



HAL
open science

L'affaire du différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (C.I.J., avis du 29 avril 1999)

Jean Matringe

► **To cite this version:**

Jean Matringe. L'affaire du différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (C.I.J., avis du 29 avril 1999). *Annuaire français de droit international*, 1999, 1999 (45), pp.413-433. hal-01755141

HAL Id: hal-01755141

<https://hal.science/hal-01755141>

Submitted on 30 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**L'AFFAIRE DU DIFFÉREND RELATIF
À L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION
D'UN RAPPORTEUR SPÉCIAL
DE LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
(C.I.J., AVIS CONSULTATIF DU 29 AVRIL 1999)**

JEAN MATRINGE

Le 4 mars 1994, la Commission des droits de l'homme nomma Dato' Param Cumaraswamy rapporteur spécial chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, par une résolution que le Conseil économique et social de l'ONU (ci-après « le Conseil »), confirma dans une décision du 22 juillet 1994. En novembre 1995, M. Cumaraswamy accorda à la revue *International Commercial Litigation* un entretien dans lequel il commentait certaines affaires portées devant les tribunaux malaisiens et portait une appréciation critique sur le système judiciaire de cet Etat. Suite à la publication d'un article relatant cet entretien et mentionnant la qualité de M. Cumaraswamy comme rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, plusieurs entreprises malaisiennes engagèrent des poursuites contre celui-ci et réclamèrent réparation pour diffamation.

Le conseiller juridique de l'ONU déclara au nom du Secrétaire général que M. Cumaraswamy avait donné cet entretien en tant que rapporteur spécial et que les passages cités entraient dans le mandat qui lui avait été confié par l'ONU. Il adressa une note verbale au représentant permanent de la Malaisie, dans laquelle il pria les autorités malaisiennes compétentes d'aviser sans délai les tribunaux malaisiens que le rapporteur bénéficiait de l'immunité de juridiction prescrite par la section 22 de l'article VI de la convention générale à laquelle la Malaisie était partie. Il est énoncé dans cette section :

« Les experts (autres que les fonctionnaires visés à l'Article V), lorsqu'ils accomplissent des missions pour l'Organisation des Nations Unies, jouissent, pendant la durée de cette mission, y compris le temps du voyage, des privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance. Ils jouissent en particulier des privilèges et immunités suivants : (...); b) Immunité de toute juridiction en ce qui concerne les actes accomplis par eux au cours de leurs missions (y compris leurs paroles et écrits) (...) ».

Le Secrétaire général avait déjà retenu la même qualification des paroles litigieuses et déclaré conserver à M. Cumaraswamy son immunité de juridiction par plusieurs notes dont l'une fut produite avant le dépôt de toute plainte.

(*) Docteur en droit, ATER à l'Université Paris II (Panthéon-Assas).

Le ministre des affaires étrangères malaisien déposa un certificat auprès du tribunal étatique l'informant que M. Cumaraswamy bénéficiait de l'immunité « seulement » pour les paroles et écrits accomplis dans le cadre de sa mission. Le certificat ne mentionnait pas la note verbale du Secrétaire général malgré plusieurs démarches en ce sens de l'ONU pour qui celle-ci constituait une décision incontestable sur la question. La Cour supérieure de Kuala Lumpur se déclara incapable de soutenir que l'accusé était absolument protégé par l'immunité qu'il revendiquait. Elle rejeta donc sa demande aux fins de consigner l'ordonnance du demandeur et lui ordonna le paiement des dépens et la présentation d'une défense au fond et sur son immunité. La Cour d'appel rejeta son appel demandant un sursis à exécution.

L'ONU adressa alors plusieurs notes verbales au représentant permanent de la Malaisie par lesquelles elle engageait le gouvernement à intervenir dans la procédure judiciaire pour dégager le rapporteur des dépenses et frais occasionnés par l'organisation de sa défense et de ceux qui étaient ordonnés par le juge national et à demander une suspension de la procédure jusqu'à ce que la question de l'immunité soit réglée entre l'ONU et le gouvernement. L'ONU indiqua au gouvernement que son abstention ferait surgir un différend entre elle et la Malaisie au sens de la section 30 de l'article VIII de la convention générale selon laquelle

« Toute contestation portant sur l'interprétation ou l'application de la présente convention sera portée devant la Cour internationale de Justice, à moins que, dans un cas donné, les parties ne conviennent d'avoir recours à un autre mode de règlement. Si un différend surgit entre l'Organisation des Nations Unies, d'une part, et un Membre, d'autre part, un avis consultatif sur tout point de droit soulevé sera demandé en conformité de l'Article 96 de la Charte et de l'article 65 du Statut de la Cour. L'avis de la Cour sera accepté par les parties comme décisif ».

A la suite d'autres plaintes dirigées contre M. Cumaraswamy, le Secrétaire général publia des documents identiques certifiant l'immunité du rapporteur. Après que le Secrétaire général eut informé le gouvernement qu'un différend semblait les opposer, la Cour fédérale de Malaisie rejeta une demande d'appel du rapporteur. En raison de l'impossibilité de trouver un accord, un envoyé spécial du Secrétaire général informa le gouvernement que l'affaire devrait être portée devant le Conseil pour qu'il demande un avis à la Cour conformément à la section 30, ce à quoi le gouvernement malaisien ne s'opposa pas. M. Cumaraswamy informa la Commission des droits de l'homme dans ses 3e et 4e rapports à celle-ci de la publication de l'article litigieux et des poursuites dirigées contre lui. La Commission prit acte de ces rapports et prit note des méthodes de travail du rapporteur, prorogeant son mandat le 11 avril 1997.

La demande d'avis à la Cour était énoncée dans la décision 1998/297 du Conseil économique et social adoptée le 5 août 1998. Dans cette décision, le Conseil, *ayant examiné* la note du Secrétaire général sur les 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 (ci-après « la note ») (1), *considérant* qu'un différend opposait l'ONU et le gouvernement malaisien au sens de la section 30 de la Convention sur les privilèges

(1) En schématisant, cette note comprenait trois parties : un établissement des faits (§§ 1-15), la position du Secrétaire général sur son pouvoir de décider de l'applicabilité et d'appliquer la convention générale (§§ 16-20) et une proposition de demande d'avis concernant le différend l'opposant à la Malaisie qui portait sur l'exclusivité de ce pouvoir et sur la force juridique de ses décisions en matière d'immunité des rapporteurs spéciaux.

et immunités des Nations Unies (ci-après « la convention générale »), au sujet de l'immunité de juridiction de M. Cumaraswamy, ledit rapporteur spécial, et *rappelant* la résolution 89 (I) de l'A.G.N.U.,

« *Prie* la Cour internationale de Justice de donner, à titre prioritaire, en vertu du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies et conformément à la résolution 89 (I) de l'Assemblée générale, 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 tant que rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, en tenant compte des paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général, et sur les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce ».

Le Conseil pria la Cour de donner l'avis consultatif demandé « en tenant compte des paragraphes 1 à 15 de la note ». Selon la Cour, le Conseil la pria seulement de « tenir compte, aux fins de l'avis consultatif sollicité, des circonstances exposées aux paragraphes 1 à 15 de la note » (2) dont trois étaient contestés par le gouvernement malaisien. L'extrait de la note semblerait donc constituer un « document pouvant servir à élucider la question » tel que mentionné à l'article 65 § 2 de son Statut. La Cour précise cependant, après avoir reproduit l'extrait de la note, que « le dossier de documents soumis à la Cour par le Secrétaire général (qu'elle précise avoir été communiqué à la Cour conformément à l'article 65 § 2 pour servir à élucider la question) contient *en outre* les informations suivantes à prendre en compte pour comprendre la demande soumise à la Cour » (3). Le statut de l'extrait de la note du Secrétaire général n'est donc pas clairement déterminé par la Cour. Celle-ci ne semble pas se contenter d'entériner la présentation des faits qui y est établie. Elle présente de nouveaux faits (4). Toutefois, elle rattache ces faits à ceux qui sont présentés dans la note et ne fait pas grand cas de la contestation par la Malaisie de certaines affirmations qui y figurent.

En tout état de cause, tous les participants à la procédure, notamment la Malaisie sauf quelques réserves, sont partis des faits tels qu'ils étaient décrits dans la note pour développer leurs arguments. C'est pourquoi on en a présenté un bref exposé en essayant de ne pas aborder leur qualification dès ce stade, ce qui aurait préjugé une solution au fond de la question.

Cet avis de la Cour internationale de Justice, que le Conseil la pria de donner à titre prioritaire (5), s'inscrit dans le contexte de la protection des

(2) *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif du 29 avril 1999, *Rec.* 1999, § 10. V. aussi § 39 : « [S]i la note du Secrétaire général a été mentionnée dans cette demande, c'est pour fournir à la Cour les faits de base à garder à l'esprit pour se prononcer ». Elle précisera, § 56, que ces paragraphes n'exposent que « des éléments » des circonstances de l'espèce.

