

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CR 98/17 (traduction)

CR 98/17 (translation)

Jeudi 10 décembre 1998

Thursday 10 December 1998

08 Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. M. Herczegh est absent aujourd'hui pour des raisons personnelles impérieuses et le greffier est en mission à New York. Il est remplacé par le greffier adjoint. Nous nous réunissons pour le second tour de plaidoiries consacrées à la requête pour avis consultatif et je donne d'abord la parole au Secrétaire général adjoint et conseiller juridique, M. Corell.

M. CORELL :

I. INTRODUCTION

1. Je vous remercie, Monsieur le président, de m'offrir la possibilité de m'adresser une nouvelle fois à la Cour dans cette affaire importante. Mon exposé d'aujourd'hui portera entièrement sur les questions posées par M. Vereshchetin et Mme Higgins, et sur les points essentiels de l'exposé oral présenté il y a deux jours par le Gouvernement de la Malaisie. J'aurais également quelques brèves remarques à faire en conclusion.

II. QUESTIONS DES JUGES

2. Avec votre permission, Monsieur le président, je me propose à présent de répondre aux questions de M. Vereshchetin et de Mme Higgins.

A. Question de M. Vereshchetin

3. M. Vereshchetin a posé la question suivante :

«Aux termes de la section 23 de la convention de 1946, le Secrétaire général peut lever l'immunité accordée à un expert si, à son avis, *«cette immunité empêcherait que justice soit faite* et [si] elle peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Organisation.» A la lumière de cette disposition de la convention, quelles seraient, de l'avis du Secrétaire général, les voies de recours ouvertes aux demandeurs privés malaisiens dans le cas où la Cour appuierait sa position dans cette affaire ?» (Italiques ajoutées.)

Réponse

4. Monsieur le président, pour répondre à cette question, je voudrais rappeler le système de recours prévu par la convention, et mis en œuvre par l'Organisation des Nations Unies, puis indiquer quelles voies de recours sont, de ce fait, ouverts aux demandeurs.

09

**Système de recours envisagé par la convention et mis en œuvre
par l'Organisation des Nations Unies**

5. A la différence de l'immunité reconnue aux Etats et à leurs agents aux termes de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la convention de Vienne sur les relations consulaires, l'immunité accordée à l'Organisation des Nations Unies en vertu de l'article II de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et celle dont bénéficient les agents de l'Organisation des Nations Unies en vertu des articles V et VI de cette même convention, sont contrebalancées par une *obligation* énoncée à l'article VIII, d'ouvrir des voies de recours aux parties privées qui, autrement, pourraient être lésées du fait de l'immunité de l'Organisation et de ses agents. Ce système correspond à ce que C. Wilfred Jenks a qualifié d'«immunités dans les limites du droit» (*Institutional Immunities*, 1961), à savoir la possibilité «de trancher par les voies légales toute divergence d'opinion à ce sujet entre Etats et organisations internationales» (p. 21). Comme le note Jenks avec une pertinence et une concision remarquables,

«En substance, cela signifie que le droit est appliqué dans un cadre international où l'ensemble des facteurs en jeu peuvent s'équilibrer, plutôt que dans un cadre exclusivement national où des influences purement locales risquent de déterminer et de fausser l'issue.» (*Ibid.*, p. 28.)

6. Aux termes de la section 29 de la convention, l'Organisation des Nations Unies est tenue de prévoir des modes de règlement appropriés pour les différends de droit privé dans deux situations conçues pour offrir aux parties privées se prétendant lésées par des actions de l'Organisation des Nations Unies ou d'agents de celle-ci agissant dans le cadre de leur mandat, un système complet de voies de recours.

7. La section 29 a) fait obligation à l'ONU de prévoir des modes de règlement appropriés pour les différends en matière de contrats ou autres différends de droit privé dans lesquels l'Organisation serait partie.

8. En vue de donner effet à la section 29 a), l'Organisation des Nations Unies fait figurer dans tous les accords commerciaux qu'elle conclut une clause compromissoire conforme au règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ce règlement, dont l'équité et l'impartialité sont reconnues de tous, offre un cadre complet pour le règlement des litiges commerciaux.

10 9. Dans le cas où l'Organisation des Nations Unies est partie à un différend de droit privé d'origine non contractuelle qui n'a pu être réglé par la voie de la négociation, il est effectivement prévu un mode de règlement approprié, sous la forme généralement d'un arbitrage rendu conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'Organisation des Nations Unies a également accepté la possibilité d'une conciliation formelle en vertu du règlement de conciliation de la CNUDCI. Je dois toutefois souligner que, dans la très grande majorité des cas, les différends sont réglés par la voie de la négociation.

10. La section 29 b) de la convention fait obligation à l'Organisation des Nations Unies de prévoir des modes de règlement appropriés pour les différends dans lesquels serait impliqué un fonctionnaire de l'Organisation qui, du fait de sa situation officielle, jouit de l'immunité, si cette immunité n'a pas été levée par le Secrétaire général.

11. Au paragraphe 15 de nos observations écrites, nous notions que la section 29 répond de toute évidence à l'intention d'offrir des voies de recours aux parties privées se prétendant lésées par les actes d'un agent de l'Organisation, et non pas seulement de l'un de ses fonctionnaires. L'Organisation des Nations Unies considère que cette disposition s'applique *mutatis mutandis* aux actes de ses experts, fonctionnaires et experts étant des agents de l'Organisation.

12. Pour les véhicules de l'Organisation des Nations Unies, une assurance mondiale a été contractée et les litiges sont pris en charge par son assureur. Nous l'avons vu, les accords commerciaux comportent une clause prévoyant un mode de règlement approprié en cas de différend. Toutefois, dans la mesure où d'autres différends de droit privé pourraient surgir entre l'Organisation et l'un quelconque de ses cent quatre vingt-cinq Etats Membres dans une multitude de circonstances, il n'est ni faisable, ni envisageable sur le plan pratique ou économique d'instituer des organes permanents chargés du règlement de ces différends. L'Organisation des Nations Unies règle la plupart des litiges par la voie de la négociation ou, à défaut, par voie arbitrale en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou, parfois aussi, par la voie de la conciliation, conformément au règlement de conciliation de la CNUDCI.

11 13. Enfin, nous voudrions souligner une fois encore que, dans le cas où il se voit opposer une immunité, un demandeur cherchant à obtenir réparation de l'Organisation dispose d'un mode de règlement approprié. L'immunité de l'Organisation des Nations Unies, ou de ses agents, ne prive pas le demandeur de tout recours, comme c'est le cas lorsqu'un Etat réussit à faire prévaloir son immunité souveraine. L'invocation d'une immunité par l'Organisation des Nations Unies vise à faire en sorte que la demande soit examinée non par les tribunaux nationaux, mais par des instances arbitrales indépendantes, en vertu de règles collectivement acceptées par la communauté internationale, c'est-à-dire en vertu du règlement de la CNUDCI. Ce règlement n'est pas l'œuvre d'une instance nationale unique.

Voies de recours offertes aux demandeurs en la présente espèce

14. En déterminant que les propos tenus par M. Kumaraswamy l'ont été alors que celui-ci était en mission pour elle, l'Organisation des Nations Unies a endossé la responsabilité desdits propos. Il s'ensuit que tout demandeur privé qui s'estime lésé par la publication de ces propos peut adresser une plainte à l'Organisation des Nations Unies qui, s'il est mis fin aux poursuites devant des tribunaux nationaux, s'efforcera de négocier un règlement avec lui; à défaut, l'Organisation des Nations Unies prendra des dispositions pour lui offrir un mode de règlement approprié, par exemple en soumettant le différend à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

B. Questions de Mme Higgins

Première question

15. Monsieur le président, j'en viens à présent aux questions posées par Mme Higgins. La première de ces questions était formulée comme suit : «Y a-t-il eu des cas où la Commission des droits de l'homme a refusé d'admettre que les actes d'un rapporteur spécial étaient appropriés à sa mission ?»

Réponse

12 16. En réponse à cette question, je dois tout d'abord faire observer que si la Commission des droits de l'homme est l'organe intergouvernemental qui nomme les rapporteurs spéciaux et définit leur mandat, mandat qui est souvent délicat et touche toujours à des domaines sensibles, les rapporteurs spéciaux sont des experts agissant indépendamment de la Commission. Celle-ci conserve malgré tout un droit de regard général tant sur le mandat des rapporteurs spéciaux que sur leurs méthodes de travail, ainsi que sur le contenu et les conclusions de leurs rapports, auxquels elle suggère à l'occasion d'apporter des modifications.

17. Même si la Commission n'est que rarement intervenue — par respect pour l'intégrité et l'indépendance des rapporteurs spéciaux — il est arrivé, comme nous l'avons relevé, qu'elle refuse d'admettre que les propos ou les actes d'un rapporteur spécial étaient appropriés dans le cadre de leur mandat ou de leur mission. Un cas récent, survenu en 1997, illustre le rôle de la Commission. Une citation faite par le rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui est associée dans son rapport avait suscité de vives réactions de la part de plusieurs délégations d'Etats membres de l'Organisation de la conférence islamique (E/CN.4/1997/71). La Commission a décidé, sans vote, d'exprimer son indignation et sa protestation face au caractère blasphématoire de cette citation à l'égard de l'islam et du Saint Coran, et affirmé que le passage offensant devait être retiré du texte du rapport. Son président a été invité à demander au rapporteur spécial de corriger son erreur. A l'issue de diverses consultations, il a été publié un rectificatif dans lequel la phrase en cause avait été supprimée.

Deuxième question

18. Monsieur le président, Mme Higgins a formulé sa deuxième question en ces termes :

«La position de l'Organisation des Nations Unies est-elle qu'en répondant, en sa qualité de rapporteur spécial, à des questions liées à l'objet de sa mission, un expert agit «dans le cadre de sa mission», quelle que soit la teneur de ses remarques ? En d'autres termes, la teneur des remarques d'un expert a-t-elle une quelconque pertinence aux fins de déterminer s'il bénéficie de l'immunité au titre de la section 22 de l'article VI de la convention ?»

Réponse

13 19. En vue de déterminer si les actes accomplis par un expert (y compris ses paroles et ses écrits) l'ont été au cours de sa mission, le Secrétaire général doit examiner, premièrement, si, à son avis, au regard des faits, ces actes sont intervenus au cours de cette mission et deuxièmement si telles ou telles remarques étaient en rapport avec ladite mission (voir exposé écrit, paragraphe 51, et observations écrites, paragraphes 6 et 7). Sans vouloir nullement remettre en cause l'indépendance des rapporteurs spéciaux, nous pensons qu'en matière d'immunité, le contenu des remarques influe effectivement sur la décision du Secrétaire général. Le fait que le rapporteur spécial ait indiqué, explicitement ou implicitement, qu'il avait formulé ces remarques en sa qualité de rapporteur spécial n'est pas déterminant. Le pouvoir de décider si sa conduite entre dans le cadre de l'accomplissement d'une mission et est de ce fait couverte par l'immunité appartient exclusivement au Secrétaire général, sous réserve du droit et de l'obligation de ce dernier de lever l'immunité conformément aux dispositions de la convention et de l'appréciation de la Cour. En effet, de même qu'il importe d'examiner la teneur des propos pour décider si ceux-ci sont en rapport avec le mandat, il peut arriver que ces propos soient si déplacés que l'on soit amené à conclure qu'ils ne sauraient être considérés comme relevant de ce mandat quand bien même l'expert estimerait avoir agi dans l'accomplissement de sa mission.

Monsieur le président, je viens ainsi de répondre aux questions de Mme Higgins.

III. OBSERVATIONS AU SUJET DE L'EXPOSÉ ORAL DU GOUVERNEMENT DE LA MALAISIE

A. Remarques générales

20. J'en viens à présent, Monsieur le président, à l'exposé oral des représentants de la Malaisie. Je procéderai en trois temps : A) remarques générales, B) portée de la question dont la Cour est saisie, et C) observations particulières.

21. Dans le cadre de mes remarques générales, je voudrais tout d'abord répondre à l'observation du conseil de la Malaisie selon laquelle le Secrétaire général, le Costa Rica et l'Italie n'ont guère été au-delà de leurs exposés écrits. Cela se peut. Le Secrétaire général a considéré que son rôle à ce stade était de définir le cadre de l'affaire, tel qu'il le conçoit, de mettre en lumière

certain aspects de nature à aider la Cour à se former une opinion et de répondre à toute question que les membres de la Cour souhaiteraient lui poser. Ce n'est plus le moment d'aller bien «au-delà».

14 22. Quoi qu'il en soit, le Secrétaire général ne peut certes pas exprimer les mêmes reproches à l'égard de l'exposé du Gouvernement de la Malaisie. Ce que nous avons entendu mardi dernier, c'est, de fait, une version complètement révisée de la position de la Malaisie. Son exposé oral ne présente guère de similitudes avec ce que l'on peut lire dans les pièces écrites. Je ne suis pas particulièrement gêné par les arguments qui ont été avancés; j'y répondrai dans mon exposé, mais je crains que cela ne me prenne un certain temps. La tâche de tous les participants à la présente procédure aurait été facilitée si la Malaisie avait moins tardé à présenter ces observations.

23. Ce qui me gêne, en revanche, c'est un autre élément qui est venu se glisser dans l'argumentation de la Malaisie. Celle-ci fait valoir que le Secrétaire général aurait manqué à la courtoisie de règle en diplomatie, qu'il se serait laissé aller à des exagérations et à des généralisations qui «constitue[nt] un affront pour tous les systèmes judiciaires nationaux que le rapporteur spécial était chargé d'examiner», et qu'il a présenté sa position d'une «manière peu claire et embrouillée».

