

Non-Corrigé
Uncorrected



Traduction
Translation

CR 98/16 (traduction)*

CR 98/16 (translation)*

Mardi 8 décembre 1998

Tuesday 8 December 1998

*Nouveau tirage pour raisons techniques.

* Reissued for technical reasons.

008

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Je donne la parole

Mr. LEANZA:

Mr. President, Members of the Court,

It is a great honour for me, on behalf of the Italian Government, to submit to you some key considerations on the problem which constitutes the subject of these proceedings.

The proceedings stem from a difference between the United Nations and the Government of Malaysia concerning the applicability of the rules of immunity from legal process to Mr. Dato' Param Cumaraswamy, Special Rapporteur of the United Nations Commission on Human Rights on the independence of judges and lawyers; a difference to be settled under the terms of Section 30 (Art. VIII) of the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (hereinafter General Convention).

The Italian Government is interested in this difference and its settlement, because it is aware that only an organically functioning international order can ensure peaceful development of inter-State relations.

This is the purpose of the United Nations, which aims at encouraging the emergence and consolidation of the conditions through which justice and respect for the obligations derived from treaties and other sources of international law can be safeguarded.

Contemporary international law no longer merely places obligations on States with regard to the conduct of their mutual relations, but also requires them to bring their national legal systems into line with common standards which ensure full observance of human rights and fundamental freedoms. The moral and legal force of all these requirements takes on particular significance in view of the fact that on 10 December 1998 we shall be celebrating the fiftieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights.

009

Being aware of its responsibilities in regard to the achievement of these aims, the Italian Government felt duty-bound to take part in these proceedings and to submit written observations before the prescribed time-limit of 7 October, and it wishes now to make its oral statement.

Mr. President, Members of the Court,

1. Decision 297 adopted by consensus on 5 August 1998 by the Economic and Social Council asked this honourable Court to examine two separate legal questions: first, whether Article VI, Section 22, of the General Convention is applicable to the case of Mr. Cumaraswamy, the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the independence of judges and lawyers; secondly, what legal obligations are imposed on Malaysia if the response to the first question is in the affirmative.

The first question covers numerous aspects reflected in a corresponding range of legal problems which need to be properly addressed if a satisfactory response is to be found. First and foremost, it is necessary to establish whether the relationship between the Special Rapporteur and the United Nations, as defined by the tasks entrusted to him as Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, is such as to confer immunity on him or to entitle him to the immunities provided for in the General Convention.

We know that the Convention identifies three separate legal situations in which immunities are granted in different ways and to differing degrees. The first concerns the representatives of member States to the principal or subsidiary organs of the United Nations or to conferences convened by the United Nations. The immunities of the representatives of States are specified in Article IV of the Convention, Sections 11 to 16. It should be pointed out that Section 15 lays down a restriction which has no parallel in the other legal situations conferring immunity, in so far as it precludes the applicability of the relevant provisions to relations between the representative of a member State and the authorities of the State of which he is a national or which appointed him as its representative. It is noteworthy that, since Mr. Cumaraswamy is of Malaysian nationality, in this case he invokes immunity not in his capacity as a representative of Malaysia, but — as mentioned above — as Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, that is to say by virtue of a specific mission entrusted to him not for reasons having to do with his nationality but on account of his personal skills and knowledge, which made him especially well qualified to report on the independence of judges and lawyers. This shows that the status of a Special Rapporteur is not in the least comparable to that of the representative of a State, of Malaysia in this case.

Consequently, the restrictions laid down in the above-mentioned Section 15 are not applicable to him.

The second situation which confers immunity under the General Convention is that of officials of the United Nations. In this matter, and particularly with regard to the extension of privileges and immunities of United Nations officials, the relevant provision is Article V of the General Convention, Sections 17 to 21. It is obviously not in this capacity that Mr. Kumaraswamy may be considered to enjoy immunity: as previously mentioned, the relevant fact in this case is that he was given an *ad hoc* mission to prepare a report for the Commission on Human Rights.

The third situation conferring immunity is that of experts other than officials entrusted with missions by the Organization, concerning whom the applicable provision is Section 22 (Art. VI of the General Convention), which was expressly mentioned in the request for opinion addressed by the Economic and Social Council to this honourable Court. In this connection, it is impossible to overlook the important precedent set by the Advisory Opinion of 15 December 1989 in the *Mazilu* case (*I.C.J. Reports 1989*, pp. 176 *et seq.*). In that Opinion, the Court expressly stated that Section 22 of the General Convention:

"is applicable to persons (other than United Nations officials) to whom a mission has been entrusted by the Organization and who are therefore entitled to enjoy the privileges and immunities provided for in this Section with a view to the independent exercise of their functions" (para. 52).

011 The Court interpreted the concept of mission with philological precision, emphasizing that the scope of the term is broader than that attributed to it in common parlance, and affirming in particular that it included the concept of research mission (para. 55); consequently, persons carrying out research independently for the United Nations "must be regarded as experts on missions within the meaning of Section 22".

There is no doubt that for the above-mentioned reasons, and bearing in mind the terms of his mandate, Mr. Kumaraswamy must be regarded as an expert on mission for the United Nations, and he is therefore entitled, at least in principle, to enjoy the privileges and immunities listed in subparagraphs (a) to (f) of Section 22.

Mr. President, Members of the Court,

2. In the light of the last-mentioned provisions, it is therefore necessary to ascertain the objective scope of the said immunity, i.e., to establish whether the facts which gave rise to the internal proceedings completed or under way in the Malaysian courts against Mr. Cumaraswamy should be considered to be covered by immunity. We would recall in particular, for the purposes of the response to be given to the problem we have just described, that the wording of subparagraph (b) of the above-mentioned Section 22, in providing that acts done by experts in the course of the performance of their mission are covered by immunity, expressly includes within the scope of such acts, words spoken or written by the experts concerned. It must therefore be concluded that immunity extends to all words written or spoken by an expert on mission to describe factual circumstances or to express findings or opinions functionally linked to the mission entrusted to him by the Organization.

012

In the case under consideration, immunity is eminently justified by the need for the expert to carry out the research mission entrusted to him by the Organization independently and secure from interference by the authorities of any member State of the Organization. It is therefore in terms of the satisfaction of this requirement that we should determine whether or not the words spoken or written by the expert are covered by immunity, taking into account the fact that Malaysia made no reservation when it acceded to the General Convention.

In fact, the accusation against the Special Rapporteur concerns in substance the content of an interview in which he expressed certain views reflecting serious doubts as to the impartiality of the Malaysian judicial system. The statements he made to the press were subsequently publicized in an article in the magazine *International Commercial Litigation*, under the title "Malaysian Justice on Trial". The statements made by the Special Rapporteur undeniably contained criticisms of considerable gravity against the Malaysian judicial system. It is also true, however, that the mission entrusted to Mr. Cumaraswamy was precisely to investigate and report to the Commission on Human Rights on the state of the judicial system in the various countries concerned by the research, including Malaysia.

For these reasons, therefore, it must be concluded that the statements made and publicized through the media are acts directly linked to the performance of the mission entrusted to the Special Rapporteur, or even acts in fulfilment of that mission.

Nor can the Special Rapporteur's conduct be considered blameworthy from the standpoint of the means of disclosure employed. Admittedly, it cannot be claimed that giving interviews or publishing the data obtained or findings through channels other than those specific to the Organization was one of the tasks expressly entrusted to Mr. Cumaraswamy by the Commission on Human Rights. However, as the Organization would in any case have published the results obtained and the findings of the Special Rapporteur, their possible early disclosure can hardly be considered incompatible with the purposes of the mission entrusted to him. Indeed, if it is considered that the objective result of such disclosure is undeniably to make the States concerned aware of human rights violations that have occurred on their territory, the inevitable conclusion must be that it constitutes for the expert an acceptable and entirely lawful means of performing his mission, albeit one not expressly authorized in advance by the Organization.

013

There can, moreover, be no doubt as to the official character of the actions complained of: Mr. Cumaraswamy was interviewed in his capacity as Special Rapporteur of the Commission on Human Rights and it was in this capacity that, in the course of the interview, he made his comments on the inquiry with which he had been entrusted. It is also clear that Mr. Cumaraswamy, in giving the interview and consenting to its publication in a magazine, was not prompted by improper motives: the principal — and doubtless sole — reason for his action was to carry out the mission entrusted to him by disclosing and disseminating as widely as possible the information gathered by him and the conclusions that he had drawn from that information.

Mr. President, Members of the Court,

3. There is a further aspect of the question which we now need to consider in detail, namely the powers of the Secretary-General of the United Nations with regard to the determination and fixing of precise limits on the immunity of experts. It is clear from the terms of the decision whereby this Court was asked to give the opinion which constitutes the purpose of these proceedings that this question is of prime importance. In that decision the Economic and Social

Council stressed that the answer to the question of the applicability of Article VI, Section 22, of the General Convention to the case of Mr. Cumaraswamy must take into account the circumstances set out in paragraphs 1 to 15 of the note by the Secretary-General (E/1998/94). It should further be noted that, in paragraphs 16 and 17 of that note the Secretary-General states that his determinations are binding on United Nations member States.

The Secretary-General's power to make determinations binding on member States is founded on Section 23 of Article VI of the General Convention, which assigns to him the authority — and indeed the duty — to waive the immunity of any expert in any case where "in his opinion, the immunity would impede the course of justice and it can be waived without prejudice to the interests of the United Nations". This provision undoubtedly accords the Secretary-General a substantial role, but the argument that the negative power to waive immunity entails and presupposes a positive power to determine the applicability of the provisions governing immunity to each individual case, with binding effect on States, seems somewhat forced in terms of logic.

In reality, the provision referred to simply defines the right of immunity as a right exercisable by the United Nations, subject to waiver by the Secretary-General. On the other hand, if the Secretary-General decides not to waive the expert's immunity, this has no binding effect on the State concerned: it represents the point of view of the United Nations on the applicability of immunity in a specific case, a view which may well not be shared by the State in question.

Nonetheless, it must be recognized that, in a matter as delicate as immunity, decisions of the Secretary-General of the United Nations do carry special weight. It should be borne in mind that, in order to give a reply to the question whether or not immunity is applicable, it may often first be necessary to determine the manner in which experts can or should most appropriately carry out their duties, and that this determination can be made only by organs of the United Nations. It follows, therefore, that the Secretary-General's action could be challenged by the authorities of the State concerned only if it was in clear contradiction with the letter and spirit of the provision conferring immunity, or in the possible — albeit highly unlikely — event that the statements in question were made maliciously or in bad faith.

015

However, if a difference of opinion persists, as in the present case, it can be settled only in accordance with Section 30 of Article VIII of the General Convention, to which Decision 297 of the Economic and Social Council expressly refers. This is a supplemental provision which, being applicable only where no other method of settlement has been found, gives the International Court of Justice power to issue an advisory opinion "on any legal question involved". "The opinion given by the Court" pursuant to Section 30 "shall be accepted as decisive by the parties". The final act in the procedure — the "opinion" — is thus accorded a function and effect different from those typical of such an instrument, since, like a judgment or an arbitral award, it settles the dispute and is binding on the parties to the proceedings. Indeed, it would appear that the term "opinion" — meaning the specific instrument securing the co-operation of the supreme judicial organ of the United Nations, and designed to ensure that international relations, in their administrative aspects, are conducted in a lawful and orderly manner — was used in Section 30 precisely because one of the parties to the difference to be settled by this means is the United Nations. There is thus a connection — at least an indirect one — with the exercise of an international administrative function.

Mr. President, Members of the Court,

4. It remains for us to examine the second question: that concerning the specific obligations on Malaysia in the event that — as we would wish — this Court finds that the circumstances and actions which gave rise to the difference are covered by immunity.

In this connection, we would begin by recalling that the obligation on Malaysia to give full and specific effect to the provisions of the General Convention cannot be subject to any exemption by reason of the fact that Malaysia is the State of which Mr. Cumaraswamy is a national. Thus, contrary to the position in this regard under Section 15 of Article IV of the General Convention, which, as you will recall, concerns the representatives of member States, the immunities enjoyed by officials and experts on mission on behalf of the United Nations must be applied to all member States. It is indeed to those States to which individuals entrusted with a mission are linked by some special relationship such as nationality, or temporary or permanent residence, that the rule of immunity is primarily addressed, for it is precisely those States which are most frequently required

to ensure that the official or expert is able to carry out the tasks with which he has been charged by the United Nations in full freedom and independence.

016 Moreover, the rule on immunity, or rather the general principles which may be drawn from the Convention and from the working of the institution within the framework of general international law, imposes limits on Malaysia's freedom of action even before the International Court of Justice has given its opinion on the matter. In particular, the mere fact that the individual concerned claimed immunity and that the Secretary-General of the United Nations adopted a decision addressed to Malaysia in which he invoked that immunity and declared that it was relevant to the facts adduced before the judicial organs of that country has important consequences. Thus we are bound to recognize that, once such a decision has been adopted, both the government and the judicial authorities of the State where the issue of immunity has been raised are nonetheless obliged to give immediate and careful consideration to the delicate problems of immunity, and they must take due account of the weight to be accorded to the determination made in this regard by the Secretary-General of the United Nations.

It would be going too far to say that this imposes a legal duty on the courts of the State where the issue of immunity has been raised to stay all proceedings until the issue of immunity has been settled at the international level. But, at the very least, it is to be expected that those courts would display caution by avoiding hasty decisions which might entail responsibility on the part of that State.

If the Court finds that the provisions of the General Convention governing immunity are applicable to the *Cumaraswamy* case, both the Malaysian Government and its courts will be bound by the consequences flowing from that finding, including the fact that the United Nations will have a claim to reparation for the wrong suffered, both directly and in the person of its expert. It is clear from the Advisory Opinion in the *Bernadotte* case, given by this Court on 11 April 1949 (*I.C.J. Reports 1949*, pp. 174 ff.), that such reparation includes all costs, expenses or damages incurred by the United Nations itself — and by Mr. Cumaraswamy of course — arising out of the facts of the case.

017

We have to recognize that proper implementation of certain aspects of the obligation to respect the immunities of United Nations experts, as we have explained them, could encounter substantial difficulties in relation to the constitutional system of the individual States bound by that obligation. We refer in particular to the requirement that some formal step may have to be taken — in the form of a judgment rejecting the compensation claim (irrespective of which party initiated it) and discharging the defendant — to close all civil and criminal proceedings instituted against the individual entitled to immunity, or, if such proceedings have already been terminated, to prevent the enforcement of any orders made against the official or expert of the United Nations.

From this perspective it is clear that, in a State where the organs of the judiciary enjoy complete independence in relation to the executive power, the government of the State concerned cannot halt the activities of the courts. The courts could even render a final judgment against the defendant, enforcement of which could be blocked only by recourse to exceptional judicial remedies, if these existed; in other cases the executive might be able to prevent any breach of international law by compensating directly or indirectly the individual entitled to immunity. It must, however, be stated as clearly and decisively as possible that such difficulties cannot — indeed can never — justify any failure on the part of Malaysia to comply with its obligations.

Mr. President, Members of the Court,

5. In accordance with the considerations presented and the arguments submitted, the Italian Government asks this honourable Court:

I. to find that the provisions of the General Convention are applicable to this case, and in particular:

(a) to declare that Mr. Cumaraswamy, as an expert on mission for the United Nations, is entitled to the immunity provided for in Section 22 of Article VI of the General Convention;

018

(b) and to decide that the facts which gave rise to this case are covered by subparagraph (b) of Section 22 of the said Article of the Convention;

II. to declare that Malaysia is liable to make reparation for all costs, expenses and damages suffered by the United Nations, both directly and in the person of Mr. Cumaraswamy.

The conclusions that we have reached appear to us to be certain and inevitable: they derive, as can be clearly seen, from a correct interpretation of the provisions governing immunity. Any State finding itself in a position where it challenges, either wrongly or without proper justification, the immunity of a United Nations expert must accordingly expect to find that challenge turned against it, if it has failed to comply in a full and proper manner with the obligations laid down in the General Convention.

Mr. President, Members of the Court, I thank you for your kind attention.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur l'ambassadeur. Je donne la parole au *Solicitor General* de Malaisie, Dato' Heliliah Yusof.

DATO' HELILIAH YUSOF : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour,

1. J'ai l'honneur de représenter le Gouvernement de la Malaisie dans la présente procédure orale relative à la requête pour avis consultatif présentée par le Conseil économique et social. Je suis accompagnée de mon éminent ami, sir Elihu Lauterpacht, Q.C.

2. D'emblée, je tiens à souligner que la Malaisie ne participe pas à cette procédure de mauvaise grâce ou avec réticence. La Malaisie se félicite de cette occasion qui lui est donnée de venir devant la Cour exposer publiquement, et tout particulièrement à l'intention des autres parties à la convention générale de 1946 sur les privilèges et immunités, son interprétation de la section 22 de cette convention dans le cadre de la question posée à la Cour, telle que la comprend la Malaisie.