(3) *Ibid.*, § 11. C'est nous qui soulignons.

(4) *In Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. *Rec.* 1988, p. 12, § 23, la question posée l'était « Etant donné les faits consignés dans les rapports du Secrétaire général ». La Cour déclara ne pas penser que l'Assemblée lui ait ainsi demandé de répondre à la question en se fondant uniquement sur ces faits, et de fermer les yeux sur des événements ultérieurs pouvant se rapporter à la question ou susceptible de l'éclairer.

(5) L'A.G.N.U. avait déjà décidé de prier la Cour de donner un avis consultatif « en tenant compte des contraintes de temps » dans l'affaire de *l'Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, *Rec.* 1988, p. 12, 13. De même, le Conseil demanda « à titre prioritaire » son avis à la Cour dans l'affaire de *l'Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif du 15 décembre 1989, *Rec.* 1989, p. 177, 178.

personnes travaillant pour l'ONU dans l'exercice de leurs fonctions qui revêt une grande importance pour le bon fonctionnement de l'Organisation. La Cour n'a pas développé ce point (6). D'une manière générale, elle s'est abstenue de préciser longuement le droit « matériel » relatif aux privilèges et immunités des personnes qui agissent pour l'ONU. En revanche, la formulation de son avis présente un certain intérêt quant à la détermination de l'office de la C.I.J. au regard du contentieux relatif au bénéfice de ces privilèges et immunités.

La Cour va en effet refuser de traiter à titre principal du différend entre l'Organisation et la Malaisie qui est à l'origine de la procédure consultative, tout en déclarant pouvoir statuer dans le cadre de la section 30 (I). Elle devra cependant traiter ce différend de manière incidente dans la formulation de sa réponse à la demande du Conseil (II).

I. – REFUS PAR LA COUR DE TRAITER À TITRE PRINCIPAL DU DIFFÉREND ORIGINAIRE DANS LE CADRE DE LA SECTION 30

La Cour semble ne pas vouloir régler le différend initial entre le Secrétaire général et la Malaisie à titre principal. Cela résulte de la délimitation qu'elle fait de la demande d'avis (A). Il faudra chercher comment la Cour peut ainsi déterminer son office tout en estimant pouvoir traiter de la question dans le cadre de la section 30 (B).

A. Refus de traiter à titre principal du différend à l'origine de la procédure

La Cour déclara que le Conseil avait adopté sans vote un projet de décision qui, après avoir fait référence à la section 30 de la convention générale, la priait de donner un avis sur la question dont la formulation n'était pas contestée par la Malaisie et qu'elle reproduit au § 31.

La Malaisie indiqua à la Cour n'avoir jamais approuvé le texte de la question soumis à la Cour, mais s'être contentée de prendre note de la question formulée à l'origine par le Secrétaire général ainsi rédigée :

« Considérant le différend qui oppose l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement malaisien au sujet de l'immunité de juridiction de M. Dato' Param Kumaraswamy, rapporteur spécial chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, en ce qui concerne certaines paroles prononcées par l'intéressé :

1. Compte tenu uniquement de la section 30 de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a-t-il la responsabilité exclusive de déterminer si lesdites paroles ont été prononcées dans l'accomplissement d'une mission pour l'Organisation au sens de la section 22 b) de la convention ?

(6) Sur cette question, notamment, première partie de l'opinion individuelle de M. Weeramantry; exposés écrits présentés au nom du Secrétaire général, §§ 54-56; du Costa Rica, *passim*; de la Suède; du Royaume-Uni, § 4; des Etats-Unis, § 48; observations écrites de la Malaisie, § 2.2; intervention orale du représentant de l'ONU, CR.98/15, §§ 51 s et conclusions. V. aussi *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif du 15 décembre 1989, Rec. 1989, p. 177, 196.*

2. Conformément à la section 34 de la convention, dès lors que le Secrétaire général a déterminé que les paroles ont été prononcées dans l'accomplissement d'une mission, et décidé de maintenir, et non de lever, l'immunité de juridiction, le gouvernement d'un Etat membre partie à la convention a-t-il l'obligation de faire respecter cette immunité dans les tribunaux nationaux et, s'il ne le fait pas, doit-il assumer la responsabilité de toute poursuite engagée en ce qui concerne ces paroles, ainsi que les coûts, dépenses et dommages qui en découlent ? ».

Selon la Malaisie, l'interprétation correcte de la demande d'avis est que la première question se limite à l'étendue de la compétence du Secrétaire général et au caractère définitif de ses décisions qualifiant les faits des rapporteurs spéciaux de faits accomplis au cours de leurs missions (7). L'avis doit donc se limiter au différend qui l'oppose au Secrétaire général et qui a trait à la question de savoir s'il dispose du pouvoir exclusif de déterminer si les faits litigieux ont été accomplis par M. Cumaraswamy au cours de sa mission (8). Cette question ne va pas notamment 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 l'avait exercée à juste titre (9). L'argument principal de la Malaisie tient dans la définition du différend qu'il est demandé à la Cour de régler :

« [L]a 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 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. Cumaraswamy ? Cette question est la seule qui ait été préalablement discutée entre l'Organisation et la Malaisie » (10).

En conséquence, selon elle,

« 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 aussi étendus. Il ne serait pas non plus correct, (...), 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 » (11).

Enfin,

« même si la Cour devait considérer que le Conseil économique et social avait l'intention d'élargir la portée de la question, il n'était pas habilité à le faire. Il a agi *ultra vires*. La résolution allant au-delà des limites admissibles, elle ne doit pas être prise en compte. (...) en appliquant la section 30, le Conseil économique et social n'est qu'une courroie de transmission pour porter devant la Cour un différend entre le Secrétaire général et la Malaisie. Le Conseil

(7) V. notamment observations écrites, §§ 2.1, 4.1-2, 6.3, 6.7, 6.14-15. De même CR.98/16, § 3.

(8) Voir CR.98/16 et CR.98/17.

(9) CR.98/16, § 11.

(10) CR.98/16, § 12.

(11) *Ibid.*, § 12.

économique et social ne défend pas une position qui lui serait propre, comme cela aurait pu être le cas s'il recherchait un avis sur une question juridique dans un autre cadre que celui de la section 30. (...), le Conseil économique et social n'est qu'un simple intermédiaire, il ne saurait changer la nature du différend ou modifier le contenu de la question » (12).

La Cour répondit en déclarant d'abord à juste titre que, si la décision du Conseil a été adoptée sur la base de la note du Secrétaire général, son dispositif renvoie expressément aux seuls paragraphes 1 à 15 et non au paragraphe 21 où étaient énoncées les deux questions que le Secrétaire général demandait de soumettre à la Cour (13). Or, observe-t-elle, la question posée par le Conseil différerait nettement de celle qui était énoncée par le Secrétaire général et

« [I]l appartient au Conseil – et non à un Etat membre ou au Secrétaire général – d'arrêter les termes d'une question qu'il souhaite poser » (14).

La Cour constate ensuite, en faisant abstraction de la note, que le Conseil n'a pas eu à se prononcer sur une proposition ayant pour objet que la question s'étende ou se limite au pouvoir exclusif du Secrétaire général de déterminer si des actes ont été accomplis au cours d'une mission effectuée pour l'Organisation et si ces actes entrent dans le cadre du mandat confié à l'expert en mission. Observant que les comptes rendus analytiques sont silencieux sur la question, elle estime clair que l'auteur de la demande d'avis n'a pas adopté les questions énoncées dans les conclusions du Secrétaire général et déclare :

« En conséquence, la cour répondra maintenant à la question telle que formulée par le Conseil » (15).

La Cour ne dispose pas en effet du pouvoir de reformuler la demande d'avis dont elle a le pouvoir de déterminer la signification (16). Elle doit y répondre (17) ou refuser de répondre si elle devait estimer que cela la conduirait à ne pas respecter sa fonction judiciaire (18). La Cour semble attribuer une grande importance aux « travaux préparatoires » de la demande d'avis. On se rappellera qu'en 1962, elle avait déclaré ne pas juger nécessaire d'exposer dans quelle mesure les travaux de l'A.G.N.U. antérieurs à l'adoption d'une résolution (en l'espèce une demande d'avis) doivent entrer en ligne de compte pour son interprétation (19).

(12) *Ibid.*

(13) Dans ce sens, Costa Rica, CR.98/15, § 9.

(14) *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif du 29 avril 1999, C.I.J. Rec. 1999, § 36.

(15) *Ibidem*, § 37.

(16) Dans l'affaire des *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O.*, Avis consultatif du 23 octobre 1956, C.I.J. Rec. 1956, p. 77, 99, elle estima pouvoir apprécier la signification d'une demande d'avis sans être strictement liée par les termes employés dans la résolution portant la demande.