24. Monsieur le président, s'agissant de la courtoisie des usages diplomatiques, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies n'en manque certainement pas à l'égard des Etats Membres, et il n'admettrait pas pareil écart de la part de ses collaborateurs. De plus, nous qui travaillons pour l'Organisation en sommes fiers et nous nous efforçons d'exercer nos fonctions avec professionnalisme et courtoisie. Je me vois donc contraint de réfuter les allégations du *Solicitor General* de la Malaisie selon lesquelles les notes verbales rédigées par le Secrétaire général au sujet des procédures engagées devant des tribunaux civils malaisiens avaient un caractère impératifs et ne contenaient pas les formules de politesse d'usage.

25. Si les notes verbales étaient adressées «à qui de droit», c'est parce qu'il était impossible au Secrétaire général de savoir quel usage le Gouvernement de la Malaisie ferait de ces documents et à quelles autorités et institutions judiciaires il les communiquerait éventuellement. Ce qui a échappé au *Solicitor General*, c'est que ces notes verbales ont été envoyées sous le couvert d'autres

notes verbales comportant les formules de courtoisie d'usage. De plus, les contacts entre le Secrétariat et la mission permanente de la Malaisie auprès de l'Organisation des Nations Unies ont toujours eu un caractère professionnel, courtois, et je dirai même amical.

15

26. Pour ce qui est du libellé impératif des notes verbales rédigées par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies prie la Cour de se référer au dossier. La note verbale du 7 novembre 1998 a été précédée de trois notes verbales adressées par le conseiller juridique à la mission permanente de la Malaisie auprès de l'Organisation et datées respectivement du 28 décembre 1995 (pièce 12 du dossier), du 29 mars 1996 (pièce 19) et du 15 janvier 1997 (pièce 27). La note verbale datée du 11 juillet 1997 a été communiquée à la mission permanente de la Malaisie sous le couvert d'une lettre de même date signée par le Secrétaire général lui-même (pièce 44). La note verbale du 25 novembre 1997 a été communiquée à la mission permanente de la Malaisie sous le couvert d'une lettre de la même date émanant du conseiller juridique (pièce 52).

27. De plus, le Secrétaire général a pris la décision sans précédent de nommer un envoyé spécial afin qu'il l'assiste dans ses contacts avec le Gouvernement de la Malaisie et détermine s'il était possible de parvenir à un règlement à l'amiable du différend opposant l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Malaisie. Lui aussi s'est entretenu à plusieurs reprises de l'affaire avec les plus hautes autorités malaisiennes, notamment durant sa visite à Kuala Lumpur.

28. L'Organisation des Nations Unies trouve un peu paradoxal que ce soit le Gouvernement de la Malaisie qui déplore un manquement aux règles de courtoisie, alors qu'il n'a pas daigné répondre, ne fût-ce que pour en accuser réception, à une vingtaine au moins de ses communications officielles.

29. S'agissant de l'«affront», le Secrétaire général s'est contenté d'indiquer que cette affaire était lourde de conséquences pour l'Organisation tout entière. Le Haut Commissaire aux droits de l'homme, qui est mieux placé pour apprécier l'affaire, a exprimé de vives préoccupations, de même que les Etats participant à la présente instance, à l'exception de la Malaisie. Le Secrétaire général a peine à concevoir que ses remarques puissent être interprétées en des termes aussi péjoratifs que ceux dont a usé le Gouvernement de la Malaisie. Je me propose d'y revenir dans quelques instants.

16 30. En ce qui concerne la manière dont le Secrétaire général a présenté sa position, je donnerai plus loin mon point de vue. Qu'il me soit permis dès à présent de dire que le Gouvernement de la Malaisie ne peut à aucun moment avoir ignoré la position du Secrétaire général en cette affaire; ce dernier a été on ne peut plus clair. Le fait que certaines opinions juridiques dont il a été fait mention aient été émises sur un ton «impersonnel» est à imputer simplement à l'habitude du Secrétariat de présenter ses opinions de cette manière; le Secrétariat ne souhaite pas embarrasser l'Etat Membre auquel s'adresse l'opinion en question. Cette pratique est courante dans nombreux Etats en pareilles circonstances.

31. Monsieur le président, je suis conscient que ces remarques ne seront peut-être pas d'un grand secours à la Cour dans la formulation de son avis, mais ce qui a été dit ne pouvait tout simplement pas être laissé sans réponse.

B. La portée de la question soumise à la Cour

32. Monsieur le président, j'en arrive à la portée de la question soumise à la Cour. Comme je l'ai dit il y a quelques instants, l'exposé oral de la Malaisie, qui définit sa position dans son dernier état, semble n'avoir que peu de rapport avec les pièces et les arguments précédemment soumis par écrit. Alors que la Malaisie estime que sa position est partagée par d'autres Etats parties à la convention, un tel soutien ne ressort guère des exposés et observations écrits ni des exposés oraux qui ont été présentés à la Cour par les autres Etats prenant part à cette procédure consultative.

33. En conséquence, pour éviter que la Cour ait peine à donner l'avis consultatif que le Conseil économique et social lui a demandé à titre prioritaire dans sa décision 1998/297 du 5 août 1998, l'Organisation des Nations Unies n'a pas l'intention de répondre à tous les points qui ont été évoqués pour la première fois mardi dernier. Néanmoins, nous aborderons brièvement les éléments marquants de la position dont a fait état la Malaisie au cours de cette procédure orale. Si les membres de la Cour estiment qu'un point quelconque qui n'a pas été traité ici aujourd'hui mérite un examen plus approfondi, et souhaitent de plus amples renseignements à ce sujet ou sur toute autre question, je serais bien entendu heureux, au nom du Secrétaire général, de cette occasion de prêter assistance à la Cour.

34. La Malaisie s'étant efforcée de limiter la portée de la question juridique sur laquelle le Conseil a demandé un avis consultatif, il me paraît nécessaire de citer les mots mêmes que le Conseil a employés dans le premier paragraphe du dispositif de sa décision. Le Conseil a demandé un avis consultatif

17 «sur le point de droit concernant l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies au cas de Dato' Param Kumaraswamy, en tant que rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, en tenant compte des paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général, et sur les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce».

Je répète *«et sur les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce»*.

35. Il n'appartient pas à l'Organisation des Nations Unies ou à l'un quelconque des Etats prenant part à cette procédure de redéfinir ou de limiter la portée de ce point de droit. C'est à la Cour qu'il appartient de déterminer comment elle comprend la question qui lui a été soumise par le Conseil économique et social. Nous ne devons pas non plus perdre de vue que, conformément à la section 30 de la convention et au paragraphe 2 du dispositif de la décision du Conseil, l'avis consultatif sera accepté comme décisif par les parties. L'Organisation des Nations Unies étant appelée à poursuivre son action sur le territoire de tous ses Etats Membres, le Secrétaire général serait heureux de bénéficier des indications de la Cour sur les questions soulevées dans les pièces écrites et les exposés oraux qui ont été présentés en son nom.

36. Monsieur le président, sur la base des faits incontestés exposés aux paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a soutenu et continue de soutenir : que l'article VI s'applique à Dato' Param Kumaraswamy, en sa qualité de rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme; qu'en application de la section 22 b) de l'article VI, celui-ci bénéficie donc de l'immunité de toute juridiction pour ses paroles et ses écrits qui s'inscrivent dans le cadre de sa mission; que, dans la mesure où le Secrétaire général a déterminé que les paroles à l'origine des poursuites engagées devant les tribunaux civils malaisiens ont été prononcées dans l'accomplissement de la mission de Dato' Param Kumaraswamy et que celui-ci bénéficie donc de l'immunité de toute juridiction à cet égard, le Gouvernement de la Malaisie est juridiquement tenu, aux termes de la section 34 de la convention, de donner effet à

cette immunité; et que, dans la mesure où ce gouvernement n'a jamais donné effet à l'immunité et n'a pas invoqué les dispositions de l'article VIII de la convention relatives au règlement des différends, il a manqué aux obligations que la convention mettait à sa charge, de sorte que sa responsabilité est donc engagée pour ce qui est de tous les frais et dépens et les dommages-intérêts découlant raisonnablement et directement de ce manquement, tels que les frais et dépens de justice et les sommes dont le versement a déjà été imposé au rapporteur spécial par les tribunaux malaisiens.

18 37. Dans ce contexte, je dois avouer que nous avons été très surpris d'entendre Mme la *Solicitor General* de la Malaisie soutenir dans son exposé oral (par. 12) que l'Organisation des Nations Unies et la Malaisie n'avaient préalablement discuté que de la question de la compétence du Secrétaire général pour déterminer si les paroles de Dato' Param Cumaraswamy avaient été prononcées dans le cadre de sa mission. En fait, toutes les questions que l'Organisation des Nations Unies a traitées dans les pièces écrites et les exposés oraux qu'elle a présentés à la Cour ont été longuement discutées avec les autorités malaisiennes compétentes au cours des deux dernières années.

C. Observations spécifiques

38. Je vais maintenant examiner brièvement quatre points marquants de l'exposé oral du Gouvernement de la Malaisie, à savoir : 1) le concept d'immunité fonctionnelle; 2) la compétence du Secrétaire général; 3) les obligations du Gouvernement de la Malaisie; et enfin 4) les atteintes portées aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies.

1. L'immunité fonctionnelle des fonctionnaires et des experts des Nations Unies en mission

39. Monsieur le président, le premier aspect est celui de l'immunité fonctionnelle des fonctionnaires et des experts des Nations Unies en mission. La Malaisie a soutenu que le rapporteur spécial ne jouissait pas d'une immunité absolue et que c'était aux tribunaux malaisiens, et non pas au Secrétaire général, de décider si les paroles incriminées entraient dans le cadre limité de l'immunité fonctionnelle.

40. L'Organisation des Nations Unies a précisé que les privilèges et les immunités auxquels le rapporteur spécial a droit en tant qu'expert en mission au sens de l'article VI de la convention sont strictement fonctionnels. Elle l'a expressément indiqué au paragraphe 25 de son exposé écrit, au paragraphe 6 de ses observations écrites et au paragraphe 11 de son exposé oral.

41. Toutefois, l'Organisation des Nations Unies a soutenu et continue de soutenir que, sous la seule réserve de l'article VIII de la convention, c'est le Secrétaire général qui décide si les paroles, les écrits ou les actes en cause s'inscrivent dans le cadre d'une mission accomplie pour le compte de l'Organisation des Nations Unies.

19 42. Ce faisant, l'Organisation des Nations Unies convient que les fonctionnaires et les experts en mission ne bénéficient pas d'une immunité absolue, ce qui signifie que toute appréciation sur le caractère officiel ou non de paroles ou d'actes est portée et tout maintien de l'immunité ou refus de la lever décidé sous réserve de réexamen par la Cour, à moins que les parties ne conviennent dans une affaire donnée de recourir à un autre mode de règlement.

43. La question soumise à la Cour concerne les immunités fonctionnelles des organisations internationales et de leurs agents. Elle ne porte pas sur l'immunité souveraine, diplomatique ou consulaire ou sur celle des forces armées étrangères. Pour préserver le caractère international de l'Organisation des Nations Unies et son fonctionnement indépendant en vertu de sa Charte, il est essentiel que l'Organisation ait le droit de déterminer et de protéger les immunités fonctionnelles de ses agents. Les notions bilatérales de réciprocité ne sauraient s'appliquer à la convention et donc définir les relations entre l'Organisation des Nations Unies et ses cent quatre-vingt-cinq Etats Membres. Il suffit de dire que l'Organisation des Nations Unies n'est pas un Etat accréditant, ni même d'ailleurs un Etat. Une autre distinction évidente est que l'article VIII de la convention confère le droit de régler les différends entre l'Organisation des Nations Unies et ses Etats Membres en s'adressant à la Cour, au titre de sa compétence consultative, et non aux tribunaux nationaux de l'Etat Membre concerné.

44. Monsieur le président, M. C.W. Jenks a, en 1961, exposé ce point de vue comme suit :

[Traduction du Greffe]

«Les Etats jouissent d'un bon degré de protection contre tout traitement partial, déni de justice ou ingérence déraisonnable par les autres Etats ou les tribunaux de ces autres Etats en raison du caractère réciproque de leurs relations. Les organisations internationales ne sont pas dans une situation comparable. A défaut d'immunités de juridiction, elles sont complètement à la merci de leurs Etats membres, pris à la fois collectivement et individuellement. Le droit définissant leur statut et leurs responsabilités est trop peu développé, à la fois au niveau international et plus encore au niveau national, pour que l'on puisse, en toute sécurité, en confier l'interprétation aux tribunaux nationaux. Le danger qu'il puisse être systématiquement interprété d'une manière qui entrave le développement futur des organisations internationales est encore trop répandu et trop aigu. M. Alexander Hamilton a soutenu que «treize tribunaux indépendants susceptibles de se prononcer en dernier ressort sur les mêmes affaires procédant des mêmes lois constituent au niveau gouvernemental une hydre dont il ne peut résulter que contradictions et confusion». Le même raisonnement s'applique avec autant de vigueur à l'exercice de la compétence nationale à l'égard des organisations internationales. En outre, l'indépendance des tribunaux nationaux par rapport aux ingérences politiques n'est souvent pas assez assurée pour offrir aux organisations internationales des garanties d'impartialité et de protection en cas de tension.» (*International Immunities*, p. 40-41.)

