

SEPARATE OPINION OF JUDGE ODA

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
1. INTRODUCTION	1-2
2. MODIFICATION OF THE QUESTIONS TO BE PUT TO THE COURT	3-6
3. IRRELEVANCY OF THE SECRETARY-GENERAL'S "EXCLUSIVE AUTHORITY"	7-10
4. MR. CUMARASWAMY'S LEGAL IMMUNITY — DIFFERENCE BETWEEN THE UNITED NATIONS AND MALAYSIA ON THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE CONVENTION	11-17
5. EXEMPTION FROM TAXED COSTS	18-19
6. DECISION ON IMMUNITY BY THE MALAYSIAN COURTS <i>IN LIMINE LITIS</i>	20-22
7. LEGAL OBLIGATION OF MALAYSIA	23-26

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
1. INTRODUCTION	1-2
2. MODIFICATION DE L'ÉNONCÉ DES QUESTIONS À POSER À LA COUR	3-6
3. LE « POUVOIR EXCLUSIF » DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL N'EST PAS EN CAUSE	7-10
4. IMMUNITÉ JURIDIQUE DE M. CUMARASWAMY — DIFFÉREND ENTRE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET LA MALAISIE SUR L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DE LA CONVENTION	11-17
5. EXONÉRATION DES OBLIGATIONS FINANCIÈRES	18-19
6. DÉCISION SUR L'IMMUNITÉ DES TRIBUNAUX MALAISIEIS <i>IN LIMINE LITIS</i>	20-22
7. OBLIGATIONS JURIDIQUES DE LA MALAISIE	23-26

1. INTRODUCTION

1. I voted in favour of paragraphs (1) (a), (1) (b), (2) (b) and (3) of the operative part of the Court's Advisory Opinion, which mainly relate to the application of the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (hereinafter called "the Convention") in the case of Mr. Cumaraswamy, Special Rapporteur of the United Nations Commission on Human Rights on the independence of judges and lawyers. However, I voted against paragraph (2) (a) and paragraph (4) of the operative part, which involve the legal obligations of Malaysia in this case.

2. Before explaining the reasons behind my voting position on each of the paragraphs of the operative part, I would like to present my general views on the Court's Advisory Opinion as a whole. I am of the view that the Court has not necessarily given an adequate response to the questions set out in decision 1998/297 by the Economic and Social Council (hereinafter called "ECOSOC"), even though the Court's intention in paragraphs (1) (a), (1) (b) and (3) of the operative part appears to be to respond to the *first question* put forward by ECOSOC, while the intention of paragraphs (2) (a), (2) (b) and (4) of the operative part is to respond to the *second question* put forward by ECOSOC.

2. MODIFICATION OF THE QUESTIONS TO BE PUT TO THE COURT

3. First of all, I must point out the peculiarities of the present case. As correctly stated in paragraphs 20, 35 and 37 of the Advisory Opinion, the original text of the questions to be put before the Court prepared by the United Nations Secretary-General for ECOSOC was different from the text of the questions which were in fact spelled out in ECOSOC's decision 1998/297 dated 5 August 1998.

4. The text which the Secretary-General originally prepared in his note of 28 July 1998 on the "Privileges and Immunities of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Independence of Judges and Lawyers" was drafted in order to find out whether:

"the Secretary-General . . . ha[s] the exclusive authority to determine whether words were spoken [by Mr. Cumaraswamy] in the course of the performance of a mission for the United Nations within the meaning of Section 22 (b) of the Convention" (E/1998/94, para. 21).

The form of the questions was changed in a somewhat abrupt manner when, following informal consultations, the draft decision was formulated by the Vice-President of ECOSOC on 5 August 1998 (E/1998/L.49/Rev.1) and was adopted by ECOSOC on the same day, as decision 1998/297. The questions to be put to the Court in ECOSOC's draft decision

1. INTRODUCTION

1. J'ai voté en faveur des alinéas 1 a), 1 b), 2 b) et 3 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour, qui ont principalement trait à l'application de la convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies (ci-après dénommée la «convention») au cas de M. Cumaraswamy, rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats. J'ai toutefois voté contre les alinéas 2 a) et 4 du dispositif, qui concernent les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce.

2. Avant d'expliquer mon vote sur chacun des alinéas du paragraphe du dispositif, je souhaiterais exposer mes vues générales sur l'avis consultatif de la Cour dans son ensemble. J'estime que la Cour n'a pas nécessairement donné une réponse adéquate aux questions posées dans la décision 1998/297 du Conseil économique et social, même si aux alinéas 1 a), 1 b) et 3 du paragraphe du dispositif la Cour semble vouloir répondre à la *première question* posée par le Conseil économique et social et si aux alinéas 2 a), 2 b) et 4 elle semble répondre à la *seconde question*.

2. MODIFICATION DE L'ÉNONCÉ DES QUESTIONS À POSER À LA COUR

3. Je dois tout d'abord souligner les particularités de la présente espèce. Comme indiqué à juste titre aux paragraphes 20, 35 et 37 de l'avis consultatif, le texte original des questions à poser à la Cour tel qu'il avait été établi par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies à l'intention du Conseil économique et social était différent du texte des questions qui ont en fait été posées dans la décision 1998/297 du Conseil économique et social en date du 5 août 1998.

