

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

J'ai voté pour l'avis consultatif de la Cour car je pense que sa conclusion essentielle — qu'il existe un différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis au sujet de l'interprétation ou de l'application de l'accord de siège — est défendable. A mon avis, plusieurs réponses peuvent toutefois être données à la question posée à la Cour. La réponse de la Cour n'est pas celle qui, selon moi, doit être donnée à tous égards.

Comme il est indiqué au paragraphe 1 de l'avis de la Cour, l'Assemblée générale, en demandant à la Cour un avis consultatif sur la question de savoir si les Etats-Unis sont tenus de recourir à l'arbitrage conformément à la section 21 de l'accord de siège, a confirmé la position du Secrétaire général qui a constaté « l'existence d'un différend entre l'Organisation des Nations Unies et le pays hôte quant à l'interprétation ou l'application de l'accord... » (résolution 42/229 B). Dans la résolution 42/229 A qui accompagnait celle qui vient d'être citée, adoptée également le 2 mars 1988, l'Assemblée générale a considéré :

« qu'un différend existe entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique ... quant à l'interprétation ou l'application de l'accord de siège, et que la procédure de règlement des différends visée à la section 21 de l'accord devrait être engagée ».

En d'autres termes, après avoir répondu deux fois à la question au sujet de laquelle elle demande l'avis de la Cour, qui est le principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, l'Assemblée générale a demandé à la Cour son avis sur cette question. Par la suite, le 23 mars 1988, alors que la procédure devant la Cour se poursuivait, l'Assemblée générale a répondu dans le même sens à cette question en considérant

« qu'un différend existe entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis ... quant à l'interprétation ou à l'application de l'accord de siège, et que la procédure de règlement des différends visée à la section 21 de l'accord ... devrait être engagée... » (résolution 42/230).

En répondant à la question posée en ces termes par l'Assemblée générale, la Cour s'est prononcée sur certains points d'une manière incontestable. Il est certain que, dans l'ordre juridique international, le droit interne ne peut déroger au droit international et qu'un Etat ne peut se soustraire à sa responsabilité internationale en promulguant une loi interne contraire à ses obligations internationales. Il est évident qu'une partie à un accord prévoyant une obligation de soumettre à l'arbitrage tout différend quant à son interprétation ou son application ne peut juridiquement se soustraire à cette obligation en refusant de reconnaître l'existence d'un différend ou en soutenant qu'il ne serait d'aucune utilité

de le soumettre à l'arbitrage. Il est admis qu'une disposition d'un traité (ou d'un contrat) prescrivant la soumission à un arbitrage international de tout différend qui en découlerait n'exige pas, comme condition préalable à son exécution, l'épuisement des voies de recours internes. Je souscris non seulement à la réaffirmation de ces principes juridiques, mais également aux conclusions en l'espèce selon lesquelles le différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis n'a pas été réglé par les négociations qui ont déjà eu lieu, et que les parties ne sont pas convenues d'un mode de règlement autre que l'arbitrage.

Ma divergence de vues avec la Cour porte sur la question de savoir si le différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis à ce stade concerne « l'interprétation ou l'application » de l'accord de siège. A mon avis, les faits de l'affaire montrent que l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis sont essentiellement d'accord sur l'interprétation de l'accord de siège. La question de savoir si un différend existe actuellement sur son application n'est pas si évidente.

On peut conclure, comme l'a fait la Cour, qu'en raison du comportement adopté par le Gouvernement des Etats-Unis à l'égard du maintien en fonctionnement du bureau à New York de la mission d'observation de l'Organisation de libération de la Palestine auprès de l'Organisation des Nations Unies un différend est né entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis « au sujet de ... l'application de cet accord... » Selon moi, les faits de l'affaire permettent par ailleurs de conclure que, comme l'application effective de la loi des Etats-Unis en question — la loi contre le terrorisme — au bureau de l'OLP à New York a été renvoyée en attendant l'issue de la procédure judiciaire en cours devant le tribunal du district sud de New York, un différend quant à l'application de l'accord de siège ne naîtra que si ce tribunal décidait que cette loi doit effectivement s'appliquer au bureau de l'OLP. Pour expliquer cette autre conclusion, ainsi que la concordance de vues des parties sur l'interprétation de l'accord de siège, il convient d'exposer certains des faits saillants de la présente affaire.

