

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



**USAGE ET ABUS DU DROIT DE RECOURIR AUX ORGANES DE
L'O.N.U. DANS L'AFFAIRE DE L'INCIDENT AÉRIEN DE
LOCKERBIE**

Olivier Corten

Volume 8, Number 2, 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100885ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100885ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Corten, O. (1993). USAGE ET ABUS DU DROIT DE RECOURIR AUX ORGANES DE L'O.N.U. DANS L'AFFAIRE DE L'INCIDENT AÉRIEN DE LOCKERBIE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 8(2), 166–183.
<https://doi.org/10.7202/1100885ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1993

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

USAGE ET ABUS DU DROIT DE RECOURIR AUX ORGANES DE L'O.N.U. DANS L'AFFAIRE DE L'INCIDENT AÉRIEN DE LOCKERBIE*

Olivier CORTEN **

I. LES DONNÉES DE FAIT ET DE DROIT

- A. Un différend politique de la compétence du Conseil de sécurité
- B. Un différend juridique de la compétence de la Cour internationale de Justice

II. LA RÉSOLUTION 748 DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

- A. Les problèmes de fond soulevés par la résolution 748
- B. Les problèmes de procédure soulevés par la résolution 748

III. LES ORDONNANCES DE LA COUR DU 14 AVRIL 1992

- A. La Cour n'a pas abusé de ses pouvoirs en refusant d'indiquer des mesures conservatoires
- B. La Cour n'aurait pas abusé de ses pouvoirs en indiquant des mesures conservatoires
 - 1. Les conditions généralement requises
 - 2. La compatibilité de la résolution 748 avec les mesures conservatoires requises

1. Lorsque la Libye a introduit, le 3 mars 1992, deux requêtes contre les États-Unis et le Royaume-Uni devant la Cour internationale de Justice, cet État avait toutes les raisons de se montrer optimiste. Certes, le Conseil de sécurité était à ce moment saisi du différend et avait déjà adopté une résolution demandant notamment à la Libye de collaborer aux enquêtes américaine et britannique portant sur l'attentat de Lockerbie¹. Cependant, cette circonstance n'empêchait *a priori* nullement la Cour d'exercer sa fonction judiciaire.

La Cour avait, dans un passé récent, traité de plusieurs affaires pendantes devant le Conseil². En 1980, les États-Unis avaient eux-mêmes saisi à la fois celui-ci et celle-là pour traiter de la prise d'otages de ses diplomates à Téhéran, et avaient obtenu des décisions favorables de ces deux instances³. De 1984 à 1986, la Cour avait par ailleurs, sur requête du Nicaragua, rendu plusieurs décisions défavorables aux États-Unis alors que le Conseil de sécurité avait été à plusieurs reprises saisi de la question⁴. Cette dernière affaire était de nature à donner confiance aux États les plus faibles en vertu d'une instance judiciaire qui ne s'était point sentie impressionnée par la plus grande puissance de la planète, membre permanent du Conseil de sécurité. Il est vrai que les États-Unis, aujourd'hui prompt à invoquer le droit international comme code de conduite des relations internationales, avaient refusé — dans l'indifférence générale des médias — d'appliquer l'arrêt de la Cour, pourtant obligatoire aux termes de la Charte⁵. Il n'en reste pas

moins que la Cour pouvait être perçue comme un organe relativement impartial fournissant une arme juridique aux États faibles pour s'opposer à la politique de force des grandes puissances.

2. Les circonstances du différend opposant la Libye aux États-Unis et au Royaume-Uni étaient cependant inédites dans la mesure où le Conseil de sécurité adoptait lui-même une position manifestement dirigée contre l'État demandeur. Dans l'Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire américain à Téhéran*, tel n'était pas le cas, les États-Unis ayant demandé aux deux instances d'agir dans le même sens⁶. Quant à l'Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, elle se distinguait par la circonstance que l'activité du Conseil de sécurité était bloquée par les États-Unis, qui opposaient leur veto à une résolution condamnant leur propre politique de force, ou l'Union soviétique et la Chine, qui empêchaient Washington d'utiliser le Conseil pour « légaliser » cette politique⁷.

Pour donner suite aux deux requêtes libyennes, la Cour était donc appelée, pour la première fois de son histoire⁸, à adopter une position entrant en contradiction avec celle du Conseil⁹. Celui-ci était par ailleurs confronté, pour la première fois également, au risque d'agir de manière inconciliable avec l'organe judiciaire.

3. On sait de quelle manière ce problème a été finalement résolu. Le 31 mars 1992, le Conseil de sécurité a pris une résolution enjoignant la Libye à satisfaire aux demandes occidentales en prévoyant en cas de refus l'établissement d'un embargo aérien et militaire le 15 avril¹⁰. La veille de cette échéance, la Cour a refusé d'indiquer des mesures conservatoires demandées par la Libye, tant à l'égard des États-Unis que de la Grande-Bretagne, en invoquant expressément la résolution 748 du Conseil de sécurité.

* La terminologie est celle reprise par la Cour, qui a rendu, le 14 avril 1992, deux ordonnances dans l'« Affaire relative à des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal résultant de l'Incident aérien de Lockerbie ».

** Maître de conférence à la Faculté de Droit de l'Université libre de Bruxelles. Ce texte a été rédigé en mai 1992.

1 C.S.Rés. 731 (1992), Doc. Off. C.S., 47^e année, à la p. 54, Doc. N.U. S/INF/48 (1992).

2 On ajoutera aux deux cas mentionnés l'Affaire du Plateau Continental de la Mer Égée, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1976, à la p. 3 [ci-après l'Affaire de la Mer Égée].

3 Affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1979, p. 7 [ci-après Affaire du Personnel diplomatique] et C.S. Rés. 457 (1979), Doc. Off. C.S., 34^e année, p. 23, Doc. N.U. S/INF/35 (1979). Voir à ce sujet J. SZTUCKI, *Interim Measures in the Hague Court*, Deventer, Kluwer, 1983, à la p. 55 et ss..

4 Voir notamment l'Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C.I.J. Recueil 1984, p. 392 [ci-après Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua].

5 Voir à ce sujet la résolution de l'Assemblée générale appelant à l'application de l'arrêt: *Judgement of International Court of Justice of 27 June 1986 concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua: need for immediate compliance*, A.G. Rés. 41/31, Doc. off. A.G., 41^e session, *supra*, n°53, à la p. 23, Doc. N.U.A/41/53 (1986).

6 Voir C.G. WEERAMANTRY (opinion dissidente), Affaire relative à des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1992, p. 3 [ci-après l'Affaire de l'Incident aérien]. Il faut ajouter le précédent de l'Affaire de la Mer Égée, *supra* note 2.

7 Les seules résolutions prises par le Conseil de sécurité ne consistent qu'à se féliciter de l'avancement du processus de paix, notamment dans le cadre de Contadora; voir notamment C.S. Rés. 530 (1983) Doc. off. C.S., 38^e année, p. 10, Doc. N.U.S/INF/39 (1983) adoptée à l'unanimité.

8 Comme le remarque le juge Ajibola, dans les trois cas précités, « the Court and the Security Council exercised mutual or in fact "symbiotic" powers and functions »; opinion dissidente, Affaire de l'Incident aérien, *supra*, note 6, à la p. 78.

9 Voy. M. BEDJAOUI, Affaire de l'Incident aérien, *supra*, note 6, à la p. 33 et M. SHAHABUDEEN, opinion individuelle, à la p. 28.

10 C.S. Rés. 748 (1992), Doc. Off. C.S., 47^e année, p. 55, Doc. N.U. S/INF/48 (1992).

Le Conseil de sécurité a-t-il interféré dans la sphère de compétences de la C.I.J.? La Cour pouvait-elle satisfaire les requêtes libyennes sans outrepasser ses pouvoirs? L'objet de cette étude sera de répondre à ces interrogations.

Pour y parvenir, il est nécessaire, avant d'analyser la résolution du Conseil de sécurité (II) et les deux ordonnances de la Cour (III), de rappeler les données de fait et de droit sur lesquelles sont venues se greffer ces deux instruments (I).

I. Les données de fait et de droit

4. Comme nous l'exposons en introduction de cet article, le différend opposant les États-Unis et la Grande-Bretagne à la Libye a fait l'objet de deux recours parallèles, le premier s'adressant au Conseil de sécurité, le seconde à la Cour internationale de Justice. Il existait donc *a priori* des chevauchements possibles entre les actions respectives de ces instances.

En théorie, la répartition des compétences entre les deux seuls organes de l'O.N.U. habilités à édicter des décisions obligatoires pour leurs destinataires ne pose cependant pas de problèmes particuliers. Aux termes de la Charte, le Conseil de sécurité a « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales » (article 24 § 1), tandis que « la C.I.J. constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies » (article 92 et article 1^{er} du Statut). Le Conseil est donc compétent pour juger des différends d'ordre politique, sans être subordonné à un autre organe. De même, la Cour est compétente pour juger des différends d'ordre juridique, à titre principal également.

Conformément à ces principes, le Conseil de sécurité était compétent pour trancher le différend politique entre la Libye et les États-Unis et le Royaume-Uni, la Cour se réservant le droit de juger le différend de nature juridique.

A. Un différend politique de la compétence du Conseil de sécurité

5. Le différend politique entre la Libye et les États-Unis ne date pas d'hier. Il y a plusieurs années que Washington accuse Tripoli d'être un des États qui soutiennent et encouragent le terrorisme international.

Dès le début des années 1980, l'hostilité entre les États s'était traduite par des manœuvres incessantes de la VI^e flotte américaine en Méditerranée, et particulièrement dans le golfe de Syrte revendiqué par la Libye en tant que baie historique¹¹. Tripoli avait saisi à plusieurs reprises le Conseil de sécurité de la question¹², sans qu'aucune résolution ne soit adoptée.

En avril 1986, une étape supplémentaire était franchie avec le recours à la force de l'aviation américaine¹³ qui, bombardant plusieurs villes libyennes, avait causé la mort de plusieurs dizaines de

personnes, civiles pour la plupart¹⁴. Cette action répondait officiellement à la participation des services secrets libyens à l'attentat de la discothèque de Berlin, participation dont les autorités américaines affirmaient détenir des preuves formelles et concluantes¹⁵. Le Conseil de sécurité bloqué par l'exercice du droit de veto de certains de ses membres¹⁶, l'Assemblée générale réagissait le 20 novembre 1986 en adoptant une résolution par laquelle

« [...] *Profondément préoccupée* par les menaces et les provocations agressives, ainsi que par l'imposition de sanctions économiques et culturelles générales, y compris le gel d'avoirs et de biens, contre la Jamahiriya arabe libyenne,

Profondément préoccupée aussi par la série de campagnes de désinformation menée contre la Jamahiriya arabe libyenne, [...] elle]

1. *Condamne* l'attaque militaire perpétrée le 15 avril 1986 contre la Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste, qui constitue une violation de la *Charte des Nations Unies* et du droit international;

2. *Demande* à cet égard au Gouvernement des États-Unis d'Amérique de ne pas recourir à l'emploi ou à la menace de la force pour le règlement de litiges et différends avec la Jamahiriya arabe libyenne et de recourir à des moyens pacifiques, conformément à la *Charte des Nations Unies*;

3. *Demande* de s'abstenir de fournir une aide ou des facilités quelles qu'elles soient pour la perpétration d'actes d'agression contre la Jamahiriya arabe libyenne;

4. *Affirme* que la Jamahiriya arabe libyenne a droit à une indemnisation appropriée pour les pertes en vies humaines et matérielles qu'elle a subies [...]. »¹⁷

La Libye attend toujours l'indemnisation à laquelle elle a droit. Quant aux autres souhaits formulés, les événements récents montrent le manque d'écho qu'ils ont suscité. Par ailleurs, il est apparu depuis 1986 que, non seulement aucune preuve n'avait jamais été produite démontrant la participation de cet État à l'attentat de la discothèque de Berlin¹⁸, mais d'autres pistes — se dirigeant vers la Syrie notamment — étaient de plus en plus fréquemment évoquées¹⁹.

14 L'opération aurait fait 37 morts, dont 36 civils; C. ROUSSEAU, *loc. cit.*, *supra*, à la p. 982.

15 Voir notamment la Déclaration à la nation américaine du président Reagan du 14 avril 1986, « U.S. Exercises Right of Self-Defense against Libyan Terrorism » (1986) 2111 *Department of State Bulletin* 1. Voir S. REGOURD « Raids "antiterroristes" et développement récent des atteintes illicites au principe de non-intervention » (1986) XXXII *A.F.D.I.*, p. 79.

16 L'U.R.S.S. et Malte avaient saisi le Conseil de sécurité dès les 25 et 26 mars 1986 à la suite d'une tension entre les États-Unis et la Libye pour qu'il traite de la situation en Méditerranée orientale; voir Doc. off. C.S., 41^e session, 2668^e-2671^e séances, p.1, Doc. N.U. S/PV 2668-2671 (1986), lettres de Malte (S/17940), lettres de l'URSS (S/17941) et lettres de l'Irak (S/17946); projet de résolution présenté par la Bulgarie et l'U.R.S.S. (S/17954); voir (1986) XXXII *A.F.D.I.*, 513. Au mois d'avril, le Conseil s'est réuni après l'attaque militaire des États-Unis. Le projet de résolution la condamnant a obtenu 9 voix favorables et 5 voix contre, dont celles des États-Unis, de la Grande-Bretagne et de la France, Doc. off. C.S. 41^e session, 2672^e-2680^e et 2682^e-2683^e séances, à la p. 1, Doc. N.U. S/PV 2672-2680 et 2682-2683 (1986). Voir aussi L-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, Paris, L.G.D.J. 1990, aux pp. 325-326.

17 *Declaration of the Assembly of Heads of State and Government of the Organization of African Unity on the aerial and naval military attack against the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya by the present United States Administration in April 1986*, A.G. Rés. 41/38, Doc. off. A.G., 41^e session, supp. n°53, à la p. 34, Doc. N.U. A/41/53 (1986) (79 voix favorables, 28 contres, 33 abstentions).

18 Voir comme le remarquait à l'époque Paul-Marie de la Gorce, « on notera qu'il est réellement exceptionnel dans l'histoire diplomatique que l'on se refuse à rendre publiques les données servant de justification à une entreprise militaire dirigée contre un autre État », du raid sur la Libye à l'escalade inévitable, *Le Monde diplomatique* (mai 1986), à la p. 3.

19 Voir S. REGOURD, *loc. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 79 et S. HOFFMANN, « Une doctrine qui ne saurait tenir lieu de politique étrangère » *Le Monde diplomatique* (juillet 1986) 3.

11 Voir notamment « L'incident aérien de 1981 » reproduit dans (1981) XXVII *A.F.D.I.* p. 417 et « Les accusations libyennes à l'égard du porte-avion *Nimitz* et les appareils qu'ils transportaient », reproduit dans (1983) *A.F.D.I.*, XXIX, p. 447.

12 Voir Doc. off. C.S., 38^e session, 2415^e-2418^e séance, à la p.1, Doc. N.U. S/PV/2415-2418 (1983), lettre de la Libye du 19 février 1983 (S/15615); Doc. off. C.S., 38^e session, 2464^e, 2466^e et 2468^e séance, à la p.1, Doc. N.U. S/PV 2464, 2466 et 2468 (1983), lettre de la Libye du 8 août 1983 (S/15914). Doc. off. Suppl. Doc. N.U. S/15919 et 15920, lettres des États-Unis.

13 Parmi les 34 appareils ayant effectué le raid, 18 bombardiers F-111 étaient partis de Grande-Bretagne. L'opération faisait suite à une rupture des relations économiques (7 janvier 1986) et à un blocage des avoirs libyens dans les banques américaines (8 janvier); voir C. ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux », (1986) 90 *R.G.D.I.P.*, à la p. 981. La France a, par contre, refusé d'autoriser le survol de son territoire par ces appareils; voir (1986) XXXII *A.F.D.I.*, à la p. 1026.

6. Le différend entre les deux États, après une relative accalmie, allait connaître une étape supplémentaire à la suite des accusations formulées contre deux ressortissants libyens à propos de la destruction au dessus de Lockerbie de l'appareil qui assurait le vol Pan Am 103.