019

3. La Malaisie est entièrement en faveur du système de protection des droits de l'homme auquel l'Organisation des Nations Unies a tant contribué, et si utilement depuis un demi-siècle. Toutefois la Malaisie regrette vivement que la position qu'elle a adoptée en la présente affaire ait été publiquement vilipendée comme menaçant cet édifice. Elle regrette beaucoup que sa thèse ait été présentée par les critiques comme équivalant à un refus sans nuance de reconnaître les immunités des rapporteurs des droits de l'homme. Telle n'est pas la position de la Malaisie. Les rapporteurs ne bénéficient pas d'une immunité personnelle absolue. Leur immunité fonctionnelle a des limites que tous les Etats acceptent et revendiquent. Cette immunité est limitée aux actes accomplis par les rapporteurs, y compris leurs paroles et écrits, «au cours de leurs missions». C'est

pour cette seule raison que le certificat du ministre des affaires étrangères de Malaisie a été rédigé comme il l'a été. Tout ce qu'il entendait signifier était que l'immunité est fonctionnelle, et qu'il appartenait au tribunal malaisien de décider si les paroles ou écrits [en cause] entraînent dans la mission du rapporteur spécial. La seule question qui se pose maintenant à la Cour est de savoir qui doit décider si les propos réputés diffamatoires ont été tenus, ou les écrits rédigés, au cours de la mission du rapporteur. La décision sur ce point ne concerne pas la portée de l'immunité sur le fond. Si ses propos ont été effectivement tenus au cours de la mission du rapporteur, celui-ci a droit, et continuera d'avoir droit, à l'immunité à leur égard.

4. Je ferai respectueusement remarquer que le Secrétaire général exagère quelque peu en affirmant que «ce qui est en jeu dans cette affaire, ce n'est pas seulement les intérêts et l'indépendance du rapporteur spécial mais ceux de tout le système de protection des droits de l'homme de l'ONU». Ce n'est certainement pas ce qui est en jeu, car cela reviendrait à affirmer que le système peut fonctionner sans qu'il soit tenu compte du droit de ceux qui sont accusés, à tort ou à raison, de s'être écartés quelque peu des normes existantes ou émergentes en matière de droits de l'homme de se faire entendre. Ce que réclame la Malaisie en la présente affaire, c'est la mise en œuvre correcte du régime de l'immunité, de manière à ce que le respect du droit soit assuré à l'égard de tous les intéressés.

020

5. Nous entendons bien, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, que le Secrétaire général se soucie de préserver et même de promouvoir comme il convient le système de protection des droits de l'homme de l'ONU. Et que cela inclut l'emploi de rapporteurs spéciaux chargés d'étudier des questions qui soulèvent des préoccupations à l'échelle internationale. Mais le bon fonctionnement du système des rapporteurs spéciaux n'exige pas que ceux-ci soient placés au-dessus des lois, voire en dehors de celles-ci. L'idée même qu'un rapporteur spécial jouisse de l'immunité de juridiction pour ses paroles ou écrits entrant dans l'exécution de sa mission lui impose, ainsi qu'à l'organisation qu'il représente, une responsabilité encore plus grande de veiller à ce que ses propos soient non seulement toujours exacts et empreints d'objectivité, mais reflètent aussi son intégrité et son absence de parti pris.

6. J'en viens maintenant à la portée de la question dont la Cour est saisie. Cela est nécessaire en raison de certaines contradictions que comportent les exposés présentés à la Cour par les gouvernements. Ce manque de cohérence peut avoir pour origine la manière dont la question a été abordée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et par le Conseil économique et social.

7. Dans la note du Secrétaire général au Conseil économique et social du 28 juillet 1998 (E/1998/94; pièce 59 du dossier), le Secrétaire général expose l'historique de l'affaire, en précisant très clairement aux paragraphes 16 et 17 que la question principale était l'acceptabilité du

«principe qu'il n'appartient qu'à lui [le Secrétaire général] [seul] de déterminer ... si un fonctionnaire de l'Organisation ou un expert en mission s'est exprimé oralement ou par écrit ou a accompli un acte «en [sa] qualité officielle» (s'agissant d'un fonctionnaire) ou «au cours de [sa] mission» (s'agissant d'un expert en mission)».

8. Cette manière d'aborder la question se reflétait dans le premier paragraphe du projet de question présenté à l'origine par le Secrétaire général au Conseil économique et social le 28 juillet 1998 : sous la seule réserve de la section 30 de la convention «le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a-t-il exclusivement autorité pour déterminer si lesdites paroles ont été prononcées au cours d'une mission pour l'Organisation, au sens de la section 22 b) de la convention ?» Le deuxième paragraphe du projet de question concerne les obligations qui incombent à une partie une fois que le Secrétaire général a pris sa décision. Mais abstraction faite du deuxième paragraphe, il était clairement entendu dans le premier projet de résolution que le principal objet de la question était de savoir si le Secrétaire général est seul compétent pour

0 2 1 déterminer de manière incontestable si lesdites paroles ont été prononcées au cours d'une mission.

9. Toutefois, le libellé de la question a été modifié entre le 28 juillet 1998 et son adoption finale le 7 août. Dans la version finale, il a été demandé à la Cour de donner

«un avis consultatif 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 Cumaraswamy ... en tenant compte des [circonstances exposées dans les] paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général, contenue dans le document E/1998/94, et sur les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce.»

La teneur de la question a été remaniée pour la limiter plus précisément aux circonstances de l'activité du rapporteur spécial. Cette limitation peut être assez importante dans la mesure où les procès intentés à M. Cumaraswamy relèvent du droit civil, et non pénal.

10. Le changement apporté au libellé entre l'avant-projet du 28 juillet et la requête du 7 août n'a été traité spécifiquement dans aucun des exposés présentés à la Cour. Pourtant, certains des Etats qui ont déposé des exposés semblent avoir considéré la requête du 7 août comme une invitation adressée à la Cour d'étudier la question plus largement que ne le prévoyait le texte du 28 juillet. Le premier texte disait clairement que l'affaire se limitait à la question de la compétence du Secrétaire général. Le texte modifié semble avoir été interprété par certains comme posant à la Cour la question de savoir si le Secrétaire général, en exerçant sa compétence supposée pour qualifier la conduite du rapporteur spécial, a déterminé à juste titre que celui-ci agissait dans le cadre de sa mission. Le malentendu découle probablement de l'emploi, dans ce dernier texte, du terme «applicabilité» dans l'expression «le point de droit concernant l'applicabilité de la section 22» et de l'adjonction du membre de phrase «en tenant compte des [circonstances exposées dans les] paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général, contenue dans le document E/1998/94».

11. Selon la Malaisie, la question ne va pas aussi loin. L'interprétation correcte du libellé du 7 août est que la première question se limite à l'étendue de la compétence du Secrétaire général. Elle ne va pas jusqu'à inviter la Cour à décider si, à supposer que le Secrétaire général ait eu compétence pour déterminer le caractère des actes du rapporteur spécial, il a à juste titre exercé celle-ci. La Malaisie observe que le terme utilisé était «*applicabilité*» et non pas «*application*». «*Applicabilité*» signifie «si la disposition est applicable à quelqu'un» et non pas «comment elle doit être appliquée».

12. La principale considération qui milite en faveur de cette thèse est que la compétence de la Cour pour donner l'avis consultatif qui lui est demandé découle de la section 30 de la convention générale. Cette section présuppose l'existence d'un «différend» entre l'Organisation des Nations Unies d'une part et un Etat Membre d'autre part. En fait, le préambule à la question évoque l'existence d'un différend entre l'Organisation et la Malaisie au sens de la section 30. Mais le seul différend qui ait surgi entre l'Organisation des Nations Unies et la Malaisie au sujet de l'immunité

du rapporteur spécial était défini dans le projet de question proposé par le Secrétaire général au Conseil économique et social : le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a-t-il le pouvoir exclusif de déterminer si les paroles en question ont été prononcées au cours de la mission de M. Kumaraswamy ? Cette question est la seule qui ait été préalablement discutée entre l'Organisation et la Malaisie. Par conséquent, l'Organisation ne pouvait redéfinir ni étendre unilatéralement la portée d'un différend déjà défini en reformulant le texte de la question en des termes plus larges. La principale raison pour laquelle un tel élargissement n'était pas admissible et par conséquent ne pouvait avoir lieu est que le «différend» entre l'Organisation et la Malaisie n'avait jamais été discuté en des termes ainsi étendus. Il ne serait pas non plus correct, me semble-t-il, que la Cour, dans l'exercice de sa compétence pour interpréter la question, donne elle-même à celle-ci une extension que ni le Secrétaire général ni le Conseil économique et social n'étaient en droit de lui donner et à laquelle la Malaisie n'aurait pas consenti.

13. C'est sur cette base que la Malaisie aborde la question dont est maintenant saisie la Cour. La Malaisie constate que la question posée à l'origine est celle que les exposés écrits du Secrétaire général, des Etats-Unis d'Amérique, de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume-Uni et de la Suède mettent au centre de l'affaire. 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. Pour le moment, la seule question est la suivante : qui décide si les actes du rapporteur spécial ont été accomplis ou non au cours de sa mission ?

14. Dans la mesure où certains des exposés écrits ont abordé l'examen de la question de fond, ils n'avaient aucune base valable pour ce faire. La question de savoir si les actes dont il s'agit ont été accomplis au cours de la mission du rapporteur est une deuxième question, qui peut seulement se poser après une décision tranchant la première, qui est de savoir qui peut déterminer le caractère de la conduite en cause. La deuxième question ne peut être examinée avant que la première n'ait été résolue; la question dont la Cour est maintenant saisie se limite à la première question.

15. En résumé, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, la thèse de la Malaisie est que la véritable portée de la question se limite au problème de principe que pose la

première question énoncée au paragraphe 21 de la note du Secrétaire général en date du 18 juillet 1998.

16. La délimitation de la question principale telle que je viens d'indiquer n'empêche pas d'examiner la teneur des obligations qui incombent à la Malaisie conformément à la section 34 de la convention de 1946. C'est toutefois l'une des questions dont traitera sir Elihu Lauterpacht.

17. La Malaisie voudrait *s'associer à l'affirmation d'un autre Etat Membre, selon laquelle les «dispositions de cette convention ont pour objet d'aboutir à un résultat donné»*. La Malaisie ne croit pas que la convention lui dicte ou lui prescrive comment elle doit s'acquitter de son obligation. Elle dispose déjà d'une législation qui remonte presque à l'époque où la convention générale est entrée en vigueur. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a toujours été au courant de l'existence de cette législation et a gardé le silence à son sujet. Nos obligations, comme le prévoit la section 34, doivent être mises en œuvre conformément à notre propre droit. Si l'on devait donner tort à la Malaisie sur ce point, il y aura lieu de reviser aussi la législation de bien d'autres parties à la convention, qui ont mis en œuvre les obligations qui leur incombent aux termes de la convention d'une manière similaire à celle de la Malaisie.

18. J'ai tenu, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, à bien montrer les limites étroites du problème dont la Cour est maintenant saisie. En même temps, en terminant cet exposé, je me sens obligée d'observer qu'au moins une partie de l'origine du problème actuel tient à l'état relativement peu développé des procédures et dispositifs que l'Organisation des Nations Unies utilise dans le zèle compréhensible et remarquable qu'elle apporte à trouver des moyens de veiller au respect des normes relatives aux droits de l'homme. La Malaisie ne s'est pas plainte du choix inattendu de l'un de ses ressortissants pour assumer les fonctions de rapporteur spécial. Et 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. Mais la Malaisie considère, par contre, qu'il semble y avoir fort peu d'indications, du moins de nature publique, données aux rapporteurs spéciaux sur les limites convenables à observer dans leurs commentaires sur les différents aspects des actes d'un gouvernement ou sur les moyens appropriés par lesquels ils diffusent ces commentaires. Il semble

qu'aucun code de conduite bien établi ne régit leurs pratiques et leurs procédures. Je le dis seulement pour indiquer que, s'il y en avait eu, les événements qui ont donné lieu à toute cette controverse auraient fort bien pu être évités; et, quelle que soit l'issue de cette affaire, je souhaiterais que l'on ne retarde pas davantage l'ouverture de débats à ce sujet.

19. Ainsi que je l'ai déjà exposé, la seule question qui soit soumise à la Cour est celle de savoir si le Secrétaire général possède le droit de déterminer exclusivement la qualité du comportement en question. Avant de terminer, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, permettez-moi de me référer aux diverses attestations délivrées par le Secrétaire général.

20. Abstraction faite de ce que la convention générale de 1946 ne donne pas au Secrétaire général de tels pouvoirs, ce dont sir Elihu Lauterpacht parlera dans un instant, il existe un facteur important qui concerne la teneur même des attestations du Secrétaire général, à savoir leur caractère impératif, dans leur forme aussi bien que dans leur teneur.

21. Peut-être la forme n'importe-t-elle pas, du moins en des termes autres que politiques, bien que le Gouvernement de la Malaisie se sente obligé de faire observer que lorsque le Secrétaire général adresse son attestation «à qui de droit», sachant que le destinataire prévu doit en être le Gouvernement de la Malaisie, qui devrait donc être dûment identifié en tant que tel, et à qui par conséquent l'attestation devrait être adressée directement et en termes appropriés — cela n'est pas conforme à la courtoisie des usages diplomatiques auxquels, dans d'autres contextes, le Gouvernement de la Malaisie est habitué.

025 22. Ce qui importe davantage, c'est le caractère impératif du contenu de l'attestation. Et cela importe en raison de son effet sur la force de persuasion de l'attestation, même si celle-ci n'a, en tout état de cause, aucune force exécutoire. Cet aspect compterait naturellement davantage encore si l'attestation était contraignante. L'attestation est impérative parce qu'elle ne motive pas sa conclusion. Elle se borne à reprendre les termes de la section 22 de la convention de 1946 et indique que le Secrétaire général a déterminé que les propos qui constituent le fondement des plaintes des demandeurs ont été tenus par le rapporteur spécial au cours de sa mission et que le Secrétaire général confirme «donc» l'immunité du rapporteur spécial. L'attestation ne comporte

aucun rappel des faits pertinents, et pas un mot de motivation ou de justification permettant d'établir la validité de sa conclusion.

23. Si une attestation aussi absolue dans sa teneur est juridiquement déterminante, alors le Secrétaire général serait en mesure d'attester que n'importe quel acte s'est produit au cours de la mission d'un expert. Certes, la Malaisie ne doute pas de la bonne foi du Secrétaire général, mais l'on pourrait s'interroger sur le bien-fondé de ses conclusions. Or, il n'est pas possible d'apprécier ces conclusions en l'absence de toute motivation satisfaisante de la conclusion à laquelle il est parvenu sur les faits de l'espèce. L'arbitraire est donc possible. Il n'est pas acceptable que cette possibilité soit permise.

24. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de l'occasion que vous m'avez donnée de prendre la parole devant vous. Je vous demande maintenant respectueusement, Monsieur le président, de bien vouloir inviter sir Elihu Lauterpacht à exposer la suite de l'argumentation de la Malaisie.

Le PRÉSIDENT : Je remercie Madame le Solicitor General et je donne la parole à sir Elihu Lauterpacht.

Sir Elihu LAUTERPACHT : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous demande de bien vouloir excuser mon enrrouement. Je préfère l'imputer à une affection respiratoire plutôt qu'à des causes gériatriques.

026

INTRODUCTION

1. J'ai de nouveau le privilège et le plaisir de me présenter devant vous, cette fois au nom du Gouvernement de la Malaisie.

2. Tous ceux qui sont ici présents doivent être reconnaissants aux représentants du Secrétaire général, du Costa Rica et de l'Italie pour la clarté de leurs exposés. Toutefois, je ferai observer, sans vouloir leur manquer de respect, que, dans l'ensemble, ils n'ont guère été au-delà de leurs exposés écrits. Pour ma part, je me devrai d'examiner au contraire la question de façon plus approfondie qu'il n'a été possible de le faire dans l'exposé écrit de la Malaisie. Les arguments que

je m'appête à présenter doivent donc être considérés comme la position actualisée du Gouvernement de la Malaisie. Pour des raisons qui deviendront bientôt claires, mon exposé sera nécessairement un peu plus long qu'on aurait pu s'y attendre. Je dois donc prier la Cour de faire preuve à mon égard d'une tolérance et d'une patience encore plus grandes que celles auxquelles elle nous a habitués. Je n'indiquerai pas de références au cours de mon exposé. Celles-ci seront incluses dans le texte remis au greffe et figureront au procès-verbal.