Outre les dispositions essentielles citées par la Cour au paragraphe 9 de son avis, la loi de 1987 contre le terrorisme contient un « exposé des motifs » du Congrès des Etats-Unis sur les activités de l'OLP et des « conclusions » selon lesquelles l'OLP est une « organisation terroriste » qui « ne [devrait] pas avoir l'autorisation d'opérer aux Etats-Unis »; elle donne pour instructions à l'*Attorney General* de prendre les mesures et d'engager les procédures nécessaires pour « donner effet » à la loi, et habilite les tribunaux compétents des Etats-Unis, sur demande de l'*Attorney General* à « assurer l'application » de la loi.

Lorsqu'une proposition de cette nature a été présentée pour la première fois, le secrétaire d'Etat Shultz a écrit ce qui suit le 29 janvier 1987 au sénateur Dole :

« La mission d'observation de l'OLP à New York a été établie comme suite à la résolution 3237 (XXIX) adoptée par l'Assemblée

générale, le 22 novembre 1974, qui invitait l'OLP à participer aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale en qualité d'observateur. La mission d'observation de l'Organisation de libération de la Palestine représente l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies; elle n'est en aucune manière accréditée auprès du Gouvernement des Etats-Unis. Les Etats-Unis ont fait clairement savoir que les membres du personnel de la mission d'observation de l'OLP ne sont présents aux Etats-Unis qu'en qualité de « personnes invitées » par l'Organisation des Nations Unies, au sens de l'accord de siège. Donc, nous avons l'obligation d'autoriser les membres du personnel de la mission d'observation de l'OLP à entrer et à demeurer aux Etats-Unis pour s'acquitter de leurs fonctions officielles au Siège de l'Organisation des Nations Unies... » (*Congressional Record*, vol. 133, n° 78, 14 mai 1987, p. S6449.)

A la 126^e séance du comité des relations avec le pays hôte, le 14 octobre 1987, l'observateur de l'OLP a appelé l'attention sur un amendement au projet de loi de finances relative au département d'Etat contenant des dispositions qui devaient être reprises par la suite dans la loi contre le terrorisme. Il a cité la lettre du 29 janvier du secrétaire d'Etat. Le représentant des Etats-Unis a répondu que « de l'avis de l'exécutif, la fermeture de la mission de l'OLP ne serait pas conforme aux obligations du pays hôte en vertu de l'accord de siège ». Le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a alors déclaré que « l'Organisation partageait l'opinion juridique exprimée dans la lettre du secrétaire d'Etat Shultz en date du 29 janvier 1987 » (A/42/26, p. 11-12).

Le sénateur Dole n'a pas souscrit à la position du secrétaire d'Etat et les avis étaient partagés au Sénat et à la chambre. Lorsqu'un rapport de la commission de conciliation sur la loi d'ouverture de crédits pour les affaires étrangères, contenant le texte de la loi contre le terrorisme, a été présenté au Sénat, le président de la commission des affaires étrangères, le sénateur Pell, a déclaré :

« le gouvernement craint que la formulation du texte concernant l'OLP n'exige la fermeture de la mission d'observation de l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies, en violation d'obligations que les Etats-Unis ont contractées en droit international. Selon moi, les termes de la loi n'exigent pas nécessairement la fermeture de la mission d'observation de l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies, car c'est une règle consacrée d'interprétation des lois que les tribunaux américains interprètent les lois du Congrès dans un sens compatible avec les obligations des Etats-Unis en droit international, pour que cette interprétation soit plausible.

Les partisans de la fermeture de la mission de l'OLP affirment que les Etats-Unis ne sont pas juridiquement tenus d'accueillir des missions d'observation. S'ils ont raison sur le plan du droit international, alors les termes de la loi exigent la fermeture de la mission d'observation de l'OLP.