(17) Dans ce sens, la Cour précisa qu'il est « essentiel que la Cour reste dans les limites de la question qui lui est soumise par l'Assemblée générale », *Sud-Ouest africain – Procédure de vote*, Avis consultatif du 7 juin 1955 : C.I.J. Rec. 1955, p. 67, 71-72. Dans ce sens, notamment, Oda, opinion individuelle, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, §§ 5-6 ; Koroma, *ibidem*, § 13 ; Spiropoulos, déclaration, *Certaines dépenses des Nations Unies*, C.I.J. Rec. 1962, p. 181.

(18) Ce qu'elle décida notamment à propos de la demande d'avis de l'Assemblée mondiale de la santé dans l'affaire de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif, C.I.J. Rec. 1996, p. 66.

(19) *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, C.I.J. Rec. 1962, p. 151, 156.

La Cour n'a donc pas cru devoir examiner à titre principal le point de savoir si le Secrétaire général est investi du pouvoir exclusif de déterminer si les paroles d'un rapporteur spécial ont été prononcées au cours d'une mission accomplie pour l'ONU et entraînent dans le champ d'application de l'alinéa *b*) de la section 22 de la convention générale. Cette question est l'objet du différend qui oppose le Secrétaire général et la Malaisie, et c'est d'elle que les parties au différend et les Etats participant à la procédure ont traité essentiellement (20). Cependant, il n'est pas certain qu'il ait été demandé à la Cour de régler ce différend à titre principal (21). Certains participants déclarent que la Cour ne devait pas traiter de cette question (22); d'autres ne sont pas clairs sur le lien entre le différend et la procédure (23).

B. Acceptation de donner l'avis demandé dans le cadre de la section 30

Les développements de l'Avis ne coïncident pas avec les arguments principaux des participants à la procédure. Ce refus de la Cour de traiter à titre principal de l'étendue du pouvoir du Secrétaire général pour déterminer si M. Cumaraswamy bénéficie de l'immunité pour les paroles litigieuses peut être expliqué de deux manières. Elle a pu d'abord estimer que sa compétence pour donner l'avis demandé ne reposait pas sur la section 30 de la convention générale (1). Sinon, il faudra considérer qu'elle a estimé que le différend dont la section 30 prévoyait le règlement devant elle n'était pas le différend entre le Secrétaire général et la Malaisie, mais tout différend entre l'ONU et la Malaisie; cela permettait au Conseil en tant qu'organe de l'ONU de poser la question qui lui convenait, et à la Cour de répondre à la demande dans le cadre de la section 30 (2).

1. Signification de la référence à la section 30 dans la demande d'avis sur la compétence de la Cour

La Malaisie invoqua comme ultime argument pour limiter l'office de la Cour la position de celle-ci dans l'affaire *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'UNESCO*. Dans cette affaire, la demande d'avis était formulée par le Conseil exécutif de l'UNESCO en vertu de l'art. XII du statut du T.A.O.I.T. qui énonce :

« I. Au cas où le Conseil exécutif d'une organisation internationale ayant fait la déclaration prévue à l'article II, paragraphe 5, du Statut du Tribunal conteste une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou considère qu'une

(20) V., entre autres, les exposés écrits présentés au nom du Secrétaire général des Nations Unies, §§ 2, 38-56; de la République fédérale d'Allemagne, § 1; de la Suède, §§ 10-11; du Royaume-Uni, § 6; des Etats-Unis, §§ 22-24; les observations écrites du Secrétaire général, I et III; du Costa Rica, III; de la Malaisie, *passim*; des Etats-Unis, §§ 2 s.; les exposés oraux du représentant de l'ONU, CR 98/15, §§ 3, 24, 25, 32, 34, 57 s et conclusions et CR.98/17, §§ 39 s.; de l'Italie, §§ 3 s.; de la Malaisie, CR.98/16, *passim*.

(21) C'est la position de la Malaisie pendant toute la procédure. V. aussi le représentant de l'ONU, CR.98/15, § 3.

(22) Voir les observations écrites des Etats-Unis, §§ 3, 8.

(23) Ainsi, l'Italie, CR.98/16, Introduction et § 3. De même, le Costa Rica selon lequel : « Le fait que le Conseil économique et social, (...), a reformulé sa requête en vue d'un règlement de ce différend ne change rien : ni à la nature du différend lui-même, ni à la compétence de la Cour pour statuer à son sujet, et certainement pas à l'obligation de la Malaisie d'accepter comme décisif à l'égard de ce différend l'avis que la Cour donnera en réponse à cette requête », CR.98/17, §§ 7-8. Cette nouvelle formulation modifie cependant bien l'objet principal de l'office de la Cour.

décision dudit Tribunal est viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie, la question de la validité de la décision rendue par le Tribunal sera soumise par ledit Conseil exécutif, pour avis consultatif, à la Cour internationale de Justice. 2. L'avis rendu par la Cour aura force obligatoire ».

Or, retient la Malaisie, la Cour avait déclaré que si l'UNESCO avait le pouvoir général de demander des avis à la Cour sur les questions qui se posent dans le cadre de son activité, la question qui lui était soumise n'avait pas été posée en vertu de ce pouvoir général mais était expressément rattachée à l'article XII. Elle avait ensuite constaté que l'objet d'une des questions posées était étranger à la question de la compétence du T.A.O.I.T. Par là, cette question était extérieure au cadre défini par l'article XII et ne pouvait pas être retenue par la Cour pour répondre à la demande d'avis (24). La Malaisie déclara que l'élargissement de la question dans la présente affaire était inacceptable parce que cela faisait sortir cette question du cadre du différend qui opposait les parties et donc de la section 30. La Cour ne devait donc pas répondre à une question qui n'aurait pas dû être posée (25).

L'argument n'est cependant pas transposable *mutatis mutandis* à l'affaire Cumaraswamy. La demande d'avis du Conseil exécutif de l'UNESCO était incontestablement fondée sur le seul article XII du Statut du T.A.O.I.T. :

« (...) *Considérant* que l'article XII du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail prévoit : (...), *Considérant* que le Conseil exécutif, après en avoir délibéré, entend se prévaloir des dispositions de l'article précité, *Décide* de soumettre à la Cour internationale de Justice, pour avis consultatif, les questions juridiques ci-après » (26).

La demande d'avis du Conseil économique et social est formulée différemment :

« (...), *Considérant* qu'un différend oppose l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement malaisien au sens de la section 30 de la convention générale sur les privilèges et immunités des Nations Unies, au sujet de l'immunité de juridiction de Dato' Param Cumaraswamy (...), *Rappelant* la résolution 89 (I) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1946, 1. *Prie* la Cour internationale de Justice de donner (...), en vertu du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies et conformément à la résolution 89 (I) de l'Assemblée générale, un avis consultatif sur (...) ».

Le Conseil ne déclare donc pas « entendre se prévaloir des dispositions » de la seule section 30 pour demander l'avis. Il est dans ce cas libre de poser une question qui, si elle remplit les conditions de l'article 96 § 2 de la Charte et de l'article 65 du Statut de la Cour, peut ne pas correspondre au « différend » qui a surgi entre le Secrétaire général et la Malaisie. Ainsi, on pourrait dire que si le Conseil avait le pouvoir général de demander des avis à la Cour sur les questions juridiques qui se posent dans le cadre de son activité, la question posée l'a été en vertu de ce pouvoir général et non de la seule section 30. En conséquence, même si l'objet de cette question est étranger à la situation prévue par la section 30, la question pouvait être retenue par la Cour pour répondre à la demande.

Une comparaison des références faites par la Cour dans ces deux affaires à ces bases particulières de compétence des deux organes demandeurs permet d'avancer que tel a pu être le raisonnement de la Cour dans notre affaire.

(24) *Jugements du T.A.O.I.T. sur requêtes contre l'UNESCO*, C.I.J. Rec. 1956, p. 77, 99.

(25) Pour l'argument, CR.98/17, point 8.

(26) *Jugements du T.A.O.I.T. sur requêtes contre l'UNESCO*, C.I.J. Rec. 1956, p. 77, 78-79.

En 1956, la Cour insiste sur le fait que la demande d'avis se fonde sur l'article XII du Statut du Tribunal (27). Elle déclara notamment, avant le refus de répondre à la question II cité par la Malaisie, que

« Le Statut du Tribunal administratif aurait pu prévoir d'autres raisons de contester la décision du Tribunal que celles énoncées dans l'article XII. Il ne l'a pas fait. C'est la raison pour laquelle, en conséquence, la Cour, dans le cadre de cet article – le seul article auquel il est fait référence dans la demande d'avis consultatif – ne peut répondre à la question II » (28).