L'obligation juridique principale de la Malaisie

3. Avant d'exposer les grandes lignes de mon argumentation sur la question principale dont est saisie la Cour, j'estime utile d'examiner l'aspect principal de la seconde partie de la question qui lui est posée, à savoir, les obligations juridiques de la Malaisie. On comprendra ainsi d'emblée qu'une très faible distance sépare, d'un côté, le Secrétaire général et, de l'autre, non seulement la Malaisie, mais un très grand nombre de Membres des Nations Unies qui semblent partager la position de la Malaisie.

4. La Malaisie ne conteste pas l'assertion du Secrétaire général selon laquelle les parties sont tenues de veiller à ce que les dispositions de la section 22 de la convention générale de 1946 soient respectées dans tous les cas. Un Etat qui ne respecte pas ces dispositions enfreint la convention et la situation qui en résulte peut donner lieu à la saisine de la Cour ou à un autre mode de règlement conformément à la section 30. Bien entendu, il ne peut être prouvé qu'une partie a violé la convention tant que les voies de droit internes ouvertes par le régime judiciaire de cette partie n'ont pas été épuisées de la manière connue de la Cour. Nous convenons avec l'éminent conseil du Costa Rica que l'obligation est une obligation de résultat.

5. La Cour sait que, sur la question principale, la Malaisie est d'avis qu'il appartient aux tribunaux de la Malaisie d'apprécier le caractère de la conduite 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. Au cours de cette procédure préliminaire, l'attestation du Secrétaire général pourrait jouer un rôle. Ce rôle serait de communiquer au tribunal local des renseignements précis sur le caractère de l'activité à laquelle a participé l'expert. Naturellement, cette attestation ferait l'objet du plus grand respect.

Elle constituerait une source extrêmement probante pour établir les faits pertinents. Mais elle ne serait pas décisive en ce qui concerne la question de droit consistant à déterminer si la conduite en cause entraine dans le cadre de l'immunité fonctionnelle limitée accordée au fonctionnaire ou à l'expert.

LE PRESIDENT: Pourriez-vous parler un peu plus lentement, s'il vous plaît ?

Sir Elihu LAUTERPACHT: Je suis désolé, Monsieur le président, je suis conscient de la longueur de mon exposé et du peu de temps dont je dispose.

A dire vrai, dans le régime de droit actuellement en vigueur en Malaisie et dans de nombreux autres Etats Membres des Nations Unies, cette attestation *ne pourrait pas* être décisive.

6. La position de la Malaisie sur ce point est donc pratiquement identique à celles des Etats-Unis et du Royaume-Uni, telles qu'elles sont exprimées dans leurs exposés écrits relatifs à l'espèce.

7. Tant que l'attestation du Secrétaire général parvient au tribunal compétent et est prise en compte par celui-ci, la manière exacte dont cette attestation lui est transmise n'a pas une importance majeure. En l'espèce, le Secrétaire général a déploré que l'attestation communiquée au tribunal par l'exécutif du Gouvernement de la Malaisie ne mentionnait pas expressément la position du Secrétaire général. Selon la position de la Malaisie, cette mention n'était pas nécessaire. Il faut cependant rappeler que, malgré cela, deux des attestations du Secrétaire général et d'autres communications des Nations Unies sont parvenues au tribunal malaisien parce qu'elles étaient jointes à des déclarations sous serment déposées pour le compte du défendeur et que le tribunal en connaissait donc la teneur.¹

028

8. Une 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. Si l'immunité est accordée, l'affaire est close. Si l'immunité n'est pas reconnue, l'affaire suit son cours et est jugée sur le fond, à moins que le Secrétaire général ne décide d'introduire une requête pour avis

¹Voir les pièces 23, 18 et 22 du dossier auxquelles il est fait référence; pièces 30 et 29 également citées (communiquées au tribunal avant même que le Gouvernement de la Malaisie ne les ait reçues).

consultatif auprès de la Cour en vertu de la section 30 de la convention, et dans ce cas la procédure locale est également suspendue. Je tiens à souligner, Monsieur le président, que la décision relative à la question de savoir si le défendeur est protégé par l'immunité ne relève pas du pouvoir discrétionnaire des tribunaux locaux, comme on l'a laissé entendre dans un des exposés écrits, mais de l'application de la loi aux faits en cause. Si l'affaire est examinée sur le fond, le rapporteur spécial sera en mesure de défendre sa position en invoquant des moyens de nature à justifier sa conduite ou l'objectif de ses propos, si tel est bien le cas. On ne doit pas présumer que, si les tribunaux jugent que le rapporteur spécial ne jouit pas de l'immunité, il sera nécessairement tenu responsable à l'issue du procès intenté contre lui. C'est au tribunal qu'il appartient d'en décider.

9. Je tiens à dire quelques mots en passant sur le grief du Secrétaire général, qui soutient que le certificat du ministre des affaires étrangères de la Malaisie était en quelque sorte affecté d'un vice parce qu'il introduisait le mot «seulement» avant le membre de phrase «en ce qui concerne les actes accomplis par lui au cours de sa mission (y compris ses paroles et ses écrits)»². Ce grief, je le dis avec le plus grand respect, semble tout à fait dénué de pertinence. Comment le mot «seulement» pourrait-il changer ou restreindre la portée de l'immunité en question ? Si ce mot était absent, le tribunal aurait-il pu accorder l'immunité à l'égard de faits qui ne se seraient pas produits au cours de la mission du rapporteur spécial ?

0 2 9

10. Pour résumer, en ce qui concerne la question de la principale obligation juridique de la Malaisie, la Malaisie conclut donc que la situation est, de manière générale, très simple : l'attestation du Secrétaire général joue un rôle important, et même essentiel, dans cette affaire, mais ce rôle n'est pas décisif. Il doit servir à exposer les faits par lesquels le Secrétaire général étaye ses conclusions sur la nature de la mission et la manière dont l'activité qui a donné lieu à la procédure peut être décrite comme ayant été menée au cours de la mission. De tels éléments de preuve auront nécessairement un grand poids. Si aucune preuve contraire n'est présentée, ils seront fort probablement déterminants. Mais s'ils le sont, ce sera en vertu de leur valeur en tant que

²Voir pièce 31.

preuve, et non en vertu de quelque règle de droit qui attribue un effet déterminant à une simple affirmation du Secrétaire général.

11. Ces observations liminaires étant faites, je passe maintenant à mon argumentation relative à la première partie de la question, soit l'applicabilité de la section 22 au cas de Dato' Param Cumaraswamy. Je suppose, Monsieur le président, que la Cour a reçu copie de cet exposé et que mes amis qui participent à l'affaire en ont également reçu des exemplaires. Je reviendrai à la fin de mon argumentation sur quelques derniers aspects des obligations de la Malaisie.

12. La partie principale de la question concerne le point abordé par le Secrétaire général, à savoir : doit-on admettre comme principe que la décision du Secrétaire général, lorsqu'il détermine, caractérise, qualifie ou certifie — j'emploierai ces termes comme s'ils étaient pratiquement synonymes — la nature d'une conduite, est concluante pour décider en droit si cette conduite est couverte par l'immunité de l'expert ? Je propose en premier lieu de situer la question de l'immunité des fonctionnaires et experts des Nations Unies dans la perspective du traitement général qui est accordé en droit international à l'ensemble de la question de l'immunité de juridiction. Je m'efforcerai de démontrer que le droit à l'immunité de juridiction devant les tribunaux nationaux a toujours été accordé par ces tribunaux et non par l'Etat ou l'autorité qui bénéficie de cette immunité. Il sera démontré par la même occasion qu'accorder aux tribunaux nationaux le droit de qualifier la nature de la conduite en cause ne constitue pas une négation totale de l'immunité. Il n'a d'ailleurs jamais été prétendu, dans ce cadre plus large, que tel était le cas, sauf dans la présente instance au nom du Secrétaire général.

13. Je soulignerai en second lieu qu'il n'y a qu'une catégorie d'exceptions à la présente situation, et c'est lorsque, est insérée dans un traité une disposition particulière qui confère expressément à l'Etat d'envoi ou à ses autorités le droit de qualifier ou de caractériser la conduite pour laquelle l'immunité est revendiquée.

14. En troisième lieu, je soutiendrai que l'attribution de l'immunité aux organisations internationales n'est rien de plus que l'étape la plus récente de toute l'histoire du système international de l'immunité. La convention générale sur les privilèges et immunités de 1946 n'est qu'un exemple parmi d'autres de cette évolution, bien qu'elle en soit certes la plus connue. La

convention crée une distinction entre, d'une part, l'immunité personnelle absolue et, d'autre part, l'immunité fonctionnelle. Le concept même d'immunité fonctionnelle ou limitée comporte nécessairement la reconnaissance du fait que quelqu'un doit décider si la conduite pour laquelle l'immunité est revendiquée entre dans le cadre de l'immunité. La convention générale ne dit rien à ce sujet. La position de la convention est à cet égard impossible à distinguer de celle du droit international en ce qui concerne d'autres cas où l'immunité est restreinte ou circonscrite. Aucun débat public n'a été engagé entre les Nations Unies et les Etats intéressés sur un éventuel droit exceptionnel qu'aurait l'Organisation des Nations Unies de qualifier une conduite de façon unilatérale — droit qui n'existe nulle part ailleurs au sein du système de l'immunité, sauf en vertu de dispositions conventionnelles spécifiques.

15. Je soutiendrai donc, Monsieur le président, que l'interprétation de la convention ne corrobore nullement la thèse des Nations Unies selon laquelle l'Organisation posséderait le droit de qualifier unilatéralement une conduite. La Malaisie fonde son point de vue sur les facteurs habituellement jugés pertinents pour l'interprétation des traités. L'interprétation littérale du traité n'étaye pas la prétention des Nations Unies. Les travaux préparatoires non plus. Ni la pratique des parties. Cette pratique est inscrite tant dans les lois par lesquelles les Etats ont rempli leurs obligations en vertu de la convention que dans la manière dont les tribunaux ont statué en matière d'immunité. La pratique invoquée par le Secrétaire général, dans son état actuel, ne peut avoir les effets qu'il recherche. Même si l'on fait abstraction de la considération technique que les Nations Unies ne sont pas partie à la convention générale, la conduite de l'Organisation ne peut à elle seule attester de «l'accord des parties», si les autres parties ont suivi une ligne de conduite qui contredit les assertions de l'Organisation des Nations Unies. Enfin, il est à noter qu'outre un cas rare, peut-être même unique et limité, de répétition littérale de l'assertion des Nations Unies, les auteurs n'appuient pas la position de l'Organisation.

16. Je ferai également valoir que le fait que les Nations Unies aient plus d'une fois revendiqué le droit de qualifier unilatéralement une conduite est insuffisant pour, en toute circonstance, modifier le sens — et non simplement l'interprétation — de la convention. Il n'est guère besoin de rappeler que la Cour a pour tâche d'appliquer la convention, non de la réviser.

17. Je traiterai ensuite très succinctement de quelques autres points de l'argumentation du Secrétaire général. Enfin, je reviendrai brièvement sur les autres obligations de la Malaisie.

18. J'aborde maintenant le fond de mon argumentation, Monsieur le président, mais si vous souhaitez faire une pause, ce serait un bon moment pour le faire.

LE PRÉSIDENT : Merci, Sir Elihu, nous allons maintenant faire une pause de quinze minutes.

La séance est suspendue de 11 h 15 à 11 h 30.

LE PRÉSIDENT : Veuillez vous asseoir.

032

Sir Elihu LAUTERPACHT :

PREMIÈRE PARTIE

2. La question dont est saisie la Cour à portée étroite et limitée

19. Si elle se fonde sur ce que le *Solicitor General* a déjà dit, la Cour reconnaîtra que la question qui lui est posée est de portée très étroite. Elle ne concerne en effet que l'interprétation d'un seul membre de phrase de la section 22 de l'article VI de la convention. L'immunité des experts, pour autant qu'elle s'applique aux faits qui ont donné lieu à la présente requête pour avis consultatif, y est ainsi qualifiée : «immunité de toute juridiction en ce qui concerne les actes accomplis par eux au cours de leurs missions (y compris leurs paroles et écrits)».

20. La question est également de portée limitée : qui doit décider tout d'abord si, dans un cas où les autres conditions d'immunité sont réunies, un acte est accompli «au cours de leurs missions».

21. L'Organisation des Nations Unies dit qu'il appartient au Secrétaire général de trancher. La Malaisie dit que c'est aux tribunaux malaisiens qu'il appartient de trancher.

22. Face à une telle divergence de vues, il est possible de dégager d'emblée les points qui sont étrangers à la présente affaire — et de les exclure du débat.

a) Il ne s'agit pas de savoir si M. Cumaraswamy est ou non un expert au sens de la section 22. La Malaisie n'a jamais contesté la qualité de M. Cumaraswamy.

- b) Il ne s'agit pas de savoir si M. Cumaraswamy jouit, en général, de l'immunité. Il jouit de l'immunité prévue à la section 22 de la convention — dans les limites spécifiées dans cette disposition, et uniquement dans celles-ci.
- c) Il ne s'agit pas de savoir si la situation de M. Cumaraswamy a une incidence sur le fait qu'il est ressortissant malaisien. La Malaisie ne soutient nullement que les immunités de M. Cumaraswamy, quelles qu'elles soient, sont limitées en raison de sa nationalité.
- d) Il ne s'agit pas de savoir si les propos de M. Cumaraswamy ont été prononcés ou écrits au cours de sa mission. Comme le *Solicitor General* l'a dit sans équivoque, ce n'est pas là la question qui a été posée à la Cour et la Malaisie ne se laissera pas entraîner sur ce terrain.
- e) Il ne s'agit pas de savoir si M. Cumaraswamy s'est, ou ne s'est pas, rendu coupable de diffamation selon la loi malaisienne. La procédure engagée en Malaisie n'a pas encore atteint ce stade, et ne l'atteindra peut-être jamais. Si les tribunaux malaisiens décident le moment venu que les propos prétendument diffamatoires ont été prononcés ou écrits au cours de la mission de M. Cumaraswamy, celui-ci jouira de l'immunité pour ces paroles et le tribunal n'aura jamais à statuer sur leur caractère diffamatoire.
- f) Enfin, il ne s'agit pas de déterminer en l'espèce la nature et l'effet de la responsabilité internationale que pourrait encourir la Malaisie s'il devait être conclu ultérieurement, à la lumière d'une décision judiciaire, que ses tribunaux ont peut-être enfreint ses obligations découlant de la convention de 1946. Un tel examen serait pure spéculation, et la Cour n'a pas l'habitude d'examiner des questions purement hypothétiques. A dire vrai, la Cour a dit par le passé qu'elle ne présumerait pas que les Etats peuvent manquer à leurs obligations internationales. Et je peux assurer à la Cour que la Malaisie n'a aucune intention d'agir de manière à manquer à ses devoirs internationaux.

23. En conséquence, Monsieur le président, il s'agit uniquement en l'espèce de savoir à qui il appartient de décider tout d'abord si les propos attribués à M. Cumaraswamy ont été prononcés ou écrits «au cours de sa mission».

24. Bien que la question posée à la Cour soit de portée étroite, elle est en elle-même suffisamment importante pour retenir toute l'attention de la Cour, à l'exclusion des autres questions qui ont été soulevées ici par les autres participants à la présente procédure.

25. Pour la Malaisie, l'affaire est importante car elle soulève une question fondamentale de principe. La Malaisie considère que le Secrétaire général revendique un droit que ne lui confère pas la convention générale de 1946, à savoir celui de statuer sur un point qui relève à l'origine de la compétence exclusive des tribunaux malaisiens.

034

26. Pour les Nations Unies, l'affaire est censée être importante parce que, c'est du moins ce que l'on prétend, son issue pourrait restreindre la liberté et l'indépendance de ceux qui œuvrent en qualité de rapporteurs dans le domaine des droits de l'homme et parce qu'une pléthore de décisions contradictoires en découlerait inévitablement.

27. Naturellement, une telle allégation émanant du Secrétaire général doit être prise au sérieux, mais nous devons immédiatement relever, toute autre considération mise à part, que le Secrétaire général ne fait aucune distinction entre l'immunité au pénal et l'immunité au civil — distinction qui est d'une importance capitale du point de vue de l'activité d'un fonctionnaire. Il est question ici d'un procès civil. La personne de M. Cumaraswamy n'est pas en cause. Il n'a été ni arrêté ni emprisonné, ni menacé d'être arrêté ou emprisonné. Sa liberté de mouvement n'a pas été entravée. La Cour se rappellera que la question qui lui est posée lui demande de tenir «compte des paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général»³ et que ces paragraphes ne portent que sur le déroulement des poursuites intentées au civil contre M. Cumaraswamy.