Par contre, si les Etats-Unis sont, en tant que pays hôte de l'Organisation des Nations Unies, juridiquement tenus d'autoriser les missions d'observation reconnues par l'Assemblée générale, on ne peut alors, à mon avis, interpréter la loi comme exigeant la fermeture de la mission d'observation de l'OLP. La loi ne fait aucune mention de la mission de l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies et ses partisans n'ont jamais indiqué la moindre intention d'aller à l'encontre d'obligations de droit international contractées par les Etats-Unis. Ce qu'ils ont affirmé c'est que la fermeture du bureau de l'OLP à New York ne constitue pas une violation du droit international et qu'ils portaient de ce principe.» (*Congressional Record*, vol. 133, n° 200, 16 décembre 1987, p. S18185-S18186.)

Avant que les événements ne prennent une telle tournure, le 13 octobre 1987 le Secrétaire général a écrit au représentant permanent des Etats-Unis pour lui exprimer ses graves préoccupations à la suite de l'adoption par le Sénat d'un amendement tendant à rendre illégal le maintien aux Etats-Unis de tout bureau de l'OLP. Il a rappelé les termes de la lettre du 29 janvier 1987 du secrétaire d'Etat et a déclaré « je suis en accord avec les vues exprimées par le secrétaire d'Etat sur cette question... »

Le 7 décembre 1987, le Secrétaire général a écrit ce qui suit à M. Walters :

« la position juridique de l'Organisation des Nations Unies est la suivante : les membres de la mission d'observation de l'OLP sont, en vertu de la résolution 3237 (XXIX) de l'Assemblée générale, des invités de l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis sont tenus d'autoriser les membres du personnel de l'OLP à entrer et à séjourner aux Etats-Unis pour s'acquitter de leurs fonctions officielles auprès de l'Organisation des Nations Unies conformément à l'accord de siège. Cette position ... concide avec celle adoptée par le Gouvernement des Etats-Unis dans la lettre que le secrétaire d'Etat a adressée le 29 janvier 1987... »

Même à ce stade avancé, j'espère vivement que le Gouvernement des Etats-Unis aura la possibilité, conformément à sa propre position juridique, de prendre des mesures pour empêcher l'adoption de cette loi. Je vous serais toutefois obligé de bien vouloir confirmer que même si la loi envisagée est adoptée, les arrangements actuellement en vigueur en ce qui concerne la mission d'observation de l'OLP ne seront ni restreints ni autrement affectés. Faute d'une telle assurance, il s'avérerait qu'un différend existe entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis quant à l'interprétation ou à l'application de l'accord de siège, auquel cas je me verrais dans l'obligation d'entamer la procédure de règlement des différends prévue à la section 21 de l'accord de siège... »

La loi ayant toutefois été adoptée et incorporée à la loi d'ouverture de

crédits du département d'Etat, promulguée par le Président, le représentant permanent par intérim des Etats-Unis, M. Okun, a écrit en ces termes au Secrétaire général le 5 janvier 1988 :

« La loi mentionnée dans vos lettres fait partie du *Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Years 1988 and 1989*, que le président Reagan a signé le 22 décembre. La section 1003 de cette loi, qui a trait à l'Organisation de libération de la Palestine (OLP), doit entrer en vigueur quatre-vingt-dix jours après cette date. Etant donné que les dispositions concernant la mission d'observation de l'OLP pourraient empiéter sur les pouvoirs constitutionnels du Président et que, si elles étaient appliquées, elles seraient contraires à nos obligations juridiques internationales découlant de l'accord de siège avec l'Organisation des Nations Unies, le gouvernement a l'intention de mettre à profit le délai de quatre-vingt-dix jours qui doit précéder l'entrée en vigueur de cette disposition pour engager des consultations avec le Congrès afin de régler la question. »

Le 14 janvier 1988, le Secrétaire général a écrit à M. Walters en rappelant les termes des échanges de vues antérieurs et en déclarant :