4. Le texte de la question posée à l'origine dans la note du Secrétaire général du 28 juillet 1998 intitulée «Privilèges et immunités du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats» était le suivant :

«le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a-t-il exclusivement autorité pour déterminer si lesdites paroles ont été prononcées [par M. Cumaraswamy] au cours [de sa] mission pour l'Organisation, au sens de la section 22 b) de la convention [sur les privilèges et immunités des Nations Unies]?» (E/1998/94, par. 21).

Les questions ont été modifiées dans leur forme de manière assez soudaine lorsque, à l'issue de consultations officieuses, le projet de décision a été formulé par le vice-président du Conseil économique et social le 5 août 1998 (E/1998/L.49/Rev.1) et adopté ce même jour par le Conseil en tant que décision 1998/297. Les questions à poser à la Cour énoncées

thus formulated (as quoted in paragraph 6 below) differed significantly from what the Secretary-General had originally suggested one week before on 28 July 1998, as quoted above.

5. The circumstances in which the change to the draft occurred are not known outside of ECOSOC itself, as the Court explains in paragraph 37 of the Court's Advisory Opinion:

“Although the Summary Records of [ECOSOC] do not expressly address the matter, it is clear that [ECOSOC], as the organ entitled to put the request to the Court, did not adopt the questions set forth at the conclusion of the note by the Secretary-General, but instead formulated its own question in terms which were not contested at that time.”

The Court now has to respond to the questions presented in that final form by ECOSOC, as it correctly goes on to state in that same paragraph: “the Court will now answer the question as formulated by [ECOSOC]”.

6. Whatever the reasons were behind the change in the questions, it is the task of the Court to respond to the questions which were actually put forward by ECOSOC, the *first* of which concerned:

“the legal question of the applicability of Article VI, Section 22, of the [Convention] in the case of [Mr.] Cumaraswamy as Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the independence of judges and lawyers, taking into account the circumstances set out in paragraphs 1 to 15 of the note by the Secretary-General”.

It appears to me, as already stated in paragraph 2 of this opinion, that the Court responds to this question in paragraphs (1) (a) and (1) (b) of the operative part of the Advisory Opinion; paragraph (3) also appears to be the Court's response to the first question, of which an explanation is given in Section 5 of this opinion (see paragraph 18 below).

3. IRRELEVANCY OF THE SECRETARY-GENERAL'S "EXCLUSIVE AUTHORITY"

7. The Court is now requested, under Article VIII, Section 30, of the Convention, to give an advisory opinion on “[a] legal question involved” in “a difference . . . between the United Nations on the one hand and [Malaysia] on the other hand” as spelled out in the *first question* in ECOSOC's decision.

8. The authority of the Secretary-General is in fact not directly at issue, even though the arguments of both the Parties to the difference, namely the United Nations and Malaysia, in the written and oral plead-

dans le projet de décision du Conseil économique et social ainsi formulé (cité au paragraphe 6 ci-après) étaient sensiblement différentes de ce qu'avait proposé initialement le Secrétaire général une semaine plus tôt, le 28 juillet 1998, dans sa note citée ci-dessus.

5. Les circonstances dans lesquelles le projet a été modifié ne sont pas connues en dehors du Conseil économique et social lui-même, comme l'explique la Cour au paragraphe 37 de son avis consultatif:

«Même si les comptes rendus analytiques du Conseil [économique et social] ne font pas expressément état de ce point, il est clair que le Conseil, auquel il appartenait de présenter la demande à la Cour, n'a pas adopté les questions énoncées dans la conclusion de la note du Secrétaire général, mais a préféré formuler sa propre question en des termes qui n'ont pas été contestés à l'époque.»

La Cour doit maintenant répondre aux questions posées sous cette forme définitive par le Conseil économique et social, comme elle le dit à bon droit dans ce même paragraphe: «La Cour répondra maintenant à la question telle que formulée par le Conseil [économique et social].»

6. Quelles que soient les raisons pour lesquelles les questions ont été modifiées, il appartient à la Cour de répondre aux questions qui ont été effectivement posées par le Conseil économique et social, et dont la première portait 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 [M.] Cumaraswamy, en tant que rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, en tenant compte des paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général».

Il me semble, comme je l'ai déjà indiqué au paragraphe 2 de la présente opinion, que la Cour répond à cette question aux alinéas 1 *a*) et 1 *b*) du dispositif de l'avis consultatif; elle semble répondre également à la première question à l'alinéa 3, qui est analysé à la section 5 de la présente opinion (voir le paragraphe 18 ci-après).

3. LE «POUVOIR EXCLUSIF» DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL N'EST PAS EN CAUSE

7. Il est demandé maintenant à la Cour, eu égard à la section 30 de l'article VIII de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de donner un avis consultatif sur «[un] point de droit» dans «un différend [surgi] entre l'Organisation des Nations Unies, d'une part, et [la Malaisie], d'autre part», comme indiqué dans la *première question* énoncée dans la décision du Conseil économique et social.

8. Le pouvoir du Secrétaire général n'est en fait pas directement en cause, même si c'est sur cette question que les deux Parties au différend, à savoir l'Organisation des Nations Unies et la Malaisie, dans leurs écri-

ings, as well as the arguments of those States which participated in the proceedings, were largely concentrated on that very issue. While the Advisory Opinion discussed the arguments of the Parties on this matter (cf. paras. 32, 33 and 34), the Court's conclusions in paragraphs (1) (a) and (1) (b) of the operative part of the Advisory Opinion were not in fact founded on the United Nations Secretary-General's allegedly authoritative determination with regard to the applicability of the Convention in the case of Mr. Cumaraswamy or to Mr. Cumaraswamy's entitlement to immunity from Malaysian legal process.

