

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

J'approuve la décision de la Cour mais je voudrais formuler quelques considérations sur la manière d'aborder la question et la perspective dans laquelle on l'a fait, à propos de deux points. Le premier concerne le moment où le différend a pris naissance. Le second concerne la question de savoir si le différend porte sur l'interprétation ou sur l'application de l'accord de siège.

Sur le premier point, la Cour s'est bornée, dans sa décision, à constater que « les positions opposées de l'Organisation des Nations Unies et des Etats-Unis révèlent l'existence d'un différend entre les deux parties à l'accord de siège ». La Cour ne s'est pas prononcée explicitement sur le moment auquel le différend est né. Je reconnais que plusieurs dates pourraient être prises en considération sur une période au cours de laquelle la situation a continuellement évolué, mais je ne peux m'empêcher d'avoir l'impression que la Cour a fait preuve d'une retenue excessive dans ses conclusions en n'éclaircissant pas le point de savoir laquelle, parmi ces dates possibles, était celle à retenir. Décider qu'un différend existe ne se fait pas dans le vide; il faut nécessairement avoir d'abord examiné une succession d'événements qui se sont déroulés sur une certaine période et avoir établi qu'il en est finalement résulté un différend à un certain stade, même si on ne peut déterminer ce dernier qu'approximativement. Il me semble que l'identification de ce stade fait inévitablement partie intégrante du processus de raisonnement que la Cour peut exposer quant à la question centrale (mais non la seule) de l'espèce, à savoir si un différend existait ou non à la date où l'Assemblée générale a demandé un avis consultatif. De plus, l'identification de ce stade fournit un repère analytique utile, voire nécessaire, pour distinguer les communications et discussions qui s'inscrivaient dans le processus conduisant à la naissance du différend, de celles qui visaient à résoudre le différend après la naissance de celui-ci.

Le projet de loi en question a été présenté à la chambre des représentants des Etats-Unis le 29 avril 1987 et au Sénat le 14 mai 1987. Le Gouvernement des Etats-Unis était opposé à l'objectif que visait ce texte, et il a reconnu que cet objectif était en fait de fermer la mission d'observation de l'Organisation de libération de la Palestine. Le Président étant chargé de faire appliquer les lois de l'Etat, l'approbation qu'il a donnée au projet le 22 décembre 1987 peut raisonnablement s'interpréter comme l'engagement pris par le gouvernement de faire fermer la mission conformément à cette loi.

Devant cette suite d'événements, il est constant que le Secrétaire général a fait connaître ses objections dès le 13 octobre 1987 en déclara-

rant que cette loi conduirait à une violation par les Etats-Unis de leurs obligations juridiques internationales en vertu de l'accord de siège. Dans la lettre qu'il a adressée le 7 décembre 1987 à M. Walters, représentant permanent des Etats-Unis auprès de l'Organisation des Nations Unies, le Secrétaire général a clairement indiqué qu'à son avis la promulgation de cette loi ferait naître un différend à moins que ne soient données certaines assurances. Il semble juste d'interpréter cela comme visant des assurances à donner au plus tard lors de la promulgation de cette loi, ne serait-ce qu'en raison de la nécessité d'éviter une période de risque ou d'incertitude. Aucune assurance de ce genre n'ayant été donnée, la signature de la loi le 22 décembre 1987 a automatiquement déclenché le processus conduisant au conflit entre des intérêts concurrents et précipité le différend.

La déclaration officielle faite par le Secrétaire général le 14 janvier 1988 selon laquelle un différend existait n'était pas nécessaire pour concrétiser ce différend (voir l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, C.P.J.I. série A n° 13, p. 10-11, et l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14). A part la lettre de M. Okun du 5 janvier 1988, indiquant que la loi avait été signée le 22 décembre 1987 et donc associée quant au fond à ce fait, il n'y a pas eu de nouveaux événements entre la date de la signature et le 14 janvier 1988, où le Secrétaire général a répondu, déclarant qu'un différend existait et invoquant la procédure de règlement des différends énoncée à la section 21 de l'accord. Le Secrétaire général n'a pas dit à partir de quel moment il estimait qu'un différend existait. Sa lettre n'exclut pas nécessairement l'éventualité que le différend se soit automatiquement concrétisé le 22 décembre 1987 du fait des événements antérieurs. Mais si cette hypothèse n'était pas la bonne, il est évident qu'en tout état de cause un différend était bien né le 14 janvier 1988. Le dossier ne permet de nourrir aucun doute sur le fait que le différend, né à l'une ou l'autre de ces deux dates, a continué d'exister jusqu'à ce jour.