En 1999, la Cour constate que le Conseil a adopté un projet de décision « dont le texte, après avoir fait référence à la section 30 de la convention générale, priait la Cour de donner un avis consultatif sur la question qui y était formulée » (29). Le Conseil, observe-t-elle, rappelle dans sa demande d'avis que l'Assemblée générale l'a autorisé par sa résolution 89 (I) à demander des avis et se réfère expressément au fait qu'un différend oppose l'ONU et le Gouvernement malaisien au sens de la section 30 de la convention (30); ainsi, déclare-t-elle,

« C'est la première fois que la Cour reçoit une demande d'avis consultatif se référant à la section 30 de l'article VIII de la convention générale » (31).

Cependant, ajoute-t-elle, « Le Conseil a demandé le présent avis consultatif en application des dispositions du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies » (32). Celui-ci prévoit que des organes de l'ONU autres que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité qui peuvent recevoir de l'Assemblée une autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité. Elle ajoute que, selon l'article 65 de son Statut, elle peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis.

La Cour n'estimerait donc pas que le fondement de sa compétence est la section 30. Elle ne semble pas non plus concevoir son office comme étant le règlement de ce différend. Elle observe que la section 30 prévoit l'exercice par elle de sa fonction consultative quand un différend oppose l'ONU et un membre et qu'un tel différend existe en l'espèce. Un tel différend existait bien selon la signification qu'elle attribue à ce terme. L'ONU a adressé des notes au représentant permanent de la Malaisie engageant son gouvernement à intervenir dans la procédure dirigée contre M. Cumaraswamy afin que les frais liés à la poursuite de la défense soient à la charge du gouvernement, à dégager la responsabilité de M. Cumaraswamy s'agissant des dépenses qui lui étaient imputées en raison de la procédure engagée, et, jusqu'à ce que la question de l'immunité soit réglée entre l'Organisation et le gouvernement, à appuyer une demande tendant à ce que la Cour supérieure suspende la procédure. Le gouvernement ne répondit pas aux réclamations de l'Organisation et les tribunaux malaisiens continuèrent à appliquer la convention générale d'une manière opposée à celle qui était voulue par l'ONU. Or, selon la Cour,

(27) V. ainsi pp. 80, 81, 83, 87.

(28) *Ibidem*, p. 99. V. aussi, p. 100.

(29) *Rec.* 1999, § 20.

(30) *Ibidem*, § 23.

(31) *Ibid.*, § 24.

(32) *Ibidem*, § 22.

« Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » (33).

Le différend naît du rejet d'une prétention ou décision unilatérale :

« [I]l ne suffit pas que l'une des parties à une affaire contentieuse affirme l'existence d'un différend avec l'autre partie. La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. Il n'est pas suffisant non plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une telle affaire sont en conflit. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre » (34).

Cependant, elle ne traite pas de ce différend comme objet de la question posée. Elle s'y réfère dans la logique traditionnelle de l'examen de son pouvoir de donner l'avis demandé (35). La référence à sa décision selon laquelle « l'existence, *en arrière plan*, d'un différend et de parties que l'avis de la Cour peut affecter ne modifie pas (...) le caractère consultatif de la fonction de la Cour, consistant à répondre aux questions qui lui sont posées (...) » (36) témoigne de sa réticence à tenir le règlement du différend initial comme objet principal de la demande.

Si la Cour fait plusieurs fois mention de la section 30 dans le cadre de l'examen de son pouvoir de donner l'avis demandé, elle n'affirme nulle part expressément que cette section constitue le fondement de sa compétence en l'espèce. Cela contraste avec la précision adoptée en 1956. Il aurait été simplement demandé à la Cour, considérant ce différend, de donner un avis sur le point de droit concernant l'applicabilité de la section 22 de la convention générale à M. Cumaraswamy et sur les obligations juridiques de la Malaisie. Autrement dit, l'objet de la demande d'avis était différent de l'objet du différend à l'origine de cette demande (37).

2. Détermination du différend pertinent pour la mise en œuvre de la section 30

La Cour situe pourtant son avis dans le cadre de la section 30. Son refus de traiter à titre principal du différend initial doit donc être expliqué autrement.

(33) *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I., Série A*, n°2, p. 6, 11. De même *Interprétation des traités de paix, Avis consultatif* : C.I.J., *Rec.* 1950, p. 65, 74 ; *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 2 décembre 1963 : C.I.J. *Rec.* 1963, p. 15, 27 ; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. *Rec.* 1988, p. 12, § 35 (et 44).

(34) *Affaires du Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, Exceptions préliminaires, arrêt du 21.12.1962 : C.I.J. *Rec.* 1962, p. 319, 328. Repris in *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis)*, exceptions préliminaires, C.I.J. *Rec.* 1998, § 21. V. aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt : C.I.J. *Rec.* 1996, p. 595, § 29 et *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995. C.I.J. *Rec.* 1995, p. 90, § 22.

(35) *Rec.* 1999, § 25.

(36) *Demande de réformation du jugement n° 158 du TANU*, avis consultatif du 12 juillet 1973, *Rec.* 1973, p. 166, 171 (c'est nous qui soulignons).

(37) Dans ce sens l'opinion individuelle du juge Oda.

L'avis est en effet intitulé *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (38). En outre, la Cour traite expressément du caractère obligatoire que la section 30 attribue à son avis pour apprécier si elle a le pouvoir de donner l'avis demandé. Elle observe que la demande du Conseil reprend textuellement la disposition de la section 30 selon laquelle l'avis « sera accepté par les parties comme décisif » et confirme que cet effet « décisif » ou « obligatoire » de l'avis n'affecte pas le caractère de l'office de la Cour en matière consultative (39). Elle précise qu'il faut distinguer le caractère consultatif de la fonction de la Cour et les effets particuliers, étrangers à la Charte et au Statut qui déterminent les règles de son fonctionnement, que « les parties à un différend existant » peuvent vouloir attribuer sur leur situation à son avis qui n'a pas *in se* d'effet obligatoire (40).

On notera encore l'insertion dans son avis d'un paragraphe 65 aux termes duquel, selon la section 30, l'avis sera accepté comme décisif pour les parties au différend et que le Gouvernement malaisien est tenu de communiquer l'avis aux tribunaux étatiques compétents afin qu'il soit donné effet aux obligations internationales de la Malaisie et que soit respectée l'immunité de M. Cumaraswamy.

Enfin, il n'est pas inutile de comparer la détermination faite par la Cour de son office dans notre affaire et dans l'affaire *Mazilu*. La demande du Conseil faisait mention d'une « divergence de vues » et non d'un « différend » au sens de l'article 30 de la convention générale entre l'ONU et le gouvernement roumain. La demande d'avis semblait donc fondée sur le seul article 96 § 2 de la Charte des Nations Unies et non sur la section 30 de la convention générale. Cela ressort clairement de la position du Secrétaire général dans le cours de la procédure (41) et du traitement par la Cour de l'effet de la réserve édictée par la Roumanie concernant cet article 30 (42), qui contraste avec la position tenue en 1999 où la Cour ne déclare jamais ne pas avoir pour office de régler un différend.

Si donc la Cour estime qu'elle donne son avis dans le cadre de la section 30 de la convention générale, elle a dû considérer qu'elle réglait un différend entre l'ONU et un Etat Membre. En définitive, c'est peut-être simplement

(38) Le Président ouvrit les audiences en déclarant : « La Cour est aujourd'hui réunie (...) pour entendre des exposés oraux au sujet de la requête pour avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* ». Il y mit fin en déclarant : « [N]ous arrivons ainsi au terme des audiences au sujet de la demande d'avis consultatif présentée par le Conseil économique et social sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial à la Commission des droits de l'homme* ».

(39) *Jugements du T.A.O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O.*, C.I.J. Rec. 1956, p. 77, 84.

(40) Rec. 1999, § 25. Sur le caractère non obligatoire de l'avis consultatif, entre autres, *Interprétation des traités de paix, Avis consultatif* : C.I.J., Rec. 1950, p. 65, 71.

(41) V. notamment *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif du 15 décembre 1989, Rec. 1989, p. 177, § 27.

(42) V. notamment : « Il reste que la procédure, vu sa nature et son objet, vise (...) à demander un avis sur l'applicabilité d'une partie de la convention générale, et non à porter un différend devant la Cour en vue de son règlement », *ibidem*, § 35 ; « Certes, dans la résolution par laquelle il demande l'avis de la Cour, le Conseil conclut qu'une divergence de vues s'est élevée entre l'Organisation des Nations Unies et le gouvernement roumain quant à l'applicabilité de la convention au cas de M. Dumitru Mazilu. Mais cette divergence de vues, et la question posée à la Cour compte tenu de celle-ci, ne doivent pas être confondues avec le différend entre l'Organisation des Nations Unies et la Roumanie au sujet de l'application de la Convention générale au cas de M. Mazilu », § 38.

dans sa détermination du différend visé par la section 30 que réside l'explication de la décision de la Cour de répondre à la demande dans le cadre de la section 30 tout en refusant de traiter à titre principal du différend à l'origine de la procédure. La section 30 vise l'hypothèse d'un différend entre l'Organisation et un Membre. Or le Conseil est un organe de l'ONU au même titre que le Secrétaire général. Le différend auquel il fait référence peut ainsi être déterminé par lui d'une manière différente de celle du Secrétaire général et constituer tout de même un différend au sens de la section 30. Le Conseil pouvait donc juridiquement poser une autre question que celle qui était suggérée par le Secrétaire général sans qu'il puisse exister de limite juridique à la formulation de sa question. La Cour pouvait répondre à la demande d'avis dans le cadre de la section 30 car elle traitait bien d'un différend au sens de cette section même si ce différend n'était pas celui qui avait surgi entre le Secrétaire général et la Malaisie.