9. The Secretary-General's alleged primary responsibility and definitive authority are irrelevant in this respect in relation to the question put to the Court by ECOSOC. I find it difficult to see why the Court is so very much concerned with the authority purported to be vested in the United Nations Secretary-General. The Court states in paragraph 49 that: "[ECOSOC] wishes to be informed of the Court's opinion as to whether . . . the Secretary-General's finding that the Special Rapporteur acted in the course of the performance of his mission is correct"; in paragraph 50, that: "[t]he Secretary-General, as the chief administrative officer of the Organization, has the authority and the responsibility to exercise the necessary protection where required"; in paragraph 51, that: "the Secretary-General has the primary responsibility and authority to protect the interests of the Organization and its agents, including experts on mission"; in paragraph 52, that: "the Secretary-General . . . has on numerous occasions informed the Government of Malaysia of his finding"; and, in paragraph 56, that: "the Court is of the opinion that the Secretary-General correctly found [in this matter]".

10. I do not contest the substance of what the Court thus stated in its Advisory Opinion in connection with the authority of the Secretary-General. However, it is not for the Secretary-General *but for the Court* to exercise the authority vested in it to make a determination, at the request of ECOSOC, on the applicability of the Convention, and on Mr. Cumaraswamy's entitlement to immunity.

4. MR. CUMARASWAMY'S LEGAL IMMUNITY — DIFFERENCE BETWEEN THE UNITED NATIONS AND MALAYSIA ON THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE CONVENTION

11. The statement in paragraph (1) (a) of the operative part of the Advisory Opinion that "[the Convention] is applicable in the case of [Mr.] Cumaraswamy as Special Rapporteur of the Commission on Human Rights" is self-evident, since Mr. Cumaraswamy was duly appointed as a "Special Rapporteur" of the Commission, and "experts" under that Convention are interpreted to include "special rapporteurs" appointed by the United Nations.

tures comme lors de la procédure orale, et les Etats qui ont participé à la procédure ont largement concentré leurs arguments. Dans son avis consultatif, la Cour analyse les arguments des Parties sur cette question (voir les paragraphes 32, 33 et 34), mais les conclusions auxquelles elle aboutit aux alinéas 1 *a*) et 1 *b*) du dispositif de l'avis consultatif ne sont en fait pas fondées sur la décision présentée comme obligatoire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies concernant l'applicabilité de la convention au cas de M. Cumaraswamy ou le droit de M. Cumaraswamy à l'immunité de juridiction devant les tribunaux malaisiens.

9. La responsabilité principale et le pouvoir de dernier ressort qu'aurait le Secrétaire général ne sont pas pertinents à cet égard vu la question posée par le Conseil économique et social à la Cour. Je vois mal pourquoi la Cour est à ce point préoccupée par le pouvoir dont le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies serait investi. La Cour déclare au paragraphe 49 que: «le Conseil [économique et social] souhaite être informé de l'avis de la Cour sur la question de savoir si ... le Secrétaire général a conclu à bon droit que le rapporteur spécial a agi au cours de sa mission»; au paragraphe 50 que: «En sa qualité de plus haut fonctionnaire de l'Organisation, [le Secrétaire général] a le pouvoir et la responsabilité d'assurer la protection nécessaire lorsque besoin en est»; au paragraphe 51 que: «c'est au Secrétaire général que sont principalement conférés la responsabilité et le pouvoir de protéger les intérêts de l'Organisation et de ses agents, y compris les experts en missions»; au paragraphe 52 que: «le Secrétaire général ... a informé à de nombreuses reprises le Gouvernement malaisien de sa conclusion»; et au paragraphe 56 que: «la Cour est d'avis que [le Secrétaire général] a conclu à bon droit [en la matière]».

10. Je ne conteste pas, quant au fond, ce que la Cour a ainsi déclaré, dans son avis consultatif, à propos du pouvoir du Secrétaire général. Mais *c'est à la Cour* et non au Secrétaire général qu'il appartient d'exercer ce pouvoir qui lui a été conféré de déterminer, à la demande du Conseil économique et social, l'applicabilité de la convention et le droit de M. Cumaraswamy à l'immunité.

4. IMMUNITÉ JURIDIQUE DE M. CUMARASWAMY — DIFFÉREND ENTRE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET LA MALAISIE SUR L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DE LA CONVENTION

11. La déclaration figurant à l'alinéa 1 *a*) du dispositif de l'avis consultatif selon laquelle «la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies est applicable au cas de [M.] Dato' Param Cumaraswamy, en tant que rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme» énonce une évidence dans la mesure où M. Cumaraswamy a été dûment nommé «rapporteur spécial» de la Commission et que l'on interprète le terme «experts» figurant dans la convention comme incluant les «rapporteurs spéciaux» nommés par l'Organisation des Nations Unies.