Sur le second point, qui est de savoir s'il s'agissait d'un différend « concernant l'interprétation ou l'application » de l'accord de siège au sens de la section 21 de cet accord, il semble y avoir une thèse selon laquelle, même s'il y avait un différend, ce dernier ne concernait pas l'« interprétation » de l'accord de siège puisque le secrétaire d'Etat des Etats-Unis partageait les vues du Secrétaire général quant au statut de la mission d'observation de l'OLP en vertu de l'accord; et, en outre, que le différend ne portait pas sur l'« application » de l'accord puisque la fermeture de la mission d'observation de l'OLP n'a pas encore été effectuée.

Quant à savoir si le différend en l'espèce avait trait à une question d'interprétation de l'accord, il était effectivement constant que les vues du département d'Etat coïncidaient avec celles du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au sujet du statut de la mission d'observation de l'OLP en vertu de l'accord (voir la lettre que le Secrétaire général a adressée le 13 octobre 1987 à M. Walters, représentant permanent des Etats-Unis auprès de l'Organisation des Nations Unies). Mais des vues

différentes sur la question paraissent prédominer au Congrès des Etats-Unis, et elles semblent avoir reçu l'appui du Président lorsque celui-ci a signé la loi adoptée par le Congrès.

J'ai toutefois envisagé la thèse que, malgré cela, il n'y avait toujours pas de conflit entre les vues des Etats-Unis et celles de l'Organisation des Nations Unies quant à l'interprétation de l'accord au motif que les Etats-Unis ont pris une position qui pourrait être interprétée comme signifiant que, bien que le gouvernement soit tenu par son droit interne de donner effet à la loi en fermant la mission d'observation de l'OLP, il reconnaît en même temps qu'il n'a aucun droit d'agir de la sorte en vertu du droit international et qu'il engagera par conséquent sa responsabilité internationale s'il procède à cette fermeture.

Ce raisonnement est intéressant, tout autant par sa subtilité que par ses conséquences car, s'il est fondé, il signifie que, pour autant qu'un Etat soit disposé à reconnaître officiellement qu'il s'engage consciemment sur la voie d'une violation d'une obligation conventionnelle qu'il a acceptée — ce que peu d'Etats sont disposés à faire (voir S. Rosenne, *Breach of Treaty*, 1984, p. 11) —, il peut se soustraire aux obligations qui sont les siennes de se soumettre à une procédure agréée de règlement des différends relatifs à l'interprétation du traité en arguant qu'il est en fait d'accord avec l'autre partie quant à la signification du traité et qu'il n'y a donc pas de différend concernant son interprétation.

Il ne serait pas inconséquent d'imaginer qu'un argument conduisant à des résultats aussi curieux contient sa propre réfutation. J'aurais tendance à penser tout d'abord que les conséquences tirées de cette thèse se fondent d'une façon trop étroite sur une lecture peu cohérente de la formule de règlement des différends prescrite par la section 21 de l'accord.

L'expression «interprétation et application» se rencontre sous une forme ou sous une autre, dans nombre de clauses de règlement des différends remontant à de nombreuses décennies. Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (C.P.J.I. série A n° 6, p. 14), la Cour permanente a estimé qu'il n'était pas nécessaire que les deux éléments de la formule soient réunis, la conjonction «et» devant être lue dans un sens disjonctif. En l'espèce, la formule utilisée est «interprétation ou application». Par conséquent, il suffit que les conditions de l'un ou l'autre élément soient réunies. Mais en outre, puisqu'il n'est pas possible d'interpréter un traité sans se référer à certains faits (même considérés comme des hypothèses) et puisqu'il n'est pas possible d'appliquer un traité si ce n'est sur la base d'une certaine interprétation de ce dernier, on peut déceler l'idée qu'il n'y a guère de distinction, en pratique ou même en théorie, entre les deux éléments de la formule (voir L. B. Sohn, «Settlement of Disputes relating to the Interpretation and Application of Treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 150, 1976, p. 271). On pourrait, semble-t-il, soutenir que l'association de ces deux éléments constitue une formule consacrée désignant en général de manière succincte tous les différends relatifs aux droits et obligations découlant de l'ensemble du traité principal (voir la terminologie em-