Ainsi, la Cour pouvait aussi estimer remplie la condition posée par les articles 96 § 2 de la Charte et 65 du Statut selon laquelle la question constituant l'objet de la demande est une « question juridique », l'avis sollicité ayant trait à l'interprétation de la convention générale et à son application au cas de M. Cumaraswamy (43). De même, la Cour pouvait estimer remplie la condition de l'article 96 § 2 selon laquelle les questions juridiques sur lesquelles portent les demandes d'avis émanant des organes de l'ONU et des institutions spécialisées autorisés à cet effet doivent se poser « dans le cadre de leur activité » (44). L'avis sollicité concerne l'activité de la Commission en tant que les questions qui lui sont soumises ont trait au mandat de son rapporteur spécial et entrent donc dans le cadre de l'activité du Conseil, dont la Commission est un organe subsidiaire.

Dans cette même logique, la Cour pouvait enfin déclarer ne voir aucune raison décisive de ne pas donner l'avis sollicité par le Conseil (45). On sait que, compétente pour donner un avis, la Cour dispose du pouvoir d'apprécier si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles doivent la déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis (46). La Cour rappelle avoir régulièrement affirmé que sa réponse à une demande d'avis constituait une participation de sa part à l'action de l'Organisation en tant qu'organe des Nations Unies et ne devait pas en principe être refusée (47), seules des « raisons décisives » pouvant l'y inciter (48).

(43) *Rec.* 1999, § 26. Dans ce sens l'exposé écrit du Costa Rica, III, et ses observations écrites, II. A.

(44) V. notamment les exposés écrits de la République du Costa Rica, III et des Etats-Unis, § 11.

(45) *Rec.* 1999, § 30.

(46) V. notamment *Interprétation des traités de paix*, *Rec.* 1950, p. 65, 72 ; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, avis du 20 juillet 1962, C.I.J. *Rec.* 1962, p. 151, 155.

(47) V. les deux mêmes avis, respectivement, pp.71 et 155 ; *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Rec.* 1951, p. 15, 19 ; *Jugements du T.A.O.I.T. sur requêtes contre l'Unesco*, 23 octobre 1956, *Rec.* 1956, p. 77, 86 ; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Rec.* 1971, p. 16, 27 ; *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, *Rec.* 1989, p. 177, 189 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* 1996, p. 226, 235.

(48) *Jugements du T.A.O.I.T. sur requêtes contre l'Unesco*, *Rec.* 1956, p. 77, 86 ; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, *Rec.* 1962, p. 151, 155 ; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Rec.* 1971, p. 16, 27 ; *Demande de réformation du jugement n° 158 du TANU*, 12 juillet 1973, *Rec.* 1973, p. 166,

II. – TRAITEMENT INCIDENT PAR LA COUR DU DIFFÉREND ORIGINAIRE DANS SON AVIS

La demande d'avis du Conseil économique et social comprenait deux parties :

« [S]ur 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 tant que rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, (...), et sur les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce » (49).

La Cour a estimé, à l'instar des participants à la procédure, que la première partie de la question portait sur l'applicabilité de la convention à M. Cumaraswamy en tant qu'expert en mission dans les circonstances de l'espèce (A). La seconde portait quant à elle sur les conséquences pour la Malaisie du fait que la section 22 b) était applicable ou non au cas de M. Cumaraswamy (B). Pour y répondre dans ses deux branches, la Cour traitera finalement de la question qui faisait l'objet du différend entre le Secrétaire général et la Malaisie : la réponse à la demande impliquait un règlement du différend initial à titre incident.

A. *Applicabilité de la section 22 à M. Cumaraswamy dans les circonstances de l'espèce*

Pour la Cour, la première partie de la question posée comprenait deux aspects :

« La demande du Conseil ne se rapporte donc pas uniquement à la question liminaire de savoir si M. Cumaraswamy était et est un expert en mission au sens de la section 22 de l'article VI de la convention générale mais aussi, au cas où la réponse à cette question serait affirmative, aux conséquences de cette conclusion dans les circonstances de l'espèce » (50).

La formule n'est pas claire car, quand elle définit ces conséquences, elle déclare rechercher

« si l'immunité prévue à l'alinéa b) de la section 22 s'applique à M. Cumaraswamy dans les circonstances propres au cas d'espèce, c'est-à-dire si les paroles qu'il a prononcées au cours de l'interview, telles qu'elles ont été publiées dans l'article de la revue *International Commercial Litigation* (...), l'ont été au cours de sa mission et s'il jouissait dès lors de l'immunité de juridiction en ce qui concerne ses paroles » (51).

Pour déterminer si la section 22 b) était applicable au cas de M. Cumaraswamy, deux analyses étaient assurément nécessaires, qui correspondent à celles qui sont faites par la Cour. Il fallait déterminer si M. Cumaraswamy était un expert en mission au moment des faits litigieux (1) et ensuite si ces faits avaient été accomplis par lui au cours de cette mission (2). Cette

(Suite note 48)

183 ; *Sahara occidental*, 16 octobre 1975, *Rec.* 1975, p. 12, 21 ; *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, 15 décembre 1989, *Rec.* 1989, p. 177, 191 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* 1996, p. 226, 235, 238.

(49) *In Rec.* 1999, § 1 (c'est nous qui soulignons).

(50) *Ibidem*, § 39.

(51) *Ibid.*, § 47.

seconde détermination, cependant, participe de l'appréciation de la réalisation d'une condition d'applicabilité de la section 22, elle n'est pas une conséquence de la conclusion de la question liminaire dans les circonstances de l'espèce; quant à la jouissance par M. Cumaraswamy de l'immunité de juridiction, ce n'est pas une conséquence de la qualité de celui-ci en tant qu'expert en mission, mais de cette qualité *et* du fait que les paroles litigieuses ont été prononcées au cours de sa mission.

1. *Détermination de la qualité de M. Cumaraswamy comme expert en mission au sens de la section 22*

Les participants à la procédure reconnaissent tous qu'en tant que rapporteur spécial de la commission des droits de l'homme, M. Cumaraswamy était un expert en mission et que ces experts bénéficient en principe des privilèges et immunités énoncés à la convention générale dans leurs relations avec les Etats parties (52).

La Cour cite l'art.105, §§ 1 et 2 de la Charte des Nations Unies qui garantit sur le territoire de chaque Etat membre à l'Organisation, aux représentants des Etats membres et aux fonctionnaires de l'Organisation, les privilèges et immunités nécessaires à l'exercice indépendant de leurs fonctions. Elle constate ensuite que l'Assemblée générale a, conformément au § 3 du même article, approuvé la convention générale qu'elle a proposée pour adhésion et à laquelle la Malaisie est devenue partie sans réserve le 28 octobre 1957.

Or cette convention contient un article VI, « Experts en missions pour l'Organisation des Nations Unies », à la section 22 duquel il est notamment énoncé que, lorsqu'ils accomplissent des missions pour l'Organisation, les experts jouissent pendant la durée de cette mission des privilèges et immunités nécessaires à l'exercice de leurs fonctions en toute indépendance, dont l'immunité de toute juridiction pour les actes accomplis par eux au cours de leurs missions.

La Cour reprend l'analyse qu'elle avait faite dans l'affaire *Mazilu*. Dans cet avis, elle avait déclaré que l'objectif de la section 22 est de permettre à l'ONU de confier des missions à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation et leur garantir les privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance, le critère de l'applicabilité de la section n'étant pas dans leur situation administrative, mais dans la nature de leur mission (53). Elle avait, pour conclure, estimé que

« la section 22 de la convention générale est applicable aux personnes (autres que les fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies) auxquelles une mission a été confiée par l'Organisation et qui sont de ce fait en droit de bénéficier des privilèges et immunités prévus par ce texte pour exercer leurs fonctions en toute indépendance » (54).

(52) V., entre autres, les exposés écrits présentés au nom du Secrétaire général des Nations Unies, §§ 32-33; du Costa Rica, IV. A; de l'Italie, § 2; des Etats-Unis, §§ 15-17. De même, les exposés oraux du représentant de l'ONU, CR 98/15, §§ 8-10 et de l'Italie, CR.98/16, § 1.