12. The essential question concerns whether Mr. Cumaraswamy is entitled to “immunity from legal process of every kind” (Convention, Art. VI, Sec. 22 (b)) in spite of his “[comments] on certain litigations that had been carried out in Malaysian courts”, comments which allegedly contained defamatory words and published in an article in the November 1995 issue of *International Commercial Litigation*. The Convention provides that:

“[e]xperts . . . performing missions for the United Nations shall be accorded such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions during the period of their missions . . . In particular they shall be accorded:

.
 (b) in respect of words spoken or written and acts done by them in the course of the performance of their mission, immunity from legal process of every kind.” (Art. VI, Sec. 22 (b).)

13. The issue on which the Court is bound to reply is whether the words allegedly spoken by Mr. Cumaraswamy in the interview published in the November 1995 issue of *International Commercial Litigation* do or do not fall within the meaning of “words spoken . . . in the course of the performance of [his] mission”. The Court answers this question in paragraph (1) (b) of the operative part in the affirmative, stating that:

“[Mr.] Cumaraswamy is entitled to immunity from legal process of every kind for the words spoken by him during an interview as published in an article in the November 1995 issue of *International Commercial Litigation*.”

14. What is really at issue in the present case is *not the content of the words* themselves which Mr. Cumaraswamy was alleged to have uttered during the course of his interview as published in the journal *International Commercial Litigation*. The Court properly states in paragraph 56 that “[t]he Court is not called upon in the present case to pass upon the aptness of the terms used by the Special Rapporteur or his assessment of the situation”. What the Court should have discussed in the present case is whether Mr. Cumaraswamy spoke the words *in the course of the performance of his mission* as Special Rapporteur of the United Nations Commission and was therefore entitled to legal immunity granted under the Convention in connection with those words.

15. The words “in the course of the performance of [the] mission”, or some similar expression, have often been utilized in the various instruments relating to diplomatic privileges and immunities, and also to the privileges and immunities for the armed forces stationed in foreign countries in pursuance of bilateral agreements. The interpretation of these expressions varies according to each case. No rule appears to have been firmly established in the doctrine or practice of international law in this

12. La question essentielle est de savoir si M. Cumaraswamy a droit à l'«immunité de toute juridiction» (convention, art. VI, section 22 *b*)) en dépit des propos qu'il a tenus «sur certaines affaires qui avaient été portées devant les tribunaux malaisiens», et dont il est allégué qu'ils contenaient des paroles diffamatoires, publiés dans un article du numéro de novembre 1995 de la revue *International Commercial Litigation*. La convention dispose que:

«[l]es experts ... lorsqu'ils accomplissent des missions pour l'Organisation des Nations Unies, jouissent, pendant la durée de cette mission ... des privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance. Ils jouissent en particulier

b) [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).» (Art. VI, section 22 *b*).)

13. La Cour est appelée à répondre à la question de savoir si les paroles qui auraient été prononcées par M. Cumaraswamy lors de l'interview qui a été publiée dans le numéro de novembre 1995 de la revue *International Commercial Litigation* sont ou ne sont pas des «paroles» prononcées «au cours de [sa] mission». La Cour y répond par l'affirmative à l'alinéa 1 *b*) du dispositif, en déclarant que:

«[M.] Cumaraswamy jouit de l'immunité de toute juridiction pour les paroles qu'il a prononcées au cours d'une interview, telles qu'elles ont été publiées dans un article du numéro de novembre 1995 de la revue *International Commercial Litigation*.»

14. Ce qui est vraiment en cause en l'espèce, *ce n'est pas la teneur des paroles* elles-mêmes que M. Cumaraswamy aurait prononcées lors de son interview, telles qu'elles ont été publiées dans la revue *International Commercial Litigation*. La Cour dit à bon droit au paragraphe 56 que «[l]a Cour, dans la présente espèce, n'est pas appelée à se prononcer sur le caractère approprié ou non des propos tenus par le rapporteur spécial et sur son évaluation de la situation». La question que la Cour aurait dû examiner dans la présente espèce est celle de savoir si M. Cumaraswamy a prononcé ces paroles *au cours de sa mission* en tant que rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies et s'il était donc en droit de bénéficier de l'immunité de juridiction prévue par la convention en ce qui concerne ces paroles.

15. Les mots «au cours de leurs missions» ou des termes comparables ont souvent été utilisés dans divers instruments concernant les privilèges et immunités diplomatiques, ainsi que les privilèges et immunités des forces armées stationnées dans des pays étrangers en application d'accords bilatéraux. L'interprétation de ces expressions n'est pas la même dans chaque cas. Aucune règle ne semble avoir été fermement établie en la matière, ni dans la doctrine ni dans la pratique du droit international.

respect. It might be considered debatable whether Mr. Cumaraswamy's agreeing to give an interview for a business journal is within "the course of the performance of [his] mission" as a special rapporteur and is therefore within the scope of the immunity granted under the Convention. However, it is in fact standard practice for special rapporteurs of the United Nations commissions to have contact with the media on the subjects essentially connected with the mandates given to them by the United Nations. Mr. Cumaraswamy's mandate consists of the following task:

- “(a) to inquire into any substantial allegations transmitted to him . . . ;
- (b) to identify and record not only attacks on the independence of the judiciary, lawyers and court officials but also progress achieved in protecting and enhancing their independence . . . ;
- (c) to study . . . important topical questions of principle with a view to protecting and enhancing the independence of the judiciary and lawyers” (Advisory Opinion, para. 44).

It seems clear to me that what Mr. Cumaraswamy said in his interview with the journal did in truth constitute words spoken “in the course of the performance of [his] mission”.