20

2. La compétence exclusive du Secrétaire général

45. Le Gouvernement de la Malaisie soutient que le Secrétaire général a cherché à exercer un pouvoir qui ne lui a pas été accordé. L'Organisation des Nations Unies fait respectueusement valoir que l'opinion qu'elle n'a cessé d'exprimer est conforme à la Charte des Nations Unies, à la convention sur les privilèges et les immunités et aux conclusions de la Cour dans les avis qu'elle a rendus au sujet de l'affaire *Mazilu* et de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

46. L'Organisation des Nations Unies n'a cessé de soutenir que le Secrétaire général était seul compétent pour apprécier si des paroles ou écrits s'inscrivent dans le cadre d'une mission accomplie pour le compte des Nations Unies. Sa compétence en la matière se double d'un droit et d'une obligation exclusifs de lever l'immunité quand, à son avis, le maintien de celle-ci empêcherait que justice soit faite et que l'immunité peut être levée sans porter préjudice à l'Organisation.

47. L'Organisation des Nations Unies soutient également que, à moins que le Gouvernement de la Malaisie ne demande la levée de l'immunité ou n'invoque l'article VIII de la convention, il est juridiquement tenu de donner effet à cette immunité en application de l'article 34 de la convention.

a) *Le Secrétaire général a publiquement confirmé sa position*

21 48. Le Malaisie a prétendu que le Secrétaire général avait défini sa position de façon «peu claire et embrouillée» alors que l'Organisation des Nations Unies a publiquement et constamment soutenu que le Secrétaire général est seul compétent pour apprécier si des actes sont officiels ou s'ils ont été accomplis dans le cadre d'une mission. C'est ce que dit expressément l'article 1.8. du statut du personnel qui a été adopté par l'Assemblée générale en application de l'article 101 de la Charte (dossier, pièce 105). C'est ce qui a été publiquement affirmé à la Cinquième Commission de l'Assemblée à deux reprises au moins. Tous les Etats Membres sont représentés dans les grandes commissions de l'Assemblée générale. La Cinquième Commission, en particulier, adopte ses décisions et ses résolutions par consensus et elle est l'organe subsidiaire auquel l'Assemblée générale a confié l'examen du point de l'ordre du jour relatif aux privilèges et immunités des fonctionnaires de l'Organisation. Compte tenu des aspects juridiques de cette question, la majorité des Etats Membres sont généralement représentés par leurs conseillers juridiques lorsque la Cinquième Commission examine cette question très importante. La position de l'Organisation des Nations Unies a été définie de la manière la plus nette dans les rapports officiels du Secrétaire général à l'Assemblée générale, qui en a ainsi pris note, sans objection (dossier, pièce 106). Elle a de nouveau été confirmée par l'Assemblée générale, dans les résolutions où celle-ci demandait que les appréciations du Secrétaire général en matière d'immunité fonctionnelle soient respectées (dossier, pièces 107-115). Une position communiquée aux cent quatre-vingt-cinq Etats Membres de l'Assemblée générale, dans des documents officiels ne saurait être qualifiée de «peu claire» ou d'«embrouillée».

b) *Le Secrétaire général n'a pas distingué entre poursuites civiles et poursuites pénales*

49. Le Gouvernement de la Malaisie semble attacher une grande importance à la question de savoir s'il s'agit d'une action civile ou pénale. Le Secrétaire général fait respectueusement valoir que cette distinction n'est pas pertinente. La disposition de la convention énonce clairement que les experts en mission bénéficient d'une «immunité de toute juridiction». Il n'est pas juste non plus de minimiser les effets d'une action civile. Une telle action, assortie d'une demande portant sur des

millions de dollars, peut avoir pour les personnes concernées des effets tout aussi désastreux que ceux d'un arrêt rendu à la suite d'une procédure pénale. En revanche, une condamnation au pénal à une petite amende peut être moins lourde de conséquences. Essayer de faire une telle distinction est contraire à l'objet et au but de la convention. Le Secrétaire général ne fait pas de distinction entre poursuites civiles et pénales parce que rien de tel ne figure à l'article VI, et notamment à sa section 22 b).

c) Les obligations du Secrétaire général selon la section 29 de la convention

50. Monsieur le président, on a prétendu que le Secrétaire général ne s'était pas acquitté de son obligation de prévoir les modes de règlement appropriés qui sont requis par la section 29 de la convention. L'Organisation des Nations Unies ayant précisé, en réponse à la question de M. Vereshchetin, les recours ouverts au titre de cette section de la convention, je ne crois pas devoir m'étendre davantage sur ce point.

51. Je souhaiterais redire brièvement que l'article VIII de la convention n'exige pas la mise en place d'un mécanisme permanent de règlement des différends. En outre, la création et le maintien d'un tel mécanisme seraient peu réalistes et très coûteux pour l'Organisation des Nations Unies compte tenu du grand nombre de pays dans lesquels elle agit, des types innombrables de procès relevant du droit privé susceptibles d'être intentés et de son engagement avéré de régler les différends par voie de négociation. Les rares cas dans lesquels l'Organisation des Nations Unies ne parvient pas à un règlement du différend ne justifient pas que les moyens financiers et humains nécessaires soient consacrés au maintien de mécanismes permanents de règlement des différends.

d) *Pacta sunt servanda*

52. Monsieur le président, avec tout le respect dû à la souveraineté des Etats, le Secrétaire général soutient que le fait, pour des Etats souverains, de s'acquitter d'obligations juridiques librement acceptées n'ôte rien à leur souveraineté. Ils sont tenus envers l'Organisation de s'acquitter de leurs obligations conformément à l'article 105 de la Charte, à la section 34 de la convention et aux principes coutumiers de droit international. *Pacta sunt servanda*.

e) Le droit et l'obligation de lever l'immunité

53. Monsieur le président, nous savons gré au Gouvernement de la Malaisie d'admettre que la section 23 autorise le Secrétaire général à lever l'immunité. Il a toutefois précisé que ce droit ne peut s'exercer que lorsqu'il existe une immunité à lever. L'Organisation des Nations Unies convient respectueusement que si, comme c'est clairement le cas, la convention confère au Secrétaire général le droit exclusif de lever l'immunité, elle doit aussi viser à lui conférer le droit exclusif d'apprécier, en premier lieu, s'il existe une immunité à lever.

f) L'étude du Secrétariat sur les privilèges et immunités

54. Le conseil de la Malaisie semble laisser entendre que l'étude du Secrétariat sur la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités est muette sur la question du pouvoir du Secrétaire général.

23 55. Etablie pour aider la Commission du droit international à répondre à la demande formulée par l'Assemblée générale dans sa résolution 1289 (XIII) du 5 décembre 1958, cette étude a été ultérieurement révisée et mise à jour à la demande expresse de la Commission du droit international lors de sa trente-cinquième session en 1983. L'introduction au supplément revisant et mettant à jour l'étude initiale fait état de la «nécessité de lire ce supplément parallèlement à» l'étude initiale de 1967. On a fait grand cas du fait que cette étude ne mentionne pas la position que l'Organisation des Nations Unies a arrêtée comme étant sa pratique établie. Or, l'étude originale mentionne bien le droit de l'Organisation d'assurer une protection fonctionnelle conforme à celle qui est indiquée dans l'affaire de la *Réparation* (voir paragraphe 251). De plus, le supplément dont je viens de parler fait partie intégrante de l'étude et mentionne à de multiples reprises la position adoptée par l'Organisation des Nations Unies sur le pouvoir exclusif du Secrétaire général. Nous visons ici de façon générale les sections 23 et 31 du supplément et plus particulièrement les paragraphes 54, 55, 56 et 57. L'étude confirme donc effectivement la pratique et la position que l'Organisation des Nations Unies n'a cessé de faire valoir dans le cadre et en dehors de la présente procédure consultative, avant et pendant celle-ci.

3. Les obligations du Gouvernement malaisien

56. Monsieur le président, j'en viens maintenant au troisième point : les obligations du Gouvernement malaisien. Celui-ci a invoqué à l'appui de son argumentation des passages choisis de façon très sélective dans les ouvrages de divers auteurs, a exhumé un curieux échantillon d'affaires jugées par les tribunaux nationaux et a invoqué la règle de l'épuisement des recours internes.

a) *Les références à C.W. Jenks et à Hans Kelsen*

57. En ce qui concerne Jenks, la référence à son ouvrage est intéressante et les trois solutions que propose Jenks ou une combinaison de celles-ci ne posent pas de difficulté majeure au Secrétaire général. Veuillez noter aussi que l'auteur parle de la suspension de la procédure devant les tribunaux nationaux en attendant l'issue de l'arbitrage. Jenks ne laisse donc pas entendre que la solution serait de faire trancher la question par les tribunaux nationaux d'un Etat Membre. Aussi l'Organisation ne voit-elle aucune difficulté à ce qu'un Etat Membre s'acquitte de l'obligation que lui impose l'article 34 de donner effet aux privilèges et immunités prévus par la convention si ses tribunaux, soit 1) acceptent comme concluante une déclaration d'immunité émanant du Secrétaire général, soit 2) acceptent comme concluante une déclaration d'immunité émanant du gouvernement de l'Etat Membre en cause, soit 3) suspendent la procédure jusqu'à ce que la question soit soumise à l'arbitrage. Ces solutions sont compatibles avec la position que l'Organisation des Nations Unies a adoptée en ce qui concerne la note verbale du Secrétaire général du 7 mars 1997, le caractère non concluant du certificat délivré par le ministre des affaires étrangères et les modes de règlement prévus dans le cadre de l'article 29 de la convention.

58. J'estime également important de relever que Kelsen a lui aussi commenté la convention de 1946 puisque l'éminent conseil de la Malaisie a invoqué cet auteur. La citation qui suit peut servir à illustrer son raisonnement relativement à la question litigieuse en l'espèce :

«Se pose une autre question : celle de savoir si l'alinéa a) de la section 29 a pour objet de substituer à la juridiction des tribunaux nationaux territorialement compétents celle des institutions établies par l'Organisation des Nations Unies pour le règlement des différends visés à cette section 29, c'est-à-dire : l'alinéa a) de la section 29 impose-t-il aux Etats contractants l'obligation de reconnaître que ces différends échappent à leur compétence ? Si cette disposition n'a pas cet effet,

pourquoi l'aurait-on insérée dans un traité conclu entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats Membres ? La même question vaut pour les différends visés à l'alinéa *b*) de la section 29. Si l'immunité du fonctionnaire impliqué dans le différend n'est pas levée, la compétence de l'Etat Membre en cause est exclue. Pourquoi insérer cette disposition dans un traité conclu avec des Etats Membres si celle-ci n'impose aucune obligation ni ne confère aucun droit à l'Etat Membre ? Sans compter qu'il convient aussi de noter que l'immunité dont jouit un fonctionnaire pour les actes qu'il accomplit en sa qualité officielle est une immunité couvrant des actes imputables à l'Organisation et, partant, ne constitue pas un privilège du fonctionnaire mais bien un privilège de l'Organisation des Nations Unies, institué par la section 2 de l'article II de la convention.» (P. 317.) [*Traduction du Greffe.*]

b) La position des Etats-Unis

25 59. Pour apprécier la position des Etats-Unis sur la question juridique faisant l'objet de la demande d'avis consultatif par le Conseil économique et social, point n'est besoin de consulter les annuaires juridiques, les *National Commentaries on Foreign Relations* ou des décisions de juridictions nationales vieilles de trente-cinq ans, dont certaines ne portent même pas sur les immunités fonctionnelles et dans certaines desquelles le Secrétaire général n'avait d'ailleurs invoqué aucune immunité. Les Etats-Unis ont aimablement communiqué à la Cour et à tous les participants à l'instance leur position sur les questions dont la Cour est saisie. Les Etats-Unis et même le Royaume-Uni, bien loin d'avoir adopté une position «pratiquement identique» à celle de la Malaisie selon laquelle l'invocation de l'immunité par le Secrétaire général est nulle et de nul effet, ont expressément déclaré qu'il faut accorder un grand poids à la décision du Secrétaire général et la traiter avec une grande déférence à moins de circonstances contraires décisives ou déterminantes. Je me réfère ici au paragraphe 6 de l'exposé écrit du Royaume-Uni et aux paragraphes 19 à 24 de celui des Etats-Unis. De plus, ces deux Etats concluent que de telles circonstances n'existent pas au vu des faits non contestés de la présente affaire. Je me réfère à nouveau au paragraphe 6 de l'exposé écrit du Royaume-Uni et au paragraphe 41 de celui des Etats-Unis.

c) Epuisement des recours internes

60. Enfin, la Malaisie a parlé de l'épuisement des recours internes. Certes, la Cour a réaffirmé dans l'affaire de l'*Interhandel* la règle de droit international coutumier selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée. Il s'agissait d'une affaire classique de protection diplomatique de ressortissants étrangers, c'est-à-dire

d'une affaire dans laquelle «un Etat pre[nait] fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international» (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 27). La demande présentée par une organisation internationale est, elle, de nature différente. Comme nous l'avons déjà noté dans nos exposés précédents, ce que l'Organisation veut réellement en présentant une demande en réparation du dommage subi par son agent, c'est obtenir réparation du manquement à une obligation existant à son égard. Même si la règle d'épuisement des recours internes est incontestablement une règle du droit international coutumier qui s'applique dans des cas de protection diplomatique d'étrangers, on peut douter que pareille règle puisse s'appliquer dans des affaires où il est demandé réparation d'atteintes aux droits et intérêts d'organisations internationales. La réparation de ces atteintes demandée par des organisations internationales relève de la compétence du pouvoir exécutif de l'Etat en consultation avec l'organisation intéressée.

