aient accepté tacitement cette façon de voir en l'espèce, car ces très larges incursions sur le terrain du fond lors

de la procédure orale indiquent que ce moyen d'irrecevabilité ne revêt pas un caractère exclusivement préliminaire que ce soit dans un sens littéral ou absolu, mais il aurait été mis fin à l'instance si la Cour avait conclu à l'irrecevabilité.

Il faut donc, en abordant la question de recevabilité, examiner le sens des mots «caractère exclusivement préliminaire», car s'il est manifestement tentant d'écarter l'argument relatif à la recevabilité en décidant que l'exception d'irrecevabilité ne revêt pas un caractère «exclusivement» préliminaire, cette solution nous fait courir le risque de voir cette réponse utilisée contre à peu près n'importe quelle partie à une affaire qui désire soulever une exception préliminaire d'incompétence.

On pourrait certes faire valoir en revanche que, si un moyen est si intimement lié au fond comme le demandeur en l'espèce semble manifestement le penser, il conviendrait peut-être alors d'examiner le moyen relatif à la recevabilité à l'occasion du débat exhaustif sur le fond. Mais lorsque la Cour a accepté de statuer sur l'exception préliminaire et l'a examinée, cet argument va à l'encontre du but recherché. Je ne peux donc pour ces motifs suivre la Cour et invoquer le texte du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement pour écarter ces exceptions préliminaires, que ce soit à la compétence ou à la recevabilité, en me fondant sur ce motif très légaliste et juridiquement douteux.

* *

Nous pouvons passer maintenant à l'examen de la décision de la Cour sur le fond même du moyen relatif à la recevabilité.

C'est à juste titre que la Cour dit que le principal argument présenté par le Royaume-Uni est le suivant :

«la ou les questions en litige entre elle-même [la Libye] et le Royaume-Uni [sont] maintenant réglée[s] par les décisions que le Conseil de sécurité a prises en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et qui lient les deux parties, et ... les résolutions adoptées priment, conformément à l'article 103 de la Charte, en cas de conflit entre ce qu'elles exigent et les droits ou obligations qui découleraient de la convention de Montréal» (voir paragraphe 41 de l'arrêt).

Pour répondre à cette exception, la Cour, en plus d'invoquer l'article 79 du Règlement ainsi qu'il est dit ci-dessus, tire argument de la décision qu'elle a rendue dans l'affaire relative aux *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité (C.I.J. Recueil 1988, p. 95, par. 66), où il est dit que «[l]a date critique à retenir pour déterminer la recevabilité d'une requête est celle de son dépôt». Et il est évidemment exact que les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII l'ont été après la date d'introduction de la requête libyenne en l'espèce. La Cour juge cette situation définitive et rejette sur ce fondement le moyen invoqué par le Royaume-Uni à cet égard.

Il est toutefois important de relever que la portée du passage cité par la Cour dans l'affaire relative à des *Actions armées* est limitée par la suite du paragraphe où il est dit ce qui suit :

«Il peut toutefois être nécessaire, pour déterminer avec certitude quelle était la situation à la date du dépôt de la requête, d'examiner les événements, et en particulier les relations entre les parties, pendant une période antérieure à cette date, voire pendant la période qui a suivi. En outre, il se peut que des événements privent ensuite la requête de son objet ou qu'ils prennent même une tournure telle qu'une nouvelle requête ne pourrait par la suite être déposée dans des termes analogues.» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 95, par. 66.)

Il ressort de l'arrêt en l'espèce que la Cour considère la règle de la date critique du dépôt de la requête comme généralement déterminante en matière de recevabilité. Elle ne réussit d'ailleurs qu'à éviter de justesse un raisonnement circulaire en définissant l'exception même d'irrecevabilité en fonction de cette règle de la date critique. De sorte qu'il semble que la façon d'éviter de se prendre au piège de cette règle est de soulever un moyen qui ne saurait être considéré comme touchant à la «recevabilité» ou qui n'est en tout cas pas ainsi qualifié.

