

DÉCLARATION COMMUNE
DE MM. GUILLAUME ET FLEISCHHAUER

[Texte original français]

Paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour — Exception de non-lieu ayant un caractère exclusivement préliminaire.

Actions menées par les Etats-Unis en vue d'obtenir la livraison des suspects — Dernières conclusions au fond de la Libye dirigées contre ces actions — Compétence de la Cour pour en connaître dans la seule mesure où les actions critiquées seraient contraires à la convention de Montréal.

Nous pensons devoir faire la déclaration commune suivante concernant l'arrêt rendu aujourd'hui même sur les exceptions préliminaires soulevées par les Etats-Unis dans l'affaire concernant les questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie.

I

Nous avons voté contre la décision figurant au point 3 du dispositif d'après laquelle

«l'exception des Etats-Unis, selon laquelle il n'y aurait plus lieu à statuer sur les demandes de la Libye car les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité les auraient privées de tout objet, n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire».

Nous estimons que cette décision est erronée et qu'elle crée un précédent qui pourrait être dangereux, comme contraire à l'objet et au but de l'article 79 du Règlement de la Cour.

Cette décision est erronée pour les motifs développés ci-après.

La présente affaire porte sur la convention de Montréal. Le différend entre les Parties est relatif à l'applicabilité de cette convention à l'incident de Lockerbie et au respect des obligations résultant des dispositions de la convention à la suite de l'incident. L'affaire ne porte pas sur les résolutions du Conseil de sécurité 748 (1992) et 883 (1993) qui ont été adoptées par le Conseil les 31 mars 1992 et 11 novembre 1993, respectivement, c'est-à-dire après que la Libye eut présenté sa requête le 3 mars 1992. Les conclusions au fond de la Libye, telles qu'elles figurent dans sa requête et dans son mémoire, concernent l'applicabilité de la convention de Montréal et le respect par les Parties de dispositions spécifiques de cet instrument dans le traitement de l'incident de Lockerbie. S'il en était autrement, la Cour n'aurait d'ailleurs pas compétence; en effet la seule base de

JOINT DECLARATION OF JUDGES GUILLAUME AND
FLEISCHHAUER

[English Original Text]

Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court — Objection of mootness having an exclusively preliminary character.

Actions of the United States in order to obtain the surrender of the suspects — Last substantive submission of Libya directed against these actions — Jurisdiction of the Court in this respect only to the extent that the actions in question would be contrary to the Montreal Convention.

We feel prompted to make the following joint declaration with regard to the Judgment of today's date on the preliminary objections raised by the United States in the case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie:

I

We voted against the third conclusion in the *dispositif* that

“the objection raised by the United States according to which the claims of Libya became moot because Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) rendered them without object does not, in the circumstances of the case, have an exclusively preliminary character”.

We find that that conclusion is wrong and that it sets a potentially dangerous precedent as it undercuts the object and purpose of Article 79 of the Rules of Court.

The conclusion is wrong for the following reasons.

This case is about the Montreal Convention. What is in dispute between the Parties is the applicability of the Convention to the Lockerbie incident and the observation of the obligations flowing from its provisions in the aftermath of the incident. The case is not about the Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) which were adopted by the Council on 31 March 1992 and 11 November 1993 respectively, i.e., after Libya had submitted its Application on 3 March 1992. Libya's substantive submissions as contained in its Application and its Memorial concern the applicability of the Montreal Convention and the compliance of the Parties with particular provisions of that instrument in the handling of the Lockerbie incident. Were it otherwise, the Court would not have jurisdiction; the only base for jurisdiction in this matter is Article 14, para-

compétence en la matière est le paragraphe 1 de l'article 14 de la convention de Montréal qui confère à la Cour compétence sur «tout différend entre des Etats contractants concernant l'interprétation ou l'application» de la convention.

Les Etats-Unis, en tant que défendeur, soutiennent, à titre d'exception préliminaire, «qu'il n'y aurait plus lieu à statuer sur les demandes de la Libye car les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité les auraient privées de tout objet» (arrêt, par. 45). Le but de cette exception est d'obtenir de la Cour le prononcé d'un non-lieu. Une telle exception a un caractère exclusivement préliminaire. La Cour aurait pu — et aurait dû — en décider ainsi; ce faisant, elle ne se serait pas prononcée, même en partie, sur le fond des demandes de la Libye.