26 61. De surcroît, lorsqu'un contrat, un accord ou une convention donnée prévoit un recours ou un mécanisme de règlement des différends, ce sont ces dispositions expresses qui doivent l'emporter et qui l'emportent d'ailleurs. L'article VIII de la convention sur les privilèges et immunités contient des dispositions expresses pour le règlement des différends. La section 30 prévoit notamment de manière expresse que si un différend surgit entre l'Organisation des Nations Unies et un Membre, «un avis consultatif ... sera demandé...». Si l'emploi du futur «sera» peut aussi avoir une connotation temporelle, il a indiscutablement un caractère impératif et obligatoire. Ainsi donc, lorsque s'élève un différend portant sur l'interprétation ou l'application de la convention, comme c'est le cas en l'espèce, il n'y a pas lieu d'épuiser tous les recours internes devant les tribunaux malaisiens mais plutôt de présenter une requête pour avis consultatif.

62. Monsieur le président, comme il a été soutenu que c'est aux tribunaux malaisiens qu'il appartient d'apprécier la nature du comportement du rapporteur spécial à titre de question «préliminaire» ou préalable, nous souhaitons rappeler que c'est depuis janvier 1997 que les tribunaux malaisiens sont saisis de la question de l'immunité de juridiction du rapporteur spécial et que celle-ci a donné lieu à des décisions défavorables de la Cour d'appel et de la Cour fédérale de Malaisie.

63. A supposer même, pour les besoins de l'argumentation, que la règle d'épuisement des recours internes s'applique en l'espèce, encore faut-il qu'il soit raisonnablement possible de disposer d'un recours effectif. A cet égard, l'Organisation des Nations Unies rappelle que tous les efforts déployés par le Secrétaire général pour régler ce différend, notamment par la nomination d'un envoyé spécial qui s'est rendu à deux reprises en visite officielle à Kuala Lumpur, se sont révélés vains. De plus, les faits non contestés de la présente affaire, notamment les décisions de la *High Court* de Kuala Lumpur (pièce 35 du dossier), de la Cour d'appel (pièce 45 du dossier) et de la Cour fédérale de Malaisie (pièce 55 du dossier) démontrent clairement l'inanité des efforts visant à faire respecter les décisions du Secrétaire général devant les tribunaux malaisiens. Mme le juge de la *High Court* s'est déclarée compétente pour procéder à un examen complet du fond de l'affaire, y compris de la question de l'immunité du rapporteur spécial. La Cour d'appel a confirmé cette décision et conclu qu'il appartenait aux tribunaux malaisiens de statuer sur l'applicabilité et la portée des privilèges et immunités invoqués par l'Organisation des Nations Unies et sur les missions accomplies au nom de celle-ci. Et, pour terminer, la Cour fédérale a conclu, dans une décision rendue oralement, que Dato' Param Cumaraswamy n'était ni une entité souveraine ni un diplomate à part entière : «Nous nous trouvons en présence de ce qu'on appelle un rapporteur, d'une personne exerçant en l'espèce un mandat que l'on peut qualifier en langage courant de mandat d'informateur à temps partiel non rémunéré.»

27

4. Le dommage causé aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies

64. Monsieur le président, je passe maintenant au quatrième point : le dommage causé aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies. La Malaisie reproche au Secrétaire général de s'être livré à des exagérations et à des généralisations qui «constitue[nt] implicitement un affront pour tous les systèmes judiciaires nationaux que le rapporteur spécial était chargé d'examiner». Bref, que le dommage causé aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies est exagéré.

65. Je regrette à nouveau, Monsieur le président, de prendre plus de temps qu'il ne faut, mais j'ai, vis-à-vis du Secrétaire général, l'obligation de défendre aussi clairement que possible tous les intérêts de l'Organisation des Nations Unies sur lesquels l'avis consultatif que rendra la Cour aura

une incidence. Le relevé que l'Organisation des Nations Unies a établi du dommage causé à ses intérêts trouve confirmation dans les exposés écrits soumis par les Gouvernements du Costa Rica, des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ainsi que de la Suède. Les préoccupations du Secrétaire général sont également partagées et confirmées par Mme le Haut Commissaire aux droits de l'homme dans la lettre qu'elle a fait parvenir au Secrétaire général le 2 octobre 1998 (pièce 54bis du dossier). Elle est particulièrement bien placée — vous le savez, je n'en doute pas — pour apprécier les répercussions de certains événements sur le mécanisme de protection des droits de l'homme mis en place dans le système des Nations Unies.

66. Dans l'exposé qu'il a fait à la Cour mardi, le conseil de la Malaisie a qualifié les préoccupations de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne l'effet jurisprudentiel de la présente affaire d'exagération qui rompt avec le souci d'impartialité et d'objectivité auquel obéissent en règle générale les travaux du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. Nous ne croyons pas que ces préoccupations soient exagérées. Ni d'ailleurs les autres gouvernements que je viens de mentionner. Lors de mes observations finales mardi, j'ai déclaré que, pour ce qui est de la question dont la Cour est saisie, il ne s'agit pas uniquement de se préoccuper d'un rapporteur spécial ou même d'une catégorie de rapporteurs spéciaux, il s'agit d'une question qui a trait à l'indépendance de tout agent de l'Organisation dans le cadre de ses fonctions, qu'il soit fonctionnaire ou expert en mission.

67. En ce qui concerne les experts en mission, la position adoptée par le Gouvernement malaisien, si elle était retenue par la Cour, aurait des conséquences très graves pour le fonctionnement de l'Organisation dans son ensemble. En effet, si les fonctions de l'Organisation se sont accrues au fil des ans bien au-delà de ce que l'on pouvait prévoir en 1945, il en est de même du recours aux experts en mission depuis 1946. On trouve dans l'exposé écrit du Secrétaire général dans l'affaire *Mazilu* un certain nombre d'exemples des nombreuses situations dans lesquelles il est fait appel aux experts en mission. Cette catégorie d'agents s'est encore accrue aujourd'hui. On trouve des experts parmi le personnel d'inspection de la commission spéciale de l'Organisation des Nations Unies (UNSCOM) en Iraq, parmi les commissaires de la commission

d'indemnisation des Nations Unies qui examinent les réclamations découlant des dommages causés par l'Iraq du fait de la guerre du Golfe et on en trouve encore un grand nombre au sein du personnel affecté aux tribunaux pénaux spéciaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie.

68. Je donne ces exemples, qui sont loin d'être exhaustifs, pour indiquer non seulement la mesure dans laquelle l'Organisation des Nations Unies doit recourir à des experts en mission, mais aussi les conséquences graves qu'entraînerait un amenuisement de la protection que leur accorde la convention.

IV. OBSERVATIONS FINALES

69. Monsieur le président, j'en viens maintenant à mes observations finales. Elles seront très brèves.

70. Vous êtes saisi aujourd'hui, Madame et Messieurs de la Cour, d'une question que vous a soumise le Conseil économique et social et qui a été très largement développée dans les exposés tant écrits qu'oraux. J'estime important maintenant de mettre aussi l'accent sur les aspects primordiaux de l'affaire. Il est important de ne pas perdre de vue la *ratio legis*. Pourquoi fut-il nécessaire d'adopter la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et quel est le but de l'immunité conférée ? Celle-ci a manifestement pour but de permettre à l'Organisation des Nations Unies de s'acquitter en toute liberté, indépendance et impartialité des responsabilités que lui ont confiées les Etats Membres. Chaque Etat Membre peut ainsi être assuré que l'Organisation ne deviendra pas un instrument de la politique de certains Etats, mais défendra l'intérêt commun tel que celui-ci est défini et déterminé par les organes législatifs intergouvernementaux compétents. L'Organisation des Nations Unies devrait être en mesure d'exercer ses fonctions sans entrave.

71. Mais, Monsieur le président, cela est-il possible s'il appartient entièrement aux tribunaux nationaux de trancher la question même de l'existence de l'immunité fonctionnelle ? Comme nous l'avons conclu, le Secrétaire général ne conteste pas que les tribunaux nationaux puissent avoir un rôle à jouer dans ce contexte. Normalement, la question de l'immunité ne se pose que lorsqu'un tribunal national est saisi d'une affaire où l'immunité est invoquée. Mais même dans ce cas, il appartient toujours au gouvernement de veiller au respect des obligations prévues dans la

convention. En l'espèce, le Gouvernement malaisien n'a aidé en aucune façon l'Organisation des Nations Unies à invoquer l'immunité dont elle bénéficie. Bien au contraire. Monsieur le président, je soutiens que l'affaire *Cumaraswamy* est précisément le genre de situation que la convention visait à prévenir.

72. De surcroît, le Gouvernement malaisien soutient que le Secrétaire général devrait reconnaître qu'il faut une pratique concordante de toutes les parties à une convention, ou de la plupart d'entre elles, pour que l'on puisse considérer qu'elles s'accordent sur son interprétation (voir le paragraphe 74 de son exposé oral). Puisque le Secrétaire général avait des raisons de penser qu'il y avait un problème, il aurait dû le dire (*ibid.*, par. 72).

73. Mais, Monsieur le président, la vérité est que ces problèmes ne se sont pas vraiment posés jusqu'à présent. Dans d'autres affaires, les Etats Membres ont d'une manière ou d'une autre été en mesure de respecter les obligations que leur imposait la convention.

74. Le Gouvernement malaisien semble aussi méconnaître un autre fait important dans son exposé : la convention contient une clause de règlement des différends sur laquelle la Cour internationale de Justice a compétence pour statuer. L'avis consultatif rendu par la Cour s'impose aux parties. Aussi ne devons-nous pas oublier que la Cour internationale de Justice est en mesure d'élaborer une pratique en vertu de la convention à peu près de la même manière qu'elle le fait dans d'autres affaires où elle interprète le droit conventionnel. Cela n'est pas différent de bien d'autres situations où un organe international est créé pour statuer sur l'application d'un instrument donné en droit international. Je pense dans ce contexte aux différents comités et tribunaux qui appliquent le droit international des droits de l'homme.

75. Monsieur le président, après avoir fait cette observation particulière, permettez-moi de relever pour qu'il en soit pris note que nous célébrons aujourd'hui le cinquantième anniversaire de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme par l'Assemblée générale des Nations Unies. Je sais que nous tous qui sommes présents dans cette salle adhérons aux idées consacrées dans cet instrument important. Aussi permettez-moi de conclure sur ce constat d'unanimité dans ce domaine important du droit international et de demander à la Cour de nous guider sur cette question particulière qui semble nous opposer. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Corell. L'audience est suspendue pour quinze minutes et reprendra à 11 h 25.

L'audience est suspendue de 11 h 10 à 11 h 25.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Je donne maintenant la parole à M. Conejo, ambassadeur du Costa Rica.

M. CONEJO :

Introduction

1. Monsieur le président, Monsieur le vice-président, Madame et Messieurs de la Cour, dans l'exposé oral qu'elle a présenté il y a deux jours sur le dernier état de sa position, exposé qui remplit cinquante pages du compte rendu d'audience de la Cour, la Malaisie a en fait introduit de nouveaux arguments importants, qui contredisent parfois ceux qu'elle avait précédemment soumis par écrit à la Cour. En même temps, la Malaisie a présenté quatre-vingts pages d'écritures qui, elles aussi, vont à la fois au-delà et en partie à l'encontre des cent quarante-deux pages qui constituent l'exposé et les observations écrits formels de la Malaisie soumis précédemment en application de l'ordonnance de la Cour du 10 août 1998.

2. Le Costa Rica tient à ce que ces nouveaux arguments, sans pertinence pour l'affaire et qui pourraient même ne pas être recevables à ce stade, ne fassent pas perdre de vue à la Cour l'essentiel du problème dont elle a été saisie à l'origine. Toutefois, puisqu'on s'efforce d'introduire ces nouveaux arguments, le Costa Rica est tenu d'y répondre pour s'attacher à les replacer dans leur contexte et écarter ainsi tout danger que l'attention de la Cour puisse être détournée des questions effectivement portées devant elle. Aussi, Monsieur le président, vous demanderais-je respectueusement de bien vouloir inviter M. Brower à présenter, au nom de la République du Costa Rica, une réponse à la plaidoirie de la Malaisie.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur l'ambassadeur. Monsieur Brower.

M. BROWER :

3. Monsieur le président, Monsieur le vice-président, Madame et Messieurs de la Cour, pour répondre brièvement au dernier état de la position de la Malaisie, le Costa Rica présente des observations, premièrement sur la portée de la requête du Conseil économique et social pour avis consultatif et, deuxièmement, au sujet des obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce.

Portée de la requête du Conseil économique et social pour avis consultatif

4. Bien que Mme le *Solicitor General* de Malaisie ait affirmé, heureusement, «que la Malaisie ne participe pas à cette procédure de mauvaise grâce ou avec réticence»¹, son recours à des subtilités de casuistique pour tenter de redéfinir unilatéralement la portée de la requête du Conseil économique et social pour avis consultatif donne nettement l'impression du contraire.