ployée dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów, C.P.J.I. série A n° 9, p. 24*). Avec tout le respect que je dois à ceux qui sont d'un avis opposé, il n'est pas convenable d'adopter une position qui viserait à éluder cette conclusion en disséquant l'expression en question, en s'appesantissant séparément sur chacun de ses éléments, et ensuite en les interprétant comme s'ils ne faisaient pas partie d'une seule et même formule dont la portée découle bien de ses éléments constitutifs mais n'est pas coextensive à leur somme¹.

Trop dire va à l'encontre d'une attitude de prudence et de circonspection que des considérations de poids et de solidité ont depuis longtemps fait adopter par une cour située à la place qu'occupe celle-ci. Il me semble que l'interprétation proposée ci-dessus n'aille pas au-delà des limites d'une appréciation raisonnablement prudente, d'après le contexte, de l'objectif de la clause en question. Mais même si pour une raison quelconque elle devait être jugée comme allant, de façon inacceptable, au-delà du texte sur lequel elle se fonde, je continue de penser que la thèse opposée dépasse clairement sa portée, sans pouvoir, comme le fait la deuxième thèse, traiter toutes les questions qui doivent être examinées pour que cette thèse, à supposer qu'elle soit exacte, justifie entièrement une éventuelle réponse négative à la question de l'Assemblée générale.

Cela tient au fait que l'argument vise uniquement la situation qui se créerait à partir du moment où le bureau de la mission d'observation de l'OLP serait définitivement fermé. C'est seulement par rapport à cette situation que l'on peut dire qu'il n'y a pas de différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis au sujet de l'interprétation de l'accord, tous deux reconnaissant qu'il y aura violation de l'accord si cette éventualité se réalise. Mais l'argumentation du Secrétaire général touche à une question supplémentaire sur laquelle il est clair que les deux parties intéressées sont en désaccord relativement à l'interprétation de l'accord de siège.

Cette question supplémentaire concerne le point de savoir si, même au cas où il n'y a pas en fin de compte fermeture de ce bureau, il y a actuellement violation de l'accord en raison d'une menace d'intervention constituée par la promulgation même de la loi le 22 décembre 1987, que celle-ci soit considérée en elle-même ou qu'il s'y ajoute son entrée en vigueur le 21 mars 1988, la directive de l'*Attorney General* du 11 mars 1988 concernant la fermeture du bureau (publiée avant même l'entrée en vigueur de la loi et désignée sous le nom d'« ordre » dans l'exposé écrit présenté à la Cour par les Etats-Unis), et, comme conséquence, l'introduction le 22 mars 1988 d'une instance pour obtenir cette fermeture et le fait que l'affaire demeure pendante depuis lors. Il peut raisonnablement se déduire des documents produits devant la Cour (et de la procédure orale)

¹ Le problème en question devrait être bien connu dans toutes les juridictions. J. Stamp l'a examiné dans l'affaire *Bourne c. Norwich Crematorium*, 1967, 2 *All England Reports*, p. 576.

que le Secrétaire général considère que la question se pose de savoir si ces circonstances sont elles-mêmes incompatibles avec l'accord, à savoir s'il y a violation d'un droit implicitement conféré par l'accord à l'Organisation des Nations Unies garantissant à ses invités à titre permanent de pouvoir poursuivre leurs activités dans les bureaux qu'ils possèdent sans tracasserie ni gêne inutile. Il ressort clairement aussi du dossier que les Etats-Unis n'admettent pas qu'il y ait actuellement violation de l'accord, puisqu'ils ont constamment soutenu qu'il ne saurait y avoir de violation tant que cette loi n'est pas matériellement exécutée, si elle l'est jamais, par la fermeture effective du bureau de la mission d'observation de l'OLP. Il semble évident que cette nette divergence de vues entraîne inévitablement l'existence d'un différend concernant l'interprétation de l'accord.