28. Pour revenir au risque de «pléthore de décisions contradictoires» que prévoit le Secrétaire général, cette crainte semble fort exagérée. N'oublions pas que l'Organisation des Nations Unies existe depuis déjà cinquante-trois ans et que la jurisprudence en la matière se résume à un très petit nombre de cas, et encore, nous le verrons, pas dans les termes utilisés par le Secrétaire général. Certes, le Secrétaire général est depuis longtemps conscient de l'existence du problème. Il ne pouvait ignorer que, placés devant ce problème, des Etats pourraient adopter une position différente

³E/1998/94.

de la sienne. La teneur de l'exposé écrit soumis par le Royaume-Uni en l'espèce ne peut l'avoir entièrement surpris. Il pouvait encore moins s'étonner de l'exposé des Etats-Unis, qui a été formulé en dépit de l'affirmation non équivoque qui avait été faite à l'égard des Etats-Unis, en 1976⁴, de la position actuelle du Secrétaire général, affirmation que les Etats-Unis n'avaient de toute évidence pas acceptée. Pourtant, le Secrétaire général n'a jamais proposé concrètement de débattre publiquement de ce problème, ni suggéré de préciser le sens de cette disposition de la convention, en l'amendant au besoin. On peut ajouter que malgré le caractère prétendument «inévitable» de la «pléthore de décisions contradictoires», qui présuppose nécessairement une pléthore de situations de nature à exiger le recours aux procédures de règlement des différends envisagées à la section 29 de la convention, les Nations Unies n'ont, jusqu'à présent, pris aucune mesure en vue d'établir des modes de règlement appropriés comme l'exige cette section, même si cette disposition — «L'Organisation des Nations Unies devra prévoir des modes de règlement appropriés» — n'est pas à première vue limitée à des accords de règlement particuliers conclus seulement après l'apparition d'un différend.

3. Les principes de base en cause dans la présente affaire

29. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, qu'il me soit permis d'examiner maintenant de plus près les principes de base en cause dans la présente affaire.

30. Tous ceux qui prennent part à la présente procédure conviennent que la tâche de la Cour est d'interpréter la convention.

31. En abordant cette tâche, il est souhaitable de situer la convention dans son contexte. Le texte de la convention n'existe pas dans le vide. Il fait partie d'un vaste ensemble de règles de droit qui définit les limites imposées à la compétence normalement reconnue à chaque Etat sur tout ce qui se produit sur son territoire. Ainsi, de façon peut-être plus marquée que dans la plupart des questions de droit dont la Cour est saisie de nos jours, le point de départ, en l'espèce, est la souveraineté de l'Etat.

⁴Pièce 81.

32. Toute immunité représente une limitation de la compétence des Etats. L'existence de l'immunité ne peut être présumée si une règle claire ne l'institue pas. En outre, étant donné que l'immunité retire à l'Etat une partie de sa souveraineté, son étendue doit être appréciée avec prudence et d'une manière favorable à l'Etat qui l'accorde. En faisant ces observations, je ne fais que répéter 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».

036

4. Les différentes catégories d'immunités en droit international

33. L'octroi d'une immunité de juridiction devant les tribunaux d'un Etat à certaines catégories de personnes n'est pas un concept qui a été introduit dans le droit international par la convention de 1946. L'immunité a été accordée à différentes catégories de personnes depuis des siècles — Etats, diplomates, consuls et membres des forces armées étrangères. Si vous le permettez, je passerai brièvement en revue ces catégories, afin d'en apprécier la pertinence pour la situation qui nous occupe. Je commence par l'immunité accordée aux Etats.

A. Immunité de l'Etat

34. On s'accorde aujourd'hui pour reconnaître qu'il y a lieu de distinguer entre les actes *jure imperii*, à l'égard desquels l'Etat jouit de l'immunité, et les actes *jure gestionis* à l'égard desquels il ne bénéficie pas de l'immunité. Le point important concernant cette distinction est que la question de savoir si les faits de telle ou telle espèce placent celle-ci dans l'une ou l'autre catégorie est entièrement laissée à l'appréciation des juridictions de l'Etat dans lequel les poursuites sont engagées. L'Etat invoquant l'immunité et la partie qui la conteste doivent défendre leurs positions devant les cours ou tribunaux de cet Etat. La qualification ou classification de l'acte intervient à un stade préliminaire de la procédure. Mais l'Etat défendeur doit répondre dans le cadre du procès et présenter sa position. Si la Cour juge que l'acte relève du *jure gestionis*, l'Etat doit répondre sur le fond.

35. Certes, il y a quelque désagrément pour l'Etat d'envoi à devoir participer à ce processus d'appréciation, par les juridictions nationales d'un autre Etat, du caractère de ses activités — processus au cours duquel le tribunal est nécessairement amené à examiner certains détails de

la transaction. Certes, il peut arriver que les tribunaux de différents Etats divergent dans leur qualification d'une même conduite. Néanmoins, les Etats ont admis que l'abandon du concept d'immunité absolue ait pour conséquence que le processus de qualification incombe à des juridictions nationales.

35A. Bien entendu, l'Etat en cause a toujours la possibilité de renoncer à son immunité, de la même façon que le Secrétaire général peut lever l'immunité de fonctionnaires placés dans une telle situation. L'Etat peut le faire avant que le tribunal national n'engage la procédure préliminaire de qualification, et éviter ainsi celle-ci. Mais le fait qu'il dispose de ce pouvoir ne signifie pas qu'il possède par là-même le droit de contrôler unilatéralement la possibilité du tribunal national de se prononcer sur la question.

037

35B. Ce qui est vrai des Etats l'est aussi des chefs d'Etat, voire des ex-chefs d'Etat, comme en témoignent les procédures récemment engagées au Royaume-Uni à l'encontre de M. Pinochet. Les circonstances de l'espèce sont à ce point notoires que je n'abuserai pas du temps de la Cour en les rappelant. Le point sur lequel je voudrais appeler l'attention dans le cadre de la présente procédure est que l'expression positive de l'immunité d'un ex-chef d'Etat se limite «aux actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions de chef d'Etat». A qui appartient-il de trancher en la matière ? Aux seuls tribunaux britanniques — comme le démontre l'issue de l'affaire. Du reste n'a-t-on même pas suggéré qu'il pouvait en être autrement. Même si tous les faits pertinents sont survenus au Chili, seuls les tribunaux britanniques pouvaient déterminer la catégorie à laquelle ressortissait la conduite du sénateur ou qualifier cette conduite aux fins de son extradition.

B. Immunité diplomatique

36. S'agissant à présent de l'immunité diplomatique, ce qui vient d'être dit vaut aussi pour la classification des actes au sujet desquels est invoquée une immunité relative ou fonctionnelle. L'article 31 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques établit une distinction entre l'immunité de la juridiction pénale et l'immunité de la juridiction civile. L'immunité de la juridiction civile est assortie de certaines conditions. Le diplomate ne peut prétendre à aucune immunité pour une action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle

soit, exercée par cet agent dans l'Etat accréditaire «en dehors de ses fonctions officielles». Si le plaignant invoque comme cause de son action une activité commerciale exercée en dehors des fonctions officielles du diplomate, c'est au tribunal national auprès duquel les poursuites sont engagées qu'il appartient de qualifier l'activité ou de dire à quelle catégorie elle ressortit.

37. Même si les termes dans lesquels des limites sont fixées à l'immunité diplomatique ne sont pas identiques à ceux dans lesquels l'immunité des experts en mission pour les Nations Unies est définie, les différents textes conventionnels sont tous comparables sur le plan conceptuel. Ils appellent tous une décision sur le point de savoir si l'activité à laquelle se rapporte la plainte entre ou non dans les limites fixées.

38. Qui donc, une fois encore, en matière d'immunité diplomatique, décide si le diplomate a exercé l'activité «en dehors de ses fonctions officielles» ? A l'évidence, ce n'est *pas* l'Etat d'origine du diplomate (Etat dont les pouvoirs, aux fins qui nous occupent, peuvent être comparés à ceux de l'Organisation des Nations Unies). La réponse est que la décision appartient aux juridictions de l'Etat dans lequel les poursuites ont été engagées, et dans lequel le diplomate invoque l'immunité.

038

39. Cette position n'a jamais été contestée. On la trouve utilement exposée dans une longue note de bas de page figurant dans le volume 1 du traité de droit international d'Oppenheim⁵, ainsi que dans de nombreux autres manuels. Mention est faite dans cette note d'affaires portées devant des tribunaux américains, français et italiens dans lesquelles ces derniers ont été amenés à se pencher sur la nature de l'activité du diplomate aux fins de déterminer si celle-ci était ou non couverte par l'immunité. Bien que ces affaires n'aient pas toutes trouvé la même issue, les tribunaux de l'Etat accréditaire ont dans tous les cas fondé leur décision sur leur évaluation des faits et sur leur appréciation du droit. L'immunité a été tantôt accordée, tantôt refusée⁶.

⁵*International Law*, 9^e éd., p. 1094.

⁶Voir Hackworth, *Digest of International Law* (vol. 4, p. 550), et *ILM* (vol. 13, p. 217 (1974)), où est reproduit le texte d'une note circulaire diplomatique allemande de 1973. Cette note commence par établir une distinction entre les contrats conclus au nom d'un Etat étranger et les contrats conclus au nom de membres individuels de missions diplomatiques. A l'évidence, la note part du principe que toutes les affaires de ce type doivent être tranchées par les tribunaux allemands. De plus, il y est également dit que

40. De même, à simple titre d'exemple, il peut être fait référence à deux affaires choisies presque au hasard dans les *International Law Reports*.

41. Soit, par exemple, l'affaire chilienne *Szurgelies c. Spohn (1988)*⁷ qui présente pour nous un intérêt particulier. Les demandeurs prétendaient qu'en se livrant à certaines investigations, le conseiller de l'ambassade d'Allemagne à Santiago avait violé leurs droits constitutionnels. L'ambassade d'Allemagne soutenait que le défendeur pouvait se prévaloir de l'immunité de juridiction puisqu'il avait agi dans l'exercice de ses fonctions de diplomate protégeant les intérêts de ressortissants allemands. La cour suprême s'est cependant estimée libre d'examiner la nature des activités du conseiller.

42. De même, dans l'affaire belge *Portugal c. Goncalves*, le tribunal civil de Bruxelles a été appelé à se prononcer sur l'argument de M. Goncalves selon lequel une commande de traduction par le directeur de l'office portugais du commerce à Bruxelles ne constituait pas une transaction entrant dans les fonctions d'une mission diplomatique, mais une activité commerciale étrangère aux attributions du fonctionnaire concerné. La Cour a examiné la question et décidé que la transaction était couverte par l'immunité⁸.

43. Là encore, il est à peine besoin de noter que la disposition de l'article 32 de la convention de Vienne aux termes de laquelle l'Etat d'envoi peut renoncer à l'immunité n'a jamais été utilisée comme base pour suggérer que cet Etat est seul habilité à qualifier la nature de l'acte au sujet duquel l'immunité est invoquée.

C. Immunité consulaire

44. La même analyse s'applique aux agents consulaires. La convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires dispose que «les fonctionnaires consulaires ... ne sont pas justiciables

«les décisions judiciaires ne peuvent être influencées que par les parties au procès, par les moyens prévus par la loi, et ne peuvent être contestées, après qu'elles ont été rendues, que dans le cadre des recours que les parties sont en droit d'exercer. Le ministre fédéral des affaires étrangères ne dispose d'aucune voie de recours de cette nature n'étant pas partie au procès...»

⁷ILR, vol. 89, p. 45.

⁸ILR, vol. 82, p. 117.

des autorités judiciaires administratives de l'Etat de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires».

45. Cette disposition soulève une fois de plus la question de savoir qui décide si un acte entre dans la catégorie soumise à exception. La réponse est la suivante : les seuls tribunaux auprès desquels les poursuites ont été engagées. Dans un précieux article publié dans le *British Yearbook of International Law* de 1945⁹, M. Beckett, devenu sir Eric par la suite, a regroupé un certain nombre d'affaires pertinentes. Sir Eric était à l'époque deuxième conseiller juridique au ministère britannique des affaires étrangères. L'affaire française *Zizianoff c. Kahn et Bigelow* constitue un exemple factuel pertinent quant aux faits¹⁰. Dans cette affaire, la princesse Zizianoff poursuivait Kahn et Bigelow pour diffamation. Bigelow, directeur du service des passeports du consulat des Etats-Unis d'Amérique à Paris, plaidait l'immunité consulaire. Les tribunaux français ont jugé que les actions de Bigelow n'entraient pas dans ses fonctions officielles. Pour ce faire, ils ont été à l'évidence appelés à examiner la nature de ces fonctions et le caractère de l'acte allégué. Il n'ont nullement demandé l'avis des autorités américaines. D'autres affaires similaires sont citées par les Etats-Unis d'Amérique dans leur exposé écrit¹¹.

46. Une fois encore, il va quasiment sans dire que le fait que l'Etat d'envoi puisse lever l'immunité de ses agents consulaires n'autorise pas à affirmer que cet Etat est seul habilité à qualifier la nature de leurs activités.

D. Immunité des membres des forces armées étrangères

47. J'en viens maintenant aux immunités des membres des forces armées étrangères. L'état du droit en la matière présente un intérêt encore plus grand aux fins de la présente espèce. De nos jours, le statut des forces armées étrangères est en principe défini par la voie de traités, tout comme celui des fonctionnaires et experts internationaux de l'Organisation des Nations Unies l'est par la convention de 1946.

⁹Vol. 21 (1945), p. 34.

¹⁰*ILR (Annual Digest)*, vol. 4 (1927-1928), p. 384.

¹¹Voir par. 21 à 24.

48. La convention de 1951 entre les Etats parties au traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces dispose par exemple que certains domaines relèvent de la compétence exclusive de l'Etat d'origine. D'autres domaines sont de la compétence exclusive de l'Etat de séjour et d'autres domaines encore relèvent simultanément de la compétence des deux Etats. Ainsi, l'Etat d'origine a le droit d'exercer par priorité sa juridiction en ce qui concerne les infractions «résultant de tout acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service». M. Baxter, aujourd'hui décédé, a fait le point dans un article rédigé en 1958¹². On y lit ceci :

«L'autorité habilitée à déterminer si un acte a été commis dans l'accomplissement de devoirs officiels apparaissait autrefois assez clairement, mais certaines évolutions ultérieures ont quelque peu obscurci les choses. Dans les travaux préparatoires de la convention sur le statut des forces de l'OTAN, un certificat des autorités militaires de l'Etat d'origine devait être considéré comme déterminant».

Toutefois, aucune disposition spécifique n'a été introduite à cet effet dans le texte de la convention.

Et M. Baxter de poursuivre :

«Nonobstant ces antécédents sans équivoque, le conseiller juridique du département d'Etat a déclaré, en témoignant devant la commission des relations extérieures du Sénat des Etats-Unis d'Amérique qu'il appartenait aux tribunaux de l'Etat de séjour de réexaminer tout certificat de ce type et d'en tirer ses propres conclusions quant au cas d'espèce.»

0 4 1 M. Baxter cite ensuite la loi britannique de 1952 sur les forces invitées qui, écrit-il, «reflète le même point de vue». Il ajoute : «Le certificat n'est censé être qu'une «attestation suffisante du fait, sauf preuve contraire». Une telle expression ne figurait pas dans le texte soumis initialement au Parlement, lequel conférait au certificat un effet déterminant. Selon M. Baxter, la raison qui a conduit

«à réduire ce certificat à une simple «attestation suffisante», sauf preuve contraire, était que laisser le dernier mot à l'officier sous les ordres duquel servait l'intéressé risquait d'ouvrir la voie à des abus, les tribunaux de Grande-Bretagne pouvant dès lors se voir dénier d'un trait de plume la compétence qui leur revenait légitimement».

49. Par conséquent, même dans le cas de poursuites *pénales*, on a estimé que les tribunaux de l'Etat de séjour devaient avoir le droit de décider si une infraction résultait de «tout acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service». La situation en matière civile est sans incidence ici.

¹²ICLQ, vol. 7, p. 77-79.

50. La décision rendue en 1955 par la Cour suprême du Japon dans l'affaire *Japon c. Cheney* offre un exemple d'une juridiction de l'Etat de séjour se prononçant sur le caractère d'un acte en rapport avec des forces étrangères invitées¹³. Cheney était accusé d'effraction et de tentative de viol. Bien que l'accusé ait fait valoir qu'il avait commis les actes incriminés alors qu'il était en patrouille, les tribunaux japonais se sont estimés compétents aux termes de l'accord pertinent. Celui-ci disposait que, dans les cas de compétence conjointe, les autorités militaires des Etats-Unis d'Amérique auraient le droit d'exercer leur juridiction sur les forces armées américaines *pour les fautes résultant de tout acte ou négligence intervenus dans l'accomplissement de devoirs officiels*. Les tribunaux japonais ont examiné la nature de l'infraction et conclu qu'ils étaient compétents parce que les actes dont l'accusé était reconnu coupable avaient un caractère personnel. En d'autres termes, les tribunaux de l'Etat de séjour, en l'occurrence le Japon, ont affirmé leur droit de procéder à la qualification de la conduite incriminée.