(53) *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif du 15 décembre 1989, *Rec.* 1989, p. 177, § 47.

(54) *Ibidem*, § 52. Elle avait conclu à l'unanimité que « la section 22 (...) est applicable au cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités », *ibidem*, p. 198.

En 1989, la Cour avait estimé que les rapporteurs ou rapporteurs spéciaux nommés par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités auxquels est confiée une mission d'étude doivent être regardés comme des experts en mission au sens de la section 22 (55). Elle estime ici que la même conclusion doit être retenue pour les rapporteurs spéciaux nommés par la Commission des droits de l'homme :

« [C]e qui est déterminant, c'est qu'une mission leur a été confiée par l'Organisation des Nations Unies et qu'ils jouissent dès lors des privilèges et immunités prévus à la section 22 de l'article VI, qui protègent l'exercice indépendant de leurs fonctions » (56).

Compte tenu du mandat de M. Cumaraswamy, celui-ci doit être considéré comme un expert au sens de la section 22 de l'article VI de la convention générale, à compter de la date de notification par le président de la Commission au sous-secrétaire général aux droits de l'homme de sa nomination comme rapporteur spécial. A ce titre, les dispositions de cette section lui étaient applicables à la date des faits litigieux et le restent (§ 45 et § 67.1 a)).

2. Détermination de la qualité des faits litigieux et avis sur la jouissance par M. Cumaraswamy de l'immunité de juridiction

Pour la Cour, la première partie de la question exigeait de déterminer ensuite si l'immunité de juridiction prévue par la section 22 « s'applique » à M. Cumaraswamy dans les circonstances propres à l'espèce. Il s'agissait selon elle de déterminer si les paroles litigieuses ont été prononcées au cours de la mission du rapporteur et si celui-ci jouissait dès lors de l'immunité de juridiction pour ces paroles.

La question de savoir si une norme « s'applique » à une situation semble bien participer du traitement de l'applicabilité de cette norme à cette situation. Il n'est pas certain, en revanche, que la question de savoir si M. Cumaraswamy jouit de l'immunité de juridiction en participe également. Il peut y avoir implication de la première proposition à la seconde, il n'y a cependant pas identité des propositions formulées par la Cour, qui relèvent vraisemblablement de deux phases distinctes du raisonnement juridique. On ne développera pas ici ce problème délicat de la distinction entre applicabilité et application car la Cour décide de traiter de la question de la jouissance par M. Cumaraswamy de l'immunité de juridiction (57).

Elle déclare en outre que le Conseil lui demandait de savoir si la section 22 b) était

« applicable au rapporteur spécial dans les circonstances exposées aux paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général et si, par conséquent, le

(55) *Ibid.*, § 55.

(56) *Rec.* 1999, § 43.

(57) L'assimilation par la Cour de l'application et de l'applicabilité d'une norme n'est pas un fait nouveau et est souvent tributaire de la formulation de la demande d'avis et de la teneur des exposés présentés devant elle. Ainsi, l'avis donné par la Cour à la question : « [L]es Etats-Unis d'Amérique, en tant que partie à l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies (...), sont-ils tenus de recourir à l'arbitrage conformément à la section 21 de l'accord ? » est officiellement cité ainsi : *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. *Rec.* 1988, p. 12. V. aussi, § 33. Les exposés des participants à la présente procédure ont tous inclus l'analyse de la jouissance par M. Cumaraswamy de l'immunité dans le traitement de la question de l'applicabilité de la section 22.

Secrétaire général a conclu à bon droit que le rapporteur spécial a agi au cours de sa mission » (58).

La formule n'est pas très heureuse. Certes, la Cour semble gênée par la référence aux circonstances exposées dans la note. Cette référence devait cependant avoir pour seule signification celle que la Cour lui avait préalablement donnée, d'un renvoi aux faits de base à garder à l'esprit pour se prononcer. La Cour devait dire si la section 22 était applicable à M. Cumaraswamy eu égard à la nature de sa mission et au caractère de ses propos. Il ne lui était pas expressément demandé de se prononcer sur le point de savoir si le Secrétaire général a conclu à bon droit que le rapporteur spécial avait agi au cours de sa mission, c'est-à-dire de traiter de l'« application » par le Secrétaire général de la convention générale à M. Cumaraswamy. Il y a certainement une implication entre l'affirmation de l'applicabilité de la Convention et l'affirmation de l'exactitude de la décision du Secrétaire général sur cette applicabilité, mais les deux questions ne semblent pas pouvoir se confondre.

Enfin, donc, en examinant l'applicabilité de la section 22 à M. Cumaraswamy, la Cour va traiter partiellement de la question qui constitue l'objet du différend entre le Secrétaire général et la Malaisie, qui est la question de savoir s'il a le pouvoir exclusif de décider si les paroles de M. Cumaraswamy ont été prononcées au cours d'une mission pour l'Organisation au sens de la section 22 b).

Dans un premier temps, la Cour déclare que pour déterminer si un expert en mission jouit dans certaines circonstances de l'immunité de juridiction,

« le Secrétaire général de l'ONU a un rôle central à jouer. En sa qualité de plus haut fonctionnaire de l'organisation, il a le pouvoir et la responsabilité d'assurer la protection nécessaire lorsque besoin en est » (59).

Il serait, en d'autres termes, l'organe habilité à exercer au nom de l'Organisation la « protection fonctionnelle » des agents de l'organisation dont la Cour confirme qu'elle « est nécessairement impliquée par la Charte » (60). En effet,

« [L]e Secrétaire général protège (...) la mission confiée à l'expert. A cet égard, 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 » (61).

Dans un second temps, la Cour indique que c'est en fonction des faits propres à une affaire que l'on peut déterminer si un agent de l'Organisation a agi au cours de sa mission. Elle observe ensuite que le Secrétaire général (ou le conseiller juridique de l'Organisation au nom de celui-ci) a affirmé à de nombreuses reprises au Gouvernement malaisien que M. Cumaraswamy avait prononcé les paroles citées dans l'article de l'*International Commercial Litigation* en qualité de rapporteur spécial de la Commission et bénéficiait donc de l'immunité de « toute » juridiction. La Cour semble ainsi reconnaître un grand pouvoir au Secrétaire général en la matière en attachant beaucoup d'importance à ses conclusions (62).

(58) *Rec.* 1999, § 49.

(59) *Ibidem*, § 50.

(60) *Ibid.*, § 50 renvoyant à *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec.* 1949, p. 174, 184.

(61) *Ibid.*, § 51.

(62) D'une manière excessive pour les juges Oda (opinion individuelle, § 9) et Koroma (opinion dissidente, § 13).

Elle va cependant apprécier le bien-fondé de ces conclusions. Selon la section 22 *b*), les experts qui accomplissent des missions pour l'ONU jouissent pendant la durée de ces missions de l'immunité de toute juridiction en ce qui concerne les actes accomplis par eux au cours de leurs missions. Il s'agissait donc de savoir si M. Cumaraswamy, dont il est désormais établi qu'il était un expert en mission au sens de la section 22, avait prononcé les paroles litigieuses dans l'accomplissement de sa mission (63).

Ainsi, elle recense des éléments qui pouvaient conforter le Secrétaire général dans sa conclusion et l'ont fait effectivement. Elle remarque que les contacts avec les médias sont devenus une pratique habituelle des rapporteurs spéciaux de la Commission. Examinant ensuite l'article litigieux, elle observe qu'il fait plusieurs fois état de la qualité de rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats de M. Cumaraswamy. La Cour fait état enfin du fait que la Commission a pris acte des rapports de M. Cumaraswamy, pris note de ses méthodes de travail et prorogé le mandat de ce dernier, ce qu'elle n'aurait sans doute pas fait si elle avait estimé que M. Cumaraswamy avait agi hors du cadre de son mandat et donné son interview hors de l'exercice de ses fonctions (64). Elle conclut :

« eu égard aux circonstances de l'espèce, dont des éléments sont exposés aux paragraphes 1 à 15 de la note du Secrétaire général, la Cour est d'avis que celui-ci a conclu à bon droit que M. Cumaraswamy, en prononçant les paroles citées dans l'article de la revue *International Commercial Litigation*, agissait au cours de sa mission de rapporteur spécial de la Commission. Par conséquent, l'alinéa *b*) de la section 22 de l'article VI de la convention générale lui est applicable au cas particulier et lui procure l'immunité de toute juridiction » (65).