J'en termine là sur la question de savoir si le différend porte sur l'« interprétation » de l'accord. Abordons maintenant brièvement la question de savoir si le différend concerne l'« application » de l'accord.

Il ne pouvait y avoir aucun doute que la fermeture du bureau de la mission d'observation de l'OLP poserait effectivement la question de l'application de l'accord. Quant à savoir si les circonstances présentes soulèvent une telle question, la situation actuelle est qu'il est permis en fait à ce bureau de demeurer ouvert, mais que, selon le Secrétaire général, une menace d'intervention pèse sur lui liée à la promulgation et à l'application de la loi. Il semble évident que la position que prend ainsi le Secrétaire général soulève effectivement la question de savoir si l'application de l'accord est affectée par l'existence alléguée de cette menace d'intervention.

Une préoccupation entre pour une part importante dans la position des Etats-Unis, celle de savoir s'il y a déjà eu violation effective de ses obligations en vertu de l'accord et si, en l'absence d'une telle violation, il pourrait exister un différend quelconque concernant l'interprétation ou l'application de l'accord. Comme la Cour l'a fait observer, elle outrepasserait sa compétence si elle abordait la question de savoir si une violation effective a eu lieu, car il s'agit là d'une question réservée au tribunal arbitral, au cas où la Cour répondrait affirmativement à la question préliminaire de l'existence d'un différend. En outre, s'il est exact de dire qu'en l'absence de violation effective il ne peut y avoir de différend, cela conduit inévitablement la Cour à établir s'il y a eu violation effective avant de pouvoir conclure sur le point de savoir s'il y a un différend sur l'existence éventuelle d'une telle violation. Ainsi, le problème de fond serait tranché avant les questions préliminaires.

Il est clair que la procédure de règlement des différends énoncée à la section 21 de l'accord s'applique aux différends résultant de plaintes relatives à une violation effective de l'accord, mais il est également clair qu'elle ne se limite pas à ces seuls cas. Elle couvre aussi des différends résultant de l'opposition d'une partie à une façon d'agir adoptée par l'autre partie, ou à une menace par celle-ci d'agir, en vue d'un résultat qui, selon la demanderesse, serait une violation de l'accord. D'après l'opinion du Secrétaire général, comme je l'interprète, cette façon ou menace d'agir

a été représentée par la promulgation de la loi de 1987 contre le terrorisme, cette dernière ayant été en fait approuvée par le chef d'Etat du pays hôte, dont le devoir reconnu est d'appliquer les lois de l'Etat. Faute d'assurances qu'il n'en est pas ainsi (assurances qui ont été demandées mais jamais données), le Secrétaire général était en droit de présumer que le Président, par ses agents qualifiés, s'acquitterait de ce devoir avec des conséquences qui, de l'avis du Secrétaire général, seraient contraires à l'accord. Ce conflit tant d'opinions que d'intérêts donnerait naissance à un différend selon la jurisprudence établie en la matière, qu'il y ait déjà eu ou non violation effective de l'accord par la fermeture forcée de la mission.

Le contexte de l'accord ne relie pas la notion de différend à celle de violation effective. L'existence d'un différend n'a pas pour condition préalable que l'une des parties allègue que l'autre partie aurait effectivement violé une obligation que lui impose l'accord. En outre, les différends relatifs à l'application de l'accord comprennent les différends concernant son applicabilité (voir l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, C.P.J.I. série A n° 9, p. 20).

Toutefois, si cette thèse est inexacte, avec la conséquence qu'une plainte faisant état d'une violation effective est requise, il faut alors noter que, d'après le dossier, c'est interpréter assez clairement la position du Secrétaire général que d'y voir contenue une plainte alléguant que l'Etat hôte est en train de violer ses obligations en vertu de l'accord de siège du fait de la promulgation de la loi, prise soit séparément, soit cumulativement, avec les mesures ultérieures qui en ont découlé. Une telle plainte peut être contestée, mais elle ne peut être considérée comme insoutenable au point de ne pouvoir donner naissance à un différend proprement dit (voir l'affaire des *Essais nucléaires*, C.I.J. Recueil 1974, opinion dissidente de M. Barwick, p. 430).