042 51. Mais ce qui importe réellement au regard de l'immunité des forces étrangères invitées, c'est que l'on trouve dans certains des traités relatifs au statut de ces forces des exemples de dispositions affirmant expressément le droit exclusif de l'Etat d'envoi de qualifier la conduite en question ou d'en déterminer le caractère.

52. Trois accords au moins disposent qu'un certificat délivré par les autorités de la force invitée constitue une preuve de la nature de la conduite incriminée. Cela est vrai de deux accords relatifs au statut des forces armées étrangères stationnées en Allemagne¹⁴ et, de façon plus pertinente au regard de la présente espèce, du paragraphe 13 de l'accord de 1964 entre l'Organisation des Nations Unies et Chypre concernant le statut de la Force des Nations Unies à Chypre. Ce traité¹⁵ dispose que, dans le cas d'infractions pénales, les membres de la force sont soumis à la juridiction de l'Etat dont ils sont ressortissants. En matière civile, ils ne sont *pas*

¹³*ILR*, vol. 23, p. 264.

¹⁴La convention relative aux droits et obligations des forces étrangères et de leurs membres sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne (1952) et l'article VIII (par. 17) de la convention financière de 1952, telle qu'amendée en 1954, conclue entre les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, la France et la République fédérale d'Allemagne.

¹⁵*UNJYB*, 1964, p. 40, par. 11.

soumis à la juridiction civile des tribunaux chypriotes *pour les questions relatives à leurs fonctions officielles*. Il s'ensuit que les membres de la Force *sont* soumis à la juridiction civile de Chypre pour les questions *sans* rapport avec leurs fonctions officielles. L'article 13 dispose que le commandant de la Force fait savoir au tribunal si l'affaire a trait ou non aux fonctions officielles de l'intéressé. En d'autres termes, on a jugé souhaitable, dans ce contexte particulier, de répondre expressément à la question de savoir qui détermine le champ des «fonctions officielles» — en donnant en l'occurrence le pouvoir de décision au commandant de la Force¹⁶. Mais, je dois le souligner, le droit de qualification ainsi accordé au commandant de la Force est *expressément énoncé dans le texte de l'accord*.

043

53. Et, étant donné l'importance de ce point — l'exception confirmant ici la règle avec une force toute particulière — je citerai un autre exemple, celui de l'Accord de 1976 relatif à l'application du traité d'amitié entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Espagne. L'article XXVI de cet accord dispose que les membres du personnel militaire des Etats-Unis stationné en Espagne ne peuvent *pas* faire l'objet de poursuites devant des tribunaux ou instances espagnols dans le cas *de plaintes portant sur des actes ou négligences imputables à de telles personnes dans l'accomplissement de leurs fonctions officielles*.

54. L'Accord prévoit ainsi que, dans le cas où il serait nécessaire de décider de l'applicabilité de l'article susvisé, les autorités militaires des Etats-Unis d'Amérique *peuvent délivrer un certificat officiel attestant* que tel acte ou telle négligence imputable à un membre du personnel militaire américain stationné en Espagne ou à un civil employé par les Forces des Etats-Unis d'Amérique *est intervenu dans l'accomplissement de ses fonctions officielles*. *Les autorités espagnoles accepteront un tel certificat comme une preuve suffisante de l'accomplissement de fonctions officielles*¹⁷.

¹⁶*Ibid.*, p. 40.

¹⁷*Digest of United States Practice, 1976*, p. 295.

E. Conclusions de la présente section

55. Sur la base des éléments présentés jusqu'ici, il devrait, selon moi, apparaître clairement que la question de savoir si une affaire donnée est couverte par une immunité relative a toujours été tranchée par les tribunaux de l'Etat de séjour. Il n'y a à cela qu'une seule catégorie d'exceptions : lorsque existe une disposition expresse allant dans un sens différent — comme c'est le cas dans les accords avec Chypre et l'Espagne — en vertu de laquelle la question doit être tranchée par un certificat de l'autorité d'envoi.

56. En dehors de ces exceptions conventionnelles, tous les instruments susmentionnés sont comparables à la convention de 1946. On voit mal pourquoi la convention de 1946 appellerait une approche différente de celle qui a été adoptée dans l'application de ces instruments — lesquels excluent tout rôle joué par l'autorité d'envoi en l'absence de dispositions expresses.

57. Sous réserve de différences dénuées de pertinence dans le choix des termes, le concept d'immunité relative tel qu'il ressort de la convention des Nations Unies est identique à celui qui est utilisé dans les exemples déjà cités devant la Cour. Les dispositions relatives à la levée de l'immunité figurant dans cette convention n'ont pas une plus grande portée. Aucune d'elles ne confère expressément au Secrétaire général des pouvoirs spéciaux l'autorisant à se prononcer unilatéralement. Le sens des mots est clair.

044

58. 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 la Cour doit se prononcer en faveur de l'Organisation des Nations Unies, il faut qu'elle puisse mettre en avant quelque différence effective entre la position de l'Organisation des Nations Unies au regard de la convention de 1946 et celle des Etats en général à l'égard des types d'immunité que je viens d'analyser. S'il ne peut être établi aucune différence nette, alors la décision consistant à affirmer que l'Etat d'envoi est, de droit, habilité à déterminer le caractère de l'acte pour lequel une immunité conditionnelle est invoquée représenterait un élargissement considérable de la notion d'immunité et un empiétement sans précédent sur la souveraineté des Etats.

59. Il n'appartient pas à la Malaisie de spéculer sur les raisons que pourrait invoquer l'Organisation des Nations Unies à l'appui d'une telle différence. Si l'Organisation des Nations Unies avançait de telles raisons, la Malaisie devrait, en vertu de la règle *audi alterem partem*, se voir autorisée à y répondre. Mais dès à présent, dans le cas où il serait suggéré que la protection des personnes travaillant dans le domaine des droits de l'homme constitue un cas particulier, une affaire pourrait se révéler très utile à la Cour. Cette affaire est à certains égards comparable à celle qui intéresse M. Cumaraswamy. En 1954, sir Humphrey Waldock, futur membre et président de la présente Cour, qui était alors ancien membre et président de la Commission européenne des droits de l'homme, a été poursuivi pour négligence et corruption par une personne qui s'était adressée sans succès à la Commission. Il s'agit de l'affaire *Zoernsch c. Waldock* (1964)¹⁸ — jugée par des tribunaux britanniques. Aux termes de la convention, les membres de la Commission jouissent de l'immunité en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux en leur qualité officielle. L'un des juges de la Cour d'appel britannique a déclaré : «J'interprète ceci comme signifiant que l'immunité dépend de la qualification des propos tenus ou des actes accomplis, et non de la date à laquelle les poursuites sont engagées».¹⁹ Pourtant, on ne trouve nulle part dans cette affaire la moindre allusion au fait que la détermination de la qualification des actes accomplis pourrait relever d'une autre juridiction que celle des tribunaux britanniques. A aucun moment, il ne semble avoir été suggéré que le Secrétaire général du Conseil
045 de l'Europe avait le pouvoir de décider de la qualification des actes accomplis. Cette affaire, concernant l'immunité conférée à des personnes travaillant pour une organisation internationale dans le domaine des droits de l'homme, a reçu le même traitement que toute autre affaire soulevant des questions relatives à l'immunité portée devant des tribunaux britanniques.

5. L'interprétation de la convention de 1946

60. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je m'attacherai maintenant à présenter l'interprétation malaisienne de la convention de 1946 et ce, en me référant :

¹⁸*ILR*, vol. 41, p. 438.

¹⁹P. 445.

- a) au libellé littéral de la convention,
- b) aux travaux préparatoires,
- c) à la pratique de toutes les parties prenantes à l'application de la convention, et
- d) au point de vue de la doctrine.

a) L'interprétation littérale

61. La section 22 de la convention de 1946 accorde aux experts «pendant la durée de cette mission ... [les] privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance». De toute évidence, les immunités accordées sont limitées.

62. Ces immunités limitées sont ensuite énoncées dans le détail : les experts «jouissent en particulier ... [de l']immunité de toute juridiction en ce qui concerne les actes accomplis par eux au cours de leurs missions (y compris leurs paroles et écrits).» Permettez-moi de souligner les mots effectivement employés : le texte ne dit pas que les experts bénéficient d'une immunité absolue à moins qu'ils n'agissent en dehors du cadre de leur mission. Il dit qu'ils bénéficient d'immunités s'ils agissent dans le cadre de leurs missions. Le texte ne part pas d'une immunité absolue, qui serait réduite à une immunité fonctionnelle. Il part d'une absence d'immunité pour admettre ensuite une immunité limitée, qui ne saurait aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission des experts.

63. Il est ensuite fait référence au droit et à l'obligation du Secrétaire général de lever l'immunité dans les cas où, à son avis, le maintien de l'immunité empêcherait que justice soit faite et où l'immunité peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies. Le droit et l'obligation de lever l'immunité *ne sont pas* présentés comme *un droit de qualifier l'acte* comme étant ou non accompli par l'expert en sa qualité officielle. Il ne peut y avoir de levée d'immunité que lorsqu'il y a une immunité à lever. Il ne saurait y avoir d'immunité pour des actes non officiels. De sorte qu'il ne saurait y avoir de droit ou d'obligation de lever l'immunité pour ces actes non officiels. Dans ce cas, il n'y a pas d'immunité à lever. Le fait que le Secrétaire général aurait pu choisir de ne pas lever l'immunité dans un cas déterminé ne signifie pas nécessairement qu'il existe une immunité susceptible d'être levée. A l'inverse, le fait que le

Secrétaire général aurait pu choisir de lever une immunité dans un cas donné ne signifie pas qu'il y aurait eu immunité s'il n'avait pas entendu la lever. La décision du Secrétaire général ne fait que refléter ce qu'il pense être juste dans des circonstances données. En bref, une immunité ne saurait être levée si elle n'existe pas et un refus de lever une immunité inexistante ne peut pas vraiment créer une immunité qui n'existerait pas ailleurs.

64. En résumé, rien, dans une analyse littérale de la section 22, ne vient étayer le point de vue du Secrétaire général, selon lequel il serait investi d'un droit suprême de qualification. En particulier, le texte ne contient aucun mot qui réserve, au Secrétaire général ou à l'Organisation des Nations Unies, le droit de se prononcer, avec force contraignante, sur le *caractère* de l'activité en question.

b) Les travaux préparatoires

65. Le Secrétaire général a inclus dans le dossier qu'il a préparé pour la Cour un certain nombre de pièces relatives aux travaux préparatoires de la convention de 1946²⁰. On peut s'y référer sur la base de l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités aux fins de confirmer le sens d'un texte tel qu'il découle de l'application de l'article 31, c'est-à-dire de l'approche traditionnelle littérale ou grammaticale que je viens de suivre. Ces pièces consistent pour l'essentiel en des extraits du rapport de 1946 de la commission préparatoire de l'Organisation des Nations Unies. La lecture de ces pièces ne révèle rien qui puisse mettre en cause le libellé clair de la convention — rien qui justifie l'introduction dans le texte de mots qui n'y sont pas aux fins de réserver au Secrétaire général la compétence décisive qu'il prétend maintenant avoir. Le seul élément intéressant est que le rapporteur de la sous-commission des privilèges et immunités de la commission préparatoire est indiqué comme étant M. W.E Beckett du Royaume-Uni, le même M. Beckett qui, seulement deux années auparavant, avait publié dans le *British Year Book of International Law* l'article sur l'immunité consulaire auquel je me suis déjà référé. Dans cet article, il traitait en détail de l'immunité des consuls pour ce qui concerne leurs fonctions officielles et il se référait aux nombreuses affaires dans lesquelles les tribunaux de l'Etat hôte avaient examiné le

^ 4 7

²⁰Pièces 62 à 68 du dossier.

caractère de la conduite en cause afin de déterminer si elle s'inscrivait dans le cadre de fonctions officielles. Personne n'était plus qualifié que M. Beckett pour identifier tout problème particulier susceptible de se poser dans une situation parallèle concernant l'Organisation des Nations Unies et pour s'attaquer à ce problème. Mais il n'y a fait allusion dans aucun de ses rapports, et personne d'autre n'a évoqué le problème au cours des débats. En bref, en 1946, le problème de la qualification n'était pas un problème. Il a été complètement passé sous silence. Il faut y voir un signe très clair que personne n'envisageait de s'écarter de la pratique qui avait jusqu'alors prévalu dans le système existant des immunités — des Etats, des diplomates, des consuls et des forces armées étrangères — que j'ai déjà évoqué en détail.

c) La pratique de toutes les parties prenantes

66. Aux termes du paragraphe 3 b) de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour est invitée à tenir compte, en même temps que du contexte «[d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité».

67. Quelle est la pratique pertinente ? D'après la Malaisie, elle comprend trois éléments différents :

- i) la législation des parties,
- ii) les décisions des tribunaux qui ont appliqué la convention, et
- iii) la conduite de l'Organisation des Nations Unies elle-même.

048

i) la législation des parties

68. La meilleure preuve de la conception que les parties à la convention de 1946 se font de la portée de leurs obligations se trouve dans la législation que la plupart d'entre elles ont adoptée pour mettre en œuvre ces obligations.

69. Lorsque l'on examine cette législation, il est essentiel de garder à l'esprit qu'elle visait à donner des instructions contraignantes aux tribunaux nationaux de l'Etat en question sur la manière dont ils devaient traiter les affaires introduites contre des fonctionnaires et des experts de l'Organisation des Nations Unies. Ainsi, dans toute affaire donnée, on part de l'hypothèse qu'une

procédure a été engagée devant les tribunaux de cet Etat. La question est la suivante : comment les tribunaux nationaux doivent-ils agir, d'après la législation applicable, s'agissant de savoir si la conduite incriminée est ou non couverte par l'immunité relative ?

70. On peut s'attendre à ce que, faute de dispositions expresses en la matière, les tribunaux appliquent la règle normale. C'est-à-dire, qu'ils considèrent qu'ils peuvent se prononcer sur toutes les questions dont ils sont saisis. Existe-t-il une législation nationale qui prévoit une procédure différente ou spéciale en la matière ?

71. J'ai passé en revue les textes législatifs nationaux visant à mettre en œuvre les obligations que la convention de 1946 met à la charge des Etats Membres, tels qu'ils ont été rassemblés dans le volume publié par le Secrétaire général en 1959²¹, et j'en ai également examiné de plus récents, publiés dans l'*Annuaire juridique des Nations Unies*. Je n'ai trouvé aucun texte de loi qui impose aux tribunaux nationaux de solliciter ou de recevoir des attestations du Secrétaire général, et encore moins de les accepter comme réglant de façon *décisive* et *déterminante* la question de l'immunité relative. Peut-être n'ai je pas examiné les textes assez attentivement et, si c'est le cas, on me corrigera sûrement, mais voilà où m'a mené ma lecture.

72. Cela est révélateur pour deux raisons. Premièrement, si le Secrétaire général, compte tenu de l'avis qui est le sien, avait des raisons de penser que la législation d'un membre donné l'empêchait de délivrer une attestation contraignante pour les tribunaux de cet Etat, il aurait dû le dire. De toute évidence, il est possible que le Secrétaire général ait considéré que ce qui se passait dans le système juridique national ne le regardait pas et que, pour autant que les tribunaux aboutissent en fin de compte à la bonne décision, il n'était pas concerné par la manière dont ils y parvenaient. Mais s'il pensait, comme il le soutient maintenant, que son attestation serait un élément nécessaire et décisif dans ce processus, il ne pouvait guère se satisfaire de la situation que révélait les textes législatifs nationaux qu'il avait *lui-même* compilés. Il ne pouvait ignorer que le pouvoir exécutif des Etats Membres ne peut influencer les tribunaux nationaux que dans une faible mesure. Il ne pouvait pas supposer que les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, pour ne

²¹Nations Unies, *Série législative*, doc. ST/LEG/SER.B/10.

prendre que ces deux exemples, avaient les moyens d'imposer à leurs tribunaux le point de vue du Secrétaire général, selon lequel telle conduite particulière revêtait ou non un caractère officiel. En outre, bien que des attestations puissent être délivrées au sujet des «faits», elles ne sauraient l'être au sujet du «droit». Or, apprécier si une conduite revêt ou non un caractère officiel ne revient pas seulement à exposer les faits, mais aussi à appliquer le droit.