Le 27 novembre 1991 était publiée une « Déclaration conjointe » par laquelle

« [I]es Gouvernements britannique et américain déclarent [...] que le Gouvernement libyen doit:

– livrer, afin qu'ils soient traduits en justice, tous ceux qui sont accusés de ce crime et assumer l'entière responsabilité des agissements libyens;

– divulguer tous les renseignements en sa possession sur ce crime, y compris le nom de tous les responsables, et permettre le libre accès de tous les témoins, documents et autres preuves matérielles, y compris tous les dispositifs d'horlogerie restants;

– verser des indemnités appropriées. Nous comptons que la Libye remplira ses obligations promptement et sans aucune réserve. »²⁰

Aucune preuve n'était jointe à cette déclaration démontrant la participation de la Libye aux dommages pour lesquels était pourtant exigée une réparation²¹. On se trouvait donc dans une situation similaire à celle de 1986, année au cours de laquelle le Parlement européen avait adopté sans succès une résolution « *invitant instamment les États-Unis à présenter aux Nations Unies les preuves de la participation libyenne aux attentats terroristes* »²².

Quoi qu'il en soit, à partir de la publication de cette déclaration conjointe, le différend allait prendre une nouvelle orientation, focalisée sur le problème de l'extradition des deux ressortissants libyens suspectés. C'est désormais dans ce cadre que les accusations plus traditionnelles de soutien au terrorisme international allaient être formulées à nouveau. La Libye réagissait en multipliant les déclarations affirmant l'absence de soutien à toute activité terroriste; ainsi, la Libye déclara qu'elle « était disposée à coopérer à toute action de nature à mettre un terme aux activités terroristes et à rompre ses relations avec tout groupement et toute organisation dont les actions visent d'innocents civils », tout en refusant de donner suite à la demande d'extradition²³. Les États-Unis et le Royaume-Uni faisaient alors appel au Conseil de sécurité de l'O.N.U. Ils déclaraient à cet égard « n'exclure aucun moyen » si la Libye persistait à refuser de leur obéir²⁴.

7. Il est évident que le Conseil de sécurité était compétent pour appréhender un tel différend. La lecture du seul article 24 de la Charte suffit à s'en convaincre :

20 La déclaration est reproduite dans l'ordonnance du 14 avril 1992 dans l'*Affaire de l'Incident aérien*, supra note 6, à la p.11 § 10.

21 Voir à ce sujet AJIBOLA, opinion dissidente, *Id.*, à la p. 78.

22 « Parlement européen: résolution sur le conflit entre la Libye et les États-Unis (Strasbourg, 17 avril 1986) », Documents l'actualité internationale, *La Documentation française*, n°11, 1er juin 1986, à la p. 204.

23 Voir notamment le Communiqué du « People Committee for Foreign Liaison and International Cooperation » annexée à la lettre datée du 29 novembre 1991 du représentant permanent de la Ligue arabe au Secrétaire-général de l'O.N.U., Doc. off. Suppl., Doc. N.U. S/23417 (1992). Voir aussi les résolutions du Conseil de la Ligue arabe du 17 janvier Doc. off., Doc. N.U. S/23436 (1992), et les déclarations du Secrétaire général de la Ligue arabe constatant que la Libye a « franchement condamné le terrorisme sous toutes ses formes », *Le Monde* (3 avril 1992) 3; voir à cet égard l'article du premier ministre libyen, A. Omar Dourda « Complot contre la Libye », *Le Monde* (8 avril 1992) 2.

24 Voir notamment les entrevues avec le vice-président Dan Quayle à la B.B.C., *Newsnight*, 10 janvier 1992 et du Secrétaire à la Défense, Dick Cheney, N.B.C., *Meet the Press*, dimanche 15 décembre 1991.

« Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales [...] ».

Les chapitres VI (règlement des différends) et VII (action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression) confèrent à cet organe des pouvoirs de qualification et de décision extrêmement étendus.

Il n'y a donc pas lieu de contester la compétence de principe du Conseil de sécurité pour traiter du différend politique opposant la Libye à plusieurs États occidentaux²⁵. Par contre, le différend juridique relève en principe de la compétence de la Cour internationale de Justice de La Haye.

B. Un différend juridique de la compétence de la Cour internationale de Justice

8. Le principal reproche des États-Unis à l'encontre de la Libye est que cet État soutiendrait et encouragerait des activités terroristes internationales. En cela, le contentieux est de nature politique et a trait à des problèmes de paix entre nations. Cependant, un point plus précis du différend a progressivement gagné de l'importance; c'est le problème de l'extradition de deux ressortissants libyens suspectés d'être à l'origine de l'attentat contre le vol Pan Am 103 dit de Lockerbie.

On sait qu'une enquête de plusieurs années menée dans plusieurs États a amené un Grand Jury du district de Columbia et le procureur général d'Écosse à inculper, le 14 novembre 1991, deux membres des services secrets libyens qui auraient posé des bagages à bord de l'appareil lors de son escale à Malte, bagages dans lesquels se seraient trouvés les explosifs à l'origine de sa destruction²⁶.

Aucune preuve formelle n'a toutefois encore été divulguée à ce propos. Lors des plaidoiries qui se sont déroulées à La Haye du 26 au 28 mars 1992, les conseils américains ont affirmé que des preuves irréfutables existaient et étaient le produit de l'enquête la plus complète et la plus complexe de l'histoire des procédures criminelles²⁷. Ils ont cependant refusé d'en produire copie. En réalité, il semble que les allégations soient essentiellement basées sur des témoignages. Par ailleurs, plusieurs autres hypothèses ont été avancées, menant à d'autres États comme la Syrie ou l'Iran²⁸.

Les autorités libyennes ont assez rapidement réagi aux accusations formulées par les justices américaine et britannique. D'abord, elles ont à leur tour mis en œuvre une enquête, au cours de laquelle les deux personnes soupçonnées ont été inculpées et mises en garde à vue²⁹. Dans ce contexte, elles ont sollicité des autorités judiciaires occidentales la communication d'une copie des éléments de preuve et la collaboration à l'établissement des faits³⁰; en vain. Ensuite, Tripoli a invité des autorités étrangères à se rendre sur place afin de participer à l'enquête, et a aussi appelé les avocats des ayant-droits des victimes de l'attentat à formuler des plaintes en y

25 Voir notamment en ce sens EL-KOSHERI, op. diss., l'*Affaire de l'Incident aérien*, supra note 6, à la p.96 § 7 et 8. Le juge EL-KOSHERI est le juge *ad hoc* désigné par les autorités libyennes.

26 Voir le rappel des faits opéré par le juge EL-KOSHERI; op. diss., *Id.*, à la p. 94.

27 Voir notamment l'audience du 26 mars 1992, après-midi, plaidoirie de monsieur Kreczko, document non publié, p. 13 et ss. (*Criminal investigation and findings*).

28 Voir le retentissant article de R. Roy, « Pan Am 103: why did they die », *Time* (27 avril 1992) 24 et *Le Monde* (2 avril 1992) 3.

29 Le 18 novembre 1991, 4 jours après l'inculpation par les justices américaine et britannique, les autorités libyennes émettent un communiqué affirmant que les documents avaient bien été reçus et que la Cour suprême de Libye avait été chargée de l'enquête; voir l'*Affaire de l'incident aérien*, supra note 6, à la p. 94 § 2.

30 Voir les lettres adressées au Grand Jury du district de Columbia et à l'Attorney General du Royaume-Uni par le juge Zaoui, chargé de l'enquête, du 27 novembre 1991.

joignant des éléments matériels probants³¹. Le 18 janvier 1991, les autorités libyennes ont envoyé deux lettres identiques aux Secrétaires d'État américain et britannique afin de proposer un arbitrage en vue de régler le différend³². Cette proposition s'est vue opposer un refus péremptoire par les représentants américain et britannique au Conseil de sécurité³³. Plus récemment, la Libye a proposé l'établissement d'un tribunal international pénal qui, à l'instar des tribunaux de Nuremberg ou de Tokyo, aurait compétence pour juger les deux personnes soupçonnées au regard du droit pénal international. Plus classiquement, cet État a aussi proposé de remettre les deux personnes à des justices étrangères mais avec certaines garanties d'impartialité qui étaient contestées aux justices britannique et américaine : on a ainsi parlé de la Tunisie ou de Malte³⁴. L'ensemble de ces propositions n'a suscité aucune réaction favorable. Les États-Unis, tout comme la Grande-Bretagne, ont continué à exiger l'extradition des deux libyens, à l'exclusion de toute autre alternative.

Comme on le constate, le différend vu sous cet angle ne concerne plus le maintien de la paix internationale mais plutôt les modalités de la collaboration entre les États à la répression de certaines infractions particulièrement graves, telles celles touchant l'aviation civile.

9. Or, il existe une convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971, qui a été ratifiée par plus de 130 États, dont la Libye, les États-Unis et la Grande-Bretagne³⁵. Les faits rappelés se situent *a priori* dans le champ d'application de la convention qui incrimine notamment le fait d'une personne qui :

« b) détruit un aéronef en service ou cause à un tel aéronef des dommages qui le rendent inapte au vol ou qui sont de nature à compromettre sa sécurité en vol;

c) place ou fait placer sur un aéronef en service, par quelque moyen que ce soit, un dispositif ou des substances propres à détruire ledit aéronef ou à lui causer des dommages qui le rendent inapte au vol ou qui sont de nature à compromettre sa sécurité en vol. »³⁶

C'est bien de tels actes qui sont reprochés aux deux suspects. Reste à savoir quels sont les droits et obligations des États en pareille hypothèse. En vertu de l'article 7,

« [l']État 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 [...].

[tandis que l'article 11 prévoit que] « [l]es États contractants s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions [...] ».

C'est sur la base de ces dispositions que la Libye a saisi la Cour internationale de Justice le 3 mars 1992³⁷. Cet État demandait notamment à la Cour de juger que, d'une part, il n'était nullement obligé d'extrader les deux personnes soupçonnées dès lors qu'il avait choisi, conformément à l'article 7, d'engager lui-même les poursuites et, d'autre part, que les États-Unis et la Grande-Bretagne violaient la *convention de Montréal* en l'empêchant d'exercer les droits qui en découlaient et en refusant toute collaboration contrairement à l'article 11, et étaient par conséquent tenus de mettre fin à leurs pressions³⁸.

10. À ce titre, la Cour internationale de Justice, « instituée par la *Charte des Nations Unies* comme organe judiciaire principal de l'Organisation » (article 1^{er} du Statut de la Cour), était évidemment habilitée à connaître la requête libyenne.

Aux termes de l'article 38 de son Statut,

« [l]a Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis », applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige [...]. »³⁹

La Cour est donc en principe apte à juger de l'interprétation et de l'application de la *convention de Montréal* à l'égard de trois de ces États parties⁴⁰.

11. À cet égard, et comme nous l'avons déjà brièvement évoqué, la compétence de la Cour pour juger d'un différend juridique n'est aucunement entravée par la circonstance que les aspects politiques de ce différend sont simultanément examinés par le Conseil de sécurité.

La Cour a elle-même affirmé dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* que

« [a]lors que l'article 12 de la Charte interdit expressément à l'Assemblée générale de faire une recommandation au sujet d'un différend ou d'une situation à l'égard desquels le Conseil de sécurité remplit ses fonctions, ni la Charte ni le Statut n'apportent de restriction semblable à l'exercice des fonctions de la Cour. »⁴¹

31 Doc. off. C.S. 47^e session, 3033^e séance, p. 1, Doc. N.U. S/PV 3033 (1992) à la p. 11 (voir aussi les lettres du colonel Khadafi invitant les juges américain et britannique à se rendre en Libye, S/23274, à la p.28).

32 La demande d'arbitrage a été reformulée le 21 janvier devant le Conseil de sécurité; voir le texte de la proposition, *Id.*, p. 22-25 (S/23441).

33 *Id.*, pp. 78 à 80 et 104-105.

34 Voir notamment « Tripoli proposait de remettre deux de ses agents à la Tunisie » *Le Monde* 5 (10 avril 1992). On a aussi parlé de la Ligue arabe, « L'ensemble du monde arabe condamne les sanctions décidées contre Tripoli » *Le Monde* 5 (3 avril 1992). La Libye a aussi admis l'audition des deux suspects dans le bureau à Tripoli, Doc. off. Suppl., Doc. N. U. S/23672 (1992).

35 Ces deux États ont d'ailleurs participé à la Conférence ayant précédé à la signature de la Convention, et ne se sont jamais opposés aux règles aujourd'hui invoquées par la Libye. Ces règles ont en réalité été essentiellement élaborées à la Conférence de La Haye ayant précédé à la signature de la Convention de La Haye du 16 décembre 1970 sur la capture illicite d'aéronefs; voir O.A.C.I., *Conférence internationale de droit aérien, Montréal, septembre 1971, Documents*, vol. I, Doc. 9081-LC/170-1 et O.A.C.I., *Conférence internationale de droit aérien, La Haye, décembre 1970, Documents*, vol. II, Doc. 8979-LC/165-2.

36 Convention adoptée à Montréal le 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, (1972) 76 R.G.D.I.P. 303, article 1^{er}.

37 La Libye fondait aussi ses deux requêtes sur les articles 5 (permettant à un État d'établir sa compétence pour connaître des infractions mentionnées dans la convention), et 8 (prévoyant que, en l'absence de traité bilatéral particulier, l'extradition est subordonnée aux conditions de la convention de Montréal ou, à défaut, de celles prévues par le droit de l'État requis); voir le § 4 de l'ordonnance, *Affaire de l'incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 4.

38 Dans sa requête, la Libye « prie la Cour de dire et juger : a) que la Libye a satisfait pleinement à toutes ses obligations au regard de la convention de Montréal; b) que le Royaume-Uni [et les États-Unis] ont violé, et continuent de violer ses obligations juridiques envers la Libye stipulées aux articles 5 §2, 5 §3, 7, 8 §2 et 11 de la convention de Montréal; c) que le Royaume-Uni [et les États-Unis] sont juridiquement tenus 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 »; v. le § 7 de l'ordonnance, *Affaire de l'incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 6.

39 Nous soulignons.

40 Elle ne peut cependant exercer sa juridiction que moyennant des conditions de compétence et de recevabilité, dont certaines seront examinées *infra*, § 35.

41 C.I.J. Recueil 1980, p.3 à la p. 22, [ci-après *Affaire du Personnel diplomatique*] Le passage est cité notamment par le juge NI dans sa déclaration jointe aux ordonnances, *Affaire de l'incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 21 et le contenu est repris par le juge WEERAMANTRY, op. diss., *id.*, à la p. 58.

De même, dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, elle précise, après avoir remarqué que ce n'est pas « une responsabilité exclusive que la Charte confère [...] au Conseil de sécurité », que

« [l]e Conseil a des attributions politiques; la Cour exerce des fonctions purement judiciaires. Les deux organes peuvent donc s'acquitter de leurs fonctions distinctes mais complémentaires à propos des mêmes événements. »⁴²

La Cour rejetait ainsi une exception soulevée par les États-Unis sur la base du caractère politique du différend. Elle précisait à cette occasion qu'elle était d'avis que

« le fait qu'une question est soumise au Conseil de sécurité ne doit pas empêcher la Cour d'en connaître, et que les deux procédures peuvent être menées parallèlement [et qu'elle ne pouvait] [...] accepter l'objection suivant laquelle la présente instance serait en fait un appel devant la Cour d'une décision défavorable du Conseil de sécurité. Il n'est pas demandé à la Cour de dire que le Conseil de sécurité a commis une erreur, ni que la manière de voter des Membres du Conseil ait été en rien contraire au droit. La Cour est priée de se prononcer sur certains aspects juridiques d'une question qui a été aussi examinée par le Conseil, ce qui est parfaitement conforme à sa situation d'organe judiciaire principal des Nations Unies »⁴³.