« Bien entendu, je me félicite que le Gouvernement des Etats-Unis ait l'intention d'utiliser le délai de quatre-vingt-dix jours de la manière indiquée par l'ambassadeur Okun et expliquée plus en détail par le conseiller juridique du département d'Etat, le juge Sofaer, au cours de l'entretien qu'il a eu avec le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies le 12 janvier. Néanmoins, ni la lettre de l'ambassadeur Okun ni les déclarations faites par le juge Sofaer ne constituent l'assurance que j'ai demandée dans ma lettre du 7 décembre 1987, pas plus qu'elles ne permettent de compter sur le plein respect de l'accord de siège. Cela étant, il existe un différend entre l'Organisation et les Etats-Unis au sujet de l'interprétation et de l'application de l'accord de siège et j'invoque par la présente la procédure de règlement des différends énoncée à la section 21 de l'accord susdit. »

Le 2 février 1988, le Secrétaire général a écrit à nouveau à M. Walters, dans les termes énoncés au paragraphe 19 de l'avis de la Cour.

Le 11 février 1988, le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, M. Fleischhauer, a écrit à M. Sofaer, pour lui faire savoir que l'Organisation des Nations Unies avait choisi M. Eduardo Jiménez de Aréchaga, ancien Président et juge de la Cour internationale de Justice, pour être son arbitre « en cas d'arbitrage aux termes de la section 21... » et, étant donné les contraintes de temps, il l'a prié instamment de faire connaître le plus tôt possible à l'Organisation des Nations Unies le nom de l'arbitre choisi par les Etats-Unis.

La résolution 42/229 B a été adoptée par 143 voix contre zéro. Les Etats-Unis n'ont pas participé au vote. M. Okun a expliqué cette position qui est rappelée au paragraphe 22 de l'avis consultatif.

Le 4 mars 1988, à la suite de l'adoption des résolutions 42/229 A et 42/229 B, le Secrétaire général a écrit à M. Walters pour lui faire remarquer qu'il n'avait pas reçu de réponse officielle à ses lettres dans lesquelles il demandait

« des assurances que la loi contre le terrorisme de 1987 ne serait pas appliquée à la mission permanente d'observation de l'Organisation de libération de la Palestine, ou que son application serait différée, [ni] ... de réponse ... concernant la désignation d'un arbitre par les Etats-Unis ».

Il a ensuite déclaré :

« [j]'exprime] l'espoir qu'il serait encore possible aux Etats-Unis de concilier leur législation interne et leurs obligations internationales. Cependant, si tel n'était pas le cas, [je suis] confiant que les Etats-Unis reconnaîtraient l'existence du différend et accepteraient de recourir à la procédure de règlement des différends prévue à la section 21 de l'accord de siège et que, dans l'intervalle, le *statu quo* serait maintenu. »

Le 11 mars 1988, M. Okun a écrit au Secrétaire général dans les termes cités au paragraphe 24 de l'avis de la Cour. Le Secrétaire général a protesté contre la lettre du 11 mars de M. Okun et dans une lettre du 15 mars a répondu en ces termes :

« selon l'Organisation des Nations Unies, la décision prise par le Gouvernement des Etats-Unis, telle qu'elle est exposée dans la lettre, constitue une violation flagrante de l'accord de siège conclu entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis. Plus particulièrement, je ne saurais accepter que les Etats-Unis puissent prendre une mesure, comme il est dit dans la lettre, quelles que soient les obligations qui leur incombent en vertu de l'accord de siège, et je voudrais vous demander de réfléchir à nouveau aux graves conséquences d'une pareille déclaration, étant donné les responsabilités qui incombent aux Etats-Unis en tant que pays hôte.