16. The following fact may also be pertinent in this respect. Previous to the interview by the journal published in its November 1995 issue, Mr. Cumaraswamy, apparently acting in his capacity as Special Rapporteur of the Commission on Human Rights issued, on 23 August 1995, a press statement reading in part:

“Complaints are rife that certain highly placed personalities in Malaysia including those in business and corporate sectors are manipulating the Malaysian system of justice and thereby undermining the due administration of independent and impartial justice by the courts.”

Several days later, on 29 August 1995, Mr. Cumaraswamy set out his concerns about the Malaysian judicial system in a letter to the Chairman of the Commission on Human Rights. Mr. Cumaraswamy's press statement was later referred to in his second report submitted on 1 March 1996 to the Commission on Human Rights. Mr. Cumaraswamy is quoted in the November 1995 issue of *International Commercial Litigation* as stating that: “Complaints are rife that certain highly placed personalities in the business and corporate sectors are able to manipulate the Malaysian system of justice” — words quite similar to those he had previously used in his capacity as Special Rapporteur in his press statement of 23 August 1995, as referred to above. Thus, while the commercial companies in Malaysia claimed that they were bringing defamation suits

On pourrait fort bien se demander si l'interview que M. Cumaraswamy a accepté de donner à une revue commerciale s'inscrit dans le cadre de ses activités accomplies «au cours de [sa] mission» en tant que rapporteur spécial et si elle est donc couverte par l'immunité reconnue par la convention. Il est cependant courant, en fait, que les rapporteurs spéciaux des commissions de l'Organisation des Nations Unies aient des contacts avec les médias sur les sujets essentiellement liés aux mandats qui leur sont confiés par l'Organisation des Nations Unies. Le mandat de M. Cumaraswamy comprend les tâches suivantes :

- «a) soumettre toute allégation transmise au rapporteur spécial à un examen contradictoire...;
- b) identifier et recenser non seulement les atteintes portées à l'indépendance du pouvoir judiciaire, des avocats et des personnels et auxiliaires de justice, mais aussi les progrès accomplis dans la protection et l'amélioration de cette indépendance...;
- c) étudier en raison de leur importance et de leur actualité ... certaines questions de principe, dans le but de protéger et de renforcer l'indépendance du judiciaire et des avocats» (avis consultatif, par. 44).

Il me semble clair que les déclarations faites par M. Cumaraswamy dans son interview à la revue constituaient réellement des paroles prononcées «au cours de [sa] mission».

16. Le fait suivant peut être aussi pertinent à cet égard. Avant l'interview publiée dans le numéro de novembre 1995 de la revue, M. Cumaraswamy, apparemment en sa qualité de rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, a publié le 23 août 1995 une déclaration à la presse où on lit notamment :

«l'on ne compte plus les plaintes selon lesquelles des personnalités haut placées en Malaisie, notamment dans le monde de l'industrie et du commerce manipulent le système judiciaire malaisien, sapant ainsi la bonne administration d'une justice indépendante et impartiale par les tribunaux».

Quelques jours plus tard, le 29 août 1995, M. Cumaraswamy a formulé ses préoccupations quant au système judiciaire malaisien dans une lettre au président de la Commission des droits de l'homme. La déclaration à la presse de M. Cumaraswamy est ultérieurement évoquée dans son deuxième rapport présenté à la Commission des droits de l'homme, le 1^{er} mars 1996. M. Cumaraswamy est cité dans le numéro de novembre 1995 d'*International Commercial Litigation* dans les termes suivants : «l'on ne compte plus les plaintes selon lesquelles des personnalités haut placées dans le monde de l'industrie et du commerce sont en mesure de manipuler le système judiciaire malaisien» — qui sont très semblables à ceux qu'il avait employés auparavant en sa qualité de rapporteur spécial dans sa déclaration à la presse du 23 août 1995, comme indiqué ci-dessus.

against Mr. Cumaraswamy on account of words spoken during the interview with *International Commercial Litigation*, he had in fact already, some three months earlier, made an almost identical statement to the press at his own initiative in his capacity as Special Rapporteur.

17. In sum, I totally agree with the Court when it states in paragraph (1) (b) of the operative part, which I reiterate here, that:

“[Mr.] Cumaraswamy is entitled to immunity from legal process of every kind for the words spoken by him during an interview as published in an article in the November 1995 issue of *International Commercial Litigation*”.

5. EXEMPTION FROM TAXED COSTS

18. Paragraph (3) of the operative part: “[Mr.] Cumaraswamy shall be held financially harmless for any costs imposed upon him by the Malaysian courts, in particular taxed costs”, is included in the Advisory Opinion because the Court was informed by means of the Addendum to the Secretary-General’s Note (E/1998/94/Add.1) that Mr. Cumaraswamy had been served with a Notice of Taxation and Bill of Costs dated 28 July 1998. As suggested in paragraph 6 above, paragraph (3) of the operative part is made in response to ECOSOC’s *first question*.

19. In spite of my full agreement with what the Court stated in this respect, I believe that this paragraph need not have been specifically included in the operative part of the Advisory Opinion, once the first question put forward by ECOSOC had been answered in the affirmative, since the matter of “costs imposed upon [Mr. Cumaraswamy] by the Malaysian courts, in particular taxed costs”, is certainly one included in immunity from legal process. If a person is immune from legal process before the national courts, he must also be entitled to immunity from any costs imposed upon him, as the Court correctly states in paragraph 64 of the Advisory Opinion:

“the immunity . . . to which the Court finds Mr. Cumaraswamy entitled entails holding Mr. Cumaraswamy financially harmless for any costs imposed upon him by the Malaysian courts, in particular taxed costs”.