Il est donc parfaitement conforme à la Charte de se tourner vers la Cour si on n'a pas obtenu gain de cause sur un plan politique au sein du Conseil de sécurité. C'était le cas du Nicaragua qui, après avoir cherché à obtenir en vain au sein du Conseil de sécurité les mesures conservatoires, s'est adressé à la Cour qui a accepté d'indiquer ses mesures⁴⁴. La Cour a aussi affirmé dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l'*Affaire du Personnel diplomatique* qu'

« aucune disposition du Statut ou du Règlement n'envisage que la Cour ne doive pas se saisir d'un aspect d'un différend pour la simple raison que ce différend comporterait d'autres aspects, si importants soient-ils. »⁴⁵

Aucune hiérarchie n'existe donc entre les deux organes, qui ont des compétences théoriquement complémentaires : le système de la Charte suppose non une exclusivité⁴⁶ de compétence mais une collaboration⁴⁷. Un dernier passage de la Cour mérite d'être cité à cet égard : « le Conseil a des attributions politiques, la Cour

exerce des fonctions purement judiciaires. Les deux organes peuvent donc s'acquitter de leurs fonctions distinctes mais complémentaires à propos des mêmes événements »⁴⁸. Ainsi, il est évident que la mission du Conseil de sécurité de maintenir la paix et la sécurité internationales va de pair avec la promotion du respect du droit international. Dans le cadre de ses fonctions, il qualifie ainsi très souvent des actes d'illicites, et opère par là un jugement sur ces actes et sur l'État qui les a posés. Quant à la Cour, elle contribue, comme tout organe des Nations Unies au maintien de la paix, même si elle n'en a pas la responsabilité principale⁴⁹. Pour reprendre ses propres termes, « la résolution [d]es questions juridiques par la Cour peut jouer un rôle important et parfois déterminant dans le règlement pacifique du différend »⁵⁰.

12. Lors des plaidoiries qui ont eu lieu à La Haye du 26 au 28 avril 1992, l'agent des États-Unis a affirmé que « the Libyan requests to the Court should be denied because the Security Council is actively seized with the issue »⁵¹. Certains conseils ont même affirmé, non sans une pointe de malice, que, si la Libye estimait être menacée par les deux États occidentaux, elle pouvait s'adresser au Conseil de sécurité⁵².

Un tel recours avait évidemment déjà été effectué par la Libye, tout comme il l'avait été dans le passé — notamment en 1986⁵³ —, avec le succès que l'on devine. En tout état de cause, même si on fait abstraction des considérations liées aux chances concrètes d'obtenir gain de cause, il ne fait pas de doute que les deux organes de l'O.N.U. étaient compétents pour connaître l'affaire. On ne peut prétendre que les États-Unis ou le Royaume-Uni aient, en soi, abusé de leurs droits en recourant au Conseil de sécurité. De même, les accusations dirigées contre la requête libyenne devant la Cour, parfois qualifiée de « manœuvre dilatoire », sont sans aucun fondement à partir du moment où elle porte sur l'interprétation et l'application d'une convention internationale régissant un aspect du différend. Comme le souligne le juge Bedjaoui,

« [i]l était du droit le plus absolu pour la Libye de saisir la Cour du différend portant sur l'extradition pour en escompter une solution judiciaire, comme il était du droit le plus absolu pour les États-Unis et le Royaume-Uni de saisir le Conseil de sécurité du différend portant sur la responsabilité internationale de la Libye pour en obtenir une solution politique. »⁵⁴

Tant l'Assemblée générale des Nations Unies que certaines institutions doctrinales comme l'Institut de droit international ont d'ailleurs affirmé que le recours au règlement judiciaire ne pouvait en aucune circonstance être perçu comme un acte inamical à l'égard de l'État défendeur.⁵⁵

42 *Supra*, note 4, à la p. 435 § 95.

43 *Id.*, à la p. 433, § 93 et p. 436, § 98.

44 Voy. à ce sujet la plaidoirie du professeur Erik Suy, conseil de la Libye, CR 92/2, à la p. 68-69.

45 *Supra*, note 3, à la p. 15 § 24. Voir aussi l'*Affaire du différend frontalier*, C.I.J. Recueil 1986, p. 554. Plusieurs juges ont exprimé une opinion similaire dans des opinions jointes à certaines ordonnances. Voir notamment ELIAS selon lequel, « on peut dire que les deux organes sont compétents chacun dans son domaine propre pour connaître de la question dont il est saisi et parvenir à ses propres conclusions à ce sujet », *Affaire de la Mer Égée*, *supra* note 2, à la p. 28.

46 Le juge Alvarez avait émis un avis contraire dans son opinion dissidente dans l'*Affaire de la Carélie orientale* : « il peut arriver qu'un différend présente un aspect juridique et un aspect politique bien séparés. Dans ce cas, la Cour est compétente pour connaître de l'aspect juridique et le Conseil l'est pour ce qui a trait à l'aspect politique. Si une affaire vient menacer la paix du monde, le Conseil peut s'en saisir et mettre fin à la compétence de la Cour » (nous soulignons); cité par B. STERN, « Commentaire de l'article 36 § 3 » dans J.P. COT et A. PELLET dir., *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, à la p. 623, pour qui « [c]ette dernière conclusion semble excessive, mais on doit certainement admettre que le Conseil de sécurité puisse agir parallèlement à la Cour ». L'opinion du juge ALVAREZ a d'ailleurs été contredite par la jurisprudence ultérieure citée ci-dessus.

47 Voir notamment les articles 36 § 3 et 94 § 2 de la Charte de l'O.N.U. pour le Conseil de sécurité, et 41 § 2 du Statut de la C.I.J. Voir aussi l'opinion individuelle du juge Tarazi dans l'*Affaire de la Mer Égée*, *supra* note 2, à la p. 31.

48 *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 4, à la p. 435 § 95.

49 H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, New York, Frederick A. Praeger, 1951, aux pp. 476-477.

50 *Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *supra*, note 3, à la p. 22, Recueil 1980, à la p. 22, § 40.

51 C.R. 92/4, à la p. 16 (non encore publié).

52 Plaidoiries orales, Audience du jeudi 26 mars 1992, document non publié.

53 Voir, *supra*, paragraphe 5.

54 *Affaire de l'Incident aérien*, *supra*, note 6, à la p. 34 § 6 (Op.diss. BEDJAOUI). En ce sens, le juge NI remarque que « [i]n the instant case, the Security Council, as a political organ, is more concerned with the elimination of international terrorism and the maintenance of international peace and security, while the International Court of Justice, as the principal judicial organ of the UN, is more concerned with prosecution of offenders and assessment of compensation, etc. », *Id.*, à la p. 22 (déclaration jointe aux ordonnances).

55 Voir *Review of the role of the International Court of Justice*, A.G. Rés. 3232, Doc. off. A.G., 39^e session, supp. n°31, à la p. 141, Doc. N.U. A/9631 (1974).

Le recours au règlement judiciaire des différends ne peut à l'évidence pas être perçu comme un abus lorsque des aspects juridiques en font l'objet, et il apparaît singulier de le critiquer dans les circonstances de l'espèce. C'est sans doute pourquoi aucun des juges ayant joint aux deux ordonnances une explication de son vote n'a prétendu que l'une des parties au litige avait abusé de ses droits par le simple recours à un des organes de l'O.N.U.

13. Cependant, comme on s'en rend compte à la seule lecture des dispositions de la *Charte* les concernant, la séparation des sphères de compétences entre les deux organes, relativement étanche en théorie, apparaît quelque peu artificielle. Le principe même de la séparation entre caractères politique et juridique d'un différend laisse à suffisance présager les difficultés.

Ceci est particulièrement vrai depuis la dernière guerre du Golfe, qui a marqué un intérêt — au moins théorique — nouveau pour le droit international. Comme le relève le juge Lachs: « it has become clear that the dividing line between political and legal disputes is blurred, as law becomes ever more frequently an integral element of international controversies »⁵⁶. Il n'est nullement étonnant dans ce contexte que l'*Affaire de l'incident aérien* ait donné lieu à un problème d'interférence entre les deux organes principaux des Nations Unies. Ce problème allait éclater avec l'adoption de la résolution 748 (1992) par le Conseil de sécurité, que nous analyserons dans un premier temps, avant d'examiner les deux ordonnances rendues par la Cour quelques jours plus tard.

II. La résolution 748 du Conseil de sécurité

14. La résolution 748 fait suite à la résolution 731 (1992), adoptée le 21 janvier 1992, et en vertu de laquelle :

« Le Conseil de sécurité,

Profondément troublé par la persistance, dans le monde entier, d'actes de terrorisme international sous toutes ses formes, y compris ceux dans lesquels des États sont impliqués directement ou indirectement, qui mettent en danger ou anéantissent des vies innocentes, ont un effet pernicieux sur les relations internationales et peuvent compromettre la sécurité des États[...],

Profondément préoccupé par ce qui résulte des enquêtes impliquant des fonctionnaires du Gouvernement libyen [...],

2. *Déplore vivement* le fait que le Gouvernement libyen n'ait pas répondu effectivement à ce jour aux demandes [d'extradition formulées par les États occidentaux annexées à la résolution] de coopérer pleinement pour l'établissement des responsabilités dans les actes terroristes susmentionnés contre les vols 103 de la Pan American et 772 de l'Union des transporteurs aériens;

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

Il ne fait aucun doute que le Conseil de sécurité était compétent pour régler le différend dans le cadre du chapitre VI de la *Charte*, relatif au règlement pacifique des différends. Plusieurs dispositions peuvent à cet égard fonder son action. Ainsi, selon l'article 36,

« [l]e Conseil de sécurité peut, à tout moment de l'évolution d'un différend de la nature mentionnée à l'article 33 ou d'une situation analogue, recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées, »

tandis que l'article 37 §2 dispose :

« [s]i le Conseil de sécurité estime que la prolongation du différend, semble, en fait, menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, il décide s'il doit agir en application de l'article 36 ou recommander tels termes de règlement qu'il juge appropriés. »

À la lecture de ces dispositions, il est clair que le Conseil n'a fait qu'exercer ses pouvoirs⁵⁷ sans interférer en aucune manière dans la sphère de compétences de la Cour⁵⁸. Le juge Weeramantry relève à ce sujet que « [i]t will be clear therefore that resolution 731 (1992) which was the resolution before the Court at the hearing of the oral argument did not in any way bar the consideration by the Court of the matters before it »⁵⁹.

15. Un pas supplémentaire était cependant franchi le 31 mars 1992, avec l'adoption de la résolution 748 (1992) par laquelle le Conseil de sécurité,

« *Gravement préoccupé* de ce que le Gouvernement libyen n'ait pas encore donné une réponse complète et effective aux demandes contenues dans sa résolution 731 (1992) du 21 janvier 1992,

Convaincu que l'élimination des actes de terrorisme international, y compris ceux dans lesquels des États sont directement ou indirectement impliqués, est essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, [...]

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

Agissant en vertu du chapitre VII de la *Charte*,

1. *Décide* que le Gouvernement libyen doit désormais appliquer sans le moindre délai le paragraphe 3 de la résolution 731 (1992) contenant les demandes contenues dans les documents S/23306, S/23308 et S/23309,

2. *Décide aussi* que le Gouvernement libyen doit s'engager à cesser de manière définitive toute forme d'action terroriste et toute assistance aux groupes terroristes et qu'il doit rapidement, par des actes concrets, démontrer sa renonciation au terrorisme;

3. *Décide* que tous les États adopteront le 15 avril 1992 les mesures énoncées ci-dessous [consistant notamment en un embargo sur les liaisons aériennes] qui s'appliqueront jusqu'à ce que le Conseil de sécurité décide que le Gouvernement libyen s'est conformé aux dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus; [...]⁶⁰.

⁵⁷ Voir le commentaire des articles par B. STERN, *loc. cit.*, *supra* note 46, aux pp. 603 à 625 et M. F. LAPOUZ, « Commentaire de l'article 37 », dans J.P. COT, A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, aux pp. 627 à 637.

⁵⁸ Même si l'article 36 §3 de la *Charte* de l'O.N.U. prescrit qu'« en faisant les recommandations prévues au présent Article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends juridiques devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour ».

⁵⁹ *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 67 (op. diss.). En ce sens, voir le juge AJIBOLA, op. diss., *Id.*, aux pp. 87-88.

⁶⁰ C.S. Rés. 748 (1992), Doc. off. C.S., 47^e année, à la p. 52, Doc. N.U. S/INF/48 (1992). La résolution a été adoptée avec 10 voix pour et cinq abstentions (Cap vert, Chine, Inde, Maroc, Zimbabwe).

⁵⁶ *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 27 (op. indiv. aux ordonnances).

Le préambule de la résolution témoigne du souci du Conseil de se placer dans le cadre d'une action visant à maintenir la paix. À ce titre, il entend manifestement fonder son action sur l'article 39 de la *Charte* en vertu duquel :

« Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

C'est pourquoi les mesures effectivement adoptées correspondent à celles mentionnées à l'article 41 de la *Charte*, à savoir celles « n'impliquant pas l'emploi de la force armée » qui peuvent comprendre

« l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radio-électriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ».

16. Le principe même de qualifier la situation de menace à la paix et à la sécurité internationale, en dépit du fait qu'aucune agression libyenne — similaire par exemple à l'agression irakienne contre le Koweït — n'ait pu être observée, ne pose pas de problème particulier.

Aucune limitation de ce type ne peut se déduire des termes de la *Charte* qui donne à son organe politique principal une marge de manoeuvre extrêmement étendue, tant en ce qui concerne la qualification des situations qu'à l'égard des mesures de persuasion ou de coercition qui peuvent être mises en œuvre pour les régir⁶¹. Par ailleurs, il faut souligner que, dans le passé, le Conseil a utilisé cette faculté de manière relativement fréquente. Ainsi, plusieurs résolutions ont été adoptées dans les années 60 à l'encontre de l'Afrique du sud et de sa politique d'*apartheid* à un moment où celle-ci ne se traduisait pas encore par des attaques armées contre les pays voisins⁶². Plus récemment, la résolution 688 avait qualifié de menace à la paix la situation en Irak sans qu'aucun recours à la force contre un pays voisin n'ait été constaté⁶³, et cette conception large de la menace à la paix a encore été consacrée lors de la réunion tenue le 31 janvier 1992 par le Conseil de sécurité à propos de son propre rôle⁶⁴.

Quant aux mesures que le Conseil est habilité à prendre en cas de menace à la paix, la *Charte* spécifie que ce sont celles que lui-même « juge nécessaires »⁶⁵. Sa compétence de principe d'exiger

d'un État qu'il extradé ses nationaux ne pourrait donc être contestée valablement. À cet égard, il convient de souligner que l'action du Conseil n'est pas limitée par le principe de non-intervention lorsqu'il adopte des sanctions contre des États-membres. L'article 2 §7 de la *Charte*, qui énonce la règle, exclut de son application les « mesures de coercition prises en vertu du Chapitre VII »⁶⁶. Nous ne pourrions donc suivre le juge El-Kosheri lorsqu'il affirme que le Conseil est tenu, au même titre que les États, au respect de la règle de non-intervention et de la souveraineté des États⁶⁷.

Cette large marge de manoeuvre du Conseil de sécurité s'explique aisément si on prend en compte le but de la *Charte des Nations Unies* et la raison d'être — en tout cas initiale — de l'Organisation. Née au lendemain de la deuxième guerre mondiale et de l'échec de la Société des Nations, l'O.N.U. a été mise en place afin d'éviter un nouveau conflit mondial. Dans ce contexte, il importait d'instituer un organe disposant de larges pouvoirs « afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation »⁶⁸. C'est pourquoi les chapitres VI et VII de la *Charte* confèrent des pouvoirs si étendus à l'organe principal chargé du maintien de la paix⁶⁹.

La résolution 748, contrairement à la résolution 731, est cependant loin d'échapper à la critique, eu égard à la situation particulière en l'espèce. Elle soulève en effet des problèmes tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure.

A. Les problèmes de fond soulevés par la résolution 748

17. À supposer qu'on puisse admettre que le Conseil de sécurité ait enjoint la Libye de renoncer à toute forme de soutien au terrorisme par des mesures concrètes (§2 de la résolution), il est difficile de comprendre pourquoi il a exigé *in casu* l'extradition des deux ressortissants libyens (§1 de l'instrument).

Le premier type de mesures vise en effet directement au maintien de la paix et de la sécurité internationales, dont le Conseil de sécurité a constaté de manière discrétionnaire la menace. Il s'agit par ailleurs de mesures politiques qui sont en parfaite conformité avec le droit international puisqu'elles visent à s'assurer que la Libye respecte l'obligation de ne pas soutenir des mouvements terroristes mentionnée notamment dans la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies⁷⁰.

Par contre, le paragraphe 1 de la résolution comprend des mesures qui apparaissent nettement disproportionnées par rapport à la situation à laquelle on prétend vouloir remédier.