En effet, si la Cour avait, en tout ou en partie, rejeté cette exception préliminaire, elle aurait été amenée par la suite à se pencher au fond sur les conclusions de la Libye dans la mesure où elle aurait écarté l'exception; elle les aurait examinées une à une dans les limites de sa compétence. Le résultat de cet examen n'aurait en aucune manière été prédéterminé par l'examen préalable de l'exception des Etats-Unis et par la décision prise sur cet exception.

Si la Cour avait à l'inverse retenu l'exception soulevée par les Etats-Unis, elle en aurait effectivement fini avec l'affaire. Elle l'aurait fait cependant sans se prononcer au fond sur les conclusions présentées par la Libye et sans en préjuger. La Cour aurait laissé la convention de Montréal complètement de côté. Elle aurait fondé sa décision exclusivement sur un nouvel élément, étranger à la convention de Montréal et sans rapport avec cette convention, à savoir les résolutions du Conseil de sécurité. En adoptant les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) qui contiennent des décisions prises en application du chapitre VII de la Charte, obligatoires en vertu de l'article 25, le Conseil de sécurité n'a pas pris position en ce qui concerne la convention de Montréal; il ne s'est nullement prononcé sur l'applicabilité de cette convention à l'incident de Lockerbie; il n'a pas davantage décidé ou pris partie sur la question de savoir si les dispositions de la convention ont été respectées par les Parties. En réalité, le Conseil, dans l'exercice de sa responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, a estimé nécessaire d'imposer certaines obligations à la Libye. Conformément à l'article 103 de la Charte, ces obligations l'emportent sur toutes autres obligations des Parties, que ces dernières obligations aient ou non été contestées entre les Parties et qu'elles aient ou non été respectées. L'absence de relation entre les résolutions du Conseil de sécurité et la position des Parties sous l'empire de la convention de Montréal interdit de regarder l'exception des Etats-Unis comme une défense au fond; elle interdit aussi d'affirmer, comme le fait la Cour, que l'exception «fait bien plus qu'effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire» (arrêt, par. 49) ou qu'«elle est «inextricablement liée» à celui-ci» (*ibid.*).

Pour ces motifs également, la décision prise au point 3 du dispositif de l'arrêt semble contraire à la jurisprudence de la Cour relative à l'applica-

graph 1, of the Montreal Convention which confers on the Court jurisdiction over “any dispute between two or more Contracting States concerning the interpretation or application” of the Convention.

The United States as Respondent claims, as a matter of preliminary objection, that “Libya’s claims have become moot because Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) have rendered them without object” (Judgment, para. 45). The aim of the objection is to obtain a decision from the Court that there is no ground for proceeding to judgment on the merits. This is an exclusively preliminary objection. The Court could — and should — have decided on it without thereby passing judgment — if only in part — on the merits of Libya’s claims.

Had the Court rejected — in whole or in part — the preliminary objection in question, then it would now turn — in so far as the preliminary objection was rejected — to the merits of the Libyan submissions and examine them one by one within the limits of its jurisdiction. The outcome of that examination would in no way be predetermined by the previous examination of and decision on the objection of the United States.

Had the Court, on the other hand, accepted the objection raised by the United States, then the Court would have effectively ended the case. It would, however, have done so without deciding on the merits of any of the submissions presented by Libya or predetermining them. The Court would have left the Montreal Convention completely aside. It would have based its decision exclusively on a new element, extraneous to the Montreal Convention and not related to it — the Security Council resolutions. In adopting resolutions 748 (1992) and 883 (1993), which contain decisions made under Chapter VII of the Charter and binding under Article 25, the Security Council has not taken a position with regard to the Montreal Convention; in no way has it decided whether the provisions of the Convention are applicable to the Lockerbie incident, nor has it decided or taken position on the question whether the provisions of the Convention have been complied with by the Parties. Rather, in the exercise of its primary responsibility for the maintenance of international peace and security, the Council found it necessary to impose certain obligations on Libya. In accordance with Article 103 of the Charter, those obligations override all other obligations of the Parties, irrespective of whether the latter obligations were contested between the Parties or whether they had been complied with or not. The lack of connection between the Security Council resolutions and the position of the Parties under the Montreal Convention precludes the evaluation of the objection of the United States as a defence on the merits; it also prohibits the Court from stating, as it does, that the objection “does much more than ‘touch[ing] upon subjects belonging to the merits of the case’ ” (Judgment, para. 49) or that it is “‘inextricably interwoven’ with the merits” (*ibid.*).