In this respect, paragraph (3) simply states the obvious and, if this matter is to be mentioned in the operative part of the Advisory Opinion, then it should have been stated immediately after paragraphs (1) (a) and (1) (b) rather than after paragraphs (2) (a) and (2) (b), which deal with the legal obligations of Malaysia.

Alors que les entreprises commerciales de Malaisie ont fait valoir qu'elles ont intenté les actions en diffamation contre M. Cumaraswamy pour les propos qu'il a tenus au cours de l'interview accordée à *International Commercial Litigation*, il se trouve que M. Cumaraswamy avait en fait, à peu près trois mois plus tôt, déjà fait, de sa propre initiative, une déclaration à la presse presque identique en sa qualité de rapporteur spécial.

17. Somme toute, je suis tout à fait d'accord avec la Cour lorsqu'elle déclare à l'alinéa 1 b) du dispositif, que je cite de nouveau ici, que :

«[M.] Cumaraswamy jouit de l'immunité de toute juridiction pour les paroles qu'il a prononcées au cours d'une interview, telles qu'elles ont été publiées dans un article du numéro de novembre 1995 de la revue *International Commercial Litigation*».

5. EXONÉRATION DES OBLIGATIONS FINANCIÈRES

18. L'alinéa 3 du dispositif de l'avis consultatif : «[M.] Cumaraswamy doit être dégagé de toute obligation financière mise à sa charge par les tribunaux malaisiens, notamment au titre des dépens», figure dans cet avis parce que la Cour a été informée par l'additif à la note du Secrétaire général (E/1998/94/Add.1) qu'un avis de taxation des dépenses et frais de justice, daté du 28 juillet 1998, avait été signifié à M. Cumaraswamy. Comme indiqué au paragraphe 6 ci-dessus, l'alinéa 3 du dispositif répond à la première question du conseil économique et social.

19. Bien que je souscrive entièrement à ce que la Cour a dit à ce propos, je crois qu'il n'était pas nécessaire que cet alinéa figure expressément dans le dispositif de l'avis consultatif, dès lors qu'il avait été répondu par l'affirmative à la première question posée par le Conseil économique et social, la question de l'«obligation financière mise à [la] charge [de M. Cumaraswamy] par les tribunaux malaisiens, notamment au titre des dépens» étant certainement couverte par l'immunité de juridiction. Si une personne jouit de l'immunité de juridiction devant les tribunaux nationaux, elle doit aussi jouir de l'immunité à l'égard de toute obligation financière au titre des dépens mise à sa charge, comme la Cour le dit à juste titre au paragraphe 64 de l'avis consultatif :

«l'immunité ... reconnue par la Cour à M. Cumaraswamy suppose que ce dernier soit dégagé de toute obligation financière mise à sa charge par les tribunaux malaisiens, notamment au titre des dépens».

A cet égard, l'alinéa 3 ne fait qu'énoncer une évidence, et si cette question devait être mentionnée dans le dispositif de l'avis consultatif, elle aurait dû l'être immédiatement après les alinéas 1 a) et 1 b), plutôt qu'après les alinéas 2 a) et 2 b), qui traitent des obligations juridiques de la Malaisie.

6. DECISION ON IMMUNITY BY THE MALAYSIAN COURTS
IN LIMINE LITIS

20. I agree entirely with the Court in its finding in paragraph (2) (b) of the operative part that the Malaysian national courts should have decided the issue of immunity at the outset: “the Malaysian courts had the obligation to deal with the question of immunity from legal process as a preliminary issue to be expeditiously decided *in limine litis*”. Assuming that Mr. Cumaraswamy was entitled to immunity under the Convention, at which stage did Malaysia begin to fail to ensure that immunity? When did the responsibility of Malaysia as a State in this respect begin? Certain Malaysian commercial companies initiated defamation suits against Mr. Cumaraswamy before the Malaysian national courts. The matter of whether the Malaysian courts should have dismissed the suits before issuing Mr. Cumaraswamy with the Order of Summons on 12 December 1996, or after having heard his views in writing or in his presence at the formal proceedings, is a matter relating to diplomatic privileges and immunities and constitutes a controversial issue — and, in fact, the practice and jurisprudence of States in this respect varies.

21. In fact, the national courts of any State cannot reach a decision concerning the immunity of a special rapporteur until they are aware of his or her status as a person entitled to claim legal immunity. The writ of summons issued by the Malaysian national courts may well have been justifiably issued against Mr. Cumaraswamy. However, upon being informed of the mission entrusted to Mr. Cumaraswamy by the United Nations — whether directly by Mr. Cumaraswamy himself upon his being summoned to appear before the relevant court, or by the Malaysian Foreign Office, or even by receiving directly a note or certificate issued by the United Nations Secretary-General — the Malaysian national courts should at that point have determined the preliminary issue, namely, whether Mr. Cumaraswamy was immune in respect of words spoken by him in the course of an interview with a business journal.