18. En effet, l'attentat de Lockerbie a eu lieu le 21 décembre 1988⁷¹, et plus aucun autre acte terroriste de cette amplitude n'a pu

66 O. CORTEN et P. KLEIN, *op. cit.*, supra note 62, à la p. 18 n° 12 et à la p. 193 n° 142.

67 Affaire de l'Incident aérien, supra note 6, à la p. 106 § 42 (EL-KOSHERI, *op. diss.*).

68 Article 24 de la Charte; voir le commentaire de R. DEGNI-SEGUI, dans « Commentaire de l'article 24 », J. P. COT et A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, aux pp. 451 et ss.

69 G. COHEN-JONATHAN, « Commentaire de l'article 39 » dans J.P. COT, A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, aux pp. 645 et ss.

70 En vertu de celle-ci, tout État a le devoir « de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation [...] des actes de terrorisme », *Declaration on Principles of International Law concerning friendly relations and cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations*, A.G. Rés. 2625, Doc. off. A.G., 25^e session, supp. n°28, à la p. 121, Doc. N.U. A/9631 (1970). L'acte est aussi incriminé par la résolution 40/61 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1985, acceptée par la totalité des États membres de l'O.N.U., dont la Libye, *Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes*, A.G. Rés. 40/61, Doc. off. A.G., 40^e session, supp. n°53, à la p. 301, Doc. N.U. A/40/53 (1985).

71 Affaire de l'Incident aérien, supra note 6, à la p. 43 § 21.

61 Voir notamment M. VIRALLY, *L'Organisation mondiale*, Paris, 1972, aux pp. 452-453.

62 Voir notamment la résolution 134 du 1^{er} avril 1960, C.S. Rés. 134 (1960), Doc. off. C.S., 15^e année, à la p.1. Doc. N.U. S/INF/15/rev.1 (1960) prise à la suite du massacre de manifestants pacifiques qui protestaient contre la discrimination raciale, constatant que « la situation en Union sud-africaine a entraîné un désaccord entre nations et que sa prolongation risquerait de porter atteinte à la paix et à la sécurité internationales ». Cette terminologie prudente allait être modifiée par la suite : dans sa résolution 181 (1963) du 7 août 1963, C.S. Rés. 181 (1963), Doc. off. C.S., 18^e année, à la p.7, Doc. N.U. S/INF/18/Rev.1 (1963), le Conseil de sécurité affirme que la situation en Afrique du sud « trouble gravement la paix et la sécurité internationales »; voir d'autres exemples dans O. Corten et P. Klein, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p.230 n°173.

63 Il est vrai que les Membres du Conseil de sécurité semblent avoir motivé leurs votes par les conséquences transfrontières de la répression interne de l'Irak; voir O. CORTEN et P. KLEIN, *Id.*, à la p. 226 n°170 et ss.

64 La réunion s'est opérée au niveau des chefs d'État et de gouvernement, 3046th meeting, Doc. off. Suppl., Doc. N.U. S/23500 (1992).

65 Article 42 de la *Charte* (relatif aux mesures armées). Les articles 39 et 41 ne contiennent même pas cette limitation et prévoient seulement la compétence du Conseil de sécurité.

être observé par la suite et être rattaché — même par de simples rumeurs — à Tripoli. La responsabilité des agents libyens soupçonnés n'a au demeurant jamais été démontrée. Les autorités américaine et britannique prétendent certes disposer de preuves formelles. Mais pourquoi ne pas vouloir en produire copie ou quelconque élément? Le précédent de l'attentat de la discothèque de Berlin, qui avait servi de prétexte à l'attaque armée de Tripoli et Benghazi en 1986, aurait dû inciter le Conseil de sécurité à la plus extrême prudence, d'autant que certaines enquêtes attribuent l'attentat de Lockerbie à d'autres États que la Libye⁷². Finalement, la situation à laquelle celui-ci est confronté présente les éléments suivants : la Libye a refusé de livrer deux de ses ressortissants dont la culpabilité n'était pas prouvée, et ce conformément aux termes d'un instrument international régissant la matière, la *convention de Montréal*⁷³.

19. Pour ce qui concerne ce point précis, il est plus que discutable de qualifier la situation de menace à la paix ou à la sécurité internationales⁷⁴. En réalité, la paix semble plus menacée depuis les injonctions adressées à la Libye d'extrader ses nationaux qu'auparavant.

Le pouvoir statuaire du Conseil est, comme nous l'avons constaté discrétionnaire en la matière. Mais cela ne signifie nullement qu'il revête un caractère absolu. Comme le soulignait Sir Gerald Fitzmaurice à propos d'une affaire ancienne:

« la menace invoquée ne doit être ni une simple fiction, ni un prétexte [...] [Certaines] limitations aux pouvoirs du Conseil de sécurité sont nécessaires car il n'est que trop facile de présenter une situation internationale qui fait l'objet de vives controverses comme impliquant une menace latente contre la paix et la sécurité, même si elle est trop éloignée pour paraître authentique. Sans ces limitations, les fonctions du Conseil de sécurité pourraient être utilisées à des fins qui n'ont jamais été prévues à l'origine [...] [I]l n'existait aucune menace contre la paix ou la sécurité autre que celle qui pouvait être suscitée artificiellement et comme prétexte à atteindre des objectifs inavoués. »⁷⁵

Il n'existe d'ailleurs à ce jour aucun précédent où le Conseil de sécurité ait qualifié une situation de menace à la paix et à la sécurité internationales alors qu'aucun conflit international (comme dans le cas de la guerre du Golfe) ou interne (comme dans l'hypothèse de la Yougoslavie), ni qu'aucun trouble intérieur (comme dans le cas de l'Afrique du sud ou du Kurdistan), n'ait pu être constaté⁷⁶. *A fortiori*, il est difficile de soutenir qu'un simple refus d'extradition menace la paix, surtout lorsque ce refus apparaît conforme au principe *aut dedere aut judicare* contenu à la fois dans le droit international général et à l'article 7 de la *convention de Montréal*.

72 Voir, *supra* paragraphes 5 et 8. 73 Voir le texte de l'article 7, *supra* au paragraphe 9.

74 Voir l'opinion contraire du juge ODA, déclaration jointe aux ordonnances, *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 17.

75 *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1971, p. 3, aux pp. 293 et 294, § 112 et 116 [ci-après *Avis sur la Namibie*].

76 Voir G. COHEN-JONATHAN, *loc. cit.*, *supra*, note 69, aux pp. 654 et ss. commentaire de l'article 39 in *La Charte des Nations Unies*, op. cit., à la p. 645 et ss., sp. p. 655-658. Il est vrai que le Conseil de sécurité se base parfois dans le texte de ses résolutions sur d'autres considérations. Ainsi, dans sa résolution 418 (1977) du 4 novembre, il constate que « l'acquisition par l'Afrique du sud d'armes et de matériel connexe constitue une menace pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales ». Mais, outre la circonstance qu'une telle constatation se greffe sur des troubles intérieurs importants, le rapport entre la situation constatée — l'armement — et la menace à la paix est directement établi.

20. La conclusion est encore plus évidente si on compare le cas de la Libye avec d'autres. Israël, qui poursuit officiellement l'occupation d'États indépendants et viole les droits les plus fondamentaux des populations qui y résident, échappe pour l'heure à la sanction du Conseil⁷⁷, et négocie même officiellement le respect des résolutions antérieures de cet organe. La même remarque peut être formulée à propos de l'Indonésie qui poursuit son occupation du Timor oriental.

La qualification de menace à la paix dans le cas libyen au contraire des autres situations apparaît ainsi aux yeux de nombreux pays⁷⁸, et surtout à ceux de leurs opinions publiques, comme une distinction non justifiée et donc comme un traitement discriminatoire. A cet égard, le ressentiment né pendant la guerre du Golfe et résumé dans la formule « deux poids, deux mesures »⁷⁹, ne risque pas de s'estomper⁸⁰ et pourrait entraîner, à terme, une autre menace pour la paix, bien réelle celle-là. Comme le faisait remarquer le Chancelier autrichien lors de la réunion du Conseil du 31 janvier 1992 précitée⁸¹:

« If our ideas are truly to bear fruit, we must act on behalf of as well as in the interest of all States. We must act in even-handed, impartial manner, and must also be perceived as doing so. If we truly want to turn over a new page in the book of the Organisation today, then we must also be aware that the realization of our hopes depends on the trust of all the world's States and peoples in our impartiality and in our goodwill. »⁸²

Le Conseil de sécurité n'a certainement pas suivi cette ligne de conduite en qualifiant de menace à la paix un acte pacifique pris dans le respect du droit international, dans le même temps où il s'abstenait de réagir à des situations incontestablement plus préoccupantes.

21. La mesure concrète prise pour remédier à la situation constatée peut aussi être mise en cause.

En effet, il faut rappeler que le droit international permettait à la Libye de ne pas se conformer aux requêtes américaine et britannique. La Cour a déjà affirmé dans l'*Affaire du Droit d'asile* qu'« [u]ne décision relative à l'extradition implique seulement l'exercice normal de la souveraineté territoriale »⁸³. Cette circonstance, réglemée expressément par la *convention de Montréal*, a été reconnue par la majorité des juges de la Cour dans l'*Affaire de l'Incident aérien*. Parmi les onze ayant voté en faveur des ordonnances, quatre ont en effet joint une déclaration commune par

77 Le 2 avril 1992, l'O.L.P. demandait encore une réunion d'urgence du Conseil de sécurité afin de « prendre rapidement des mesures pratiques pour protéger le peuple palestinien », « L'O.L.P. demande une réunion "urgente" du conseil de sécurité », *Le Monde* (4 avril 1992) 12.

78 Voir la déclaration du porte-parole du Ministère de l'Intérieur algérien accusant le Conseil de sécurité d'appliquer une politique selon « deux poids, deux mesures », ainsi que les déclarations des présidents Hafez el Assad et Hosni Moubarak. « L'ensemble du monde arabe condamne les sanctions décidées contre Tripoli » *Le Monde* (3 avril 1992) 5 ; voir aussi la réaction du Secrétaire général-adjoint de la Ligue arabe à la résolution 748, estimant que des sanctions devaient « plutôt être imposées à Israël », *Le Monde* (2 avril 1992) 1.

79 Voir à ce sujet : P. KLEIN et A. SCHAUS, « Deux poids, deux mesures? » dans *Entre les lignes, La Guerre du Golfe et le droit international*, Bruxelles, 1991, à la p. 59.

80 Voir les craintes exprimées par les autorités égyptiennes; « L'ensemble du monde arabe condamne les sanctions décidées contre Tripoli » *Le Monde* (3 avril 1992) 5 et les manifestations de soutien à Tripoli dans les territoires occupés, « Tripoli déclare rechercher une solution "honorable" » *Le Monde* (18 avril 1992) 4. »

81 Voir, *supra* paragraphe 16.

82 3046th meeting, S/23500, à la p. 67. Voir aussi les propos des représentants du Cap Vert, aux p. 79-80, de l'Inde, à la p. 97 et du Zimbabwe, à la p. 131. Doc. off. Suppl., Doc. N.U. S/23500 (1992).

83 C.I.J. Recueil 1950, p. 266, à la p. 274.

laquelle ils reconnaissent le droit de la Libye de refuser l'extradition⁸⁴. Aucun des seize magistrats ne prétend d'ailleurs que la Libye était tenue d'extrader ses ressortissants.

Parallèlement, on peut affirmer que les requêtes américaine et britannique étaient contraires au principe de non-intervention dans les affaires intérieures de la Libye. On se reportera à leur texte⁸⁵ pour constater qu'elles consistaient en de véritables ultimatums assortis de menaces. On peut dès lors les qualifier d'interventions⁸⁶, conformément à la définition de ce terme, qu'on peut résumer dans la formule « contraindre un État à faire ce qu'il est en droit de ne pas faire »⁸⁷. En reprenant ces déclarations et les revêtant du sceau officiel des Nations Unies, le Conseil de sécurité a rendu une règle de droit international inopposable aux États-Unis et à la Grande-Bretagne.

Si l'on peut concevoir que les pouvoirs extrêmement larges conférés par la Charte au Conseil de sécurité comportent la faculté de soustraire, dans certaines limites, les États à des obligations internationales⁸⁸, encore faut-il que la paix et la sécurité internationales soient à ce prix. S'il s'agissait seulement d'éviter que de nouveaux attentats ne se reproduisent à l'avenir, la surveillance des deux suspects et leur jugement par des autorités impartiales auraient constitué une solution efficace. La sanction exceptionnelle permettant une suspension du droit international ne se justifiait donc pas au regard des circonstances, et en particulier des propositions libyennes de faire juger les deux suspects par des justices d'États tiers ou par un tribunal pénal international spécialement constitué.

Mais les problèmes de fond soulevés par la résolution 748 ne sont pas les seuls : l'examen des circonstances ayant présidé à son adoption permet également d'évoquer des questions qu'on pourrait qualifier de procédure.

B. Les problèmes de procédure soulevés par la résolution 748

22. Tout d'abord, il est de notoriété publique que les États-Unis ont utilisé l'arme économique pour obtenir l'adoption de la résolution 748. Les officiels américains ont ainsi proféré, ostensiblement et sans aucune forme de pudeur, des menaces à l'encontre de la Chine de suspendre le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée en cas de vote contraire à la résolution⁸⁹. Les autorités américaines avaient aussi, avant l'adoption de la résolution, appliqué des « sanctions » à l'encontre de la Libye en gelant les avoirs et les comptes bancaires détenus aux États-Unis par des entreprises libyennes⁹⁰.

Par ailleurs, plusieurs États du Tiers-monde ont officiellement déclaré qu'ils jugeaient la résolution 748 non conforme à la Charte, parce qu'il n'existait aucune menace à la paix attribuable à la Libye⁹¹. Ces réticences ont été exprimées lors des débats ayant précédé son adoption⁹². Par exemple, pour le représentant du Cap Vert, « *it would be more appropriate if the Council were to act after the International Court of Justice — which is now seized of this matter — had decided on what is the applicable law, if any, as to the issue of jurisdiction* »⁹³. Les paroles du représentant du Zimbabwe, président en exercice au mois d'avril 1992, sont plus explicites :

« [t]he Charter provides that disputes of legal nature should, as a general rule, be referred by the parties to the International Court of Justice at the Hague [...]. By taking the Chapter VII route while this is still pending before the World Court, the Security Council is risking a major institutional crisis. Such an institutional crisis, which is clearly avoidable, would not only undermine the prestige, credibility and integrity of the entire Organization but would also sap international confidence in the Security Council's capacity to execute, in a judicious and objective manner, its mandate as provided for in the Charter. We are convinced that it would have been in the best interests of international tidiness for the Security Council to await the outcome of the judicial proceedings at the International Court of Justice. »⁹⁴

Comment expliquer à la lecture de ces lignes qu'aucun État n'ait voté contre la résolution 748 (1992) autrement que par de fortes pressions?⁹⁵ On peut fortement douter que les rédacteurs de la Charte aient prévu pareil type de pratiques lorsqu'ils ont rédigé les modalités de vote au sein du Conseil.

23. Par ailleurs, tout mène à penser que le Conseil de sécurité a entendu influencer la Cour internationale de Justice elle-même, une fois celle-ci saisie par la Libye. On se souvient en effet que la résolution 748 a été adoptée alors que les juges de La Haye étaient en pleine délibération. Le 31 mars 1992, les plaidoiries étaient terminées depuis trois jours⁹⁶, et le débat juridique n'avait évidemment pu porter que sur la résolution 731⁹⁷. Le 2 avril, l'agent des États-Unis devant la Cour a appelé l'attention de la Juridiction sur l'existence de cet instrument en lui en communiquant le texte et en l'invoquant pour demander un rejet de la demande libyenne⁹⁸. Face à cet événement qui mettait en cause le principe du contradictoire et de l'égalité des parties, la Cour a, le 4 avril, fait savoir aux parties qu'elle accepterait leurs observations écrites à ce propos jusqu'au 7 de ce mois. Après consultation des documents, la Cour a rejeté, le 14 avril, la demande libyenne en invoquant la résolution du Conseil, quatre juges parmi les neuf ayant voté positivement-déclarant dans leurs opinions individuelles jointes à l'ordonnance que leur vote était motivé par cette circonstance. L'exposé de la chronologie des événements montre déjà que des pressions ont existé de fait sur les juges de la Cour. On ne peut d'ailleurs com-

84 Déclaration commune des juges EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME et AGUILAR, *Affaire de l'Incident aérien*, supra note 6, à la p.24. Voir aussi RANJEVA, op. diss., *id.*, p.72 § 2 et EL-KOSHERI, op. diss., *Id.*, p.109 § 55.