La deuxième condition de l'applicabilité de la section 22 est peut-être énoncée de manière maladroite. Ce qui rend une norme applicable à une situation est le fait que cette situation rentre dans le cadre de ses prescriptions. Ce qui rend la section 22 applicable au cas de M. Cumaraswamy est le fait qu'il est un expert en mission pour l'Organisation au sens de l'article 22 et que les paroles litigieuses ont été prononcées au cours de sa mission. La décision du Secrétaire général de considérer ces deux conditions remplies et donc la section 22 applicable n'a aucun effet sur cette applicabilité. S'il l'a prise à bon droit, il a fait une bonne analyse de l'applicabilité de la section 22 au cas de M. Cumaraswamy; dans le cas contraire, il en a fait une mauvaise analyse. La question reste entière, donc, de savoir pourquoi la Cour a apprécié le bien-fondé de la conclusion du Secrétaire général. Peut-être était-ce un moyen de participer au règlement de ce différend qui ne constituait pas pour elle l'objet principal de son office.

Car il ressort de cette analyse de la Cour que, dans l'ordre juridique international, le Secrétaire général ne dispose pas du pouvoir exclusif de décider si un agent de l'Organisation a agi dans le cadre de sa mission. Sa décision peut faire l'objet d'une contestation devant la Cour. Elle se reconnaît en effet un pouvoir de contrôle de cette décision, ce que prévoit la section

(63) Sur le caractère central de cette question dans la demande d'avis, exposé écrit des Etats-Unis, § 19; observations écrites du Gouvernement de la République du Costa Rica, II. A.

(64) Sur le caractère insuffisant de l'examen de la Cour sur la question, v. Koroma, opinion dissidente, §§ 13-14.

(65) *Rec. 1999*, §§ 56, § 67.1*b*). Dans ce sens opinions individuelles Weeramantry, § 30; Oda, §§ 11-17; exposés écrits du Costa Rica, IV. B; de la Grèce; des Etats-Unis, §§ 5, 35-41; observations écrites du Costa Rica, II. B; des Etats-Unis, §§ 2, 8; interventions orales du Costa Rica, § 28; de l'Italie, § 5.

30 de l'article VIII qui attribue à son avis un caractère obligatoire et décisif (66).

B. Détermination des obligations juridiques de la Malaisie

La Cour considère que le différend qui oppose l'ONU à la Malaisie est né du fait que le Gouvernement de la Malaisie n'a pas indiqué aux autorités judiciaires nationales compétentes que le Secrétaire général estimait que M. Cumaraswamy avait prononcé les paroles litigieuses au cours de sa mission et jouissait de l'immunité de juridiction. Elle décide donc de prendre cette abstention comme date critique pour répondre à la question posée.

La question portant sur les obligations de la Malaisie, la Cour aurait dû selon toute attente déterminer les obligations nées du bénéfice par M. Cumaraswamy de l'immunité de juridiction pesant sur l'Etat lui-même. La Cour préféra cependant préciser les obligations du gouvernement et celles des tribunaux malaisiens tant dans les motifs de son avis (§§ 60-62 et § 63) que dans l'énoncé de celui-ci (2a) et 2b)).

Les faits d'un gouvernement et d'un juge national sont dans l'ordre juridique international des faits imputables à l'Etat dont ils sont les organes (67). L'examen des obligations internationales pesant sur eux peut constituer un traitement adéquat de la question posée (68). Cependant, l'examen des obligations de ces deux types d'organes étatiques est une question qui n'intéresse généralement pas le droit international en raison de ce lien d'imputation et de l'indifférence du droit international pour l'organisation dans l'ordre juridique étatique des modes de mise en œuvre de ses prescriptions et prohibitions (69). La section 34 de la convention générale elle-même énonce que l'Etat partie doit être en mesure d'appliquer en vertu de son propre droit les dispositions de la convention. On examinera la détermination faite par la Cour des obligations du gouvernement (1) et des tribunaux

(66) C'était la position du Secrétaire général (V. note, § 17 ; exposé écrit, §§ 52 s., 61 et 66 ; *Rec.* 1999, § 33 ; observations écrites, §§ 4 s). V. aussi exposés écrits de l'Allemagne ; de la Suède ; du Costa Rica, V. A ; observations écrites des Etats-Unis, § 5 ; du Costa Rica, II. C. 2 et III, *in fine* ; interventions orales du représentant de l'ONU, CR.98/15, §§ 24, 34, 58 s ; conclusions : CR.98/17, §§ 41 s. ; du Costa Rica, CR.98/15, §§ 16, 23 ; de l'Italie, CR.98/16, § 3. La Malaisie prétend renverser la charge du recours : il appartiendrait aux tribunaux nationaux de qualifier les faits litigieux aux fins de détermination de l'applicabilité de la section 22, quitte à ce que le Secrétaire général conteste cette qualification devant la C.I.J., CR.98/16, §§ 8, 115.

(67) Voir *A.C.D.I.*, 1973, vol.II, p. 197, art.6 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

(68) La Cour sent la nécessité de justifier dans cette logique le traitement de l'obligation du gouvernement : « Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat. (...). Le gouvernement n'ayant pas transmis la conclusion du Secrétaire général aux tribunaux compétents et le ministre des affaires étrangères ne l'ayant pas mentionnée dans son propre certificat, la Malaisie ne s'est pas acquittée de l'obligation sus-indiquée », § 62. De même s'agissant de l'obligation des tribunaux : « Comme il a été rappelé ci-dessus, le comportement d'un organe de l'Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat. En conséquence, la Malaisie n'a pas agi conformément aux obligations que lui impose le droit international », § 63. L'exposé écrit présenté au nom du Secrétaire général confond les obligations pesant sur l'Etat et celles pesant sur le gouvernement (v. §§ 57 s.). A l'audience, le représentant de l'ONU consacre l'essentiel de ses développements relatifs aux obligations du gouvernement, bien qu'il cite parfois la Malaisie, CR.98/15, §§ 37 s et 63 s ; CR.98/17, §§ 36, 56 s. certainement parce qu'il impute la violation alléguée de la convention au seul gouvernement (observations écrites, II). Dans son exposé écrit, le Costa Rica énonce les obligations des tribunaux, du gouvernement et de la Malaisie elle-même, sa conclusion ne visant cependant que l'Etat. Dans son exposé écrit, l'Allemagne n'énonce d'obligations qu'à la charge du gouvernement.

(69) Dans ce sens les exposés écrits de l'Italie, § 7, de la Malaisie, § 9.10, des Etats-Unis, §§ 5, 20, 42 s. (voir aussi observations écrites, § 5) ; Koroma, opinion dissidente, § 28.

malaisiens (2), avant de s'interroger sur la signification du paragraphe 65 (3).

1. *Obligations du gouvernement*

En énonçant les obligations du gouvernement de la Malaisie, la Cour achève finalement son traitement des pouvoirs du Secrétaire général, question qui constituait l'objet du différend opposant ce dernier et la Malaisie (70). Ce traitement était certainement nécessaire. Puisque la détermination des obligations de la Malaisie dépend du fait que le rapporteur bénéficie ou non de l'immunité de juridiction, elle est tributaire de la détermination de l'entité titulaire du pouvoir de décider si M. Cumaraswamy bénéficie de cette immunité et de la détermination de la force juridique pour la Malaisie des décisions du Secrétaire général (71). Si ce dernier a le pouvoir exclusif de décider du bénéfice de l'immunité, l'Etat est obligé de donner effet à cette décision pour respecter son engagement. Sinon, l'Etat est libre d'apprécier si M. Cumaraswamy bénéficie de l'immunité.

La Cour rappelle que le Secrétaire général, en tant que plus haut fonctionnaire de l'Organisation, a la responsabilité principale de la protection des intérêts de celle-ci. Il doit à ce titre apprécier si ses agents ont agi dans le cadre de leurs fonctions et, si tel est le cas, les protéger en faisant valoir leur immunité. La Cour précise la portée de ce pouvoir sans déterminer toutefois la force juridique de ses décisions pour le gouvernement :

« Cela signifie que le Secrétaire général a le pouvoir et la responsabilité d'aviser le gouvernement d'un Etat membre de sa conclusion et, s'il y a lieu, de prier ledit gouvernement d'agir en conséquence et, en particulier, de porter cette conclusion à la connaissance des tribunaux internes si les actes d'un agent ont donné lieu à des actions en justice » (72).

En conséquence, « [l]orsque des tribunaux nationaux sont saisis d'une affaire mettant en cause l'immunité d'un agent de l'Organisation des Nations Unies, il échet de leur notifier immédiatement toute conclusion du Secrétaire général concernant cette immunité » car de cette conclusion dépend l'application correcte de la convention générale (73). La violation de cette obligation pourrait fonder la mise en œuvre de la procédure de la section 30 de l'article VIII de la convention générale.