Because this is so, the third conclusion of the *dispositif* of the Judgment seems to run counter to the jurisprudence of the Court concerning

tion de l'article 79 du Règlement de la Cour dans sa version résultant de la révision de 1972. Depuis lors et sauf dans un cas (affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392), la Cour a toujours statué sur les exceptions préliminaires dans la première phase de la procédure; elle a en effet penché pour une interprétation restrictive de la notion d'exception «non exclusivement préliminaire» en vue de parvenir, selon une procédure simple, à une décision rapide sur les exceptions (*ibid.*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 29 et suiv.).

L'arrêt cherche à justifier la décision prise sous le point 3 en déclarant qu'accueillir l'exception préliminaire des Etats-Unis aurait signifié prendre «une décision établissant que les droits revendiqués par la Libye aux termes de la convention de Montréal sont incompatibles avec les obligations découlant pour elle des résolutions du Conseil de sécurité» (par. 49). Il ajoute qu'accueillir l'exception soulevée par le défendeur aurait constitué une «décision faisant prévaloir ces obligations sur ces droits par le jeu des articles 25 et 103 de la Charte» (*ibid.*). Cela pourrait être exact, mais est sans intérêt en ce qui concerne la décision à prendre actuellement sur l'exception préliminaire des Etats-Unis. En effet, définir le sens et les effets des résolutions du Conseil de sécurité et comparer ces résolutions avec les demandes de la Libye présentées au titre de la convention de Montréal n'implique en aucune manière prendre partie sur les droits et obligations de la Libye en vertu de la convention.

La circonstance qu'accueillir l'exception préliminaire des Etats-Unis aurait mis un terme à l'affaire n'est pas davantage un argument à l'encontre du caractère exclusivement préliminaire de l'exception; mettre un terme à une affaire est le but de toute exception préliminaire. Il en est ainsi pour ce qui est des exceptions du type de celle traitée au point 3 du dispositif. La Cour a dans le passé eu l'occasion de se pencher sur de telles exceptions et les a examinées indépendamment du fond; elle a même statué sur ces exceptions avant de s'interroger sur la compétence et la recevabilité (affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 259-272, et des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 457-478). A cet égard on doit aussi noter que si le Conseil de sécurité abrogeait pour l'avenir les mesures prescrites par les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) la position des Parties sous l'empire de la convention resterait ce qu'elle est, inchangée.

La décision prise au point 3 du dispositif va enfin à l'encontre de l'objet et du but de l'article 79 du Règlement de la Cour et crée un précédent dangereux pour l'application future de cette disposition, pour les motifs exposés ci-après.

Lorsque la Cour a adopté en 1972 le texte qui devait devenir par la suite l'article 79, elle l'a fait pour des raisons de simplification procédurale et de bonne administration de la justice. La Cour et les parties étaient invitées à éliminer les questions préliminaires de compétence et de recevabilité de même que les autres exceptions préliminaires avant d'entamer

the application of Article 79 of the Rules of Court since their 1972 revision. The Court, with one exception (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392*), has always dealt with preliminary objections in the first phase of the proceedings and has indeed favoured a restrictive interpretation of the notion “not exclusively preliminary” in the interest of speedy and economical disposal of the objections (*ibid., Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 29 ff.*).

The Judgment seeks to justify its third conclusion by declaring that accepting the preliminary objection of the United States would have meant taking “a decision establishing that the rights claimed by Libya under the Montreal Convention are incompatible with its obligations under the Security Council resolutions” (para. 49). It adds that acceptance of the objection raised by the Respondent would have constituted “a decision that those obligations prevail over those rights by virtue of Articles 25 and 103 of the Charter” (*ibid.*). This might be true, but it is beside the point for the decision to be taken now on the preliminary objection of the United States. Defining the meaning and the effect of the resolutions of the Council and comparing those resolutions with the submissions of Libya regarding the Montreal Convention in no way means taking position on the rights and obligations of Libya under the Convention.

That acceptance of the preliminary objection of the United States would have brought the case to an end is also not in itself an argument against its exclusively preliminary character: the ending of a case is the intention of every preliminary objection. This is so in the case of objections of the kind of those dealt with in the third conclusion of the *dispositif*. The Court has in the past had occasion to deal with such objections and has considered them separate from the merits; it dealt with them even before turning to jurisdiction and admissibility (*Nuclear Tests cases (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 259-272*, and (*New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 457-478*). In this connection it has also to be pointed out that if the Council terminated, with effect *ex nunc*, the measures prescribed by resolutions 748 (1992) and 883 (1993), the position of the Parties under the Convention would still exist, unchanged.