5. La Malaisie semble laisser entendre que la portée de la requête va au-delà des limites du véritable «différend» entre elle-même et l'Organisation des Nations Unies qui est à l'origine de cette requête. Ce «différend», selon elle, «était défini dans le projet de question proposé par le Secrétaire général au Conseil économique et social» au paragraphe 21 de sa note, projet de question qui portait spécifiquement sur le problème de la compétence du Secrétaire général². La Malaisie affirme donc ensuite que «La Malaisie n'est pas venue ici pour examiner si, objectivement, les actes du rapporteur spécial ont été accomplis dans l'exercice de sa mission. *Ce n'est pas cette question qui se pose à ce stade de la procédure.*»³ (Italiques ajoutées.)

6. La conclusion implicite dans cette affirmation hardie est que la Malaisie pourrait ne pas considérer comme décisive aux termes de la section 30 de la convention, et donc décider de ne pas respecter, une décision de la Cour qui porterait sur le fond de la revendication par le Secrétaire général de l'immunité pour le rapporteur spécial. Le Costa Rica prend note à cet égard, toutefois,

¹Plaidoirie de Dato' Heliliah Yusof, CR 98/16, par. 2 (8 décembre 1998).

²*Ibid.*, par. 12.

³*Ibid.*, par. 13.

de la déclaration très nette qui a été faite avant-hier⁴ au nom de la Malaisie, et que je cite : «je peux assurer à la Cour que la Malaisie n'a aucune intention d'agir de manière à manquer à ses devoirs internationaux».

7. La Malaisie se trompe manifestement au sujet de la relation entre le «différend» qui l'oppose à l'Organisation des Nations Unies et la requête pour avis consultatif. Le texte même de la requête sur lequel se fonde la Malaisie tel qu'il figure au paragraphe 21 de la note du Secrétaire général commence par : «[c]onsidérant *le différend* qui oppose l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement malaisien *au sujet de l'immunité de juridiction ... [du] rapporteur spécial...*» (Les italiques sont de nous.) La requête du Conseil économique et social, datée du 5 août 1998, est formulée dans des termes presque identiques : «*Considérant qu'un différend oppose l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement malaisien ... au sujet de l'immunité de juridiction [du] ... rapporteur spécial...*»

8. Le différend a donc été défini clairement et de la même manière à la fois dans la note du Secrétaire général, sur laquelle se fonde la Malaisie, et dans la requête du Conseil économique et social, qui a été adoptée par consensus (auquel la Malaisie s'est jointe expressément). Le fait que le Conseil économique et social, dans une décision adoptée par consensus à laquelle la Malaisie a indiqué expressément qu'elle s'associait, a reformulé sa requête en vue d'un règlement de ce différend ne change rien : ni à la nature du différend lui-même, ni à la compétence de la Cour pour statuer à son sujet, et certainement pas à l'obligation de la Malaisie d'accepter comme décisif à l'égard de ce différend l'avis que la Cour donnera en réponse à cette requête.

9. Le désir du Conseil économique et social que la Cour tranche le différend qui a surgi entre l'Organisation des Nations Unies et la Malaisie s'exprime clairement dans sa requête. La Malaisie elle-même l'a reconnu de différentes manières aux paragraphes 7.8, 7.11, 9.4 et 9.10 de son exposé écrit, ainsi qu'aux paragraphes 1.1 et 4.7 de ses observations écrites. Elle l'a reconnu, en outre, en citant à la page 20 de son exposé écrit, un passage de l'opinion individuelle de M. Oda dans l'affaire *Mazilu* :

⁴Plaidoirie de sir Elihu Lauterpacht, CR 98/16, par. 22 f) (8 décembre 1998).

«On peut soutenir qu'il a simplement été demandé à la Cour de donner son avis «sur la question juridique de l'*applicabilité* de la section 22 de l'article VI de la convention», sans envisager la question de son *application* ... [I]l n'est pas possible ... de déterminer l'*applicabilité* [de la section 22 de l'article VI de la convention] ... à un cas concret sans se référer de façon adéquate à *la manière dont elle peut s'appliquer*.»⁵ (Italiques ajoutées.)

Comme je l'ai indiqué dans mon exposé de lundi⁶, la requête du Conseil économique et social

«prie la Cour de «*ten[ir] compte [des circonstances]*» de la présente affaire et indique donc clairement que la requête a été rédigée en ayant à l'esprit l'affaire *Mazilu* et partant avec le dessein que la Cour examine les faits sur lesquels repose la présente instance afin de décider si le rapporteur spécial jouit de l'immunité de toute juridiction. Bref, il n'était pas possible de soutenir plus clairement que la Cour est compétente pour se prononcer sur l'immunité du rapporteur spécial.»

10. Que la Malaisie affirme au contraire, il y a deux jours : «[a]pplicabilité» ne signifie pas «comment elle doit être appliquée»⁷ ne diminue ni la portée de la requête du Conseil économique et social ni la force avec laquelle la Malaisie elle-même l'a précédemment reconnue et acceptée.

11. Pour ces motifs, et pour ceux qui ont été indiqués dans ses exposés précédents, le Costa Rica affirme de nouveau qu'à son avis la requête du Conseil économique et social demande expressément à la Cour de décider si le rapporteur spécial bénéficie de l'immunité de toute juridiction.

Les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce

12. Monsieur le président, Monsieur le vice-président, Madame et Messieurs de la Cour, j'en viens maintenant à la question des obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce. A cet égard, nous avons évidemment été heureux d'entendre l'éminent conseil de la Malaisie dire que l'immunité devrait être déterminée «à titre de question préliminaire ou préalable, sans entrer dans le fond de l'affaire plus qu'il n'est nécessaire dans ce but limité», qu'«[a]u cours de cette procédure préliminaire, l'attestation du Secrétaire général ... [n]aturellement ... ferait l'objet du plus grand

⁵Exposé écrit de la Malaisie, par. 6.6 (octobre 1998).

⁶Plaidoirie de M. Charles N. Brower, CR 98/15, par. 11 (7 décembre 1998).

⁷Plaidoirie de Dato' Heliliah Yusof, CR 98/16, par. 11 (8 décembre 1998).

respect», qu'«[e]lle constituerait une source extrêmement probante pour établir les faits pertinents», et qu'«[u]ne fois que le tribunal national a été informé de la revendication d'immunité, il suspend les procédures sur le fond pendant que la question de l'immunité est à l'examen»⁸.

13. Si seulement cet avis avait été partagé aussi par les tribunaux de Malaisie, nous ne serions pas ici aujourd'hui. Le fait est, pourtant, que la *High Court* de Kuala Lumpur a décidé le 28 juin 1997 qu'une décision finale sur l'immunité du rapporteur spécial ne serait prise qu'une fois que la justice aura statué, après avoir écarté l'attestation du Secrétaire général «comme une opinion n'ayant pas plus de valeur probante qu'un document auquel il manque des éléments substantiels»⁹. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel, et l'instance la plus élevée de la Malaisie, la cour fédérale, a rejeté une demande de recours dans une décision qui traitait dédaigneusement le rapporteur spécial «d'informateur à temps partiel non rémunéré»¹⁰.

14. Le conseil de la Malaisie soutient que la convention générale ne conférant pas expressément au Secrétaire général le pouvoir de qualifier de façon déterminante la nature de la conduite en cause, ce pouvoir n'existe pas¹¹. A l'appui de son assertion, il invoque «l'énoncé classique de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Lotus, selon lequel «[l]es limitations de l'indépendance des Etats ne se présument ... pas»¹². Nous sommes tous spécialistes du droit international et connaissons donc tous, évidemment, cet énoncé, mais nous avons peut-être oublié le paragraphe de l'arrêt de la Cour permanente dont il est tiré. Voici le texte complet de ce paragraphe :

⁸Plaidoirie de sir Elihu Lauterpacht, CR 98/16, par. 5 et 8 (8 décembre 1998).

⁹*MBf Capital Bhd & Anor v. Dato' Param Kumaraswamy (High Ct., Kuala Lumpur, 28 juin 1997)*, 1997 MLJ LEXIS 328, *26, 39.

¹⁰Aff'd, Ct. App. Malaysia, slip op. W-02-323-1997, arrêt du 20 octobre 1997, p. 28-30; demande de recours rejetée, Cour fédérale de Malaisie, décision du 19 février 1998 (pièce 55 du dossier).

¹¹Plaidoirie de sir Elihu Lauterpacht, CR/16, par. 13 (8 décembre 1998).

¹²*Ibid.*, par. 32.

«Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas.»¹³

15. Ainsi qu'il l'a rappelé dans ses conclusions écrites, le Costa Rica estime qu'en vertu de son adhésion à la convention générale, la Malaisie a librement accepté les obligations qui découlent de cette convention¹⁴. En particulier, ainsi que M. Shahabuddeen l'a dit dans son opinion individuelle dans l'affaire *Mazilu*, la Malaisie a «implicitement et nécessairement concédé à l'Organisation des Nations Unies le droit (qui n'est pas contesté en l'espèce) de décider» si un expert a agi dans le cadre de son mandat¹⁵. La Malaisie ne peut donc plaider maintenant qu'une obligation qu'elle a expressément acceptée doit être interprétée de façon étroite.

16. Ce qui est intéressant, c'est qu'après avoir passé en revue les immunités accordées aux Etats, aux diplomates, aux consuls et aux membres des forces armées et après avoir conclu que ce sont presque invariablement les tribunaux des Etats de séjour qui déterminent les immunités à accorder, la Malaisie a dit ce qui suit :

«La nature de la convention de 1946 lui confère-t-elle un quelconque statut particulier ? C'est là une question cruciale, que ne soulève pourtant aucun des exposés, écrits ou oraux, présentés dans cette affaire... Si l'Organisation des Nations Unies avançait de telles raisons, la Malaisie devrait, en vertu de la règle *audi alteram partem*, se voir autorisée à y répondre.»¹⁶

17. Pourtant, le Costa Rica avait à l'évidence prévu et réfuté cet argument aux pages 12 et 13 de son exposé écrit déposé le 7 octobre 1998 :

«C'est précisément pour prévenir ces atteintes à l'immunité de la part des tribunaux nationaux que la convention générale prévoit une procédure exclusive de règlement des différends à la section 30 de l'article VIII, qui dispose que «[t]oute contestation portant sur l'interprétation ou l'application de la présente convention sera

¹³Affaire du Lotus, C.P.J.I. série A n° 10 (arrêt du 7 septembre 1927).

¹⁴Observations écrites du Gouvernement du Costa Rica 16 (6 novembre 1998).

¹⁵Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989, p. 216 (opinion individuelle de M. Shahabuddeen).

¹⁶Plaidoirie de sir Elihu Lauterpacht, CR 98/16, par. 58 et 59 (8 décembre 1998).

portée devant la Cour internationale de Justice» pour obtenir son avis consultatif (les italiques sont de nous). L'emploi du mot «toute» et du futur («sera», *shall* en anglais) exclut manifestement toute compétence des tribunaux nationaux pour régler des différends issus de la convention générale.

36

A cet égard, les questions d'immunité qui se posent au titre de la convention générale sont — et doivent être — bien évidemment traitées différemment des questions d'immunité qui se posent, par exemple, en ce qui concerne des fonctionnaires diplomatiques ou consulaires accrédités bilatéralement. Dans ce dernier cas, il n'existe pas de mécanisme exclusif de règlement des différends. En la matière, c'est nécessairement la pratique des tribunaux nationaux de déterminer en toute indépendance si une partie remplit les conditions de l'immunité. Les conséquences en sont, par comparaison, tolérables parce que, comme la Cour l'a relevé, le droit de l'immunité diplomatique et consulaire est un régime autonome qui tire son efficacité, et donc sa protection, du principe inhérent de réciprocité, qui est lui-même de nature à garantir avec davantage de sécurité l'application uniforme du droit par les Etats. Il n'en va pas de même des fonctionnaires des Nations Unies.» (Notes de bas de page omises.)

La Malaisie a déjà eu deux mois pour exercer son droit de réfuter cette réponse, qui, soit dit respectueusement, règle définitivement cette «question cruciale».

18. Toutefois, ce n'est pas seulement sur le plan conceptuel que le Costa Rica est en désaccord avec la Malaisie. Je dois exprimer les plus sérieuses réserves en ce qui concerne les nombreuses affaires citées par la Malaisie comme exemples de la pratique des Etats à l'égard de la convention générale, en vue d'étayer sa position. Cela concerne en particulier l'arrêt de la Cour d'appel britannique dans l'affaire *Zoernsch c. Waldock*¹⁷, à propos de laquelle il y a lieu de relever une différence capitale. Dans cette affaire, le tribunal n'avait d'autre choix que de déterminer seul si le défendeur avait agi en sa qualité officielle, puisque l'attestation délivrée par le secrétaire général du Conseil de l'Europe se bornait à confirmer que le défendeur était effectivement à son emploi.

19. Les affaires américaines invoquées par la Malaisie sont aussi peu pertinentes. Dans l'affaire *Etats-Unis d'Amérique c. Egorov*¹⁸, la seule attestation produite, qui avait été délivrée par le département d'Etat américain, et non par les Nations Unies, concernait uniquement le fait que le défendeur n'était pas accrédité, et non la nature de ses activités. Dans l'affaire *United States ex*

¹⁷Plaidoirie de sir Elihu Lauterpacht, CR/16, par. 59 (8 décembre 1998).

¹⁸*Ibid.*, par. 77.

37 *rel. Casanova c. Fitzpatrick*¹⁹, qui concernait un membre de la mission permanente de Cuba auprès des Nations Unies, aucune attestation n'avait été délivrée. Dans l'affaire *Menon c. Weil*, même la Malaisie reconnaît que le Secrétaire général n'avait délivré aucune attestation, et se rabat sur l'opinion incidente d'un tribunal d'instance local²⁰. Enfin, dans l'affaire autrichienne *X c. Bureau de police fédérale de Vienne*, aucune attestation n'a été délivrée par l'Agence internationale de l'énergie atomique²¹.