85 Voir, supra au paragraphe 6.

86 Voir la définition de la contrainte par rapport à l'ultimatum dans O. CORTEN et P. KLEIN, op. cit. supra note 62, à la p.12.

87 Ou contraindre un État à ne pas faire ce qu'il est en droit de faire. La formule est inspirée de celle proposée par E. DAVID, « Portée et limite du principe de non-intervention », (1990) 23 R.B.D.I. 350, à la p. 355.

88 Il est vrai que le Conseil doit agir conformément aux buts et principes des Nations Unies, parmi lesquels le respect du droit international. Ceci ne fait toutefois que déplacer le problème, qui est celui de savoir si le droit international permet au Conseil de sécurité d'agir de la sorte. Eu égard aux termes de l'article 2 §7 de la Charte, qui prévoient que le principe de non-intervention « ne porte en rien atteinte » aux mesures de coercition prévues au chapitre VII, nous estimons que cette faculté lui a, en principe, été reconnue : voir O. CORTEN et P. KLEIN, op. cit. supra note 62.

89 Journal parlé de la B.B.C., Samedi 28 avril 1992.

90 « Les États-Unis ont gelé les avoirs de la Lybie » *Le Monde* (31 mars 1992) 31.

91 Voir la déclaration du ministre marocain des affaires étrangères justifiant sur cette base l'abstention de son pays, « Les réactions dans le monde arabe sont mitigées », *Le Monde* (2 avril 1992) 3.

92 Les débats ont été consultés par le juge EL-KOSHERI qui rend compte dans son opinion dissidente, *Affaire de l'Incident aérien*, supra note 6, aux pp. 105 et ss., § 37 et ss.

93 Doc. off. C.S., 42^e session, 3063^e séance, à la p. 46, Doc. N.U. S/SPV. 3063 (1992).

94 *Id.*, à la p. 52-53.

95 Voir la qualification de « pressions sans précédent », opérée par le secrétaire général-adjoint de la *Ligue arabe*, « Les réactions dans le monde arabe sont mitigées », *Le Monde* (2 avril 1992) 3, et *Affaire de l'Incident aérien*, supra note 6, à la p. 106 § 40 (EL-KOSHERI, op. diss.).

96 La Cour le relève incidemment ; voir *Id.*, à la p.14 § 34 (Ordonnance du 14 avril 1992).

97 *Id.*, à la p.41 § 17 (BEDJAOU, op. diss.).

98 *Id.*, à la p.14 § 35 (Ordonnance du 14 avril 1992).

prendre autrement l'empressement du Conseil de sécurité à statuer le 31 mars, alors que la décision de la Cour était incessante et que certains États avaient expressément demandé qu'il surseoie à statuer jusqu'au prononcé des ordonnances⁹⁹.

L'examen des débats qui se sont déroulés devant la Cour confirment cette impression. Les conseils britanniques et surtout américains ont essentiellement basé leurs plaidoiries sur le problème de la litispendance. Un des conseils des États-Unis a par exemple déclaré, alors que l'adoption de la résolution 748 n'était pas encore établie, que « la Cour doit examiner si son action risque d'entrer en conflit avec les mesures que le Conseil a adoptées ou envisage actuellement »¹⁰⁰. Comme le remarque le juge Bedjaoui dans son opinion dissidente à l'ordonnance du 14 avril, « de telles invitations faites clairement à la Cour de renoncer à l'exercice indépendant de sa fonction judiciaire laissent perplexe »¹⁰¹. La volonté du Conseil de sécurité d'influencer la décision de la Cour est tellement manifeste que le juge Oda, un des juges ayant voté contre l'indication des mesures demandées par la Libye, tient à faire remarquer dans la déclaration qu'il a jointe aux deux ordonnances que :

« [w]hen the Council, following of course the logic of its own timetable and purposes, adopted its resolution on 31 March 1992, a mere three days after the hearings, it must therefore have acted in full cognizance of the impact of its own decision on that which still fell to be taken by the Court as well as the possible consequences of the latter. »¹⁰²

24. A tous ces points de vue, l'attitude du Conseil est sans précédent. Le juge Bedjaoui rappelait non sans une pointe de résignation qu' :

« [e]n d'autres temps, le Conseil de sécurité attendait la décision de la Cour. Dans l'Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company, le Conseil, saisi en 1951 par le Royaume-Uni qui lui demandait de prendre des mesures contre l'Iran, avait repoussé la discussion jusqu'à la décision de la Cour. »¹⁰³

Le juge El-Kosheri cite aussi le précédent de l'*Affaire des Écoles minoritaires*, à l'occasion de laquelle le Conseil de la S.d.N. refusa d'examiner une demande parce que le litige était pendant devant la Cour permanente de Justice internationale¹⁰⁴.

Eu égard à la répartition de compétences que nous avons exposée dans la première partie de cette étude, il est en tout cas manifeste que le Conseil est intervenu dans une affaire non seulement à prédominance juridique — un problème d'extradition régi par une convention internationale —, mais encore traité par la Cour internationale¹⁰⁵. Il s'agit là d'une autre circonstance à prendre en considération. Le juge Fitzmaurice remarquait que :

« lorsque la question dépend, et dépend exclusivement, de considérations d'ordre juridique, un organe politique n'a pas lui-même le pouvoir de procéder aux constatations juridiques qui doivent justifier son action, même s'il a compétence pour prendre les mesures qui en découlent. »¹⁰⁶

Même si les propos de l'honorable juge sont peut-être quelque peu exagérés, ils constituent un élément de plus permettant d'affirmer que la résolution 748 (1992) a constitué une interférence dans la sphère de compétences de la Cour.

25. En vertu de l'article 24 §2 de la Charte, « [d]ans l'accomplissement de [ses] devoirs, le Conseil de Sécurité agit conformément aux Buts et Principes des Nations Unies », parmi lesquels

« [...] réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international [...], le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix. »¹⁰⁷

Comme le relève le juge Weeramantry, « [t]he duty is imperative and the limits are categorically stated »¹⁰⁸. La nécessité pour le Conseil de sécurité de respecter ces principes est confirmée par un examen des travaux préparatoires de la Charte, qui révèle que la référence à la justice et au droit international a été rajoutée pour limiter les pouvoirs du Conseil de sécurité¹⁰⁹.

Quelle que soit la définition que l'on donne à la notion d'arbitraire, il paraît difficile de justifier l'action du Conseil de sécurité. La résolution 748 présente *a priori* toutes les caractéristiques d'un excès de pouvoir¹¹⁰. En tout état de cause, cette résolution opère une interférence dans la sphère de compétences de la Cour : celle-ci devait en effet statuer sur une demande en indication de mesures conservatoires tendant à préserver ses droits de refuser l'extradition par la Libye, alors que le Conseil venait de prendre une décision obligatoire au titre du chapitre VII de la Charte d'extraire les deux suspects¹¹¹. La tâche des seize juges de La Haye s'avérait donc pour le moins délicate lorsqu'ils ont dû décider du contenu des deux ordonnances.

III. Les ordonnances de la Cour du 14 avril 1992

26. Le 14 avril 1992, la Cour édictait une ordonnance par laquelle

« [c]onsidérant que la Libye et les États-Unis, en tant que Membres de l'Organisation des Nations Unies, sont dans l'obligation d'accepter [...] les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte; que la Cour qui, à ce stade de la procédure, en est à l'examen d'une demande en indication de mesures conservatoires, estime que *prima facie* cette obligation s'étend à la décision contenue dans la résolution 748 (1992); et que, conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout accord international, y compris la *convention de Montréal*;

99 Voir les requêtes en ce sens formulées à plusieurs reprises par la Ligue arabe, *Le Monde* (31 mars 1992) 31.

100 Audience du 27 mars 1992, C.R. 92/4, à la p. 67. (non encore publié).

101 *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 44 § 23.

102 *Id.*, à la p. 24 (Déclaration jointe) (nous soulignons).

103 *Id.*, à la p. 44 § 23.

104 *Id.*, à la p. 106 § 41. Le juge renvoie à S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyden, A.W. Sijthoff, 1965, à la p. 83.

105 Comme le relève le juge BEDJAOUI, « le Conseil de sécurité a non seulement décidé d'un certain nombre de mesures politiques à l'encontre de la Libye, mais a aussi réclamé d'elle l'extradition de ses deux nationaux. C'est cette demande spécifique qui crée un chevauchement sur la substance même du différend d'ordre juridique auquel la Cour est chargée de donner un traitement juridique sur la base de la convention de Montréal... »; *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, aux pp. 34-35 § 6.

106 *Avis sur la Namibie*, *supra* note 75, à la p. 299.

107 Article 1 § 1; nous soulignons.

108 *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 61.

109 *Ibid.*, (op. diss. WEERAMANTRY).

110 Voir en ce sens *id.*, à la p. 105 § 33 (op. diss. EL-KOSHERI).

111 *Id.*, à la p. 5 § 7 (op. diss. BEDJAOUI).

Considérant que si, à ce stade, la Cour n'a donc pas à se prononcer définitivement sur l'effet juridique de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité, elle estime cependant que, quelle qu'ait été la situation avant l'adoption de cette résolution, les droits que la Libye dit tenir de la *convention de Montréal* ne peuvent à présent être considérés comme des droits qu'il conviendrait de protéger par l'indication de mesures conservatoires;

Considérant en outre qu'une indication des mesures demandées par la Libye serait de nature à porter atteinte aux droits que la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité semble *prima facie* avoir conféré aux États-Unis [au Royaume-Uni dans l'ordonnance Libye-Royaume-Uni]

Par ces motifs, La Cour,
Par onze voix contre cinq,

Dit que les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut.¹¹²

Une autre ordonnance était rendue le même jour dans le différend opposant la Libye à la Grande-Bretagne, reprenant des termes similaires.

La Cour base donc essentiellement son rejet sur la décision du Conseil de sécurité. Parmi les onze juges ayant voté en faveur des ordonnances, quatre ont dans une déclaration commune précisé que, en l'absence de la résolution du Conseil de sécurité, la situation juridique *était claire* : les États-Unis et la Grande-Bretagne pouvaient demander à la Libye d'extrader ses deux ressortissants, mais celle-ci était parfaitement en droit de ne pas satisfaire aux demandes¹¹³. La résolution 748 a modifié cette situation juridique et les quatre juges estiment que « [d]ans ces conditions, c'est à bon droit que la Cour [...] a constaté les modifications apportées à cette situation et estimé par voie de conséquence que les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer de telles mesures [conservatoires] »¹¹⁴. On peut déduire de cette déclaration que la motivation de la majorité se base essentiellement sinon exclusivement sur la résolution 748¹¹⁵. D'ailleurs, sur les douze juges ayant joint leur opinion à l'ordonnance, il ne s'en trouve qu'un pour affirmer que la Cour aurait dû refuser les mesures conservatoires en l'absence de cette résolution¹¹⁶.

Les ordonnances du 14 avril 1992 constituent ainsi le premier précédent où la Cour internationale de Justice refuse d'exercer un de ses pouvoirs judiciaires en se référant à une décision de l'organe politique principal des Nations Unies. Ceci ne fait que confirmer que le Conseil a interféré dans la sphère de compétences de la Cour. Celle-ci semble en prendre acte, mais refuse de contredire le Conseil dans l'exercice de sa fonction judiciaire.

A notre sens, la Cour n'a pas abusé de ses pouvoirs en procédant de la sorte (A), mais rien ne l'empêchait d'adopter une position opposée (B).

A. La Cour n'a pas abusé de ses pouvoirs en refusant d'indiquer des mesures conservatoires

27. On peut synthétiser le raisonnement de la Cour dans l'affaire en cause de la manière suivante. La Libye vise à protéger les droits qui découlent d'une convention internationale, la *convention de Montréal*. Par ailleurs, elle est obligée, comme les autres Membres des Nations Unies, de respecter les décisions du Conseil de sécurité, obligation qui découle de l'article 25 de la *Charte*. Il existe donc une contradiction entre deux instruments juridiques. Or, l'article 103 de la *Charte* prévoit qu':

« [e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

Cette disposition implique que, quels que soient leur validité au regard de la *convention de Montréal*, les droits dont la Libye demande la protection par des mesures conservatoires s'effacent derrière les obligations édictées par la résolution. La Cour en conclut que « les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut »¹¹⁷.

28. Le raisonnement de la Cour peut difficilement être critiqué sur le plan technique. L'interprétation de l'article 103 de la *Charte* est parfaitement correcte. Certes, comme le relève le juge Bedjaoui, cette disposition « vise des "obligations" alors qu'il s'agit de "droits" allégués et protégés par des mesures conservatoires », en l'occurrence des droits découlant de la *convention de Montréal*. Mais cette distinction est trop formaliste pour entraîner une quelconque conséquence. Les droits découlant de la convention sont inséparables, et la Libye elle-même a insisté sur ce point d'obligations. Ainsi, l'article 7 énonce bien une *obligation* de juger ou d'extrader, même si cette obligation est alternative, tandis que l'article 11 suppose un devoir de collaboration¹¹⁸. En tout état de cause, si une obligation conventionnelle est supplantée par une obligation en vertu de la *Charte*, *a fortiori* doit-il en être ainsi d'un simple droit? À cet égard, si on admet que, conformément à l'enseignement tiré de l'*Affaire du Lotus*, « tout ce qui n'est pas interdit est permis », un droit — de faire ou de ne pas faire — est assimilable à une absence d'obligation — de ne pas faire ou de faire. Dès lors, même si on devait conclure que la *convention de Montréal* n'octroyait que des droits, donc des absences d'obligations, cette convention devrait évidemment être supplantée par l'obligation bien réelle édictée par l'article 25 de la *Charte*.

Le juge Bedjaoui remarque aussi que l'article 103 « ne vise pas les droits qui peuvent avoir une source autre que conventionnelle et être tirés du droit international général »¹¹⁹. Cette interprétation nous semble erronée. L'article 103 évoque les « obligations en vertu de tout autre accord international » que la *Charte*, sans autre forme de précision: les termes sont clairs et recouvrent tous les types d'obligations conventionnelles. De toute manière, on imagine mal les obligations à la fois conventionnelles et coutumières échapper à la hiérarchie établie par l'article 103, eu égard à l'objet de cette disposition. Enfin, les travaux préparatoires confirment une interprétation extensive¹²⁰.

117 Voir *Id.*, à la p. 15.

118 Voir *Id.*, à la p. 47 § 9 (op. diss. BEDJAOUI).

119 Voir le texte de ces articles, *supra* paragraphe 9.

120 *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 47 § 29.

112 *Id.*, aux pp. 126-127 § 42 à 44 et 46 (Ordonnance du 14 avril 1992).

113 *Id.*, aux pp. 24-25 § 1 à 3 (Déclaration commune).

114 *Id.*, à la p. 25 § 4.

115 Le juge SHAHABUDDEEN souligne que « [t]he Court's Order is based solely on Security Council resolution 748 (1992) » *Id.*, à la p. 28 (op. ind.).

116 « I'm not in agreement with the Court's taking United Nations Security Council resolution 748 (1992) as its sole ground in this matter [...] to base the Court's Order solely on [resolution 748] is to leave open the possibility that the Court, prior to the adoption of resolution 748, might have indicated provisional measures [...] », *Id.*, à la p. 17 (déclaration jointe du juge ODA, vice-président à la Cour faisant fonction de président en l'affaire)

Par ailleurs, les ordonnances du 14 avril 1992 confirment l'interprétation — jusqu'ici contestée¹²¹ — selon laquelle l'article 103 s'applique bien à toutes les obligations en vertu de la Charte, c'est-à-dire non seulement ses articles mais aussi le droit dérivé, dont les résolutions du Conseil de sécurité. Il s'agit du premier précédent en ce sens¹²². On ne peut critiquer cette consécration sur le plan technique : elle est en conformité avec le texte, et n'est pas contredite par les travaux préparatoires¹²³. On peut d'ailleurs en inférer que les résolutions de l'Assemblée générale peuvent bénéficier de la hiérarchie de l'article 103 : même si cet organe ne peut, au contraire du Conseil, édicter de nouvelles obligations, il est parfaitement habilité à interpréter la Charte. C'est à ce titre que certaines résolutions pourraient prévaloir sur les sources conventionnelles. Il est vrai que, dans ce cas, ce n'est pas la résolution en tant que telle qui prévaut, mais la disposition qu'elle interprète ; le résultat est toutefois identique.