22. The Malaysian High Court of Kuala Lumpur failed to rule on this matter and instead, on 28 June 1997, ordered the Special Rapporteur to join his plea for immunity to his defence on the merits. Mr. Cumaraswamy could have claimed — and actually did claim, with the support of the certificate issued by the Secretary-General — his privileges and immunities before the Malaysian domestic courts. In this particular case, the Malaysian domestic courts should, at the jurisdictional phase, have then disposed *in limine litis* of the suits brought by the Malaysian commercial firms against Mr. Cumaraswamy.

6. DÉCISION SUR L'IMMUNITÉ DES TRIBUNAUX MALAISIEUS
IN LIMINE LITIS

20. Je souscris entièrement à la conclusion énoncée par la Cour à l'alinéa 2 *b*) du dispositif suivant laquelle les tribunaux nationaux malaisiens auraient dû trancher d'emblée la question de l'immunité: «les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction comme une question préliminaire à trancher dans les meilleurs délais *in limine litis*». A supposer que M. Cumaraswamy ait droit à l'immunité au titre de la convention, à quel stade la Malaisie a-t-elle commencé à manquer à son obligation d'accorder cette immunité? A quel moment commence la responsabilité de la Malaisie à cet égard en tant qu'Etat? Certaines entreprises commerciales malaisiennes ont intenté des actions en diffamation contre M. Cumaraswamy devant les tribunaux nationaux malaisiens. La question de savoir si ces tribunaux auraient dû refuser de connaître de ces affaires avant de signifier à M. Cumaraswamy une assignation à comparaître le 12 décembre 1996, ou après avoir pris connaissance de ses vues présentées par écrit ou en sa présence au cours de la procédure officielle, est une question concernant les privilèges et immunités diplomatiques et constitue un point controversé — d'ailleurs, la pratique et la jurisprudence des Etats varient à cet égard.

21. En fait, les tribunaux nationaux d'aucun Etat ne peuvent prendre une décision concernant l'immunité d'un rapporteur spécial tant qu'ils ne se sont pas assurés si celui-ci est en droit d'invoquer l'immunité de juridiction. L'assignation à comparaître signifiée par les tribunaux nationaux malaisiens peut l'avoir été à juste titre en ce qui concerne M. Cumaraswamy. Mais ces tribunaux auraient dû, une fois informés — directement par M. Cumaraswamy lui-même lorsqu'il a été assigné à comparaître devant le tribunal compétent ou par le ministère des affaires étrangères malaisiens, voire directement par l'Organisation des Nations Unies dans une note ou un certificat émanant de son Secrétaire général — de la mission confiée à M. Cumaraswamy par l'Organisation des Nations Unies, trancher à ce stade-là la question préliminaire: le point de savoir si M. Cumaraswamy jouit de l'immunité pour les paroles qu'il a prononcées lors d'une interview à une revue commerciale.

22. La High Court de Kuala Lumpur n'a pas tranché cette question et a par contre, le 28 juin 1997, ordonné au rapporteur spécial de joindre son exception d'immunité à sa défense sur le fond. M. Cumaraswamy pouvait — comme il l'a effectivement fait en s'appuyant sur le certificat du Secrétaire général — se prévaloir de ses privilèges et immunités devant les tribunaux nationaux malaisiens. Dans ce cas précis, les tribunaux nationaux malaisiens, lors de la phase de la procédure consacrée à la compétence, auraient dû *in limine litis* refuser de connaître des poursuites engagées par les entreprises privées malaisiennes contre M. Cumaraswamy.

7. LEGAL OBLIGATION OF MALAYSIA

23. (*In general.*) I would have some doubts as to whether paragraph (2) (a) and paragraph (4) of the operative part really answer the *second question* put by ECOSOC, namely, “[ECOSOC] . . . [r]equests . . . an advisory opinion from the International Court of Justice . . . on the legal obligations of Malaysia in this case”. Putting aside the issue of whether ECOSOC’s *second question* was itself adequately formulated by that organization, the Court’s answer to the *second question* should be simply that Malaysia is legally obliged to ensure that Mr. Cumaraswamy, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, enjoys in this case the immunities granted under Article VI, Section 22, of the Convention.

24. (*Paragraph (2) (a) of the operative part.*) The Malaysian national courts decided to examine Mr. Cumaraswamy’s plea in the merits phase of the proceedings against him. Malaysia, as a State, is responsible for the actions of its national courts in allowing the proceedings against Mr. Cumaraswamy to be pursued, rather than dismissing them. In other words, it is Malaysia, as a State, that is responsible for the failure of its organs — the judicial power in this case — to ensure Mr. Cumaraswamy’s legal immunity. The matter of whether or not an executive department of the Malaysian Government informed its courts of the position taken by the Secretary-General is not a relevant issue in this case. I cannot agree with the conclusion reached by the Court in paragraph 62 of its Advisory Opinion that:

“the Government of Malaysia had an obligation, under Article 105 of the Charter and under the [Convention], to inform its courts of the position taken by the Secretary-General” (emphasis added).

Thus, I do not support what the Court has stated in paragraph (2) (a) of the operative part:

“the Government of Malaysia had the obligation to inform the Malaysian courts of the finding of the Secretary-General that [Mr.] Cumaraswamy was entitled to immunity from legal process”.

25. (*Paragraph (4) of the operative part.*) The Malaysian Government is obliged by Article VIII, Section 30, of the Convention to accept this Advisory Opinion *as decisive* and it is therefore not necessary for the Court to make any explicit statement such as that in paragraph (4):

“the Government of Malaysia has the obligation to communicate this Advisory Opinion to the Malaysian courts, in order that Malaysia’s international obligations be given effect and [Mr.] Cumaraswamy’s immunity be respected”.