La Cour semble fonder cette obligation de communication sur la force juridique qu'elle reconnaît à la conclusion du Secrétaire général pour les tribunaux étatiques. Cette conclusion crée une « présomption » qui « ne peut être écartée que pour les motifs les plus impérieux » et à laquelle, donc, les tribunaux nationaux (qui sont les organes étatiques qui mettront ou non en œuvre l'obligation pesant sur l'Etat) doivent accorder « le plus grand poids ». Vraisemblablement, par conséquent, l'obligation du gouvernement résulte du fait que la conclusion du Secrétaire général crée une présomption pour les

(70) On sait que le Secrétaire général considère comme définitive pour les juridictions étatiques sa décision relative au bénéfice par un rapporteur spécial de l'immunité de juridiction. La Malaisie a modifié plusieurs fois sa position. Dans ses observations écrites, le certificat du Secrétaire général est nul et sa note verbale ne produit aucun effet, le Secrétaire général n'étant pas investi du pouvoir exclusif de déterminer si des paroles ont été prononcées au cours d'une mission pour les Nations Unies au sens de la section 22 b), § 6.15. Elle sera plus mesurée à l'audience, ce que laissent présager ses affirmations dans les mêmes observations *in* §§ 7.6-7.8 et 8.1.

(71) *V.* dans ce sens, les observations écrites de la Malaisie, § 7.25.

(72) *Rec.* 1999, § 60.

(73) Dans ce sens, Weeramantry, opinion individuelle, § 1 ; exposé écrit du Royaume-Uni, § 6.

tribunaux nationaux et que son interlocuteur dans l'ordre juridique international est le gouvernement. C'est donc en tant qu'organe étatique à compétence externe que ce dernier est visé et non comme destinataire particulier de l'obligation de donner effet à la convention, lequel destinataire est l'Etat partie.

Quant au différend à l'origine de la procédure consultative, la Cour refuse d'affirmer le pouvoir exclusif du Secrétaire général par rapport aux tribunaux étatiques pour déterminer si un expert a agi dans le cadre de sa mission (74).

2. *Obligation des tribunaux malaisiens*

L'alinéa b) de la section 22 de la convention générale indiquant expressément que les experts en missions jouissent de l'immunité de toute juridiction pour les actes accomplis par eux au cours de leurs missions, il découle nécessairement pour la Cour que la question d'immunité est une question préliminaire qui doit être tranchée dans les meilleurs délais *in limine litis*. La Cour qualifie cette norme de « principe de droit procédural généralement reconnu » que la Malaisie devait respecter (75). Elle affirme qu'en ne statuant pas *in limine litis* sur l'immunité de M. Cumaraswamy, les tribunaux malaisiens ont privé de sa raison d'être la règle relative à l'immunité énoncée dans la convention générale.

Constituait de plus une violation de cette règle le fait que des dépens ont été mis à la charge du rapporteur alors que la question de l'immunité demeurait pendante. L'immunité de juridiction reconnue à M. Cumaraswamy suppose, ajoute la Cour, que celui-ci soit dégagé de toute obligation financière mise à sa charge par les tribunaux malaisiens, notamment au titre des dépens.

3. *Une injonction au gouvernement malaisien ?*

La Cour avait affirmé que l'attribution par les parties au différend d'une force juridique décisive à son avis n'affectait pas le caractère consultatif de sa fonction déterminé par la Charte et son Statut et notamment le contenu de l'avis lui-même. Pourtant, elle déclare :

« La Cour estimant que M. Cumaraswamy est un expert en mission qui jouit de l'immunité de juridiction en vertu de l'alinéa b) de la section 22, le Gouvernement de la Malaisie est tenu de communiquer le présent avis consultatif aux tribunaux malaisiens compétents, afin qu'il soit donné effet aux obligations internationales de la Malaisie et que soit respectée l'immunité de M. Cumaraswamy ».

Plusieurs lectures sont possibles. Le paragraphe 65, alinéa 2, est inutile puisque ce qui y est énoncé est impliqué par l'application de la section 30 de la convention générale à l'affaire (76). En outre, le § 65 de l'avis semble dans ce cas constituer une injonction de la Cour au gouvernement malaisien qui serait indépendante de son avis sur les questions posées. La Cour se départirait ainsi de sa fonction consultative. Selon une autre lecture, et si

(74) Dans ce sens, exposés écrits des Etats-Unis, §§ 22-24, 35 ; du Royaume-Uni, § 6 ; de l'Italie, § 4 ; observations écrites des Etats-Unis, § 6 ; exposé oral de l'Italie, CR.98/16, §§ 3, 4. De même, finalement, l'exposé oral de la Malaisie, CR.98/16, §§ 5, 10 en contradiction avec son exposé écrit, §§ 5.5, 7.1 s. *Contra*, le Secrétaire général dans ses différents exposés (v. notamment *Rec.* 1999, § 33) ; exposé écrit de la Suède.

(75) Dans ce sens, entre autres, l'exposé écrit des Etats-Unis, §§ 33-34 et les observations écrites du Costa Rica, III. C. De même, finalement, la Malaisie, CR.98/16, § 5. V. sur ce point Oda, opinion individuelle, §§ 20-21.

(76) Dans ce sens, Oda, opinion individuelle, § 25 au sujet de l'alinéa 4 du « dispositif ».

l'utilisation des astérisques dont la Cour ponctue son propos a une signification déterminée dans la structure de l'avis, ce paragraphe relève de l'examen de la seconde question énoncée dans la demande d'avis. Il ne constituerait dans ce sens qu'une précision des obligations de la Malaisie. Cependant, la demande ne *semble* porter sur les obligations de la Malaisie qu'au regard de la section 22. Or, ce dont il s'agit ici est une obligation du gouvernement qui résulte non seulement de l'applicabilité de la section 22, mais aussi de l'application de la section 30 de la convention générale. L'imprécision de la demande d'avis sur l'origine des obligations de la Malaisie qu'il s'agissait de déterminer permettrait de voir dans ce paragraphe une réponse à la seconde question et non une injonction faite par celle-ci sans rapport avec la demande et donc formulée par la Cour en dehors des pouvoirs qu'elle tient de son Statut et de la Charte. L'imprécision de la demande d'avis permet le doute et légitime des conclusions différentes.

Le paragraphe 66 de l'avis constitue quant à lui un *obiter dictum*. La Cour précise que la question de l'immunité de juridiction d'un agent de l'Organisation est distincte de la question de la responsabilité de l'ONU engagée par celle-ci du fait du préjudice causé par ses actes ou ceux de ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles (et dont il n'est pas précisé qu'ils doivent être illicites pour constituer le fait générateur de l'obligation de réparer). En d'autres termes, l'Etat n'est pas dépourvu de voie de recours contre les actes des agents de l'Organisation. Il ne peut attaquer l'agent pour des actes accomplis au nom de l'Organisation car cette situation fait bénéficier cet agent d'une immunité de juridiction. Cependant, ce fait qui conditionne le bénéfice de l'immunité a pour effet simultané l'imputation des actes de l'agent à l'Organisation. Parce que l'agent ne bénéficie de l'immunité que dans les conditions d'imputation de ses actes à l'Organisation, l'Etat ne peut se retourner que contre l'Organisation elle-même. Ainsi que le précise la Cour, le recours mis à disposition de la Malaisie se situe dans l'ordre juridique international et ne peut être mis en œuvre que par des mécanismes de droit international devant des entités relevant de cet ordre. Ainsi, la section 29 de l'article VIII de la convention générale énonce que les demandes dirigées contre l'Organisation ne relèvent pas de la compétence des tribunaux nationaux, mais doivent être réglées selon les modes que l'ONU devra prévoir conformément à cette section.

Il était donc en effet « à peine besoin d'ajouter » que les agents de l'Organisation doivent veiller à ne pas dépasser les limites de leurs fonctions. Cela, certes, ne leur ferait pas perdre automatiquement le bénéfice de l'immunité de juridiction, mais engagerait la responsabilité de l'Organisation. Il était à peine besoin de faire cet ajout dans la mesure où cette proposition est une conséquence du raisonnement tenu dans les deux premiers alinéas du paragraphe (77) et où cette proposition ne participe pas en tant que telle au traitement de la demande d'avis. La Cour en était consciente puisqu'on ne trouve nulle trace de ce paragraphe dans le « dispositif de l'avis » (78).

(77) Pour une motivation différente de ce *dictum*, voir Weeramantry, opinion individuelle, §§ 33-34.

(78) Le juge Oda qualifie ces déclarations d'inutiles et estime que la Cour aurait dû indiquer si le Gouvernement malaisien devait réparation à l'ONU et au rapporteur pour violation de ses obligations et préciser la forme de cette réparation (§ 26). Eu égard à la généralité de la deuxième question posée à la Cour, cette hypothèse était en effet envisageable puisqu'il aurait été question de déterminer « les obligations juridiques de la Malaisie en l'espèce ». Plusieurs exposés contenaient des développements sur la responsabilité de la Malaisie. Pour avoir une vue complète de l'avis, voir D. Ruzié, R.G.D.I.P. 1999, pp. 667-683 et P.H. BEKKER, A.J.I.L. 1999, pp. 913-923.