Mais la décision de la Cour d'appliquer cette règle à l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Royaume-Uni vient se heurter selon moi à un solide argument de fond. Force est de se demander si la Cour a pleinement considéré et pesé la gravité d'une décision de soumettre à la règle de la date critique du dépôt de la demande une exception d'irrecevabilité spécifiquement fondée sur une décision prise par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII et portant sur les opérations de maintien de la paix qu'il entreprend. Il faut toujours avoir à l'esprit d'autres affaires qui pourraient être introduites à l'avenir. La décision de la Cour a pour effet pratique d'offrir un moyen de retarder ou de contrecarrer les décisions prises par le Conseil de sécurité en sa qualité d'organe chargé du maintien de la paix, voire d'entraîner une modification majeure du mécanisme juridique et politique de la Charte des Nations Unies que la Cour elle-même, en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation est chargée — on aurait pu le supposer — d'énoncer, d'expliquer et de protéger.

Il faut toutefois aussi se pencher sur une autre partie de l'arrêt concernant l'exception d'irrecevabilité: c'est la suite qui a été effectivement réservée à la position de repli du Royaume-Uni, à savoir que les résolutions du Conseil de sécurité «ont privé» l'affaire «d'objet», l'ont rendue «sans objet», ou qu'«il n'y a pas d'affaire» du fait de ces résolutions, expressions utilisées pour qualifier cette exception particulière. Pour la Cour, il ne s'agit plus là d'une question de «recevabilité» et la règle de la date critique du dépôt de la requête ne s'applique donc pas, quoique le

raisonnement suivi dans l'arrêt est loin d'apporter une réponse claire à la question de savoir si la règle peut tout aussi bien être inversée: il ne s'agit pas d'une question de recevabilité *parce qu'*elle n'est pas assujettie à cette date critique.

La Cour aboutit toutefois à la même conclusion qu'auparavant en appliquant maintenant une autre considération toute aussi artificielle et légaliste: l'interprétation stricte, littérale ou absolue du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement, que nous venons d'examiner. Il convient toutefois d'ajouter que la conclusion de la Cour sur ce point, qui n'est réellement et fondamentalement qu'une autre façon de présenter la thèse de l'irrecevabilité, peut donner lieu aux mêmes objections graves que celles qui ont été formulées plus haut à l'encontre de la décision de la Cour relative à la recevabilité. Il semble pour le moins regrettable de statuer sur une exception préliminaire mettant en cause la viabilité des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux opérations de maintien de la paix sur la base d'un argument légaliste reposant non pas sur la Charte des Nations Unies mais sur l'interprétation d'un adjectif prêtant quelque peu à controverse — «exclusivement» — à l'article 79 du Règlement de la Cour.

* *

La présente affaire soulève aussi la question d'un principe fondamental extrêmement important qui a été mentionné dans les argumentations des Parties, mais que le présent arrêt s'ingénie à éviter: le rapport entre les compétences respectives du Conseil de sécurité et de la Cour internationale de Justice en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies». Il ne fait aucun doute dans l'arrêt de la Cour que celle-ci a reporté l'examen de cette question au stade du fond. Il semble toutefois indiqué d'exposer dans la présente opinion mon propre point de vue sur cette question qui sert de toile de fond dans chaque phase de la présente affaire, y compris celle de la demande en indication de mesures conservatoires en 1992.

Dans tout système de gouvernement, il y a des organes politiques qui prennent des décisions sur le fondement de ce que l'on peut qualifier de façon large de raisons politiques et il y a des tribunaux et d'autres organes judiciaires qui prennent des décisions sur le fondement de l'interprétation et de l'application de règles de droit. Ces deux types de décisions sont nécessaires dans toute société civilisée régie par le principe de la primauté du droit. On ne saurait affirmer que l'un de ces genres de décisions est en lui-même supérieur à l'autre; ils devraient plutôt être complémentaires.

Or il peut arriver que ces différents types d'organes, politiques et judiciaires, soient appelés à traiter du même sujet ou de différents aspects du même sujet. Comment doit s'ordonner la relation entre les deux organes différents et entre leurs décisions respectives? Dans une société où règne l'Etat de droit, ce sont les principes et règles applicables du droit consti-

tutionnel et administratif qui régissent cette relation. C'est précisément la mission d'une cour de justice d'appliquer ces principes et règles et c'est ce qui s'est d'ailleurs produit dans la présente affaire. Aussi la tâche de la Cour en l'espèce est-elle selon moi d'appliquer simplement le droit international.

Le premier principe du droit applicable est celui-ci: tous les pouvoirs discrétionnaires exercés à l'occasion d'un mécanisme légitime de prise de décisions procèdent nécessairement du droit et sont donc régis et restreints par celui-ci. Il doit en être ainsi ne fût-ce que parce que c'est de lui que ces décisions tirent leur seule autorité. On ne saurait logiquement prétendre représenter le pouvoir et l'autorité du droit et prétendre simultanément être au-dessus de celui-ci.