20. Par conséquent, aucune de ces affaires n'étaye la position de la Malaisie. Pour reprendre les termes du conseil de la Malaisie, «[c]e ne sont guère là des éléments établissant une pratique étayant l'existence d'un principe fondamental»²².

21. En ce qui concerne les auteurs qui ont accordé une attention particulière au droit des organisations internationales ou au droit de l'immunité, je suis convaincu que leurs opinions ne vont pas dans le sens que la Malaisie veut faire admettre à la Cour. Leurs opinions sont rapportées de façon inexacte. A titre d'exemple, lorsqu'on cite le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, il n'est pas suffisant, et dans le cadre de la présente affaire il est même trompeur, de ne le citer que pour étayer l'assertion selon laquelle c'est aux tribunaux internes qu'il appartient de statuer sur la nature de la conduite en cause. A cet égard, il est essentiel de rappeler qu'il est d'usage, dans les tribunaux américains, de traiter la question du droit à l'immunité de juridiction comme une question préalable de compétence²³. Dans le même ordre d'idées, il est inexact de dire que la position des Etats-Unis et du Royaume-Uni, qui ont sans doute cru, comme

¹⁹*Ibid.*, par. 78.

²⁰*Ibid.*, par. 79.

²¹*Ibid.*, par. 80.

²²*Ibid.*, par. 103.

²³Voir Exposé écrit des Etats-Unis d'Amérique, p. 13, par. 20 (7 octobre 1998); *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, par. 392 et 393 (1987).

nous tous, que la position de la Malaisie devait forcément être présentée dans son exposé écrit et ses observations écrites, et qui ont, à n'en pas douter, décidé pour cette raison de ne pas prendre part à la procédure orale, est «pratiquement identique» à celle de la Malaisie²⁴.

22. J'aimerais à ce stade aussi rappeler à la Cour l'analyse qui est loin d'être «assez superficielle» et qui fait l'objet de tout un ouvrage récent consacré à l'immunité fonctionnelle confirmant la position des Nations Unies exposée ici et que nous avons examinée longuement aux pages 12 et 13 de notre exposé écrit. Je citerai aussi l'une des autorités contemporaines les plus éminentes du droit international public, à savoir le conseil de la Malaisie. Lors des cours qu'il a donnés il y a vingt-deux ans à l'Académie de La Haye sur : «The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals», sir Elihu a traité des pouvoirs implicites des organisations internationales. Il a déclaré ce qui suit :

[Traduction du Greffe]

«De toute évidence, c'est à l'organe qui adopte une résolution postulant l'existence du pouvoir revendiqué qu'il appartient initialement de déterminer la nécessité d'admettre implicitement un tel pouvoir. Il convient alors de déterminer, lorsqu'il existe une procédure de contrôle judiciaire, si le pouvoir de l'organe judiciaire de réexaminer la décision initiale de l'organisation est soumis à des restrictions importantes. En pure théorie, il ne devrait pas en être ainsi. La fonction de la «nécessité» semble, de prime abord, devoir être soumise, comme toute autre fonction, au contrôle judiciaire. Cependant, il existe une phrase qui peut avoir une grande importance dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur *l'Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, dans laquelle il est précisé que cette question suscite le doute et qu'il faut donc faire preuve de prudence.» (Notes de bas de page omises.)²⁵

Après avoir analysé l'avis consultatif de la Cour dans l'affaire de *l'Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*²⁶, il a conclu en ces termes :

«la retenue de la Cour semble concorder avec la notion selon laquelle l'Organisation est mieux à même de juger ce qu'exigent les circonstances et, dans cette mesure, par conséquent, la retenue de la Cour vise à permettre à l'Organisation d'atteindre ses objectifs plus efficacement.» (Notes de base de page omises.)²⁷

²⁴Plaidoirie de sir Elihu Lauterpacht, CR/16, par. 6 (8 décembre 1998).

²⁵152 *Recueil des cours* 377, 428 (IV-1976).

²⁶C.I.J. *Recueil* 1954, p. 47.

²⁷152 *Recueil des cours* 377, 430 (IV-1976).

Sans aucun doute, cela revient sûrement à reconnaître que le Secrétaire général était juridiquement fondé à conclure que son attestation était nécessairement destinée à protéger la personne qu'il a déclarée jouir de l'immunité de «toute juridiction» sauf dans le seul cas où la Cour en décide autrement dans le cadre d'une procédure prévue par la section 30.

Conclusion

23. Monsieur le président, Monsieur le vice-président, Madame et Messieurs de la Cour. Deux points méritent d'être soulignés en conclusion. L'un contredit la position de la Malaisie sur le fond, et l'autre met en relief le véritable enjeu de la présente espèce.

24. Premièrement, c'est seulement la deuxième fois en cinquante ans, qu'un «différend» opposant l'Organisation des Nations Unies et un Etat partie à la convention générale est porté devant la Cour en vertu de la section 30. Ce seul fait suggère l'existence d'une interprétation constante de la convention générale et d'une pratique entre les Etats parties assurant le respect de «l'immunité de toute juridiction» comme la section 22 b) en fait obligation, obligation qui, chacun en convient (y compris la Malaisie), est une obligation de résultat.

25. Deuxièmement, chacune de ces deux affaires, l'affaire *Mazilu* et la présente affaire, intéresse un ressortissant de l'Etat qu'un différend oppose à l'Organisation des Nations Unies. Il semble donc que le problème surgisse lorsqu'un Etat partie à la convention générale se voit dans l'obligation d'accorder à l'un de ses ressortissants un droit qui peut lui paraître extraordinaire. Il est révélateur que la Malaisie souligne que «le Gouvernement malaisien ne se plaindrait pas non plus en principe si on continuait à lui faire des observations sur tel ou tel aspect de son administration pour autant que celles-ci soient réellement exactes et objectives»²⁸. Or, en vertu de sa propre adhésion à la convention générale, avec effet obligatoire pour ses tribunaux, la Malaisie s'est précisément interdit un tel jugement de nature juridique. Voilà qui montre bien toute l'importance de confirmer ici, dans la présente instance, l'application de la section 22 b) au cas du rapporteur spécial. Bref, c'est à la Cour, et non à des tribunaux nationaux qu'il appartient, s'il y a lieu, de statuer sur les immunités que confère la convention générale, comme le veut précisément celle-ci.

²⁸Exposé de Dato' Heliliah Yusof, CR 98/16, par. 18 (8 décembre 1998).

26. Monsieur le président, Monsieur le vice-président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie une nouvelle fois de votre aimable attention et de l'intérêt que vous avez bien voulu porter aux arguments juridiques du Costa Rica.

40 Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Brower. Je donne maintenant la parole à Mme le *Solicitor General* de la Malaisie.

DATO' HELILIAH YUSOF : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie une fois encore de me permettre de dire quelques mots au nom du Gouvernement de la Malaisie. Je serai relativement brève ce matin. Mon intervention, d'aujourd'hui, sera divisée en trois parties. En premier lieu, je dois apporter certains éclaircissements; puis je dirai ce qu'il en est des assertions selon lesquelles les négociations ont duré en réalité deux ans; enfin je donnerai mon point de vue sur certaines interprétations de la section 30 souvent mise en avant au cours de la procédure orale.

Pour ce qui est des éclaircissements, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je demande qu'il soit pris note de la déclaration suivante : le lundi 7 décembre 1998, M. Zacklin a dit au cours de sa plaidoirie que les adresses consacrées aux quatre affaires concernant le rapporteur spécial en Malaisie «auraient lieu le 2 et le 9 février 1999». Cette information, je regrette de le dire, n'est pas tout à fait exacte. En fait, les audiences au cours desquelles devaient être examinées les demandes de sursis à statuer déposées dans trois des quatre affaires ont été reportées au 9 février 1999. A cette date, ces affaires seront de nouveau évoquées et les demandeurs se joindront à la requête tendant à les renvoyer une nouvelle fois jusqu'à ce que la Cour ait rendu son avis consultatif et jusqu'à ce que tous les intéressés aient eu le temps d'examiner les conséquences de cet avis.

Il en va de même de la première des quatre affaires, à ceci près qu'elle doit être évoquée le 16 décembre. Néanmoins, elle sera alors traitée de la même manière que les trois autres. Quant à la liquidation des dépens, il a également été sursis aux obligations du défendeur à cet égard et cet aspect de l'affaire sera renvoyé et examiné dans les mêmes conditions.

41

Pour ce qui est de la deuxième partie de mon exposé, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il a été fait mention à plusieurs reprises aujourd'hui en cette enceinte de deux années de négociations. Il me paraît pertinent de répondre sur ce point car les notes déposées par l'Organisation des Nations Unies en même temps que son dossier font effectivement état de certaines négociations, dont on a parlé mais dont il n'était pas prévu de produire les documents y afférents devant la Cour pendant la procédure orale. L'Organisation des Nations Unies s'étant abstenue de produire ces documents, la Malaisie a estimé de bonne foi ne pas devoir le faire non plus, car cela n'aurait pas nécessairement aidé la Cour dans la présente affaire. En tout état de cause, qu'il me suffise de dire que pendant ces deux ans, les discussions ont porté principalement sur la teneur de l'attestation, la manière dont le Gouvernement de la Malaisie est intervenu et le fait que, selon la procédure normale, les affaires étant déjà *sub judice*, la Malaisie n'était pas en mesure de s'immiscer dans des procès intentés non par son gouvernement, mais par des plaignants demandant réparation en vertu des lois malaisiennes.

Cela étant, Monsieur le président, je dois aussi exprimer les préoccupations de la Malaisie, dès lors que de telles négociations ont été mentionnées. La Malaisie ne conteste pas, pour reprendre les termes de l'Organisation des Nations Unies, que la présente situation risque selon cette dernière de créer un précédent dangereux pour le bon fonctionnement de son système de protection des droits de l'homme. Monsieur le président, la Malaisie estime de même que la décision de la Cour sera extrêmement importante, car elle énoncera certains principes qui devront être appliqués ultérieurement, ou que les Etats Membres auront l'obligation de respecter. Il incombe donc à la Malaisie de mettre en relief certaines différences entre les faits de la présente espèce et ceux de l'affaire *Mazilu*, si souvent et si abondamment invoquée.

Pour le Gouvernement de la Malaisie, le présent différend revêt également une très grande importance parce que, comme la Malaisie l'a déclaré mardi matin, il a mis en lumière certains faits relatifs à la mise en oeuvre du système de protection des droits de l'homme. En premier lieu, la Malaisie ne savait même pas qu'un rapporteur spécial avait été nommé. En deuxième lieu, il semble que dans le cadre de ce système, le ressortissant d'un Etat Membre qui est nommé rapporteur spécial puisse se voir accorder une très grande latitude pour rendre public, où il l'entend,

n'importe quel aspect de la situation dans son pays, même lorsqu'il est chargé d'établir un rapport thématique. Je ne mentionne ce point, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, qu'à seule fin de montrer qu'il peut constituer une source de conflit entre les Nations Unies et un Etat Membre, comme on le voit en l'espèce. La présente procédure est devenue, si je puis le dire, une procédure semi-contentieuse.

42

En outre, je dois répondre à certaines remarques faites ce matin au sujet de l'éventualité d'une interprétation et d'une prétendue mauvaise application d'un traité, qui ont donné lieu à des observations assez désobligeantes, ce que, bien entendu, l'on ne peut une fois encore que déplorer.

Qu'il me soit permis, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, de me reporter entre autres, avec votre indulgence, à certaines observations contenues dans la pièce 38. J'en cite un passage :

«De l'avis de l'Organisation des Nations Unies, le fait de soumettre l'un de ses rapporteurs spéciaux à des procédures aussi offensantes et à des dépenses et des frais d'instance potentiellement ruineux, outre la possibilité qu'un jugement sur le fond soit rendu contre lui, en rapport avec des paroles prononcées dans l'exercice des fonctions officielles du rapporteur telles que l'entend l'Organisation des Nations Unies est une manoeuvre qui cherche à nuire à l'indépendance de l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions et qui risque d'avoir un effet négatif sur l'autonomie des autres rapporteurs et experts en mission comparables, lesquels pourront craindre que l'exercice de leurs fonctions provoque contre eux des attaques juridiques pareillement destructrices.»

Encore une fois, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, des doutes graves semblent être émis à l'encontre du système judiciaire malaisien, alors que les procédures engagées n'en sont, pour le moment, qu'à un stade interlocutoire. Je citerai encore cette déclaration qui, à nos yeux, constitue une critique de la procédure malaisienne, et dont on a eu des échos en Malaisie (pièce 54bis). On y lit notamment :

«Enfin, menacer l'immunité d'un expert constitue une atteinte contre tout le système des experts en missions employés dans le dispositif de défense des droits de l'homme mis en place par l'Organisation. Qui plus est, les décisions des tribunaux malaisiens portent atteinte aux immunités non seulement des experts en missions mais aussi des Nations Unies et des hauts fonctionnaires ainsi que des autres personnes qui travaillent pour l'Organisation. A vrai dire, si ces décisions ne sont pas corrigées, elles risquent de museler les experts indépendants en les dissuadant de dénoncer, en pleine indépendance et en toute impartialité, les violations des normes internationales relatives aux droits de l'homme.»