73. Ainsi, alors qu'il était confronté à un ensemble de textes législatifs nationaux qui ne reflétaient pas sa position sur les effets de ses propres attestations, on aurait pu attendre du Secrétaire général qu'il s'attaque au problème soit en soulevant la question ouvertement, soit en émettant des protestations auprès de chacune des parties à la convention ayant adopté une législation. Or, jusqu'à présent, je n'ai connaissance que d'un seul cas de protestation : la lettre adressée aux Etats-Unis en 1976.

74. Il est également important d'examiner la législation nationale sous un autre angle. Etant donné son contenu, comment pourrait-on dire que les parties se sont accordées sur une interprétation de la convention conforme à celle aujourd'hui adoptée par le Secrétaire général ? 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 une interprétation. En l'espèce, le seul point commun que l'on peut discerner entre les Etats parties à la convention de 1946 est qu'ils semblent tous aborder la question des immunités des organisations internationales et de leurs fonctionnaires de la même façon que les autres types d'immunités existant dans le système international.

0 5 0

ii) les décisions des tribunaux nationaux

75. On peut aussi considérer les décisions des tribunaux nationaux comme des éléments de la pratique des parties à la convention de 1946, en vue de déterminer dans quelle mesure ces tribunaux se sont sentis libres de former leur propre jugement sur le caractère des actes en cause.

76. Un certain nombre d'affaires peuvent être citées pour démontrer que les tribunaux nationaux n'ont pas abordé le problème de la même façon que le Secrétaire général.

77. Dans l'affaire *Etats-Unis d'Amérique c. Egorov* (1963)²², un tribunal fédéral de première instance des Etats-Unis a appliqué la loi américaine sur les immunités des organisations internationales, qui traduit en droit américain les obligations des Etats-Unis telles qu'elles découlent de l'article 105 de la Charte des Nations Unies et qui se substitue à la convention de 1946. Elle dispose notamment que les fonctionnaires et les employés de ces organisations bénéficient de l'immunité de juridiction pour les actes qu'ils ont accomplis *en leur qualité officielle* et entrant *dans le cadre de leurs fonctions*. Si la position qui est aujourd'hui celle du Secrétaire général avait été partagée par les Etats-Unis, on aurait pu s'attendre à ce que le tribunal refuse de se prononcer sur cette qualification sans bénéficier d'une attestation déterminante du Secrétaire général. Néanmoins, dans cette affaire, le tribunal a tranché la question sans en disposer, en formant son propre jugement sur la mesure dans laquelle les obligations et fonctions du défendeur dans la section du personnel des Nations Unies incluaient ou non les actes qui lui étaient reprochés dans l'acte d'accusation.

78. Il en va de même dans l'affaire *US ex rel. Casanova c. Fitzpatrick*²³. Casanova était accusé d'association de malfaiteurs en vue de commettre un acte de sabotage, en violation du droit pénal américain. Il a soutenu qu'il échappait à toute arrestation et toutes poursuites par les autorités américaines parce qu'il était couvert par l'immunité prévue à l'article 105 de la Charte des Nations Unies. Le tribunal a considéré qu'en application de la Charte, l'accusé ne bénéficiait que d'une immunité fonctionnelle. Si la position prise en l'instance par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies était correcte, le tribunal n'aurait pas dû examiner la conduite de la personne en cause. Or, le tribunal n'a pas hésité à procéder à cet examen.²⁴

²²ILR, vol. 34, p. 151.

²³ILR, vol. 34, p. 154.

²⁴ILR, vol. 34, p. 162. L'indépendance du tribunal en la matière est clairement reflété dans la citation suivante :

[Traduction du Greffé]

«La question de savoir si, au vu des faits présentés à la fois par le gouvernement et par la personne en cause ou son gouvernement, l'immunité existe du fait de l'accord, n'est pas une question politique, mais une controverse d'ordre judiciaire impliquant l'interprétation de l'accord et son application aux faits de l'espèce. En l'instance, c'est au tribunal de décider; et sa décision n'est pas déterminée par la déclaration unilatérale du gouvernement — partie à cet accord et à cette controverse — selon laquelle la personne en cause ne jouit pas de l'immunité au titre de l'accord».

79. Dans l'affaire *Menon c. Weil* (1971), tranchée par un tribunal d'instance de la ville de New York²⁵, l'épouse séparée d'un membre du personnel hors siège des Nations Unies a introduit une demande en versement de pension alimentaire contre un fonctionnaire du siège des Nations Unies. L'Attorney des Etats-Unis a proposé l'application de l'immunité et a présenté une motion de rejet. Le tribunal l'a suivi, tout en faisant observer que «lorsque c'est non pas le département d'Etat, mais l'entité prétendument souveraine qui allègue l'immunité, le tribunal cherche à déterminer si l'activité en cause était d'ordre gouvernemental ou commercial et, dans ce dernier cas, il passe à l'examen au fond» [traduction du Greffe]. En d'autres termes, une distinction nette est établie entre un certificat de l'exécutif des Etats-Unis que le tribunal était disposé à accepter, et le certificat qui pourrait être délivré par une autre autorité que ce tribunal n'était pas prêt à admettre.

80. Le tribunal administratif de Vienne a adopté une position similaire dans l'affaire *X c. Bureau de police fédérale de Vienne* en 1975.²⁶ En l'occurrence, c'est l'accord de siège entre l'Autriche et l'Agence internationale de l'énergie atomique qui était en cause. Cet accord conférait l'immunité de juridiction aux fonctionnaires de cette organisation pour les actes accomplis par eux en leur capacité officielle (y compris leurs paroles et écrits). Le bureau de police a estimé que le voyage que le fonctionnaire effectuait au moment des faits était de nature purement privé et n'entraînait en rien dans l'exercice de fonctions officielles accomplies au nom de l'agence. Le tribunal a souscrit à ce point de vue. A l'évidence, il ne s'est pas senti empêché d'apprécier lui-même le caractère de la conduite à l'égard de laquelle l'immunité était invoquée, sans le concours du directeur général de l'Agence internationale de l'énergie atomique.

0 5 2

Le tribunal a également dit :

[Traduction du Greffe]

«de par les termes mêmes dans lesquels elle est prévue, l'immunité se limite aux actes nécessaires à l'exercice indépendant des fonctions accomplies pour l'Organisation des Nations Unies. L'association de malfaiteurs en vue de commettre un acte de sabotage contre le Gouvernement des Etats-Unis n'entre pas dans le cadre d'une quelconque mission...»

²⁵Nations Unies, *Annuaire juridique*, 1971, p. 249.

²⁶Nations Unies, *Annuaire juridique*, 1975, p. 214.

81. Ce ne sont pas là les seules affaires pertinentes, comme on le verra lorsque j'évoquerai dans la section suivante l'étude de l'immunité que le Secrétariat lui-même a faite en 1967.

iii) la position de l'Organisation des Nations Unies

82. J'en arrive maintenant, Monsieur le Président, Madame et Messieurs de la Cour, à la pratique de l'Organisation des Nations Unies. L'exposé de l'Organisation des Nations Unies contient une partie intitulée «Selon la pratique constante des Nations Unies, il appartient exclusivement au Secrétaire général d'invoquer ou de lever l'immunité»²⁷. De fait, c'est dans cette partie que le Secrétaire général développe le plus sa position²⁸, d'après laquelle :

«Selon la pratique constante et incontestée de l'Organisation des Nations Unies, il appartient exclusivement au Secrétaire général de dire ce qui constitue un acte «officiel» ou «non officiel» et le point de savoir si un acte déterminé est un acte «officiel» ne saurait, si l'on veut respecter la convention, être tranché par une juridiction nationale»²⁹.

83. La Malaisie convient bien entendu que l'on peut se référer à la pratique des parties aux fins d'interpréter un traité. Mais la question est beaucoup moins simple que le Secrétaire général semble vouloir le faire croire.

84. On doit se demander de quelle manière exactement l'appréciation faite au nom du Secrétaire général établit une pratique pertinente.

85. Quelle est cette pratique ? Dans sa déclaration, le Secrétaire général se réfère cinq fois aux documents réunis dans son dossier. Je les examinerai l'un après l'autre, dans l'ordre chronologique.

0 5 3 86. Le premier document est la lettre que le Secrétaire général a adressée aux Etats-Unis le 11 février 1976 à la suite d'une décision rendue par le tribunal pénal de la ville de New York le 19 janvier 1976³⁰. Le Secrétaire général y énonce clairement sa position actuelle. Il n'a toutefois pas indiqué dans son exposé écrit si le Gouvernement des Etats-Unis avait répondu spécifiquement

²⁷Section B du chapitre IV, paragraphes 45-49.

²⁸Voir paragraphe 46.

²⁹Voir aussi paragraphes 48 et 49 de la déclaration du Secrétaire général.

³⁰Pièce 81 du dossier du Secrétaire général.

à cette lettre. Mais les Etats-Unis ont indiqué clairement par l'attitude qui fut la leur par la suite — et plus encore par la position qu'ils ont adoptée dans leur exposé écrit en l'espèce — qu'ils n'acceptent pas les vues du Secrétaire général à cet égard.

87. Cinq ans plus tard, le 4 novembre 1981³¹, le Secrétaire général a présenté à la Cinquième Commission de l'Assemblée générale un rapport intitulé «Questions relatives au personnel». Il n'était pas adressé à la Sixième Commission, c'est-à-dire à la Commission des questions juridiques, où l'on aurait été davantage sensible à sa teneur juridique. Nous savons tous ce que nous pensons de ceux qui ne sont pas juristes à la Cinquième Commission. Mais il s'agit là d'un point relativement mineur, qui n'est toutefois pas dénué d'importance.

88. Ce qui est plus important, c'est le contenu de ce rapport et la date à laquelle il a été établi. Comme on peut facilement le constater, le rapport porte principalement sur la protection personnelle des fonctionnaires. La section où figure l'énoncé de principe invoqué par le Secrétaire général s'intitule d'ailleurs «Arrestation et détention de fonctionnaires». Elle ne vise pas littéralement l'immunité de juridiction civile dont jouirait le personnel. Le principe y est toutefois énoncé dans les termes qui suivent³² :

«Premièrement, la distinction entre les actes accomplis à titre officiel et les actes accomplis à titre privé, qui est au centre de la notion d'immunité liée aux fonctions, est une question de fait qui dépend des circonstances de chaque cas particulier. La position de l'Organisation des Nations Unies est qu'il incombe exclusivement au Secrétaire général de déterminer l'étendue des devoirs et des fonctions des fonctionnaires de l'ONU.»

89. Il est peu probable que cet énoncé, qui n'indiquait nulle part qu'il pouvait s'appliquer au stade préliminaire d'une instance civile, aurait inquiété les juristes à l'exception de ceux doués d'un très grand don de prophétie, même s'ils l'avaient vu. Dans ce contexte particulier, on ne saurait guère le considérer comme une prise de position générale sur les dispositions de la convention de 1946 portant sur l'immunité de juridiction civile dont jouissent les fonctionnaires.

0 5 4

³¹Pièce 113 du dossier du Secrétaire général.

³²Au paragraphe 7.

90. Le Secrétaire général, dans son exposé écrit, et M. Corell, dans l'exposé oral qu'il a fait hier, jugent toutefois important le rapport de novembre 1981, puisqu'ils affirment que «l'Assemblée générale a pris note sans objection, dans sa résolution 36/232 du 18 décembre 1981, de la déclaration précitée affirmant le pouvoir exclusif du Secrétaire général»³³. La Malaisie estime, elle, qu'il faut examiner de plus près les termes de cette résolution. Il est vrai que l'on trouve les mots «Notant le rapport du Secrétaire général» au troisième alinéa du préambule, et non dans le dispositif. Il est précisé dans le rapport qu'il s'agit du rapport demandé par l'Assemblée générale en 1980 sur tous cas dans lesquels le statut international des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies ou des institutions spécialisées n'a pas été pleinement respecté³⁴. Le rapport donne des détails sur quarante-sept cas d'arrestation, de détention ou de disparition de fonctionnaires dans diverses parties du monde. Mais il ne porte pas sur la question de savoir qui doit décider au cours d'une instance civile si l'acte du fonctionnaire ou de l'expert est survenu «au cours de [sa] mission».

91. L'Assemblée générale note ensuite dans le préambule de la résolution la position qui a toujours été celle de l'Organisation des Nations Unies «en cas d'arrestation ou de détention de fonctionnaires des Nations Unies par des autorités gouvernementales». C'est là une formulation qui vise des actions pénales. Elle ne se rapporte pas à la position adoptée par l'Organisation des Nations Unies relativement à des affaires civiles — distinction qui peut avoir des conséquences importantes pour résoudre le problème dont la Cour est saisie. Si l'on en vient maintenant au dispositif de la résolution, on remarquera que le premier paragraphe exhorte tout Etat Membre «qui aurait arrêté ou détenu» un fonctionnaire de porter ce fait à la connaissance du Secrétaire général afin que celui-ci puisse s'informer des motifs de l'arrestation ou de la détention. Cette exhortation figure dans un paragraphe visant des instances pénales et non civiles.

³³Pièce 106 du dossier du Secrétaire général.

³⁴Pièce 113 du dossier du Secrétaire général.

055

92. Il n'y a dans la résolution aucun autre élément ayant une incidence directe sur le problème dont la Cour est actuellement saisie³⁵.

93. Le rapport du 4 novembre 1981³⁶ a été suivi le 1^{er} décembre 1981 d'une déclaration faite devant la Cinquième Commission par le conseiller juridique³⁷, dans laquelle celui-ci a déclaré :

«le Secrétaire général proteste en l'espèce [c'est-à-dire en ce qui concerne les violations de l'immunité de juridiction] non contre le fait qu'un fonctionnaire a fait l'objet de poursuites judiciaires mais contre le fait qu'il [le Secrétaire général] n'a pu exercer le droit reconnu par les instruments internationaux en vigueur de déterminer en toute indépendance si un acte accompli à titre officiel était en cause ou non».

Cette observation — il faut le reconnaître — correspond plus ou moins au principe que le Secrétaire général invoque maintenant, mais elle ne renvoie pas elle-même à des exemples illustrant cette pratique. Dans la mesure où cette déclaration renvoie de façon générale au rapport précédent, on constate manifestement que ce rapport contient des exemples de non-application de la pratique plutôt que son application.

94. Le conseiller juridique a réaffirmé la position de l'Organisation des Nations Unies dans un mémorandum interne le 5 avril 1983³⁸. Un mémorandum interne, surtout s'il a été publié deux ans après les faits, n'ajoute rien à la pratique pertinente qui s'est développée.

95. La question revient ensuite dans un rapport du 25 octobre 1983³⁹ présenté par le Secrétaire général à la Cinquième Commission au sujet de fonctionnaires de l'UNRWA détenus au

³⁵On trouve au paragraphe 43 de l'exposé du Secrétaire général un certain nombre d'affirmations au sujet de la teneur de résolutions adoptées par l'Assemblée générale après 1981, dans lesquelles celle-ci confirme les responsabilités du Secrétaire général en ce qui a trait à l'immunité fonctionnelle dont jouissent tous les fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies. Mais ces références ne démontrent pas que le Secrétaire général a seul le pouvoir de déterminer si les actes ou les propos d'experts ont été accomplis ou tenus «au cours de leurs missions». Il n'est donc pas exact d'affirmer que «[l']Assemblée générale a donc confirmé le pouvoir exclusif qui appartient au Secrétaire général de déterminer l'étendue des devoirs et des fonctions des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies et demandé le respect de l'immunité fonctionnelle lorsqu'elle est invoquée par lui». L'Assemblée générale n'a pas dit que le Secrétaire général avait, dans une affaire civile du genre de celle qui nous intéresse en l'espèce, le droit de se substituer aux tribunaux nationaux. Et, même si l'Assemblée générale l'avait dit, cela suffirait-il pour ne pas tenir compte de la manière très claire dont les Membres de l'Organisation des Nations Unies ont traité cette question dans leur législation nationale ?

³⁶Pièce 113 du dossier du Secrétaire général.

³⁷Pièce 84 du dossier du Secrétaire général.

³⁸Pièce 85 du dossier du Secrétaire général.

³⁹Pièce 114 du dossier du Secrétaire général.

056

Liban. Le rapport fait état d'un échange de correspondances avec le Gouvernement israélien et, en particulier, d'une lettre du Secrétaire général datée du 28 juin 1983. Dans cette lettre⁴⁰, il est précisé ce qui suit selon le rapport : «le Secrétaire général s'est également référé au principe établi selon lequel il appartient exclusivement au Secrétaire général ... de déterminer l'étendue des obligations et des fonctions des fonctionnaires de l'ONU».

96. Le Secrétaire général a fait une autre brève allusion à la position qu'il a adoptée dans une lettre du 22 mai 1985 qu'il a adressée à un représentant permanent non désigné⁴¹.