Je dois aussi contester la conclusion à laquelle vous parvenez dans votre lettre, à savoir que les Etats-Unis estiment que soumettre cette affaire à l'arbitrage ne serait d'aucune utilité. L'Organisation des Nations Unies reste persuadée que le dispositif prévu dans l'accord de siège constitue le cadre approprié pour le règlement de ce différend et je ne peux admettre que l'arbitrage ne serait d'aucune utilité. Bien au contraire, dans le cas présent, il servirait l'objectif même pour lequel les dispositions de la section 21 ont été incluses dans l'accord, à savoir permettre le règlement d'un différend résultant de l'interprétation ou de l'application de l'accord. »

L'*Attorney General* des Etats-Unis a écrit une lettre à l'observateur permanent de la mission de l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies le 11 mars 1988 dans les termes énoncés au paragraphe 25 de l'avis

de la Cour. L'observateur de l'OLP a répondu le 14 mars dans les termes énoncés au paragraphe 27 de l'avis de la Cour. L'*Attorney General* Meese a répondu dans une lettre du 21 mars citée au paragraphe 27 de l'avis de la Cour.

Dans leur exposé écrit soumis à la Cour en l'espèce, les Etats-Unis ont répété l'essentiel de la lettre du 11 mars de M. Okun. Ils ont fait observer que comme la mission de l'OLP ne s'était pas conformée à l'ordre de l'*Attorney General*, une procédure judiciaire avait été engagée pour la contraindre à s'exécuter. Dans leur exposé, les Etats-Unis ont indiqué :

« Cette procédure permettra à l'OLP et autres intéressés de s'opposer par des moyens de droit à ce qu'une mesure de contrainte soit prise contre la mission de l'OLP pour faire appliquer la loi. Dans l'attente d'une décision judiciaire, les Etats-Unis ne prendront aucune mesure pour faire fermer la mission. La question ayant été portée devant nos tribunaux, nous pensons qu'un arbitrage ne serait pas opportun et que ce n'est pas le moment pour y recourir. »

Dans son exposé écrit, le Secrétaire général, en traçant l'historique des faits de l'affaire, a rappelé les termes de sa lettre du 7 décembre 1987 et a déclaré :

« il n'y aurait différend que si le Gouvernement des Etats-Unis ne fournissait pas l'assurance que les arrangements en vigueur en ce qui concerne la mission d'observation de l'OLP ne seraient ni restreints ni autrement affectés... »

Après la promulgation de la loi, le Secrétaire général a rappelé aussi dans son exposé :

« [qu'il] a considéré qu'en l'absence de toute assurance quant au maintien des arrangements en vigueur concernant la mission d'observation de l'OLP, l'incompatibilité de cette loi avec les obligations imposées au pays hôte par l'accord de siège donnait naissance à un différend au sens de la section 21 de l'accord. »

Le Secrétaire général a soutenu en outre que :

« Le processus automatique d'entrée en vigueur de la LAT [loi contre le terrorisme], déclenché par sa promulgation même, constitue objectivement une menace immédiate de provoquer la fermeture de l'installation à partir de laquelle l'OLP assure sa représentation à l'ONU, et cette menace immédiate suffit en soi ... à donner naissance à un différend en l'absence de toute assurance de la part de l'exécutif que la loi ne sera pas appliquée ou que les arrangements en vigueur touchant la mission d'observation de l'OLP à New York ne seront ni restreints ni autrement affectés. »

Le Secrétaire général a aussi conclu :

« l'ONU considère qu'un différend a existé entre elle-même et les

Etats-Unis à compter du moment où la LAT a été promulguée. Il ne peut faire de doute non plus que ce différend concerne l'interprétation ou l'application de l'accord de siège. Le secrétaire d'Etat des Etats-Unis et divers représentants des Etats-Unis au comité des relations avec le pays hôte et à l'Assemblée générale ont reconnu clairement et de façon suivie que le personnel de la mission d'observation de l'OLP se trouve aux Etats-Unis en qualité d'invité de l'ONU au sens de l'accord de siège, et le Secrétaire général a fait valoir à maintes reprises que la LAT est incompatible avec l'accord de siège. En d'autres termes, les conditions formelles nécessaires pour invoquer la section 21 de l'accord de siège sont manifestement réunies et les obligations de procédure des parties ont donc pris effet. »

Sur la base de ces faits, quelles conclusions peut-on tirer quant à l'existence actuellement d'un différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis au sujet de l'interprétation ou de l'application de l'accord de siège ?