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, le rapporteur spécial a présenté trois rapports consécutifs sans que le Gouvernement malaisien ne prenne la moindre mesure visant à le traduire en justice. Ne serait-ce que pour les seules raisons que je viens d'exposer, Monsieur le président, j'espère sincèrement que mes observations d'aujourd'hui auront un tant soit peu dissipé les malentendus qui existent au sujet des poursuites intentées devant les tribunaux nationaux.

43

Avant de conclure, je voudrais une fois de plus revenir à la section 30, qui a donné lieu à quantité d'exégèses. De l'avis de la Malaisie, l'application de la section 30 n'a jamais été plus utile que dans la présente affaire. Je vous invite à vous reporter à la pièce 67, qui contient le compte rendu de délibérations de l'Assemblée générale sur un projet de convention générale visant à donner concrètement effet aux paragraphes 1 et 2 de l'article 105 de la Charte, ainsi qu'à certaines observations figurant dans le rapport de la Sixième Commission sur les privilèges et immunités des Nations Unies. On y trouve notamment cette déclaration de sir Hartley Shawcross du Royaume-Uni au sujet de la section 30 :

«J'en arrive au dernier point, à savoir la section 30 de la convention qui traite du renvoi des différends à la Cour internationale de Justice. Deux ou trois Etats ont jugé nécessaire de formuler des réserves sur ce point. Je ne puis m'empêcher de penser que cela est dû au fait que la question n'a pas été bien comprise, étant donné que la clause relative au renvoi des différends à la Cour internationale de Justice n'est applicable que dans le cas où les parties en litige n'ont pu régler le différend par un autre moyen quelconque. Pour le cas où les parties en litige tombant sous le coup de la présente convention n'arriveraient pas à s'entendre, il nous semble indispensable que la convention comporte une clause permettant de régler les différends qui pourraient, malheureusement, s'élever.»

Il est donc regrettable qu'alors que la section 30 vise à offrir des moyens pacifiques de régler les différends, l'on ait tant insisté sur les conflits relatifs à l'application, non seulement de la Charte mais aussi de la convention, que le vrai caractère de cette dernière a peut-être maintenant été présenté de façon trompeuse.

Une certaine interprétation a été imposée en ce qui concerne la Malaisie, bien que les institutions d'autres Etats Membres aient été placées dans des positions analogues. En mettant autant l'accent sur les conflits, l'on ne s'est guère attaché à ne pas aggraver les divergences entre le Secrétaire général et la Malaisie. L'approche adoptée à l'encontre de celle-ci équivaut donc, me semble-t-il, à une application sélective de la section 30. Partant, les tribunaux de la Malaisie ont

aussi été décriés à un point qui n'avait jamais été atteint. Il semble si facile de l'accuser de violations. Cela rappelle la mise en garde prononcée par un juge dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, et je cite ici respectueusement M. Koretsky :

44

«La Cour ne saurait fermer ses yeux à la réalité. L'image de Thémis les yeux bandés n'est qu'un symbole de conte de fée, tiré de la mythologie. Prenant en considération la réalité, la Cour devrait en même temps songer à la stricte observation de la Charte.

Je vais m'attacher à souligner la nécessité de la stricte observation et de l'interprétation correcte des dispositions de la Charte, de ses règles, sans se limiter à l'examen des buts de l'Organisation. Sans cela, il faudrait en venir à la formule depuis longtemps condamnée : «la fin justifie les moyens.»»

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, permettez-moi, pour en conclure, de saisir aussi cette occasion de vous donner toutes les assurances du Gouvernement de la Malaisie. Une fois encore, nous avons entendu exprimer des doutes au sujet des intentions de la Malaisie d'honorer ses obligations.

Permettez-moi, Monsieur le président, d'assurer la Cour que la Malaisie adhère pleinement aux dispositions de la section 30 de la convention, qui confère une force obligatoire à l'avis consultatif de la Cour. Je vous remercie, Monsieur le président, et je vous demande de bien vouloir donner la parole à sir Elihu Lauterpacht pour un exposé complémentaire.

Le PRESIDENT : Je vous remercie Madame le *Solicitor General*. Je donne la parole à sir Elihu Lauterpacht.

Sir Elihu LAUTERPACHT : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, à cette heure tardive, vous devez sûrement espérer que mon exposé ne sera pas trop long, et j'ai moi aussi la même préoccupation. Je m'en tiendrai donc à deux points. D'abord, la portée de la question, et ensuite, la réponse à la question de la compétence du Secrétaire général.

Je ne voudrais pas fatiguer la Cour inutilement en expliquant encore pourquoi la Malaisie est si entièrement opposée à ce que la question soit interprétée d'une manière qui autorise la Cour à aller au-delà d'une décision sur le point de savoir si le Secrétaire général est seul compétent pour qualifier l'acte en déterminant ensuite si les actes en question entrent effectivement dans le cadre de la mission du rapporteur spécial.

45 La Cour me pardonnera de présenter un peu en rafale, à ce stade de la procédure, une série d'observations supplémentaires. Je regrette que cela soit nécessaire, car cette nécessité tient à ce que le Conseil économique et social n'a manifestement pas respecté les dispositions du paragraphe 2 de l'article 65 du Statut de la Cour, selon lequel la requête écrite doit formuler la question en termes *précis*. Le premier projet du Secrétaire général, du 28 juillet 1998, répondait bien à cette exigence. En outre, c'était un exposé complet et équitable du seul différend qui opposait à cette date l'Organisation et la Malaisie, à savoir la question de l'effet juridique de la décision du Secrétaire général. La reformulation de la question par le Conseil économique et social, pour des raisons inconnues, n'a fait que rendre la question imprécise.

Premier point : la présente procédure est fondamentalement contentieuse. Elle ne prend la forme d'un avis consultatif que parce qu'il n'y a pas d'autre moyen de saisir la Cour d'un différend auquel une organisation internationale est partie.

Deuxième point : la requête doit demander un avis sur un point de droit. C'est ce que prescrit la deuxième phrase de la section 30 de la convention de 1946. C'est aussi ce que dit clairement le premier paragraphe de l'article 65 du Statut de la Cour.

Troisième point : le premier projet de question du Secrétaire général, du 28 juillet 1998, portait manifestement sur un point de droit concernant ses propres compétences. En tant que tel, il se limitait à juste titre à la question qui avait été discutée entre les parties avant cette date. Contrairement à ce qui a été indiqué il y a quelques instants au nom du Costa Rica, il ne s'agissait pas de savoir si le rapporteur spécial remplissait les conditions d'une immunité limitée.

Quatrième point : Les circonstances dans lesquelles la question a été reformulée, les participants aux consultations, et la teneur de celles-ci, qui sont évoquées dans le titre du document soumis au Conseil économique et social pour adoption, document qui constitue la pièce 61 du dossier, n'ont pas été portés à la connaissance de la Cour. Or, la Malaisie n'est pas membre du Conseil économique et social, son mandat ayant pris fin le 31 décembre 1997, et elle ne s'est donc pas jointe au consensus par lequel la résolution a été adoptée. Elle n'a participé au débat qu'en qualité d'observateur, et non pas de membre du Conseil économique et social. Elle ne s'est pas associée au consensus. Son assentiment à une requête pour avis consultatif avait été donné

46

précédemment, à un moment où la seule question envisagée était celle de savoir si le Secrétaire général avait ou non compétence pour caractériser le comportement du rapporteur spécial de façon concluante. Le principe de l'égalité des parties en litige devant la Cour ne permet pas à celle-ci d'accepter que la question soit modifiée à la demande de l'une des parties seulement.

Cinquième point : la version révisée de la question soumise à la Cour ne changeait pas le fond de la question initiale. En particulier, l'emploi des termes «en tenant compte des [circonstances décrites dans les] paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général» n'élargissait pas et ne pouvait élargir la question de manière à inviter ou à autoriser la Cour à examiner si les actes du rapporteur spécial entraient dans le cadre de l'accomplissement de sa mission. J'invite respectueusement la Cour à se reporter à ces paragraphes du document E/1998/94 qui figurent aussi dans le texte de la question telle qu'elle a été communiquée à la Cour dans le document intitulé «Requête pour avis consultatif», en vue de déterminer s'ils contiennent une indication suffisante de «circonstances» se rapportant quant au fond à la question de la portée de la mission du rapporteur spécial, suffisante pour autoriser que l'on se réclame de ces termes afin de justifier un élargissement de la question à trancher. Je crois que lorsque la Cour examinera ce document de près, elle constatera que ces paragraphes 1 à 15 ne contiennent rien de tel. J'avais eu l'intention, Monsieur le président, d'entreprendre la tâche affreusement ennuyeuse d'analyser ces paragraphes 1 à 15 devant la Cour, paragraphe par paragraphe, mais j'espère que vous me pardonneriez de ne pas y donner suite et de compter sur votre propre interprétation de ce texte. Très sommairement, Monsieur le président, si vous étudiez chacun de ces paragraphes 1 à 15 séparément, vous constaterez qu'ils ne contiennent rien qui élargisse la portée du problème. En dehors d'une allusion succincte dans le paragraphe 6 aux termes de la décision initiale du conseiller juridique, ils ne comportent pas un mot concernant le fond de la question de savoir si le comportement de M. Kumaraswamy entrait dans le cadre de l'accomplissement de sa mission. Ce paragraphe ne contient aucune indication des considérations qui ont conduit aux conclusions du conseiller juridique, en dehors de l'affirmation qu'il a étudié les circonstances de l'interview et les passages controversés avant de prendre sa décision. Je ne citerais que cette seule phrase :

47

«Agissant au nom du Secrétaire général, le conseiller juridique a étudié les circonstances de l'interview et les passages controversés de l'article, et a déclaré que Dato' Param Cumaraswamy avait donné cette interview en sa qualité officielle de rapporteur spécial chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, que l'article faisait clairement référence à la mission qui lui avait été confiée par l'ONU et au mandat global du rapporteur spécial consistant à enquêter sur les allégations concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire, et que les passages cités avaient trait à ces allégations.»

C'est un exposé partiel, et donc nullement complet, des considérations qui auraient dû être examinées pour parvenir du point de vue du fond à une conclusion sur ce qui entrait dans le cadre de la mission du rapporteur.

Et je dirais que comme la Cour est invitée à donner un avis sur un point de droit, il ne lui appartient pas d'examiner sous l'angle des faits l'accomplissement de la mission du rapporteur spécial.

J'ajouterais que rien n'indique que la question dont la Cour est maintenant saisie ait jamais été — comme le soutient l'une des parties — discutée entre la Malaisie et l'Organisation des Nations Unies. Le représentant du Secrétaire général a déclaré que ces questions avaient été discutées à maintes reprises. Il n'en est rien, Monsieur le président, en tout cas d'après les indications qui m'ont été données. Pour autant que je sache — et Mme le *Solicitor General* l'a même dit il y a quelques instants — les échanges de vues entre la Malaisie et l'Organisation des Nations Unies se sont limités à la question de l'attestation, au point de savoir si l'attestation du Secrétaire général devait être concluante, si le certificat du Gouvernement de la Malaisie reflétait comme il convient l'attestation du Secrétaire général, et, le moment venu, de savoir comment, éventuellement, l'affaire devrait être soumise à un jugement impartial. Les deux parties n'étaient divisées que sur la question de principe : qui a compétence, en premier ressort, pour qualifier la conduite ?

Point 6 : Par conséquent, il n'est pas possible de trouver dans les questions auxquelles il est fait référence aux paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général la moindre justification de la thèse selon laquelle le Conseil économique et social en se référant à ces paragraphes, entendait élargir la portée de la question soumise à la Cour. Ces paragraphes n'apportent pas suffisamment d'éléments de discussion pour que la Cour puisse trancher la question de fait comme le lui ont

demandé certaines des parties prenantes à la procédure. En tout état de cause, si le Conseil économique et social avait eu l'intention d'étendre la portée de la question comme cela a été soutenu, pourquoi ne l'a-t-il pas dit, clairement et sans équivoque ? Pourquoi la question renvoie-t-elle, en des termes aussi larges, aux paragraphes 1 à 15, au lieu de se centrer sur le seul paragraphe 6 et d'en développer l'aspect factuel ?

Point 7 : Monsieur le président, que la Cour traite, dans le cadre de sa compétence consultative, d'une question controversée d'ordre factuel ou d'ordre à la fois factuel et juridique est une situation sans précédent. Il n'appartient pas à la Cour de présumer qu'il y a accord sur les faits tels qu'exposés dans le dossier. Pas plus que le silence de la Malaisie au sujet de ces faits ne signifie pas qu'elle les reconnaît. La Cour n'est pas saisie du fond de la question.