29. D'autre part, en édictant ses deux ordonnances du 14 avril 1992, la Cour n'a nullement validé les effets de la résolution 748. Lorsqu'elle estime qu'elle « n'a donc pas à se prononcer définitivement sur l'effet juridique de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité », elle se réserve la possibilité de le faire dans le cadre de son examen du fond de l'affaire.

Il est évident que la Cour devant régler les litiges qui lui sont soumis « conformément au droit international », est amenée à déterminer les effets juridiques et la validité des instruments juridiques applicables, dont les résolutions du Conseil de sécurité. La Cour a d'ailleurs déjà affirmé et exercé son pouvoir de procéder de la sorte :

« [i]l est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies [...]. Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et puisque des objections ont été formulées, la Cour examinera ces objections dans son exposé des motifs, avant de se prononcer sur les conséquences juridiques découlant de ces résolutions. »¹²⁴

Dans cette affaire, la Cour n'exprime son *Avis sur les Conséquences juridiques de la présence de l'Afrique du sud en Namibie* nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité qu'après avoir contrôlé si celle-ci avait été adoptée en conformité avec les buts et principes de la Charte et avec ses articles 24 et 25¹²⁵.

La Cour devra procéder de la même manière dans le cas de la Libye. On peut même affirmer que, si l'affaire devait être jugée au fond, il s'agirait là de l'objet même du litige, dans la mesure où l'article 103 fait primer cette source juridique sur la convention de Montréal¹²⁶. En réalité, ne pouvant en juger au stade des mesures conservatoires, la Cour a consacré les effets de

la résolution 748 à titre provisoire. Cette position est bien exprimée par le juge Weeramantry : « [w]ithout determining definitively the legal effect of that resolution, the validity of which is disputed by Libya, we must at the present stage of provisional measures act upon the basis of its validity »¹²⁷.

Un seul des juges ayant joint son opinion aux ordonnances émet d'ailleurs un jugement définitif sur la résolution 748¹²⁸. Par exemple, pour le juge Oda, « the Council appears, in fact, to have been acting within its competence when it discerned a threat against international peace and security in Libya's refusal to deliver up the two Libyan accused »¹²⁹. De même, le juge Lachs remarque insidieusement :

« [w]hether or not the sanctions ordered by resolution 748 (1992) have eventually to be applied, it is in any event to be hoped that the two principal organs concerned will be able to operate with due consideration for their mutual involvement in the preservation of the rule of law. »¹³⁰

Les termes soulignés montrent à suffisance que même les juges ayant voté en faveur des ordonnances ne sont pas pleinement convaincus de la validité de cette résolution.

30. On ne peut d'ailleurs déduire de la lecture de la motivation que la Cour reconnaît de manière générale une préséance du Conseil de sécurité¹³¹. La haute juridiction n'affirme en effet nullement qu'elle est dans l'impossibilité d'exercer sa juridiction, mais seulement que « les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à l'exiger »¹³².

« La motivation de la Cour est à cet égard parfaitement conforme avec les termes de son Statut. En vertu de l'article 41 de ce dernier, 'la Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire' »¹³³.

Le texte de cette disposition laisse à la Cour une marge de manœuvre très large¹³⁴ : cela s'explique par la nature même de la phase des mesures conservatoires, pendant laquelle on ne peut encore juger ni du fond de l'affaire, ni même des questions de compétence. Dès lors, la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'évaluer la situation qui se présente devant elle afin de déterminer si des mesures sont nécessaires pour que l'arrêt qu'elle est amenée à rendre puisse avoir un effet et ne soit pas rendu sans objet.

31. À ce sujet, il convient de rappeler qu'il existe un précédent où la Cour a statué sur l'indication de mesures conservatoires alors que le Conseil de sécurité avait adopté une résolution portant sur un aspect du différend. Durant les audiences publiques de l'*Affaire de la Mer Egée*, la Grèce a demandé à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires visant généralement à empêcher

121 T. FLORY, « Commentaire de l'article 103 » ; dans J. P. COT, A. PELLET dir., *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, p. 1371.

122 Voir *Ibid.*, J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U.*, Paris, Éditions A. Pedone, 1974, p. 283.

123 *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra*, note 4, à la p. 625 § 107, seul précédent à l'organe principal des Nations Unies à fait une application de l'article 103 dans le domaine des modes de règlement des différends.

124 T. FLORY, *loc. cit.*, *supra* note 121, à la p. 1373.

125 *Avis sur la Namibie*, *supra* note 75, à la p. 45 § 89. Dans l'*Affaire relative à Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif C.I.J. Recueil, 1962, p. 151, à la p. 157, la Cour avait déjà affirmé qu'elle « doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif ». L'opinion est parfaitement transposable en matière d'arrêts et plusieurs des citations reproduites le mentionnent.

126 Comme le relève le juge GROS, « [c]omment [...] un juge peut-il déduire une obligation d'une situation quelconque sans avoir d'abord éclairci la question de la légalité des origines de cette situation ? », *Avis sur la Namibie*, *supra* note 75, à la p. 332 § 18.

127 *Id.*, Op. diss., à la p. 1.

128 Il s'agit du juge EL-KOSHERI, pour qui « paragraph 1 of Security Council resolution 748 (1992) should not be considered to have any legal effect on the jurisdiction of the Court [...] ». *Id.*, à la p. 107 § 47.

129 *Id.*, à la p. 17 (nous soulignons). Voir aussi les termes ambigus du juge BEDJAOUI aux pp. 41 et ss. § 18 à 21.

130 *Id.*, à la p. 27 (nous soulignons). Voir par ailleurs, dans le même arrêt, AJIBOLA, op. diss., à la p. 90.

131 Le juge ODA ne semble cependant pas de cet avis puisqu'il affirme que « the Court has at present no choice but to acknowledge the pre-eminence of that resolution », *Id.*, à la p. 17.

132 *Id.*, à la p. 15 (dispositif des Ordonnances).

133 Nous soulignons.

134 Le juge ARECHAGA parle du « très large pouvoir d'appréciation que l'article 41 confère à la Cour ». *Affaire de la Mer Egée*, *supra* note 2, à la p. 16. Voir aussi J. SZTUCKI, op. cit. *supra*, note 3, à la p. 54.

l'aggravation ou l'extension du différend¹³⁵. Or, le Conseil de sécurité prenait à ce moment une résolution par laquelle il demandait aux gouvernements de la Grèce et de la Turquie « de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour réduire les tensions actuelles dans la région de manière à faciliter le processus de négociation »¹³⁶. Confrontée à cette circonstance, la Cour,

« considérant que l'on ne saurait présumer que l'un ou l'autre État manquera aux obligations que lui impose la *Charte des Nations Unies* ou ne tiendra pas compte des recommandations du Conseil de sécurité qui lui sont adressées au sujet du présent différend, » estime qu'« il n'est pas nécessaire [...] de statuer sur la question de savoir si l'article 41 du Statut lui confère le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires dans le seul dessein de prévenir l'aggravation ou l'extension du différend. »¹³⁷

La Cour, en la présence d'une recommandation du Conseil de sécurité, semble donc insister sur la nécessité de son respect, et décide dès lors de ne pas adopter des mesures rendues de ce fait inutiles¹³⁸. Les circonstances diffèrent évidemment radicalement de l'*Affaire de l'Incident aérien* : en particulier, le demandeur était le même devant les deux organes, la décision favorable du Conseil rendant pratiquement sans objet la requête grecque devant la Cour¹³⁹. Il n'en reste pas moins que, dans cette affaire, la Cour décide de consacrer une résolution du Conseil de sécurité en tant que circonstance à prendre en compte dans le cadre de l'indication de mesures conservatoires.

32. Eu égard aux termes permissifs de l'article 41 du Statut et à la pratique passée de la Cour dans sa mise en œuvre, on ne peut assurément pas accuser la Cour d'avoir enfreint ses pouvoirs. Ceci est d'autant plus évident que la compétence discrétionnaire de la Cour doit s'interpréter restrictivement, puisque les circonstances doivent bien exiger l'indication de mesures conservatoires¹⁴⁰, même si, dans cette hypothèse, ces mesures doivent être prises : il ne suffit donc pas qu'il soit souhaitable ou opportun d'indiquer des mesures.

En estimant que, le Conseil de sécurité ayant édicté la résolution 748, les circonstances n'exigeaient pas l'indication de mesures conservatoires en sens inverse, elle n'a fait qu'exercer une compétence discrétionnaire dans un cas particulièrement délicat. Le critère essentiel semble avoir été la cohérence du système des Nations Unies, voire du droit international, dans son ensemble. Le juge Lachs exprime sans doute le mieux le sentiment qu'ont dû éprouver bon nombre de juges au moment de trancher :

« it is important for the purposes and principles of the United Nations that the two main organs with specific powers of binding decision act in harmony — though not,

of course, in concert — and that each should perform its functions with respect to a situation or dispute, different aspects of which appear on the agenda of each, without prejudicing the exercise of the other's powers. In the present case the Court was faced with a new situation which allowed no room for further analysis nor the indication of effective interim measures. The order made should not, therefore, be seen as an abdication of the Court's powers; it is rather a reflection of the system within which the Court is called upon to render justice. »¹⁴¹

On remarquera d'ailleurs qu'aucun des cinq juges ayant voté contre les ordonnances n'estimait que la Cour a outrepassé ses pouvoirs en refusant les mesures conservatoires demandées. Aucun d'eux n'a prétendu que la Cour pouvait contredire les termes de la résolution du Conseil, leur vote négatif s'expliquant plutôt par le refus de la Cour d'adopter d'autres mesures, qui soient en parfaite conformité avec la résolution¹⁴². Ceci soulève la question de savoir si la Cour aurait pu indiquer des mesures conservatoires nonobstant la résolution 748 du Conseil de sécurité.

B. La Cour n'aurait pas abusé de ses pouvoirs en indiquant des mesures conservatoires

33. La possibilité pour la Cour d'indiquer des mesures conservatoires dans l'*Affaire de l'Incident aérien* dépendait à la fois de la présence des conditions généralement requises, et de la compatibilité de cette indication avec la résolution 748 (1992).

1. Les conditions généralement requises

34. Les circonstances dégagées par la jurisprudence comme exigeant l'indication de mesures conservatoires au sens de l'article 41 du Statut sont principalement¹⁴³ : la base de compétence *prima facie* de la Cour¹⁴⁴, l'urgence et le risque de dommage irréparable provoqué par l'absence d'indications¹⁴⁵, le rapport entre les mesures demandées et les droits faisant l'objet du litige¹⁴⁶, et le caractère raisonnable de l'allégation au fond¹⁴⁷.

35. La Libye a basé la saisine de la Cour sur l'article 14 § 1 de la *convention de Montréal* prévoyant :

« Tout différend entre des États contractants concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour. »¹⁴⁸

135 Ordonnance du 11 septembre 1976, demande en indication de mesures conservatoires, *Affaire de la Mer Égée*, supra note 2, à la p. 12 § 36.

136 Résolution 395 (1976) du 25 août 1976, C.S. Rés. 395 (1976), Doc. Off. C.S., 31^e année, à la p. 15, Doc. N.U. S/INF/32 (1976).

137 *Affaire de la Mer Égée*, supra note 2, à la p. 13, § 42 de l'Ordonnance.

138 Comme le remarque Jerzy SZTUCKI, la résolution du Conseil de sécurité « was per se much in the nature of a provisional measure », J. SZTUCKI, *op. cit.* supra note 3, à la p. 54. Le professeur SUY, conseil de la Libye, remarque aussi que, dans cette affaire, « le Conseil de sécurité, dans sa recommandation, avait, en fait indiqué, lui, les mesures conservatoires voulues »; C.R. 92/2, à la p. 66. (non encore publié).

139 Dans son opinion individuelle, le juge LACHS souligne toutefois que « aucun texte n'empêchait la Cour de dégager clairement les conséquences juridiques de la résolution du Conseil de sécurité [...] ». Les déclarations du Conseil ne dispensaient pas la Cour, en tant qu'organe judiciaire indépendant, d'exprimer sa propre opinion sur la gravité de la situation dans la région contestée », *Affaire de la Mer Égée*, supra note 2, à la p. 20.

140 *Affaire des essais nucléaires*, C.I.J. Recueil, 1974, à la p. 457 à la p. 480 (opinion individuelle GROS) (nous soulignons).

141 *Affaire de l'Incident aérien*, supra, note 6, à la p. 27 (nous soulignons).

142 Voir *infra*, § 41.

143 On se reportera de manière générale à l'ouvrage de Jerzy SZTUCKI, *op. cit.*, supra note 3, à la p. 102 et ss.

144 Voir notamment l'*Affaire relative à la Compétence en matière de pêcheries*, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1972, p. 12, à la p. 15 § 15.

145 Voir notamment *Affaire du Passage par le Grand-Belt*, Ordonnance, C.I.J. Recueil, 1991, p. 12, à la p. 16, § 16.

146 Voir notamment *Affaire relative à la Sentence arbitrale du 31 août 1989*, Ordonnance C.I.J. Recueil 1990, p. 64, à la p. 69 § 24-27.

147 Cette dernière condition a récemment été énoncée sur base des précédents par le juge SHAHABUDEEN: *Affaire du Passage par le Grand-Belt*, supra note 46, à la p. 28 et ss. 148 *Affaire de l'Incident aérien*, supra note 6, à la p. 10 § 21 (Ordonnance du 14 avril 1992).

Cette disposition prévoit d'abord la nécessité d'un *différend* entre les Parties. Même si les conseils américains et britanniques ont contesté la réalisation de cette condition, il semble superflu de s'y attarder tant le *désaccord sur un point de fait ou de droit*, ou encore le *non possumus* ou le *non volumus*¹⁴⁹ étaient évidents en l'espèce¹⁵⁰.

Une deuxième condition est que le demandeur saisisse la Cour si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage « dans les six mois » de la date de la demande formulée à cet effet. Sur le plan purement textuel, la condition ne peut être réalisée, puisque la Libye a formulé sa première demande d'arbitrage le 18 janvier 1992. Le 3 mars 1992, date de la saisine de la Cour, on ne pouvait savoir avec certitude si les parties sont parvenues à un accord sur l'organisation de cet arbitrage « dans les six mois ».

Ce fait a été abondamment débattu lors des audiences devant la Cour¹⁵¹. Le juge Ni a consacré la position des conseils américains et britanniques en prétendant que la demande en indication de mesures conservatoires aurait dû être rejetée sur cette seule base¹⁵². Par contre, le juge Bedjaoui a repris à son compte la thèse libyenne : les États-Unis et le Royaume-Uni ayant nié jusqu'à l'existence même d'un différend, il devenait illusoire d'attendre six mois, la demande d'arbitrage n'ayant aucune chance d'aboutir¹⁵³. Est ainsi consacré le parallèle entre la condition d'épuisement des voies de recours internes, qui ne s'applique que si ces recours présentent une chance de succès¹⁵⁴. Le juge Bedjaoui estime même que le texte de l'article 14, en énonçant que la Cour pouvait être saisie « dans les six mois », permettait à la Libye d'introduire sa requête jusqu'au 18 août 1992, mais pas au-delà de ce délai¹⁵⁵. Nous ne pourrions suivre l'honorable juge sur ce dernier point. Une lecture de l'article dans son ensemble révèle que la Cour ne peut être saisie que si, « dans les six mois », les Parties se sont mises d'accord sur l'organisation de l'arbitrage : il faut donc bien en principe se placer à l'issue du délai pour apprécier si la condition est réalisée. Son premier argument nous paraît infiniment plus convaincant, tant il paraît absurde d'exiger de la Libye qu'elle

formule une deuxième requête au mois d'août portant sur les mêmes faits et les mêmes dispositions conventionnelles¹⁵⁶.

36. Quoi qu'il en soit, la Cour ne pouvait pas vérifier à ce stade si les conditions de sa compétence étaient réunies. Elle n'aurait pu rejeter la demande en indication de mesures conservatoires que si son incompétence était véritablement manifeste¹⁵⁷, ou si le grief allégué « échappe complètement à la juridiction internationale »¹⁵⁸. La Cour a récemment rappelé qu'il suffit que « les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée »¹⁵⁹. Il n'existe aucun précédent à ce jour où la Cour se soit déclarée incompétente *prima facie*, à partir du moment où une partie invoque une clause compro-missoire ou une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire¹⁶⁰.