97. Le document suivant dont le Secrétaire général fait état dans son exposé écrit est une lettre du 24 janvier 1995 adressée à l'une des missions à New York⁴². Dans cette lettre — qui n'est manifestement pas un document public et dans laquelle il a même supprimé le nom du destinataire — le Secrétaire général indique que

«l'Organisation des Nations Unies ne peut pas accepter, pour des raisons de principe, l'affirmation qui figure dans votre lettre selon laquelle : «Il appartient au tribunal ... de décider si les faits prétendument commis par M. ... qui constituent les motifs de cette action ont été accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles.»

98. Le dernier exemple où le Secrétaire général a affirmé ce principe est une autre note non rendue publique du 25 février 1998, adressée à un ministre des affaires étrangères qui n'est pas désigné. Dans cette note, le Secrétaire général «a pour position qu'il appartient *exclusivement* au Secrétaire général et non au gouvernement de ... [sans indication du nom du pays] de déterminer si certains mots ou actes relèvent de l'accomplissement d'une mission pour l'Organisation des Nations Unies».

99. Avant de faire un très bref résumé des éléments que le Secrétaire général invoque à l'appui de sa pratique et de mes observations à ce sujet, il nous faut nous pencher sur un fait très important, à savoir que le premier des éléments que le Secrétaire général, dans la série d'incidents qu'il invoque à l'appui de sa pratique, remonte au 11 février 1976, soit près de trente ans après l'adoption de la convention en 1946. Si ce principe que le Secrétaire général met en avant revêtait

⁴⁰Au paragraphe 8.

⁴¹Pièce 87 du dossier du Secrétaire général.

⁴²Pièce 100 du dossier du Secrétaire général.

057

une telle importance pour l'Organisation des Nations Unies, comment ne pas s'étonner qu'il n'en ait pas été question plus tôt. Les occasions n'ont pourtant pas manqué. En 1967, le Secrétariat a publié une grande étude intitulée «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 leur immunités». Cette étude a été établie dans le cadre de l'examen du point de l'ordre du jour de la Commission du droit international portant sur les relations entre les Etats et les organisations internationales. Le document a cent quatre-vingt-dix pages de texte dense dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*⁴³. Le chapitre portant sur les privilèges et immunités des fonctionnaires commence par une section de considérations générales qui ne mentionne nullement le prétendu principe ou la prétendue pratique⁴⁴.

100. La section suivante s'intitule «Décisions judiciaires». On y trouve le résumé de quatre affaires portées devant des juridictions internes contre des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies. Dans trois d'entre elles, il est tout à fait clair que la décision dépendait du constat que le fonctionnaire n'avait pas agi à titre officiel. Dans aucune d'entre elles, le Secrétaire général ne s'était prononcé sur la nature du comportement⁴⁵. Dans aucun de ces résumés, il n'est fait état du prétendu principe ou de la prétendue pratique. Suivent alors un certain nombre de sections qui n'ont rien à voir avec cette prétendue pratique et qui ne contiennent rien de pertinent. La section intitulée «Levée des privilèges et immunités des fonctionnaires»⁴⁶ ne contient aucun élément qui pourrait indiquer un rapport entre cette section et le principe et la pratique aujourd'hui invoqués.

101. On ne trouve dans cette partie de l'étude de 1967 aucun autre passage consacré à cette question, à l'exception d'une observation formulée dans la section intitulée «Règlement des différends» :

⁴³*Annuaire de la Commission du droit international*, 1967, vol. II, p. 168-359.

⁴⁴A partir de la page 291.

⁴⁵Voir *Westchester County c. Ranollo*, p. 295; *Etats-Unis c. Coplon*, *ibid.*; et *Ministère public de l'Etat de New York c. Coumatos*, p. 296.

⁴⁶P. 316.

«Lorsque le Secrétaire général décide que le différend implique le fonctionnaire dans sa qualité officielle et que les intérêts de l'ONU n'autorisent pas la levée de l'immunité, on s'est généralement efforcé de régler le différend à l'amiable avec le gouvernement intéressé au moyen de discussions et d'échanges de lettres»⁴⁷.

Il ne s'agit guère là, comme on peut s'en rendre compte, d'un énoncé direct du principe, voire de la pratique, qui, pour le Secrétaire général, revêt aujourd'hui une telle importance.

058

102. En bref, la prétendue «pratique établie» de l'Organisation des Nations Unies dans un domaine où le Secrétaire général vous affirme aujourd'hui qu'elle revêt une importance capitale pour les activités de l'Organisation a été totalement passée sous silence dans cette partie de l'étude de 1967 consacrée à l'Organisation des Nations Unies elle-même et n'a été mentionnée que de manière peu claire et incomplète dans la section portant sur les institutions spécialisées.

103. Comment pouvons-nous résumer les éléments que le Secrétaire général avance à l'appui de l'existence d'une pratique établie ? Un long silence pendant les trente premières années de la convention et surtout en 1967 lorsqu'il avait l'occasion de procéder à une évaluation approfondie de cette pratique lors d'un exposé exhaustif et systématique de la position de l'Organisation des Nations Unies, mais où il n'a en fait cité que des exemples allant en sens contraire; puis une note de protestation adressée en 1976 aux Etats-Unis, que ceux-ci n'ont manifestement pas acceptée et qui ne les a pas amenés à modifier leur position; viennent ensuite deux énoncés du principe en 1981 devant la Cinquième Commission dans le contexte d'un rapport portant sur des actions engagées au pénal et non au civil contre des fonctionnaires; et puis encore une déclaration devant la Cinquième Commission en 1983 dans un contexte où les observations qu'il a formulées étaient peu susceptibles d'avoir une audience plus large; une brève allusion à la question en 1985 et, pour terminer, une double réaffirmation du principe en 1995 et 1998 dans des documents non publics portés uniquement à l'attention de leurs destinataires anonymes. Ce ne sont guère là des éléments établissant une pratique étayant l'existence d'un principe fondamental.

104. Mais supposons, pour les besoins de l'argumentation et sans rien concéder quant à l'importance de cette série d'éléments, qu'ils puissent être considérés comme établissant la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de partie à la convention de 1946.

⁴⁷P. 328, par. 387.

Comment peut-on y voir la preuve de «l'accord ... intervenu entre les parties» au sujet de l'interprétation de la convention de 1946 ? Il n'y a qu'une réponse : c'est impossible. Nous ne nous trouvons pas dans une situation où les autres parties auraient acquiescé tacitement à la position défendue par le Secrétaire général. Elles n'auraient guère pu le faire compte tenu de la manière peu claire et embrouillée dont celui-ci a exprimé sa position.

059

105. Mais élément plus important : la pratique invoquée par le Secrétaire général, quelle qu'elle soit, est contredite par la pratique contraire largement suivie par les Etats parties à la convention qui ont fait connaître l'interprétation tout à fait différente qu'ils donnaient des obligations que la convention met à leur charge. Point n'est besoin ici que je répète ce que j'ai déjà dit au sujet de l'importance de la législation interne des Etats parties. On ne saurait ne pas en tenir compte. Il n'est pas non plus possible de ne pas tenir compte de la pratique telle qu'elle ressort des décisions judiciaires que j'ai déjà mentionnées. Ces éléments l'emportent largement en importance sur ceux que le Secrétaire général a invoqués à l'appui de sa prétendue «pratique». Pour la Malaisie, la prétendue pratique que le Secrétaire général invoque n'a guère de fondement.

Monsieur le président, le temps passe et je suis sûr que vous-même ainsi que Madame et Messieurs de la Cour en êtes conscients. Moi aussi. Cela me rappelle l'histoire d'un orateur qui disait : «Si vous regardez vos montres, cela ne m'inquiète pas. Par contre, si je vous vois porter votre montre à l'oreille et la secouer, là je m'inquiète.» Monsieur le président, j'ai encore besoin de vingt-cinq minutes environ pour terminer mon exposé. J'espère que vous me permettrez de poursuivre.

D. Le point de vue des auteurs

106. J'en viens maintenant aux points de vue exprimés par les auteurs qui se sont particulièrement attachés à étudier le droit des organisations internationales ou le droit des immunités. Seuls quelques-uns de ceux qui ont abordé ce sujet ont débattu de la question précise de savoir qui doit décider si un comportement entre dans le champ d'application d'une immunité fonctionnelle. On peut de façon générale regrouper les auteurs en quatre catégories — une seule de celles-ci, la plus réduite, appuie la position du Secrétaire général.

107. Dans la première catégorie, on retrouve ceux qui, bien qu'ils aient traité de façon générale de la question de l'immunité, n'ont pas relevé l'existence de ce problème. Leur silence à cet égard donne à penser qu'ils n'avaient pas conscience de son importance ou, plus vraisemblablement, qu'ils acceptent tacitement que cette question relève de la compétence des juridictions internes⁴⁸.

060

108. La deuxième catégorie se compose de publicistes qui discernent le problème sans le résoudre. Ils n'acceptent donc pas l'idée que l'organisation bénéficiaire détermine elle-même le champ d'application de ses propres fonctions. Les deux auteurs de cette catégorie figurent parmi les sommités du droit international.

109. Le premier est Kelsen. Dans son étude intitulée *The Law of the United Nations* (1950), il examine l'une des formules utilisées pour exprimer la notion de l'immunité relative, à savoir : «[I]es privilèges et immunités ... qui sont nécessaires». Pour lui, cette formule «exige qu'une autorité détermine ce qui est nécessaire à certaines fins»⁴⁹. Après avoir cité le rapport du comité IV/2 de la conférence de San Francisco, Kelsen poursuit en ces termes :

«Toutefois, l'interprétation du membre de phrase «[I]es privilèges et immunités qui ... sont nécessaires» ne fait pas foi — l'expression «ne fait pas foi» est de lui, et je pense qu'il veut dire qu'elle ne va pas de soi — et la Charte ne précise pas qui est compétent pour décider ce qui est «nécessaire.»

Il mentionne ensuite que le paragraphe 3 de l'article 105 prévoit que l'Assemblée générale peut faire «des recommandations en vue de fixer les détails d'application des paragraphes 1 et 2 du présent article» ou que «des conventions peuvent être conclues à cet effet entre les Membres et l'Organisation». Et il conclut en ces termes : «A défaut de convention, il est impossible d'imposer à un Membre une interprétation déterminée des dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 105». La convention de 1946 est évidemment celle que vise l'article 105. Le problème dont la Cour est aujourd'hui saisie trouve toutefois son origine dans le fait que les rédacteurs de la convention n'ont

⁴⁸On en trouvera un exemple dans le grand traité de MM. Schermers et Blokker intitulé *International Institutional Law* (1995). Bien que cet ouvrage comporte des passages consacrés à l'immunité de juridiction (par. 534 et 535), il n'aborde pas vraiment le problème de la qualification de la nature des actes officiels. Il en est de même de l'ouvrage plus récent de M. C.F. Amerasinghe intitulé *Principles of the Institutional Law of International Organisations*. La section qu'il consacre à l'immunité des fonctionnaires fait totalement l'impasse sur ce problème.

⁴⁹P. 341.

pas estimé que le problème de la qualification devait faire l'objet d'un traitement particulier et cela, selon toute vraisemblance, parce qu'il leur semblait manifeste que cette question serait tranchée d'abord par les tribunaux de l'Etat de résidence sous réserve de la faculté d'un arbitrage ou d'un recours devant la Cour internationale de Justice.

061

110. C'est dans l'ouvrage *International Immunities* publié en 1961 par C. W. Jenks que l'on trouve l'analyse la plus détaillée du problème, mais qui, elle non plus, n'aboutit à aucune conclusion. La Malaisie a déjà cité le passage pertinent dans ses observations⁵⁰. Jenks relève le problème pour ensuite déclarer qu'il semble y avoir trois moyens possibles d'éviter la difficulté en la matière. Le premier serait que la juridiction nationale saisie d'une question touchant au caractère officiel ou privé d'un acte donné accepte comme concluante toute affirmation par l'organisation internationale que l'acte avait un caractère officiel. C'est naturellement la position adoptée dans cette affaire par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Mais il convient de relever que Jenks ne considère pas qu'il s'agit là de la seule solution possible ou qu'elle est nécessairement la bonne. Il passe ensuite au deuxième moyen qui serait que le tribunal accepte comme concluante en la matière une déclaration faite par le pouvoir exécutif du pays où se sont produits les faits, attestant le caractère officiel de l'acte. Et le troisième moyen consisterait à recourir à l'arbitrage international et à suspendre la procédure devant les tribunaux nationaux en attendant l'issue de l'arbitrage. Il reconnaît qu'il se peut qu'aucune de ces trois solutions ne soit applicable dans tous les cas. La première pourrait n'être aisément acceptable que dans les cas les plus clairs et la deuxième n'est possible que si le gouvernement du pays où les faits se sont produits partage le point de vue de l'organisation internationale au sujet du caractère officiel de l'acte. Il conclut que «ces différentes possibilités, en se combinant entre elles, peuvent offrir les éléments d'une solution au problème».⁵¹

⁵⁰P. 117-118.

⁵¹Le point de vue de Jenks a été repris, sans qu'il en soit fait expressément mention, par M. Bowett dans son ouvrage intitulé *The Law of International Institutions* (2^e éd., 1982, p. 356). Il a fait état du problème et mentionné les possibilités de solution dans le passage suivant :

«Cela soulève le problème — qui n'a pas de solution manifeste — de déterminer qui statue sur le caractère officiel ou privé d'un acte donné. Un tribunal interne pourrait accepter comme concluante une

111. Il ne fait donc aucun doute que Jenks, le mieux informé et le plus doué de sens pratique des spécialistes du droit des organisations internationales de son époque, était conscient du problème. Néanmoins, écrivant sur la question en 1961, soit quelque 15 ans après l'adoption de la convention de 1946, il n'a trouvé dans la pratique de l'Organisation des Nations Unies, ou d'autres organisations internationales, aucune base lui permettant d'affirmer que la seule approche correcte était celle que revendique à présent le Secrétaire général. Il n'a pas davantage fait mention de cette approche comme d'une règle de droit effective ou même d'une pratique constante.

062

112. Une troisième catégorie d'auteurs admet sans ambiguïté que c'est au tribunal national qu'il revient de statuer sur le caractère de la conduite en question. L'auteur de *Restatement of the Law, (Third), Foreign Relations Law of the United States* (1986) aborde le problème sans détours. Après avoir noté que les fonctionnaires des organisations internationales jouissent d'une immunité de juridiction «dans l'exercice de leurs fonctions officielles», il conclut :

«C'est au tribunal devant lequel l'instance est introduite qu'il appartient de déterminer si une personne a accompli un acte en sa qualité officielle; mais, si l'organisation internationale conteste les conclusions du tribunal [c'est-à-dire après que celui-ci a rendu sa décision], le différend qui oppose l'Organisation et l'Etat du for doit être résolu par la voie de la négociation, par un mode de règlement convenu d'un commun accord ou par la Cour internationale de Justice.»⁵² [Traduction du Greffe.]

Mais toujours en premier lieu devant les tribunaux de l'Etat.

113. Enfin, s'agissant de la quatrième et dernière catégorie, il existe au moins un auteur qui défend la position du Secrétaire général. Dans son commentaire de la Charte des Nations Unies, M. Simma remarque, au sujet de l'article 105 de la Charte, qu'«avec juste raison, l'Organisation des Nations Unies se déclare seule compétente pour décider — en règle générale et au cas par cas — de ce qu'est un acte officiel. L'immunité dont jouit l'Organisation des Nations Unies serait en péril s'il fallait laisser aux tribunaux nationaux le soin d'examiner et de trancher la question en premier». [Traduction du Greffe.] Cependant, il s'agit là de toute évidence d'une analyse assez superficielle — et fort peu convaincante — dans un ouvrage où l'on pouvait s'attendre à mieux.

déclaration émanant de l'organisation ou du pouvoir exécutif de l'Etat où les faits se sont produits ou l'instance pourrait être suspendue jusqu'à ce que la question soit soumise à l'arbitrage. Il y a certes un risque de divergence de vues entre l'Organisation et les tribunaux internes.»

⁵²P. 512.

114. La conclusion qu'il convient, selon nous, de tirer de ce tour d'horizon des avis d'un certain nombre de publicistes qui ont écrit sur la question ou sur ses aspects connexes (et il en existe sans aucun doute bien d'autres — à tel point qu'il m'aurait été impossible de les examiner tous dans le temps qui m'était imparti) est la suivante : il se peut que le point de vue soutenu par le Secrétaire général ne se soit pas imposé comme la seule solution ou celle qui tombe sous le sens. Personne, assurément, n'a cherché à expliquer la présente position du Secrétaire général comme une relecture de la convention de 1946 à la lumière de la pratique. De même, personne, à l'évidence, n'a considéré que la position du Secrétaire général découlait d'une interprétation littérale du texte de la convention de 1946. Dans ces conditions, nous voilà revenus à l'analyse qui constituait la première partie de notre argumentation, à savoir que rien ne justifie que l'on n'appréhende pas les immunités dont jouissent les organisations internationales sur les mêmes bases que les immunités reconnues aux Etats, aux diplomates, aux agents consulaires et aux forces armées étrangères.