Point 8 : Finalement, je dois rappeler ce que je n'ai peut-être pas exprimé assez clairement mardi, à savoir que, même si la Cour devait considérer que le Conseil économique et social avait l'intention d'élargir la portée de la question, il n'était pas habilité à le faire. Il a agi *ultra vires*. La résolution allant au-delà des limites admissibles, elle ne doit pas être prise en compte. Qu'est-ce qui me permet de soutenir qu'elle a été adoptée *ultra vires* ? En appliquant la section 30, le Conseil économique et social n'est qu'une courroie de transmission pour porter devant la Cour un différend entre le Secrétaire général et la Malaisie. Le Conseil économique et social ne défend pas une position qui lui serait propre, comme cela aurait pu être le cas s'il recherchait un avis sur une question juridique dans un autre cadre que celui de la section 30. D'après moi, Monsieur le président, le Conseil économique et social n'est qu'un simple intermédiaire, il ne saurait changer la nature du différend ou modifier le contenu de la question. Avec votre permission, Monsieur le président, je me risquerai à rappeler à la Cour l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1956 en l'affaire des *Jugements du tribunal administratif de l'OIT (C.I.J. Recueil 1956, p. 77)*. La Cour s'en souviendra, la requête avait été présentée par le Conseil exécutif de l'UNESCO en vertu de l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail, le Tribunal administratif saisi par l'Unesco. Cet article dispose que, au cas où le conseil exécutif d'une organisation internationale ayant fait la déclaration prévue dans le statut conteste une décision du tribunal affirmant sa compétence ou considère qu'une décision dudit tribunal est viciée par une faute

49

essentielle dans la procédure suivie, la question de la validité de la décision rendue par le tribunal sera soumise par ledit conseil exécutif, pour avis consultatif, à la Cour internationale de Justice; l'avis rendu par la Cour aura force obligatoire. Or, la Cour a formulé quelques observations intéressantes au sujet de ce pouvoir de saisine, et voici ce que je lis, Monsieur le président, à la page 99 :

«Assurément, l'Unesco a le pouvoir général de demander à la Cour des avis consultatifs sur les questions qui se posent dans le cadre de son activité. Mais la question soumise à la Cour n'a pas été posée en invoquant le pouvoir général de l'UNESCO de demander un avis consultatif. Elle a été expressément rattachée à l'article XII»,

dont je viens de vous donner lecture.

«La question II, telle qu'elle est posée à la Cour, se réfère, par ses termes et par la place qu'elle occupe dans la résolution portant demande d'avis, aux jugements contestés par le Conseil exécutif quant à la compétence du Tribunal qui les a rendus. C'est sur ce terrain qu'elle doit être considérée par la Cour. Or la Cour vient de constater que l'objet de cette question est en dehors de ce qui, dans les jugements attaqués, concerne la compétence du Tribunal. La demande d'avis consultatif a placé la question II dans le cadre défini par l'article XII. En réalité, cette question est en dehors de ce cadre. En conséquence, elle n'a pas été retenue par la Cour en vue d'une réponse à la présente demande d'avis.»

Et, Monsieur le président, je suggère, si mon raisonnement est juste, que l'élargissement de la question que revendiquent mes amis à droite est inacceptable parce qu'elle sort du cadre du différend qui opposait réellement les parties sur un point de droit. Comme le Secrétaire général l'a relevé au paragraphe 15 de sa note du 27 juillet 1998, la requête pour avis consultatif devait être soumise par l'intermédiaire du conseil; il n'appartenait pas à ce dernier d'élargir le champ de la question, et certainement pas de transformer un point de droit en point de fait. Et je soutiens respectueusement, Monsieur le président, que la Cour ne devrait pas se laisser entraîner à donner une réponse à une question élargie qui n'aurait pas dû être posée.

Je voudrais maintenant passer à la deuxième partie de mes observations qui portent sur la question du pouvoir du Secrétaire général. La Cour a entendu un plaidoyer vibrant, au nom de l'Organisation des Nations Unies, en faveur de la reconnaissance au Secrétaire général d'un pouvoir avec effet décisif. Mais, Monsieur le président, il y a là une contradiction constante dans l'argumentation présentée au nom du Secrétaire général. On invoque d'abord la maxime importante *pacta sunt servanda* : les traités doivent être respectés. Et puis, vers la fin de la même

50

argumentation, la Cour est invitée à prendre acte du fait que les circonstances ne sont plus les mêmes depuis l'adoption de la convention en 1946. La Cour est priée de prendre acte qu'il n'y avait pas vraiment de problème jusqu'à présent, qu'il y a un certain nombre de nouvelles situations qui justifient l'attribution au Secrétaire général du pouvoir étendu qu'il revendique aujourd'hui. Je ne conteste pas, Monsieur le président, la description que fait l'éminent représentant du Secrétaire général des intérêts de l'Organisation des Nations Unies tels qu'ils existent aujourd'hui mais, en ce qui concerne l'affaire dont la Cour est actuellement saisie, il faut que le Secrétaire général fasse un choix. La Cour, si je peux me permettre cette affirmation, ne devrait pas condamner un comportement — celui de la Malaisie — qui est conforme aux dispositions du traité telles qu'elles étaient interprétées jusqu'à l'époque où serait survenu le changement de circonstances dont fait état le représentant du Secrétaire général. Il convient de remarquer, je pense, que celui-ci n'a guère croisé le fer avec la Malaisie en ce qui concerne l'interprétation du traité compte tenu des considérations qui interviennent habituellement en matière d'interprétation des traités. La discussion n'a pas porté sur le sens littéral des mots, aucune réponse n'a été donnée à ce qui a été dit mardi au sujet des travaux préparatoires. En ce qui concerne la pratique, aucune réponse n'est venue contredire les affaires citées. Mon ami, M. Brower, s'exprimant au nom du Costa Rica, a cherché à établir des distinctions d'une manière plutôt sommaire et, si je puis me permettre de le dire sans lui manquer de respect, quelque peu superficielle; le fait que des certificats n'aient pas été délivrés dans ces affaires ne réfute pas la thèse que j'avance, à savoir que les tribunaux se sont estimés libres de rechercher dans ces affaires si le fonctionnaire en cause avait agi dans le cadre de ses fonctions.

Fait des plus intéressants, il n'a pas été du tout question des lois adoptées par les parties à la convention de 1946, qui ressemblent sous bien des aspects à celle que la Malaisie a adoptée et qui, comme je l'ai laissé entendre mardi, témoignent de ce qu'elles estiment être attendu d'elles. Aucune de ces lois n'indique qu'il incombe d'abord au gouvernement d'obtenir une décision du Secrétaire général, de la communiquer ensuite au tribunal en indiquant à celui-ci qu'elle est concluante et de voir ce qui se passera. En ce qui concerne les autres aspects de la pratique, mon éminent collègue qui représente le Secrétaire général a de nouveau répété que la pratique dont il fait état n'a réellement vue le jour qu'en 1976 et il a mentionné un document supplémentaire

de 1983 qui, je dois le reconnaître, m'a échappé, mais je serais heureux de l'examiner plus tard et de voir ce qui y est dit. Mais il n'a pas réellement abordé les éléments démontrant que l'Organisation des Nations Unies a accepté le système établi par la convention de 1946 et interprété par les Etats de la façon que je viens de décrire.

Il a commenté l'ouvrage de Jenks. Mais il n'a pas expliqué pourquoi Jenks n'a pas expressément confirmé la validité de la première des trois solutions qu'il a proposées, à savoir que la déclaration du Secrétaire général devrait être acceptée comme concluante. Jenks en 1961, soit vingt-cinq ans après l'adoption de la convention, n'a pas pris position en faveur de cette solution.

Monsieur le président, la Cour a entendu un plaidoyer vigoureux en faveur de la protection des intérêts de l'Organisation des Nations Unies. Ceux-ci sont naturellement importants et devraient être protégés. Mais le meilleur moyen de les protéger c'est de s'attaquer au problème de façon réfléchie et systématique, par la voie d'un traité. Face à toutes ces nouvelles situations — au Rwanda ou ailleurs, ainsi que la mission en Iraq — où des règles particulières s'imposent, attaquons-nous au problème et que l'Organisation des Nations Unies propose aux parties à la convention de 1946 un amendement approprié qui garantirait que ne se reproduirait plus à l'avenir le problème auquel la Cour se trouve confrontée aujourd'hui. Mais, s'agissant de la présente affaire, Monsieur le président, la Cour, si je puis m'exprimer ainsi, doit se prononcer sur la situation telle qu'elle s'est toujours présentée jusqu'à aujourd'hui, non pas sur ce qu'elle pourrait ou devrait être à l'avenir. Le représentant du Secrétaire général m'a prêté l'idée d'avoir soutenu que l'Organisation des Nations Unies n'avait pas mis en place le mécanisme visé à l'article 29 et a déclaré que cela n'aurait pas été possible car cette tâche aurait été beaucoup trop compliquée et aurait exigé de consacrer des moyens financiers et humains qui ne se justifiaient pas dans les circonstances.

Monsieur le président, je me suis peut-être exposé à une interprétation erronée de ce que je voulais dire à ce sujet. Je ne prônais pas l'établissement d'un tribunal permanent. Il aurait été tout à fait suffisant pour satisfaire aux prescriptions de l'article 29 que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies fasse une déclaration unilatérale officielle — qui serait évidemment juridiquement obligatoire — précisant qu'il était disposé, à cet égard, à se soumettre à l'arbitrage demandé par une personne privée ou le gouvernement intéressé. Cela aurait été un

procédé efficace. Mais ce n'est pas un procédé efficace de dire, comme l'a fait le Secrétaire général : «Oui, mais un gouvernement que cette question concerne peut venir demander un avis consultatif», car il ne s'agit pas là d'un mécanisme automatique comme nous pouvons le voir avec ce qui s'est passé au Conseil économique et social. Celui-ci, après avoir reçu la note du Secrétaire général le 28 juillet, s'est chargé d'examiner la question lors de diverses consultations informelles qu'il a tenues jusqu'au 5 août pour ensuite établir un texte qui n'est pas du tout du genre qui ne correspondait pas du tout aux intentions de la Malaisie.

M. Brower m'a fait un grand honneur en me citant devant la Cour; inutile de dire que j'en suis très flatté. Il est agréable de savoir que quelqu'un au moins se penche sur certains de vos écrits, mais M. Brower a quelque peu élargi le concept de pouvoirs implicites, tel que je l'avais développé dans mes cours à La Haye. Je suis partisan de ce concept, je ne le nie pas un seul instant, lorsque les pouvoirs sont dûment implicites, mais j'avais alors dans l'idée les pouvoirs implicites des organes de l'Organisation des Nations Unies — le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale, etc. En revanche, je n'aurai pas dit et je ne crois pas avoir dit — mais je peux me tromper — que le Secrétaire général a qualité pour s'adjuger implicitement des pouvoirs supplémentaires, lesquels se valideraient d'eux-mêmes. En revanche, il me revient du fin fond de ma mémoire lorsque, par le passé — et je fais maintenant allusion à l'opération Congo — le Secrétaire général cherchait à interpréter les instructions du Conseil de sécurité le priant d'assumer certaines fonctions, qu'il n'était pas très sûr de les interpréter correctement et qu'il se demandait s'il disposait de fait, des pouvoirs nécessaires, il retournait consulter le Conseil de sécurité en lui disant : «Vous m'avez demandé de faire telle chose; est-ce bien cela que vous voulez que je fasse ?». En d'autres termes, il ne s'agissait pas de pouvoirs qu'il se serait lui-même implicitement octroyés, de façon unilatérale, mais d'éventuels pouvoirs implicitement conférés sous réserve de leur approbation par l'organe qui lui avait demandé d'agir.

Monsieur le président, je pense en avoir terminé. Il est exactement 13 heures et, je vous demande respectueusement de me permettre d'en rester là. Je vous remercie, ainsi que Madame et Messieurs de la Cour, de votre aimable attention.

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup, sir Elihu, de votre exposé. Madame et Messieurs de la Cour souhaiteraient poser deux questions. Puis-je donner tout d'abord la parole à M. Guillaume ?

Judge GUILLAUME: Mr. President, my question is the following. I raise it in the light of what Counsel for Malaysia has just said. I would be grateful if the representative of the United Nations could be kind enough to provide all information in his possession with regard to the *travaux préparatoires* to decision 1998/297 whereby the Economic and Social Council brought this matter before the Court. Thank you Mr. President.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, M. Guillaume. Le greffier adjoint va à présent donner lecture d'une question rédigée par M. Koroma qui, par esprit de fraternité, souffre lui aussi d'un rhume. La Malaisie est autorisée à y répondre par écrit, disons dans un délai de dix jours, de même qu'à la question posée il y a un instant par M. Guillaume.

Le GREFFIER ADJOINT : Question posée au conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies. La Malaisie est invitée à formuler des observations, si elle le désire.

En la présente espèce, quelle signification faut-il donner au membre de phrase «des propos ont été tenus ou des écrits publiés dans le cadre de sa mission» ?

Le PRESIDENT : Merci. Nous arrivons ainsi au terme des audiences au sujet de la demande d'avis consultatif présentée par le Conseil économique et social sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial à la Commission des droits de l'homme*. A cette occasion, je tiens à remercier au nom de la Cour les délégations qui ont pris la parole devant elle durant cette semaine, ainsi que l'Organisation des Nations Unies et tous les Etats qui ont participé à la procédure écrite. La Cour a été très sensible à l'intérêt manifesté par toutes les parties concernées et leur sait infiniment gré d'avoir apporter leur concours. J'invite le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies et les représentants de tous les Etats concernés à se tenir à la disposition de la Cour au cas où celle-ci aurait à leur demander d'autres informations ou éclaircissements.

Puis-je rappeler qu'au paragraphe 1 du dispositif de sa décision 1998/297, le Conseil économique et social a prié la Cour de donner son avis à titre prioritaire. Conformément aux dispositions de l'article 103 de son Règlement, la Cour a pris les mesures en son pouvoir pour accélérer la procédure. Malgré son rôle très chargé, la Cour a pris toute disposition pour se prononcer d'ici le printemps prochain sur la question qui lui a été soumise. En vertu de l'article 108 du Règlement de la Cour, le greffier précisera en temps utile à l'Organisation des Nations Unies et aux Etats concernés à quelle date et à quelle heure la Cour rendra son avis. La Cour n'ayant aucun autre point à examiner, l'audience est levée.

L'audience est levée à 13 heures