Dès lors, les débats à propos des conditions de l'article 14 de la *convention de Montréal* apparaissent vains : cette disposition présente bien une base, au moins *prima facie*, de compétence pour la Cour¹⁶¹.

37. Les autres conditions généralement posées par la jurisprudence posent moins de problèmes. Quant à l'urgence, elle ne saurait faire de doute : les États-Unis et la Grande-Bretagne ont demandé à la Libye d'extrader ses ressortissants *immédiatement* et *sans aucun délai*¹⁶². Le caractère irréparable du dommage pressenti est également évident, dans la mesure où le succès des pressions américaine et britannique rendrait sans objet un arrêt de la Cour sur le fond qui donnerait *a posteriori* raison à la Libye¹⁶³. De même, le rapport entre les mesures demandées — une injonction aux deux pays occidentaux pour qu'ils mettent fin à leurs pressions — et les droits revendiqués par la Libye — dont celui de ne pas extradier — ne saurait faire de doute. Enfin, les allégations libyennes n'ont rien de déraisonnables, la *convention de Montréal* leur donnant *a priori* raison sur le fond¹⁶⁴.

38. Il reste cependant une circonstance à examiner. Selon les conseils américains et britanniques, la Cour ne pouvait satisfaire les requêtes libyennes parce que celles-ci se référaient à la *convention de Montréal*, qui n'était pas applicable au différend. La *convention* ne s'appliquerait en effet pas aux actes de terro-

149 Voir *Affaire des Concessions mavromatis en Palestine*, C.P.I.J. Recueil 1924, Série A, n°2 à la p. 7, à la p. 13. *Affaire du Personnel diplomatique*, note 3, à la p. 7. *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 4, à la p. 46. Voir aussi *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, C.P.I.J. Recueil 1925, Série A, n°6, p. 5. *Affaire du Cameroun septentrional*, C.I.J. Recueil 1963, p.15, à la p. 27. *Affaire du Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1962, p. 319, à la p. 328. *Affaire de l'Application de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'organisation des Nations Unies*, Avis Consultatif, C.I.J. Recueil 1988, p. 12, à la p. 28, § 38.

150 Voir notamment l'*Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 80 (AJIBOLA, op. diss.) et à la p.108 § 51 (EL-KOSHERI, op. diss.).

151 Voir notamment les plaidoiries du professeur Salmon pour la Libye (CR/5, p. 32-34) et du Solicitor General for Scotland, monsieur A.F. RODGER Q.C. pour la Grande-Bretagne (audience du 26 avril, document non disponible).

152 *Affaire de l'Incident aérien*, *supra*, note 6 aux pp. 22 et 23 (Déclaration jointe à l'ordonnance).

153 *Id.*, à la p. 36 § 9 (BEDJAOU, op. diss.), à la p. 83 (AJIBOLA, op. diss.) et à la p. 108 § 53 (EL-KOSHERI, op. diss.). Voir la Déclaration du président britannique du Conseil de sécurité en janvier 1992 selon laquelle « [t]he letter dated 18 January concerning a request under Article 14 of the Montreal Convention is not relevant to this issue before the Council » (nous soulignons).

154 Voir le commentaire de l'article 22 de la première partie du projet (épuisement des voies de recours internes) A.C.D.I., 1977, vol. II, 2^e partie, aux pp. 47-48 et la jurisprudence citée.

155 BEDJAOU, op. diss., § 9. Voir en ce sens, quoique de manière plus prudente AJIBOLA, op. diss., p. 6-7. Le juge EL-KOSHERI adopte une position médiane en énonçant que « the wording of "within" or "dans" which figures in the text of Article 14, paragraph 1, of the Montreal Convention does not clearly render this time element a mandatory requirement which bars recourse to the Court before its expiration »; op. diss., § 53; nous soulignons.

156 *Id.*; le juge cite la jurisprudence par laquelle la Cour a refusé de se montrer formaliste pour apprécier la réalisation de la condition de négociations préalables. Voir notamment l'*Affaire du Sud-Ouest africain*, *supra*, note 150, aux pp. 345-346. Pour une référence à l'objet et au but de la disposition, voir WEERAMANTRY, op. diss., *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6 aux pp. 51-52.

157 *Affaire de la Compétence en matière de pêcheries* C.I.J., Recueil 1972, à la p. 15. Le critère est réaffirmé par le juge EL-KOSHERI dans son op. diss., § 48 et ss.

158 *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1951, p. 88, à la p. 93. Pour une opinion contraire, voir les opinions des juges BADAWI et WINIARSKI, *Id.*, à la p. 96 et l'opinion dissidente du juge FORSTER pour qui il faut « non point une simple probabilité, mais l'absolue certitude de sa compétence », *Affaire des Essais nucléaires*, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1973, p. 99, à la p. 113.

159 *Affaire relative à la Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *supra*, note 147, à la p. 68 § 20. Voir aussi l'*Affaire du Passage par le Grand-Belt*, *supra* note 46, à la p. 15, § 14.

160 Dans l'*Affaire de l'Interhandel*, Ordonnance, C.I.J. Recueil 1957, p.105; la Cour a refusé la demande suisse en indication de mesures conservatoires en raison de l'absence d'urgence, sans évoquer son éventuelle incompétence *prima facie*. Or, les États-Unis invoquaient en l'espèce leur réserve automatique pour dénier compétence à la Cour, ce qui rendait très vraisemblable son incompétence. Plusieurs juges remarquent cette circonstance dans leur opinion jointe à l'ordonnance; voir WELLINGTON KOO, à la p. 113, KLAESTAD, à la p. 115 et LAUTERPRACHT, à la p. 117. *A fortiori*, la compétence de la Cour dans l'*Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, ne saurait faire de doute.

161 Voir notamment en ce sens *Id.*, à la p. 80 (AJIBOLA, op. diss.) et à la p. 74 § 9 (RANJEVA, op. diss.).

162 Voir en ce sens, *Id.*, à la p. 39 § 13 et 14 (BEDJAOU, op. diss.) et à la p. 82 (AJIBOLA, op. diss.).

163 Voir *Id.*, aux pp. 84-85 (AJIBOLA, op. diss.) et aux pp. 72-73 § 5 (RANJEVA, op. diss.).

164 Voir *Id.*, p. 84-85 (AJIBOLA, op. diss.) et pp. 72-73 § 5 (RANJEVA, op. diss.).

risme d'État, ce qui serait le cas en l'espèce, mais se limiterait aux actes accomplis par des individus à titre privé. Ceci aurait pour conséquence à la fois l'inexistence de toute base de compétence de la Cour — son article 14 ne s'appliquant pas davantage que les autres dispositions¹⁶⁵ — et l'impossibilité absolue d'obtenir gain de cause sur le fond. La Cour n'a pas retenu cette circonstance lorsqu'elle a rendu ses deux ordonnances, et aucun juge ne l'a retenue pour fonder le refus d'indication de mesures conservatoires. La *convention de Montréal* ne comprend, contrairement à d'autres conventions établissant des règles de droit pénal international — comme celles interdisant la piraterie — aucune limitation tenant à la qualité privée de l'auteur de l'infraction¹⁶⁶. Son objet et son but sont bien de réprimer les actes contre l'aviation civile et de punir les individus qui s'en sont rendus coupables, et non de les exonérer de toute responsabilité individuelle grâce à leur éventuelle qualité de fonctionnaire. Au surplus, tout ceci suppose non seulement que les actes accomplis soient effectivement attribuables aux deux suspects, mais aussi qu'ils l'aient été pour le compte de la Libye¹⁶⁷, ce qui ne pourrait être prouvé par la Cour, *a fortiori* au stade des mesures conservatoires. En tout état de cause, l'exception soulevée ne peut faire échec ni à une base *prima facie* de compétence, ni au caractère raisonnable de l'allégation au fond¹⁶⁸.

39. En dépit du fait que toutes les conditions généralement requises étaient réunies, la Cour a décidé que les circonstances n'exigeaient pas la satisfaction de la demande libyenne en indication de mesures conservatoires. Par là, la Cour a dégagé un nouveau critère, celui d'une décision du Conseil de sécurité qui, par la combinaison des articles 103 et 25 de la *Charte*, prévaut sur les conventions internationales. Soit. Mais la Cour était-elle tenue de procéder de la sorte ?

2. La compatibilité de la résolution 748 avec les mesures conservatoires requises

40. Si on en croit le juge Shahabuddeen,

« [w]hatever might have been the previous position, resolution 748 (1992) of the Security Council leaves the Court with no conclusion other than that to which it has come »¹⁶⁹.

D'autres possibilités restaient cependant ouvertes à la Cour.

41. Une première solution aurait consisté en l'indication de mesures conservatoires non contraires à la résolution du Conseil de sécurité. C'est en ce sens que se sont exprimés les cinq juges qui ont joint aux ordonnances leurs opinions dissidentes.

La Cour aurait d'abord pu simplement enjoindre aux parties de ne rien faire qui aggrave le différend, et en particulier de ne pas recourir à la force¹⁷⁰, ce qui n'aurait contredit ni l'article 25,

ni l'article 103 de la *Charte*¹⁷¹. Cette solution n'aurait sans doute pas eu d'effet pratique très différent de celle choisie, mais elle aurait eu le mérite de ne pas présenter la Cour comme se pliant totalement à la volonté du Conseil de sécurité.

Le juge Bedjaoui se prononce pour une option originale. Après avoir relevé que la Cour avait été jusqu'à refuser d'exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, il remarque que :

« le dossier de l'affaire justifiait l'exercice effectif de ce pouvoir, tout en observant que ses effets avaient été nullifiés [sic] par la résolution 748 (1992). Je parviens donc concrètement au même résultat que la Cour, moyennant une toute autre démarche mais aussi avec cette nuance importante qui me fait non point rejeter la demande de mesures conservatoires mais plutôt déclarer ses effets disparus. »¹⁷²

Subtile distinction, assurément, mais qui là encore avait l'avantage de maintenir, au moins en apparence, l'intégrité judiciaire de la Cour.

On a encore évoqué d'autres alternatives, comme celle consistant à s'adresser à la Libye elle-même pour qu'elle remette les deux suspects à une justice d'un État étranger au litige, où à la Cour elle-même¹⁷³. Cette solution se justifiait par le fait, relevé par le juge *ad hoc* désigné par les autorités libyennes elles-mêmes, que « the two Libyans suspected to be the authors of the Lockerbie massacre could not possibly receive a fair trial, neither in the United States nor in the United Kingdom, nor in Libya »¹⁷⁴.

42. Cette large étendue de solutions s'explique par la circonstance que la Cour peut prendre les mesures conservatoires qu'elle juge opportunes, même si elles n'ont pas été demandées par les Parties¹⁷⁵. Le Règlement le prévoit explicitement en son article 75 §2. La Cour a déjà énoncé que :

« ... indépendamment des demandes présentées par les Parties en indication de mesures conservatoires, la Cour [...] dispose en vertu de l'article 41 du Statut du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent. »¹⁷⁶

Elle a déjà utilisé cette possibilité¹⁷⁷. La Cour est même allée plus loin en prenant non pas des mesures conservatoires au sens du Statut, mais en formulant d'initiative des recommandations « extrajudiciaires »¹⁷⁸. Dans la récente *Affaire du Passage par le Grand Belt*, elle a généralement remarqué qu'« en attendant une décision de la Cour sur le fond, toute négociation entre les Parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait la bienvenue »¹⁷⁹, sans affirmer par là indiquer des mesures conser-

171 C'est la solution proposée par le juge WEERAMANTRY, *Id.*, aux pp. 70-71.

172 *Id.*, p. 47 § 30 (nous soulignons). Le juge RANJEVA semble pencher pour une solution similaire, *Id.*, à la p. 76 § 12.

173 *Id.*, à la p. 40 § 15 (BEDJAOUI, op. diss.) et à la p. 112 § 65 (EL-KOSHERI, op. diss.).

174 *Id.*, p. 111 § (nous soulignons).

175 Voir J. SZTUCKI, op. cit. *supra* note 3, aux pp. 154 et ss..

176 *Affaire du Différend frontalier (Burkina Faso-Mali)*, Ordonnance du 10 janvier 1986, demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1986, p. 9, § 18. Voy. aussi *Affaire du Groënland oriental* C.P.J.I. Série AB, n° 48, aux pp. 287-288; *Affaire de la Compagnie Électricité de Sofia* C.P.J.I., Série AB, n° 79, à la p. 199; *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company*, C.I.J. Recueil 1951, à la p. 93.

177 Voir notamment l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, *supra*, note 159, à la p. 93-94. Voir la diversité des mesures déjà adoptées dans J. SZTUCKI, op. cit. *supra*, note 3, aux pp. 89 et ss..

178 Le terme est du juge RANJEVA, *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 76 § 10.

179 *Affaire du Passage sur le Grand-Belt*, *supra*, note 146, à la p. 20.

165 Voir les articles pertinents de la convention de Montréal et la déclaration commune de quatre juges ayant voté en faveur de l'ordonnance mais reconnaissant les droits de la Libye au regard de la convention de Montréal, *Id.*, à la p. 24.

166 Le juge ODA arrive à une conclusion similaire par un autre moyen : il remarque que les droits en cause se retrouvent non seulement dans la convention de Montréal mais aussi dans le droit international coutumier. La Cour ne serait dès lors pas compétente pour juger de la violation de ces droits, puisque sa seule base de juridiction est l'article 14 de la convention; *Id.*, à la p. 18. Comme le reconnaît lui-même l'honorable juge, « [t]his analysis may seem over-technical ». Un tel raisonnement réduirait considérablement les effets des clauses compromissaires de toute une série de traités et en atténuerait considérablement l'effet utile.

167 Voir l'*Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 97 § 9 (EL-KOSHERI, op. diss.).

168 Voir *Id.*, à la p. 37 § 10 (BEDJAOUI, op. diss.).

169 *Id.*, à la p. 28.

170 Voir *Id.*, aux pp. 92-93 (AJIBOLA, op. diss.).

vatoires. Il s'agissait d'une option que la Cour aurait pu parfaitement mettre en œuvre dans le cas de la Libye¹⁸⁰.

43. La Cour aurait-elle pu aller beaucoup plus loin et prendre des mesures qui tendent à atténuer ou supprimer les effets de la résolution 748? Même si aucun juge n'a émis une telle opinion, celle-ci n'aurait pas été contraire ni au Statut, ni à la *Charte des Nations Unies*.

Tout d'abord, la Cour n'est pas directement tenue par les décisions du Conseil de sécurité, *a fortiori* lorsqu'elle n'est pas mentionnée comme destinataire de l'obligation, comme dans le cas de la résolution 748. L'article 25 de la *Charte* ne concerne que les États membres de l'O.N.U., et non ses organes¹⁸¹. En ce qui concerne les rapports entre ces derniers, nous avons déjà relevé qu'aucune hiérarchie ne pouvait être décelée, et que la Cour agissait en toute indépendance¹⁸². Certes, la Cour doit agir conformément à son Statut dont l'article 38 prévoit qu'elle juge les différends « conformément au droit international ». Ceci ne règle cependant pas la question¹⁸³. Si le Conseil prend une résolution qui ne fait qu'exprimer du droit international existant, la Cour est liée non par la résolution elle-même, mais par la norme qu'il exprime. En l'occurrence, tel n'est évidemment pas le cas : le Conseil, sur la base d'une qualification discrétionnaire d'une menace à la paix, a au contraire permis à des États de ne pas appliquer une convention internationale, mais n'a formulé aucune obligation à destination de la Cour. Quant à l'article 41 du Statut, il permet à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires de manière discrétionnaire.

La *Charte* interdit seulement à la Cour d'enjoindre des mesures au Conseil de sécurité lui-même : tel n'était cependant pas l'objet des deux requêtes libyennes, comme cela a été confirmé lors des observations écrites données à la Cour au sujet de la résolution 748. La Libye entendait obtenir des mesures dont les uniques destinataires étaient les États-Unis et la Grande-Bretagne, même si elles visaient à les empêcher d'utiliser leurs pouvoirs au sein du Conseil de sécurité en contradiction avec la *convention de Montréal*¹⁸⁴.