The third conclusion of the *dispositif* runs counter to the object and purpose of Article 79 of the Rules of Court and sets a dangerous precedent for the future handling of that provision for the following reasons.

When the Court, in 1972, adopted the text which later became Article 79, it did so for reasons of procedural economy and of sound administration of justice. Court and parties were called upon to clear away preliminary questions of jurisdiction and admissibility as well as other preliminary objections before entering into lengthy and costly proceed-

des procédures longues et coûteuses sur le fond de l'affaire. Naturellement, une disposition a dû être prévue pour les exceptions qui ne possèdent pas, «dans les circonstances de l'affaire, un caractère exclusivement préliminaire» (art. 79, par. 7). En vue de permettre à la Cour de se prononcer à cet égard, elle «peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve qui ont trait à la question» (art. 79, par. 6). Mais l'interprétation donnée par la Cour à la notion d'exception «non exclusivement préliminaire» dans la présente affaire est si large et si vague que la possibilité de retenir une exception préliminaire en est singulièrement réduite. De ce fait l'arrêt va à l'encontre des objectifs poursuivis par l'article 79, à savoir la simplification des procédures et la bonne administration de la justice.

II

Nous aimerions également déclarer que, bien qu'ayant voté en faveur de la décision prise sous le point 1 du dispositif en ce qui concerne la compétence de la Cour dans la présente affaire pour connaître des dernières conclusions présentées au fond par la Libye dans sa requête et dans son mémoire, nous l'avons fait dans les conditions précisées ci-après.

Dans la version soumise à la Cour dans le mémoire de la Libye, ces conclusions concernent une obligation juridique incombant, selon la Libye, aux Etats-Unis

«de respecter le droit de la Libye à ce que [la convention de Montréal] ne soit pas écartée par des moyens qui seraient au demeurant en contradiction avec les principes de la Charte des Nations Unies et du droit international général de caractère impératif qui prohibent l'utilisation de la force et la violation de la souveraineté, de l'intégrité territoriale, de l'égalité souveraine des Etats et de leur indépendance politique» (arrêt, par. 33).

Nous reconnaissons qu'il existe un différend juridique entre les Parties sur ce point. Toutefois, ce différend n'entre dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention de Montréal et ne relève par suite de la compétence de la Cour que si et dans la mesure où il est relatif à l'interprétation et à l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la convention. Le différend n'entre pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article 14 et dans la compétence de la Cour s'il est relatif à l'interprétation et à l'application du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Cela est précisé au paragraphe 35 de l'arrêt, mais ne l'est pas de manière aussi explicite dans le dispositif; c'est pourquoi nous souhaitons rendre notre position en la matière parfaitement claire.

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

(Signé) Carl-August FLEISCHHAUER.

ings on the merits of a case. Of course, provision had to be made for objections that did not possess “in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character” (Art. 79, para. 7). In order to make the necessary determinations the Court, “whenever necessary, may request the parties to argue all questions of law and fact, and to adduce all evidence, which bear on the issue” (Art. 79, para. 6). The interpretation given by the Court in the present case to the notion “not exclusively preliminary character” is, however, so wide and so vague that the possibility of accepting a preliminary objection becomes seriously restricted. Thereby the Judgment acts counter to the procedural economy and the sound administration of justice which it is the intent of Article 79 to achieve.

II

We would also like to state that we have voted in favour of the first conclusion of the *dispositif* on jurisdiction of the Court over the case on the following understanding relating to the last of the substantive submissions presented by Libya in its Application and its Memorial.

In the version submitted to the Court in the Libyan Memorial this submission concerns an alleged legal obligation of the United States

“to respect Libya’s right not to have the [Montreal] Convention set aside by means which would in any case be at variance with the principles of the United Nations Charter and with the mandatory rules of general international law prohibiting the use of force and the violation of the sovereignty, territorial integrity, sovereign equality and political independence of States” (Judgment, para. 33).

We recognize that there is a legal dispute between the Parties concerning this point. That dispute, however, falls under Article 14, paragraph 1, of the Montreal Convention and therefore within the jurisdiction of the Court only if, and in so far as, it concerns the interpretation and application of one or more of the provisions of the Convention. The dispute does not fall under Article 14, paragraph 1, and the jurisdiction of the Court if it concerns the interpretation and application of Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations. That is spelled out in paragraph 35 of the Judgment, but not so explicitly in the *dispositif*; that is why we wish to make our position on the matter quite clear.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.

(Signed) Carl-August FLEISCHHAUER.