L'attitude générale adoptée ci-dessus semblerait renforcée par trois considérations. Premièrement, il ne paraît pas y avoir de précédent dans la jurisprudence de la Cour ou de sa devancière qui imposerait une interprétation trop étroite concernant la portée des dispositions relatives au règlement des différends (voir notamment l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, C.P.J.I série A n° 5, p. 47-48; l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, C.P.J.I. série A n° 9, p. 20-25; l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, C.I.J. Recueil 1950, p. 75; l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, C.I.J. Recueil 1972, p. 106-107, 125-126 et 147). La jurisprudence arbitrale rejette de même la thèse que « dans la mesure où les traités d'arbitrage ont pour effet d'attribuer une compétence à une autorité internationale, ils sont à interpréter de manière restrictive » (Stephen M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, 1987, p. 149, note 12, citant *Interpretation of Article 181 of the Treaty of Neuilly (The Forests of Central Rhodope)*, Preliminary Question, 1931, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, p. 1391, 1403).

Deuxièmement, il y a la signification large et extensible du mot « concer-

ning» (« au sujet de », dans le texte français) tel qu'il apparaît dans l'expression « concerning the interpretation or application » (« au sujet de l'interprétation ou de l'application ») de l'accord de siège. Le mot « concern » est défini dans le *West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages*, 1985, volume 1, page 300, comme signifiant : « To pertain, relate, or belong to; to be of interest or importance to; to involve; to affect the interest of » (se rattacher, se rapporter, ou appartenir à; présenter de l'intérêt ou de l'importance pour, toucher; affecter l'intérêt de). Ce dictionnaire cite à l'appui l'affaire *People c. Photocolor Corporation* (156 Misc. 47, 281 N.T.S. 130). Se référant à la même affaire, le *Black's Law Dictionary*, 5^e édition, 1979, page 262, donne à peu près la même définition mais ajoute : « have connection with; to have reference to . . . » (être relié à; se référer à...). Voir aussi le *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e édition, volume 1, page 389, et le *Webster's Third New International Dictionary*, 1986, page 470. Et comparer avec la position assez voisine prise par M. Schwebel sur l'interprétation des mots « relating to » (« concernant ») dans l'affaire *Yakimetz (C.I.J. Recueil 1987, p. 113-114)*, où il a déclaré :

« Les termes de l'article 11 du statut du Tribunal [administratif des Nations Unies], de même que les travaux préparatoires, montrent clairement qu'une erreur de droit « concernant » (*relating to*) les dispositions de la Charte des Nations Unies ne doit pas mettre ouvertement et directement en cause une disposition de la Charte. Il suffit que l'erreur soit « en relation avec » la Charte, qu'elle s'y « rapporte » ou s'y « rattache. »

A mon avis, cette manière de voir contient des éléments utiles en l'espèce.

Une troisième considération qui va dans le même sens découle du principe d'interprétation que prescrit la section 27 de l'accord, laquelle stipule que cet

« accord sera interprété à la lumière de son but fondamental, qui est de permettre à l'Organisation des Nations Unies de pleinement et efficacement exercer ses fonctions et d'atteindre ses buts au siège de son activité aux Etats-Unis d'Amérique ».

Une interprétation qui ne laisse en fait à l'Organisation des Nations Unies aucun recours juridique dans les circonstances en question n'est guère compatible avec ce principe d'interprétation conventionnel (voir la situation analogue dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów, C.P.J.I. série A n° 9, p. 24-25*). Les arguments qui se fondent sur des affaires où les parties ont décidé de propos délibéré de laisser des échappatoires pour disposer de faux-fuyants commodes dans leurs dispositions conventionnelles sembleraient hors de propos dans le contexte particulier que nous examinons.

Certes la Cour devrait toujours s'assurer qu'elle est bien habilitée à agir. Il convient toutefois aussi que la Cour soit consciente du risque qu'il y a à vouloir s'assurer de ses pouvoirs au point de trouver astucieusement des raisons subtiles pour ne pas exercer ceux dont on est fondé à penser

qu'on les possède. La Cour a eu raison d'éviter un tel risque dans cette affaire.

Ayant examiné aussi bien qu'il m'était possible ce que, faute d'une assistance du pays hôte, j'ai pu déduire du dossier quant à ce qu'est, ou pourrait être, sa position, ainsi que celle de l'Organisation des Nations Unies, je ne peux que conclure en souscrivant à la décision prise.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.