7. OBLIGATIONS JURIDIQUES DE LA MALAISIE

23. (*Observations générales.*) Je me demande si les alinéas 2 a) et 4 du dispositif répondent vraiment à la *deuxième question* posée par le Conseil économique et social, soit: «Le Conseil [économique et social] ... prie la Cour internationale de Justice de donner ... un avis consultatif ... sur les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce.» Si on laisse de côté le point de savoir si le Conseil économique et social a formulé comme il convient la *deuxième question* elle-même, la Cour devrait, en réponse à cette *deuxième question*, se limiter à dire que la Malaisie est juridiquement tenue de faire en sorte que M. Cumaraswamy, rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, jouisse en l'espèce des privilèges et immunités accordés en vertu de la section 22 de l'article VI de la convention.

24. (*Alinéa 2 b) du dispositif.*) Les tribunaux nationaux malaisiens ont préféré examiner l'exception de M. Cumaraswamy lors de la phase de l'examen au fond de l'action engagée contre lui. La Malaisie est, en tant qu'Etat, responsable du comportement de ses tribunaux nationaux qui ont autorisé la poursuite de l'action engagée contre M. Cumaraswamy au lieu de refuser de s'en saisir. En d'autres termes, c'est la Malaisie qui est, en tant qu'Etat, responsable du fait que ses organes — en l'occurrence le pouvoir judiciaire — n'accordent pas à M. Cumaraswamy l'immunité de juridiction. La question de savoir si tel ou tel organe du Gouvernement malaisien a informé les tribunaux du pays de la position prise par le Secrétaire général n'est pas pertinente en l'espèce. Je ne peux pas souscrire à la conclusion à laquelle est parvenue la Cour au paragraphe 62 de son avis consultatif, selon laquelle

«le Gouvernement de la Malaisie était tenu, en vertu de l'article 105 de la Charte et de la convention ..., d'aviser ses tribunaux de la position prise par le Secrétaire général» (les italiques sont de moi).

C'est pourquoi je ne souscris pas à ce que la Cour a déclaré à l'alinéa 2 a) du dispositif, à savoir:

«[q]ue le Gouvernement de la Malaisie était tenu d'aviser les tribunaux malaisiens compétents de la conclusion du Secrétaire général selon laquelle [M.] Cumaraswamy jouissait de l'immunité de juridiction».

25. (*Alinéa 4 du dispositif.*) Le Gouvernement de la Malaisie, en vertu des dispositions de la section 30 de l'article VIII de la convention, est tenu d'accepter cet avis consultatif comme décisif et il n'est donc pas nécessaire que la Cour fasse expressément une déclaration du type de celle qui figure à l'alinéa 4 et est ainsi libellée:

«[q]ue le Gouvernement de la Malaisie est tenu de communiquer le présent avis consultatif aux tribunaux malaisiens, afin qu'il soit donné effet aux obligations internationales de la Malaisie et que soit respectée l'immunité de [M.] Cumaraswamy».

Paragraph (4) is superfluous. It would be desirable that the views of the International Court of Justice should be communicated to the relevant Malaysian courts through the channel of the Foreign Office, but I do not agree that the Government of Malaysia is *obliged* to do so.

26. (*Summary.*) I thus voted against paragraph (2) (*a*) and against paragraph (4) of the operative part for the reasons stated above. In responding to the *second question* concerning the matter of Malaysia's legal obligations, the Court should, instead of making unnecessary statements concerning the responsibility to be borne by the United Nations for any damage arising from acts performed by the United Nations or by its agents acting in their official capacity, or concerning the scope of the agents' functions which they "must take care not to exceed" (Advisory Opinion, para. 66), have indicated whether the Government of Malaysia should make reparation to the United Nations as well as to Mr. Cumaraswamy for its non-compliance with the responsibility which it has to bear and how that reparation for the damages caused to the United Nations and/or to its Special Rapporteur, Mr. Cumaraswamy (if any is due), should be effected.

(*Signed*) Shigeru ODA.

L'alinéa 4 est superflu. Il serait souhaitable que les vues de la Cour internationale de Justice soient communiquées aux tribunaux malaisiens compétents par l'entremise du ministère des affaires étrangères, mais je ne conviens pas que le Gouvernement de la Malaisie soit *tenu* de le faire.

26. (*Résumé.*) J'ai donc voté contre l'alinéa 2 *a*) et contre l'alinéa 4 du dispositif pour les motifs exposés plus haut. En répondant à la *deuxième question*, concernant les obligations juridiques de la Malaisie, la Cour, au lieu de faire des déclarations inutiles sur la responsabilité incombant à l'Organisation des Nations Unies pour tout préjudice subi du fait d'actes accomplis par l'Organisation ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles, ou sur les limites des fonctions des agents, que ceux-ci «doivent veiller à ne pas excéder» (avis consultatif, par. 66), aurait dû indiquer si le Gouvernement de la Malaisie doit à l'Organisation des Nations Unies et à M. Cumaraswamy réparation pour ne s'être pas acquitté des obligations qui lui incombent et préciser la forme que cette réparation des préjudices causés à l'Organisation des Nations Unies et/ou à son rapporteur spécial, M. Cumaraswamy, devait (le cas échéant) revêtir.

(*Signé*) Shigeru ODA.