Qu'il en soit ainsi du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies ressort clairement des termes du paragraphe 2 de l'article 24 de la Charte:

«2. Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis au chapitres VI, VII, VIII et XII.»

J'approuve dès lors entièrement la thèse de la Libye selon laquelle les décisions et les mesures prises par le Conseil de sécurité ne sauraient nullement être considérées comme bénéficiant d'une sorte d'«immunité» les mettant à l'abri de la juridiction de l'organe judiciaire principal des Nations Unies, quoique je devrais peut-être ajouter que le Royaume-Uni n'a jamais avancé un tel argument.

Dans ce genre de situation, il me semble que la Cour est tenue, conformément à la Charte, de toujours agir en qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies». En bref, la Cour doit mettre en œuvre et appliquer le droit. Ce qui entraîne l'obligation de tenir compte du droit applicable des Nations Unies et notamment de tenir pleinement compte des articles 24, 25, 28, 39, 48 et 103 de la Charte des Nations Unies. Et donc de déclarer, d'interpréter, d'appliquer et de protéger le droit des Nations Unies tel qu'il est énoncé en des termes dépourvus d'ambiguïté dans la Charte.

Aussi, donc, lorsque le Conseil de sécurité, exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 39 de la Charte, constate l'existence, comme dans la présente affaire, d'une «menace contre la paix», il n'appartient pas à l'organe judiciaire principal des Nations Unies de contester cette décision et encore moins de substituer sa propre décision à celle du Conseil, mais d'indiquer le sens et l'intention manifestes de l'article 39 et de *protéger* l'exercice que fait le Conseil de sécurité de ce pouvoir et de cette obligation que le droit lui reconnaît et de protéger l'exercice du pouvoir discrétionnaire de celui-ci de «décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions».

En outre, lorsqu'il a décidé d'exercer les pouvoirs qu'il tient du chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité «a adopté au sujet de certaines questions liées à la catastrophe de Lockerbie des décisions ayant force obligatoire» (*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), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, p. 26, opinion individuelle de M. Lachs). Cela est indubitable car c'est ce que prévoit l'article 25 de la Charte. De plus il s'agit là d'une compétence raisonnable et nécessaire exercée par un organe auquel a été conféré «la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales» (art. 24), et ce précisément «[a]fin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation».

Les commentateurs ont parfois envisagé la possibilité de l'exercice d'une sorte de pouvoir de «contrôle judiciaire» par la Cour internationale de Justice bien qu'il y ait lieu de rappeler que la Cour elle-même a nié posséder une tel pouvoir dans l'affaire de la Namibie (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 45, par. 89). Il va de soi que se posent forcément de nombreuses questions difficiles qui n'ont pas encore trouvé de solution juridique lorsque des organes tels que la Cour et d'autres organes des Nations Unies se trouvent appelés à exercer ce qu'on a qualifié à bon escient de «fonctions parallèles» (voir l'article riche d'enseignements de M. Skubiszewski intitulé «The International Court of Justice and the Security Council», dans *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1996, à la page 606).

L'absence d'un pouvoir de contrôle judiciaire sur les décisions prises par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII de la Charte ne découle pas simplement de ce passage tiré de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la Namibie. Ce sont les dispositions de la Charte elle-même qui prévoient qu'il en est ainsi. De plus il ressort à l'évidence des actes de la conférence de San Francisco qu'il avait été proposé d'instaurer un pouvoir de contrôle judiciaire mais que cette proposition avait été rejetée par la conférence de rédaction. La Cour n'est pas un organe de revision, elle ne peut substituer son propre pouvoir d'appréciation à celui du Conseil de sécurité. Elle ne serait pas non plus à mon avis l'organe approprié pour agir ainsi et le système judiciaire contradictoire ne convient pas non plus à la prise de décisions politiques.

Aussi la situation juridique est-elle très claire pour moi. La fonction de l'organe judiciaire principal des Nations Unies est d'appliquer le droit énoncé dans la Charte des Nations Unies. La responsabilité principale du maintien de la paix est conférée au Conseil de sécurité dont les décisions prises en vertu du chapitre VII sont des décisions obligatoires que tous les Membres des Nations Unies sont convenus d'appliquer et l'article 103 prévoit que les obligations en vertu de la Charte prévaudront en cas de «conflit» entre ces obligations.