44. La distinction est certes formaliste, tant il est évident que les requêtes libyennes visaient en fait l'action du Conseil. Pourrait-on affirmer que, en donnant suite à ces requêtes, la Cour aurait abusé de ses pouvoirs en violant l'esprit de la *Charte*? Nous ne le pensons pas. Il ne faut pas perdre de vue que c'est le Conseil de sécurité qui, en premier lieu, a pris une décision qui privait de tout sens la délibération des juges de La Haye. Si ces derniers avaient refusé d'en tenir compte et avaient voulu mener à bien leur mission en refusant de donner effet à une interférence de l'organe politique dans la sphère de leurs compétences, on ne peut prétendre qu'ils auraient violé l'esprit des textes qui la leur a confiée. Le principe présidant à l'exercice de ses fonctions reste que la Cour en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies [...] [agit seulement] sur la base du droit, *indépendamment de toute influence ou de toute intervention extérieures* »¹⁸⁵.

Le juge Onyeama a précisé à ce sujet que :

« [d]ans l'exercice de ses fonctions, la Cour est pleinement indépendante des autres organes des Nations Unies; elle n'est nullement tenue d'émettre un arrêt ou un avis qui soit "politiquement acceptable"; ce n'est pas là son rôle. »¹⁸⁶

45. Ni le texte de la *Charte* ou du Statut, ni l'esprit de ces instruments n'interdisaient donc à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires qui auraient visé à atténuer ou supprimer les effets de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité. Mais les circonstances « exigeaient »-elles qu'il en soit ainsi? On rappellera tout d'abord que les conditions généralement requises étaient réunies. Quant à la contradiction éventuelle avec la résolution, deux remarques doivent être émises à ce sujet qui en auraient atténué les effets. Ces remarques se rattachent au statut des deux branches de la contradiction, la résolution 748, d'une part, les mesures indiquées, de l'autre.

46. La prééminence de la résolution du Conseil suppose qu'elle puisse déployer ses effets, c'est-à-dire qu'elle ait été prise valablement et en conformité avec la *Charte*. L'article 25 n'oblige les États Membres à appliquer les décisions du Conseil de sécurité que « conformément à la *Charte* », ce qui a pour conséquence que

« the term "decision" may be interpreted to mean [...] only decisions which, in accordance with the provisions of the *Charter* under which they are adopted, are binding upon the Members. »¹⁸⁷

Or, comme nous l'avons déjà relevé, les plus nettes réserves peuvent être émises à ce sujet pour la résolution 748 (1992)¹⁸⁸, et les juges n'en ont d'ailleurs consacré les effets qu'en se réservant le droit de juger ultérieurement de leur validité. Le parallèle avec le précédent, déjà évoqué, de l'*Affaire de la Mer Egée*, est édifiant sur ce point. On sait que, dans cette affaire, la Cour a refusé d'accéder à la demande grecque d'enjoindre aux parties de ne pas aggraver le différend dans la mesure où le Conseil de sécurité avait déjà adopté une résolution en ce sens¹⁸⁹. À cette occasion, la Cour a été loin d'émettre des doutes sur la validité de cette résolution, et a même implicitement appelé à sa prise en compte par les Parties¹⁹⁰. Il est vrai que, en l'occurrence, le Conseil n'avait fait que formuler dans sa résolution que des obligations préexistantes contenues dans la *Charte*.

47. Une dernière circonstance, relative au statut des mesures conservatoires, doit être prise en compte pour apprécier le risque de contradiction. Aux termes de l'article 41 de son Statut, la Cour se limite à « indiquer » ces mesures, sans pouvoir *obliger* leurs destinataires. Les travaux préparatoires ayant présidé à l'élaboration de la disposition montrent que la terminologie est intentionnelle, puisque « indiquer » a été préféré à « ordonner »¹⁹¹. L'objet et le but de ce type de procédure le confirment. En effet, la Cour ne peut, par définition, déterminer quels sont les droits respectifs des Parties à ce stade préliminaire de la procédure. Il se pourrait fort bien par exemple — et la situation s'est déjà présentée¹⁹² — qu'elle indique des mesures et

180 Voir l' *Affaire de l'Incident aérien*, *supra*, note 6, aux pp. 74 et ss. § 9 et ss. (RANJEVA, *op. diss.*).

181 L'application de l'article aux États non-membres a fait l'objet de controverses. Mais il ne semble pas qu'on ait déjà prétendu que les autres organes de l'O.N.U. étaient concernés par cette disposition; voir E. SUY, « Commentaire de l'article 25 », dans J.-P. COT, A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, aux pp. 471 et ss..

182 Voir *supra* § 11.

183 Ce n'est pas l'opinion du juge LACHS, pour qui, « the Court [...] is bound to respect, as part of the law, the binding decisions of the Security Council », *Affaire de l'Incident aérien*, *supra* note 6, à la p. 26.

184 Observations écrites de la Libye, document non publié, § 3.

185 *Avis sur la Namibie*, *supra* note 75, à la p. 23, § 29 (opinion individuelle du juge PETREN) (nous soulignons).

186 *Avis sur la Namibie*, *supra* note 75, à la p. 143.

187 H. KELSEN, *op. cit. supra*, note 49 à la p. 293.

188 Voir *id.*, § 17 et ss..

189 Voir *id.*, § 32.

190 Voir l'interprétation en ce sens du juge ELIAS, *op. indiv.*, *Affaire de la Mer Egée*, *supra*, note 2, à la p. 27.

191 Voy. G. GUYOMAR, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice*, Paris, Éditions A. Pedone, 1973, à la p. 341 et J. SZTUCKI, *op. cit. supra* note 3, aux pp. 263 et ss.. L'auteur remarque cependant qu'une tendance estimait que les mesures conservatoires devaient être obligatoires; voir *id.*, à la p. 268.

192 Voir notamment l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, *supra*, note 159, à la p. 88 et ss.

se déclare ultérieurement incompétente pour juger du litige ou qu'elle déclare la requête irrecevable. Dans cette hypothèse, on ne voit pas très bien sur quelle base les mesures conservatoires revêtraient un caractère obligatoire¹⁹³.

Ni la *Charte*, ni le Statut, ni le Règlement ne contiennent un article en ce sens. L'article 94 de la première dispose que « [c]haque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la *décision* de la C.I.J. dans tout litige auquel il est partie ». Cependant, le paragraphe 2 de cette disposition se réfère à un « arrêt »; dès lors, « [c]es deux expressions ne peuvent concerner que les prononcés en matière contentieuse définissant des droits ou des obligations susceptibles d'exécution, c'est-à-dire le ou les arrêts sur le fond et éventuellement sur le montant des réparations qui mettent fin à chaque affaire »¹⁹⁴. Les ordonnances sont donc exclues de l'article 94 de la *Charte* : elles ne sont assimilables ni à un « arrêt », ni à une « décision ». On doit dès lors considérer qu'elles échappent également aux termes des articles 59 et 60 du Statut en vertu desquels « la *décision* de la Cour » est obligatoire pour les parties et l'« *arrêt* est définitif et sans recours »¹⁹⁵. La C.P.I.J. a eu l'occasion de se prononcer en ce sens¹⁹⁶.

Enfin, on relèvera que, dans la pratique, aucun État n'a dans une requête devant la Cour, réclamé une réparation pour non-exécution par l'autre partie des mesures conservatoires préalablement édictées¹⁹⁷. Les occasions de requête en mise en cause de responsabilité n'ont pourtant pas manqué, puisque les mesures conservatoires édictées par la Cour n'ont, à une exception près¹⁹⁸, jamais été appliquées par leurs destinataires! Dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company*, et l'*Affaire du Personnel diplomatique et des Activités militaires*, le Conseil de sécurité a été saisi, mais jamais sur la base de l'article 94 de la *Charte* : il s'agissait plutôt soit d'évoquer la survenance d'un nouveau différend dans le premier cas¹⁹⁹, soit de se plaindre de violations de règles de droit

international autres que l'ordonnance dans les deux autres²⁰⁰. Il semble donc que l'ensemble des États dénie aux mesures conservatoires une force obligatoire.

En définitive, les mesures conservatoires peuvent tout au plus être considérées comme une interprétation par la Cour de l'obligation générale qu'ont les États, lorsqu'ils s'adressent à la Cour, d'utiliser la procédure judiciaire de bonne foi. Cette obligation est un peu similaire à celle qui existe après la signature d'un traité, mais avant sa ratification, et qui consiste en l'interdiction de priver l'instrument de son objet et de son but²⁰¹. Le principe est ici transposé par rapport à une décision judiciaire, mais il relève du même fondement. Dans ces circonstances, l'indication par la Cour de mesures conservatoires ressemble plus à un avis consistant en l'interprétation d'une obligation préexistante qu'à un arrêt édictant une obligation autonome²⁰².

La conséquence du caractère non-obligatoire des mesures conservatoires est que la Cour en édictant de telles mesures nonobstant une résolution du Conseil de sécurité, n'entraîne pas véritablement en contradiction avec ce dernier. Il n'y a pas de conflit possible : on se trouve devant deux normes au statut fondamentalement différent et qui ne peuvent donc se contredire ou s'annihiler.

48. Devant l'ensemble de ces éléments de fait et de droit, et en l'absence d'obstacles tirés de son Statut, la Cour aurait fort bien pu estimer que les « circonstances exigent » l'indication de mesures conservatoires dans l'*Affaire de l'Incident aérien*. Celles-ci auraient pu aller d'un simple appel au règlement pacifique jusqu'à de véritables indications tendant à supprimer ou atténuer les effets de la résolution 748 (1992).

Une solution médiane aurait consisté pour la Cour à exercer son pouvoir d'édicter des mesures conservatoires en demandant aux deux États occidentaux de cesser leur politique de coercition à l'encontre de la Libye, notamment au sein du Conseil de sécurité, tout en invitant cette dernière à remettre les deux personnes soupçonnées à un État tiers et ce, en attendant la solution du différend porté devant elle. Cette solution n'aurait même pas été contraire au texte de la résolution 748, mais aurait visé à en supprimer les effets. À partir du moment où elle n'était pas obligatoire, elle n'aurait pas constitué une intervention dans les droits souverains des États visés, d'agir au sein du Conseil de sécurité pour les uns, de se prévaloir de la *convention de Montréal* pour l'autre. La Cour n'aurait ainsi fait que demander aux États en litige d'exercer leurs droits de manière à ne pas priver d'objet sa décision future.

La Cour a opté pour une autre solution, qui apparaît peu critiquable sur le plan de la technique juridique. Le choix a sans doute été largement conditionné par des facteurs politiques ou même psychologiques. Il est certain que, si elle s'opposait au Conseil, même dans le cadre réduit des mesures conservatoires, on aurait interprété la décision de la Cour comme une véritable déclaration de guerre. Celle-ci est cependant plutôt le fait du Conseil de sécurité qui a, le premier, interféré dans la sphère de compétence de l'organe judiciaire.

200 Le Conseil de sécurité n'a fait, parmi d'autres considérations, que « déplorer » que l'Iran n'ait pas respecté l'Ordonnance de la Cour; voir la résolution 457 (1979), de décembre 1979, C.S. Rés. 457 (1979), Doc. off. C.S., 34^e année, p. 24, Doc. N.U. S/INF/35 (1979) et Doc. off. C.S. 34^e session, 2182^e séance, p. 1, Doc. U.N. S/PV 2182 (1979). Pour le Nicaragua, voir Doc. off., N.U. S/16731, S/16740 et S/16745 (1984), aux pp. 54, 58 et 64.

201 Voir l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

202 Cette interprétation nous semble conciliable avec l'affirmation de Jerzy SZTUCKI selon laquelle « it follows from the intermediate status of certain acts, such as the Court's orders indicating interim measures, that they are more than mere "recommendations", "suggestions" or "advisory opinions" and that their addressees are not entirely free to respect or totally disregard them », *op. cit.*, *supra* note 3, à la p. 294.

193 Voir J.P. COT, « Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France) », demande en indication de mesures conservatoires, ordonnances du 22 juin 1973 » (1973) XIX A.F.D.I. 252, à la p. 254, § 3.

194 A. PILLEPICH, « Commentaire de l'article 94 » dans J.-P. COT et A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, p. 1269, à la p. 1275 § et G. GUYOMAR, *op. cit. supra* note 192, à la p. 5-6.

195 Nous soulignons. J. SZTUCKI, *op. cit. supra* note 3, à la p. 262. Voir par ailleurs, Guy de la CHARRIÈRE, « Commentaire sur la position juridique de la France à l'égard de la licéité de ses expériences nucléaires », (1973) XIX A.F.D.I. 235, à la p. 241, pour qui, « les mesures conservatoires ne sont pas contraignantes pour les parties lorsqu'elles sont indiquées sur la base de l'article 41 ».

196 *Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, C.P.J.I. Recueil 1929, série A n° 22, p. 1, à la p. 13. Voir A. PILLEPICH, *op. cit.*, *supra* note 195, aux pp. 1275-1276 § 16.

197 Dans l'*Affaire de la Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, aux pp. 16-17 § 33 et 188, § 32; la Cour remarque incidemment que l'Islande a continué à appliquer sa législation de pêche « contrairement aux mesures indiquées par la Cour », mais elle n'en tire aucune conséquence juridique. Voir à ce sujet J. SZTUCKI, *op. cit. supra* note 3, à la p. 272. Dans l'*Affaire des Essais nucléaires*, *supra*, note 141, aux pp. 258-259 § 19; la Cour relève l'allégation de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie selon laquelle « le Gouvernement français a clairement violé l'ordonnance rendue par la Cour », mais, là encore, n'en déduit rien. Voir aussi l'*Affaire du Personnel diplomatique*, *supra*, note 3, à la p. 42 § 92. Il est vrai que des juges, dans leurs opinions jointes à certains de ces arrêts, semblent considérer que les mesures conservatoires sont obligatoires puisqu'ils fustigent leur violation; voir les références dans J. SZTUCKI, *op. cit. supra* note 3, aux pp. 274-275.

198 Il s'agit de l'*Affaire du Différend frontalier (Burkina Faso-Mali)*, *supra* note 176. Voir A. PILLEPICH, *op. cit.*, à la p. 1283-1284 § 19.

199 Plainte contre le gouvernement de l'Iran pour non-observation des mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company* (S/2357), Doc. off. C.S. 6^e session, 55^e séance, p. 10, Doc. N.U. S/PV 559 (1951); Doc. off. C.S. 6^e session, 66^e séance, p. 1, Doc. N.U. S/PV 660 (1951); Doc. off. C.S. 6^e session, 661^e séance, p. 14, Doc. N.U. S/PV 661 (1951); Doc. off. C.S. 6^e session, 662^e séance, p. 1, Doc. N.U. S/PV 662 (1951); Doc. off. C.S. 6^e session, 663^e séance, p. 1 Doc. N.U. S/PV 663 (1951); Doc. off. C.S. 6^e session, 665^e séance, p. 1, Doc. N.U. S/PV 665, référant à S/2239, S/2358 et S/2380. Voir G. GUYOMAR, *op. cit. supra* note 192, aux pp. 5 et ss.

49. La Cour a consacré, le 14 avril 1992, le Conseil de sécurité en véritable titulaire permanent de « pouvoirs spéciaux » lui permettant, sans recourir aux procédures de révision de la *Charte*, de créer de nouvelles obligations dérogatoires au droit commun. Ainsi, les cinq membres permanents se voient reconnu leur *leadership* de fait sur la communauté internationale. Il est certain que les grandes puissances préfèrent utiliser un Conseil où jouent pleinement les rapports de force, les politiques de pression que la Cour, organe composé de quinze juges dont le caractère impartial n'est pas que théorique si on se réfère à sa jurisprudence récente.

Les quinze magistrats de La Haye apparaissent ainsi de plus en plus comme le dernier recours des États qui n'auront pas l'heur de plaire aux promoteurs du « nouvel ordre mondial ». Si l'ordre est nouveau, c'est surtout parce qu'il est maintenu non plus par des actions unilatérales et décentralisées mais par l'intermédiaire d'un Conseil de sécurité qui ne garantit, pas plus qu'hier, la sécurité de tous. Dans ces conditions, il est à espérer que les propos émis en d'autres circonstances par un éminent juge britannique trouvent davantage d'écho dans l'enceinte du Palais de la paix :

« [c]'est pour maintenir la paix et non pour modifier l'ordre mondial que le Conseil de sécurité a été créé. »²⁰³

203. *Avis sur la Namibie*, *supra* note 75, à la p. 294 § 115 (op. diss. G. FITZMAURICE).