063

6. Examen de quelques autres arguments avancés par le Secrétaire général

115. Le Secrétaire général a attaché un certain poids⁵³ au fait qu'aux termes des dispositions de la section 30, toute contestation portant sur l'interprétation ou l'application de la convention doit être portée devant la Cour internationale de Justice par la voie d'une requête pour avis consultatif. Cependant, la conclusion que son représentant tire dans son exposé de l'existence de la section 30 ne découle nullement de ce qui la précède. Cette conclusion est énoncée en ces termes dans la dernière phrase du paragraphe 39 :

«Le caractère impératif donné à cette procédure [c'est-à-dire l'article 30] démontre la faiblesse de la prétention selon laquelle les tribunaux nationaux peuvent trancher la question de savoir si certains mots ont été prononcés ou écrits ou certains actes ont été commis dans l'accomplissement d'une mission pour l'Organisation des Nations Unies.»

La Malaisie voit les choses tout autrement. Le caractère obligatoire de la procédure décrite à la section 30 en cas de contestation portant sur l'application de la convention s'explique par la possibilité qu'un tribunal national, ayant statué sur la question de savoir si des propos ont été tenus

⁵³Voir par. 39.

ou des écrits publiés dans le cadre d'une mission pour l'Organisation des Nations Unies, aboutisse à une conclusion avec laquelle le Secrétaire général est en désaccord. En pareil cas, la Malaisie accepte la perspective d'un recours devant la présente Cour. Cela ne remet toutefois pas en cause la nécessité de saisir tout d'abord un tribunal national de la question. Ce dont il est, en effet, ici question, c'est de la nécessité d'épuiser les voies de recours internes avant de convenir de porter l'affaire devant une instance internationale.

0 6 4 116. Le Secrétaire général cherche⁵⁴ ensuite à tirer de l'avis consultatif rendu par la Cour dans l'affaire de la *Réparation* et de l'obligation qui y est reconnue comme s'imposant à l'Organisation d'exercer, dans une certaine mesure, une protection fonctionnelle de ses agents, la conclusion qu'il appartient au Secrétaire général d'accorder aux experts en mission la protection fonctionnelle à laquelle ils ont droit quand ils agissent dans l'accomplissement de leur mission pour l'Organisation des Nations Unies. S'il s'agissait d'une proposition de caractère général, la Malaisie ne la contesterait pas. Mais, à moins que l'expert se soit vu refuser une immunité à laquelle il peut objectivement et légitimement prétendre, rien ne nécessite sa protection.

117. Le Secrétaire général rappelle aussi les dispositions de l'article 1.8 du statut du personnel⁵⁵, où il est réaffirmé que les immunités et privilèges reconnus à l'Organisation des Nations Unies sont conférés dans l'intérêt de l'Organisation et que les fonctionnaires qui en jouissent rendent compte au Secrétaire général dans tous les cas où ces immunités sont en cause. Une fois encore, le Secrétaire général affirme qu'il a *seul* qualité pour décider s'il y a lieu de lever une immunité. Une fois encore, cependant, il parvient à une conclusion sans rapport avec ses prémisses. Puis il ajoute ce qui suit : «le caractère exclusivement international des responsabilités de l'Organisation et de ses agents, fonctionnaires et experts en mission, ne peut pas être maintenu également et uniformément dans tout le monde si ces responsabilités peuvent donner lieu à contestation devant les tribunaux nationaux de chaque Etat Membre». Cette observation ne découle nullement de ce qui précède. Elle ne se fonde pas davantage sur une thèse ou une autorité

⁵⁴Voir par. 40.

⁵⁵Voir par. 41.

065

quelconque. Elle confond le postulat selon lequel les responsabilités de l'Organisation et de ses agents ont un caractère international (postulat que ne conteste pas la Malaisie) avec une prétendue conséquence juridique, à savoir que ce caractère international ne saurait être maintenu également et uniformément dans le monde entier si les responsabilités de ces fonctionnaires et experts «peuvent donner lieu à contestation devant les tribunaux nationaux de chaque Etat Membre». On voit mal le lien existant entre la prémisse et la conclusion. Une nouvelle fois, le point important est que l'argument méconnaît le fait que les immunités ne s'appliquent qu'aux actes accomplis par les bénéficiaires «au cours de leur mission». Il est en tout état de cause impossible de maintenir également et uniformément dans le monde entier la définition de ce qu'est un acte accompli au cours d'une mission officielle quand les responsabilités des fonctionnaires ou des experts diffèrent de toute évidence selon les pays et selon les circonstances. En outre, il y a lieu de se demander si les difficultés rencontrées par l'Organisation des Nations Unies à cet égard sont différentes de celles auxquelles les Etats sont eux-mêmes confrontés du fait de la diversité non moins grande des approches nationales quand ils invoquent l'immunité de l'Etat, l'immunité diplomatique ou consulaire ou l'immunité de leurs forces armées à l'étranger.

118. Il faut bien voir que la question dont est à présent saisie la Cour n'a jamais fait l'objet d'un débat général ou particulier. La raison en est peut-être que le Secrétaire général a estimé que, si un débat devait avoir lieu, il risquait de faire apparaître une divergence d'opinions qui serait tout à fait incompatible avec sa position; et il se pourrait qu'il en ait conclu que, dans ces conditions, mieux valait rester dans le flou que s'exposer à un désaccord exprimé ouvertement.

119. Dans ces circonstances, quelle attitude convient-il d'adopter lorsque des poursuites sont engagées devant une instance civile à l'encontre de fonctionnaires ou d'experts de l'Organisation des Nations Unies ? Loin de nous l'intention d'alourdir encore la tâche écrasante dont le Secrétaire général s'acquitte si admirablement. La Malaisie a beaucoup d'admiration pour la manière dont le Secrétaire général et ses collaborateurs assument leurs lourdes responsabilités. Dans le même temps, la Malaisie estime que le Secrétaire général doit agir dans le cadre juridique prescrit. Ce qui est vrai de n'importe quel organe des Nations Unies l'est tout autant du Secrétaire général. Si certains aspects des règles auxquelles il est tenu de se conformer suscitent le doute ou demeurent

obscur, il est de son devoir de les porter à l'attention de l'ensemble des membres de l'Organisation de manière spécifique et au grand jour afin que les problèmes puissent être résolus ouvertement et efficacement.

0 6 6

120. S'agissant de la qualification de la conduite dans le cadre de l'immunité fonctionnelle, les options sont limitées même si le choix risque de ne pas être facile. Wilfred Jenks les avait anticipées il y a de cela 37 ans. Si le Secrétaire général maintient qu'il appartient à lui et à lui seul de déterminer le caractère de la conduite en question, soit il faut amender la convention générale, soit le Secrétaire général doit négocier avec les Etats Membres sur une base bilatérale en vue d'établir expressément le droit qu'il revendique à présent. La Malaisie ne se serait pas nécessairement opposée à des modifications de la situation actuelle effectuées par la voie d'un accord et dans le plein respect de la souveraineté des parties à la convention de 1946. En revanche, la Malaisie ne peut accepter d'être la cible des critiques de la communauté internationale parce qu'elle s'en est tenue résolument à une position qui est en tous points conforme à la genèse et aux principes du système de l'immunité internationale — position qui n'a jamais été ouvertement contestée et que partagent un certain nombre d'autres Etats Membres.

121. Il est certes regrettable que la présente divergence d'opinions entre la Malaisie et le Secrétaire général se soit produite dans le cadre des travaux de la Commission des droits de l'homme. En adoptant une position qui peut paraître peu propice à la promotion des droits de l'homme dans la sphère judiciaire, la Malaisie s'expose à la réprobation de ceux qui sont de manière générale favorables à la promotion et à la protection des droits de l'homme, sans connaître nécessairement tous les détails de la présente situation juridique. Nous voyons un différend de caractère purement juridique prendre une connotation affective et cela est regrettable. Le Secrétaire général a affirmé⁵⁶ que : «si le jugement incombait aux tribunaux nationaux, cela tendrait inévitablement à neutraliser, et au cas où le mouvement s'accroîtrait, à mettre éventuellement en danger tout le mécanisme des droits de l'homme mis en place dans le système des Nations Unies». C'est là une exagération qui va très au-delà de ce qu'exige la situation présente et rompt avec

⁵⁶Voir par. 55.

l'admirable souci d'impartialité et d'objectivité auquel obéissent en règle générale les travaux du Secrétariat. La Malaisie doit demander à la Cour de faire abstraction de ce type de généralisation qui constitue implicitement un affront pour tous les systèmes judiciaires nationaux que le rapporteur spécial était chargé d'examiner. Si les affirmations du Secrétaire général sont exactes, alors la tâche qui consiste à renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire au sein des systèmes juridiques nationaux n'est pas prête d'être menée à bien.

067

DEUXIEME PARTIE

7. La deuxième question : Les obligations juridiques de la Malaisie

122. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, j'en ai fini avec la première partie de mon exposé; la deuxième partie ne me prendra que quelques instants. Il me reste à commenter «les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce». Mon argumentation à cet égard découle directement de la teneur de mes observations concernant la question principale. La Malaisie soutient que ses obligations aux termes de la convention de 1946 consistent à veiller à ce que ses tribunaux s'acquittent convenablement de leurs devoirs lorsqu'ils ont à connaître d'affaires dans lesquelles est invoquée une immunité, ainsi que je l'ai déjà dit au début de mon exposé. Je n'y reviendrai donc pas. En l'absence de modifications apportées au système actuel par la voie conventionnelle, incorporées au droit interne par l'adoption d'une législation appropriée, la Malaisie ne peut accepter que le pouvoir exécutif s'immisce, de quelque façon que ce soit, dans le cours normal de la procédure judiciaire en dehors du rôle qui lui est actuellement reconnu de délivrer un certificat. La Malaisie se permet de penser que ce qui est valable pour elle l'est aussi probablement pour de nombreux autres membres de l'Organisation des Nations Unies, en particulier pour les Etats qui ont une tradition de common law.

123. Le Secrétaire général laisse entendre⁵⁷ que si le Gouvernement malaisien se trouvait en désaccord avec lui au sujet de l'immunité de juridiction du rapporteur spécial, il lui était possible d'invoquer le mécanisme de règlement des différends prévu à la section 29 de la convention. La Malaisie ne peut pas laisser une telle remarque sans réponse. La section 29 ne prévoit pas en

⁵⁷Voir par. 61.

068

elle-même de mécanisme de règlement des différends et celui qu'elle évoque n'a pas encore été institué. Par conséquent, il n'existait aucun mécanisme auquel la Malaisie aurait pu recourir en vertu de cette section. En tout état de cause, il n'est pas certain qu'il appartenait à la Malaisie, en tant qu'Etat, de prendre l'initiative aux termes de cette section. Il semble que la section 29 envisage la possibilité d'une procédure civile entre le requérant et le défendeur invoquant une immunité. A en juger par sa formulation, elle ne s'applique pas aux différends opposant un Etat partie à la convention et l'Organisation des Nations Unies. De tels différends relèvent de la section 30. Et, à cet égard, même si la Malaisie pouvait prendre une initiative, il aurait fallu que quelque organe autorisé des Nations Unies consente en fait à requérir l'avis consultatif de la Cour. La Malaisie ne peut d'aucune manière prendre directement l'initiative d'introduire une requête pour avis consultatif.

124. La vérité est que toute initiative devait être le fait du Secrétaire général comme ce fut finalement le cas après que le Conseil économique et social eut été saisi de la question. A ce stade, il s'agissait non pas d'un différend opposant devant une juridiction civile malaisienne des plaignants et le rapporteur spécial, mais d'un différend entre le Secrétaire général et la Malaisie, le premier prétendant, ce que conteste la seconde, qu'il pouvait écarter la compétence interlocutoire des tribunaux malaisiens pour statuer à titre préjudiciel sur la nature de la conduite en question.

125. Enfin, le Secrétaire général a soutenu que c'est en définitive au Gouvernement malaisien qu'il incombe d'assumer tous frais et dépens ou dommages-intérêts découlant de l'instance engagée devant la Cour internationale. Compte tenu de tout ce que la Malaisie a jusqu'à présent soutenu devant la Cour, cette affirmation apparaît tout à fait prématurée. Comme c'est l'usage, les frais engagés dans le cadre de la procédure civile seront mis à la charge de la partie qui succombe à moins que le tribunal malaisien n'en dispose autrement dans sa décision. En ce qui concerne les frais encourus par l'Organisation des Nations Unies ou par la Malaisie dans le cadre de l'instance introduite devant la présente Cour, c'est à cette dernière qu'il appartient de se prononcer, après avoir entendu les conclusions que les parties pourront présenter, à la suite et à la lumière de l'avis qu'elle rendra.

126. Monsieur le président, Madame et Messieurs les membres de la Cour, me voici parvenu au terme des conclusions orales que j'ai été chargé de présenter au nom du Gouvernement

malaisien. Est-il besoin de le dire, je regrette d'avoir dû être aussi long, mais étant donné la nature des questions et des argumentations qui vous ont été précédemment soumises, j'aurais failli à ma tâche si je m'étais abstenu de vous présenter cette analyse et ces textes faisant autorité, ce que n'avait fait aucun des Etats participant à cette instance. J'espère que vous ne jugerez pas erronée mon appréciation des exigences de la situation.

127. Monsieur le président, Madame et Messieurs les membres de la Cour, je vous remercie de la patience dont vous avez fait preuve à mon égard.

0 6 9

Le PRESIDENT : Je vous remercie, sir Elihu. Certains membres de la Cour souhaitent poser des questions. Je donne tout d'abord la parole à M. Vereshchetin.

Question de M. Vereshchetin

M. VERESHCHETIN : Je vous remercie, Monsieur le président. Je souhaiterais poser au Secrétaire général 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* [italiques ajoutées] 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 ?

Le PRESIDENT : Je vous remercie. Je donne maintenant la parole à Mme Higgins.

Question de Mme Higgins

Mme HIGGINS : J'ai deux questions à poser au Secrétaire général. Tout d'abord, 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 ? Deuxièmement, 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 ?

Le PRESIDENT : Je vous remercie. L'audience de ce matin s'achève sur ces questions. La Cour envisage, à la lumière des vues exprimées par certains des participants au cours de ces audiences, de leur laisser la possibilité de soumettre leurs observations sur les positions qui ont été exposées. Je propose qu'elle les entende jeudi si toutes les parties concernées sont en mesure d'être représentées à l'audience à cette date, sinon par l'ensemble de leurs délégations respectives, du moins par quelques-uns de leurs membres. La Cour fait cette proposition à la lumière des consultations qui ont eu lieu sur ce point, et donc des préparatifs faits sur la base de ces consultations. Cela convient-il aux participants qui envisagent de faire de nouvelles déclarations ? La Cour prévoirait donc de siéger cette même semaine dans la matinée de jeudi à partir de 10 heures, cette audience mettant en principe un terme à la procédure orale.

070

M. Corell, souhaitez-vous faire des commentaires ?

M. CORELL : Je vous remercie, M. le président. Puis-je rapidement consulter ma délégation avant que vous ne preniez une décision ? Je vous remercie.

Le PRESIDENT : S'il vous plaît, Madame le *Solicitor-General*, souhaitez-vous faire un commentaire ?

DATO' HELILIAH YUSOF : S'il plaît à la Cour, sa proposition nous agréée. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup, Madame le *Solicitor-General*. M. Corell, s'il vous plaît ?

M. CORELL : Je vous remercie beaucoup, Monsieur le président, de votre indulgence. Je viens de consulter les membres de ma délégation et la proposition nous agréée également. Je me dois d'ajouter que la raison pour laquelle je souhaitais réfléchir avant de donner ma réponse est que

la déclaration faite par le conseil de la Malaisie appelle de notre part des recherches approfondies, mais nous pouvons accepter la proposition de la Cour. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup. Le fait que les audiences ne reprennent que jeudi devrait vous laisser plus de temps pour procéder à ces recherches.

071 Nous en avons fini, me semble-t-il, avec l'audience d'aujourd'hui. Je voudrais remercier toutes les personnes qui ont pris part à la procédure hier et aujourd'hui pour l'excellente qualité de leurs exposés. La Cour attend avec intérêt les nouvelles observations qui seront formulées jeudi. Les personnes qui souhaitent prendre la parole sont invitées naturellement à confirmer leurs intentions au greffier. L'audience est levée.

L'audience est levée à 13 h 15.