Le droit de la Charte est le droit que la Cour devrait avant tout respecter et appliquer en l'espèce. La Cour ne devrait pas se laisser convaincre d'adopter une autre solution par une argumentation habile et subtile qui semble avoir remarquablement réussi à la persuader d'oublier le fait cardinal qu'il s'agit d'une affaire où le gouvernement demandeur serait impliqué dans l'acte terroriste incriminé et qu'il s'agit d'une situation que la convention de Montréal ne vise même pas à traiter.

* *

Mais un problème subsiste. Bon nombre de ces questions qui se posent au regard de la recevabilité présentent aussi un grand intérêt pour le fond. De fait, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, la plupart de ces questions sinon toutes seront certainement assez longuement traitées dans les argumentations qui seront développées lors de la phase du fond. Aussi — abstraction faite des difficultés découlant des maladroites de rédaction du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement — n'y aurait-il pas eu lieu de dire un mot sur le report à la phase du fond de l'examen de toutes ces questions soulevées relativement à la recevabilité, ce que d'ailleurs a décidé la majorité de la Cour?

La Cour aurait dû, selon moi, statuer sur toutes ces questions à ce stade préliminaire de la procédure. En premier lieu, parce que, comme il a été mentionné plus haut, le droit applicable est incontestable et il est vrai aussi que la Cour a déjà examiné toutes ces questions sur lesquelles le gouvernement demandeur s'est très longuement étendu en 1992 ainsi qu'au cours des deux semaines d'audience lors de la phase actuelle. Mais la raison principale, qui revêt pour moi une grande importance théorique et pratique, est celle que je ne saurais mieux exprimer qu'en citant l'opinion individuelle de M. Lachs jointe à l'ordonnance de la Cour du 14 avril 1992 (voir *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), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 26). Traitant des «problèmes de compétence concurrente entre la Cour et un autre des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies», il a poursuivi en ces termes:

«En fait, la Cour est la gardienne de la légalité pour la communauté internationale dans son ensemble, tant à l'intérieur qu'en dehors du cadre de l'Organisation des Nations Unies. L'on peut donc légitimement supposer que l'intention des fondateurs n'était pas d'encourager ces organes à exercer leur fonction parallèlement comme avec des œillères, mais plutôt d'avoir entre eux une interaction fructueuse.»

Le fait que la Cour ait laissé se poursuivre une procédure qui risque de durer six à sept ans, en trois phases distinctes, portant sur l'effet juridique des résolutions prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII

de la Charte, pourrait donner à penser qu'on est loin d'une «interaction fructueuse».

De surcroît, il faut également penser à l'effet de cette décision sur d'autres affaires éventuelles. Il existe d'autres conventions multilatérales, outre celle de Montréal, qui pourraient donner matière à un litige embarrassant concernant des mesures prises par les Nations Unies pour maintenir ou rétablir la paix. Ce risque n'est d'ailleurs pas limité tant s'en faut aux conventions de sanction de l'Organisation des Nations Unies le recours éventuel aux traités d'amitié et de commerce et à leurs clauses juridictionnelles une fois que le sens et l'effet de l'article 103 de la Charte sont mis en cause. La décision de la Cour en l'espèce constitue un *vade mecum* et un précédent pour tous ceux qui pourraient souhaiter retarder l'action de l'Organisation des Nations Unies par un foisonnement de manœuvres légalistes. Il y a d'autres conventions, outre celle de Montréal, qui pourraient se prêter dans d'autres circonstances et à l'avenir à un usage pareillement légaliste et politiquement avantageux pour tenir le Conseil de sécurité en échec dans l'exercice des fonctions que lui confie la Charte et il convient de se rappeler que le Conseil de sécurité peut être tenu d'agir très rapidement dans certaines circonstances. Cette éventualité a évidemment été prévue par les rédacteurs de la Charte lorsqu'ils ont élaboré l'article 103 en ayant à l'esprit ces éventualités.

Pour toutes ces raisons, j'estime que la Cour, étant donné qu'elle a été convaincue de sa compétence, aurait certainement dû conclure à l'irrecevabilité de la demande. Je regrette infiniment une décision qui, replacée dans un cadre général faisant abstraction des circonstances particulières de l'espèce, me semble être une décision peu judicieuse de la part de la Cour.

(Signé) R. Y. JENNINGS.