Comme la Cour l'a à juste titre fait remarquer dans son avis, l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement. La simple affirmation ou contestation de l'existence d'un différend par une partie (ou les deux) n'est pas déterminante. La Cour a également rappelé sa définition classique d'un différend qui est « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ». Y a-t-il un désaccord, une contradiction ou une opposition dans cette affaire au sujet de l'interprétation de l'accord de siège ?

Je ne le pense pas. Au contraire, il y a toujours eu et il subsiste une concordance de vues remarquable entre les représentants autorisés de l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis sur l'interprétation de l'accord de siège. Ainsi, le secrétaire d'Etat avait dès le début de l'affaire déclaré que les Etats-Unis se trouvaient « dans l'obligation de permettre au personnel de la mission d'observation de l'OLP d'entrer aux Etats-Unis et d'y demeurer pour s'acquitter de ses fonctions officielles au Siège de l'Organisation des Nations Unies... » Le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a fait savoir que « l'Organisation partageait cette opinion juridique... » Le Secrétaire général a ensuite déclaré : « Je suis en accord avec les vues exprimées par le secrétaire d'Etat sur cette question... » Il a aussi indiqué que la position de l'Organisation des Nations Unies « coïncide avec celle adoptée par les Etats-Unis... » Pour leur part, les Etats-Unis, après la promulgation de la loi, ont réaffirmé que « si elles étaient appliquées » les dispositions de la loi « seraient contraires à nos obligations juridiques internationales découlant de l'accord de siège avec l'Organisation des Nations Unies... »

Les Etats-Unis ne sont pas revenus sur cette position et, bien entendu, l'Organisation des Nations Unies ne l'a pas fait non plus. Ce n'est pas là

ma conclusion personnelle, mais celle qui a été largement et à maintes reprises réaffirmée au cours des débats que l'Assemblée générale a consacrés à cette question, et encore récemment le 23 mars 1988.

Ainsi, le 29 février 1988, le représentant du Zimbabwe a déclaré que « l'opinion juridique exprimée dans la lettre de M. Shultz a été partagée par le Secrétaire général et le conseiller juridique des Nations Unies... » (A/42/PV.101, p. 33). Le représentant de la République fédérale d'Allemagne, parlant au nom des douze Etats membres de la Communauté économique européenne, a déclaré que ces Etats

« partagent sans réserve le point de vue exprimé aussi bien par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que par le secrétaire d'Etat américain ... à savoir que les Etats-Unis sont tenus de permettre au personnel de la mission d'observation de l'OLP d'entrer aux Etats-Unis et d'y demeurer pour s'acquitter de ses fonctions officielles au Siège de l'Organisation des Nations Unies » (*ibid.*, p. 51-52).

Le représentant de la Tchécoslovaquie, utilisant pratiquement les mêmes termes, a rappelé que « ces faits ont été reconnus sans réserve ... [par] le secrétaire d'Etat, M. Shultz... » (*ibid.*, p. 82). Le représentant du Danemark, parlant au nom des cinq pays nordiques, a déclaré que « les pays nordiques partagent totalement les points de vue déjà exprimés à ce sujet par le Secrétaire général et le secrétaire d'Etat... » (*ibid.*, p. 101).

De même, le 1^{er} mars 1988, le représentant de l'Autriche a déclaré :

« Nous déduisons de l'examen de la question effectué à la Sixième Commission que l'applicabilité des dispositions pertinentes de l'accord de siège à la mission d'observation de l'OLP et à son personnel n'est contestée par aucune délégation, pas même par la délégation du pays hôte. »

La veille, le représentant du Bangladesh s'était exprimé en ces termes :

« Le secrétaire d'Etat des Etats-Unis, dans une lettre au Sénat, déclarait dès le 29 janvier 1987 que le pays hôte était

« dans l'obligation d'autoriser la mission d'observation de l'OLP et son personnel à entrer et à demeurer aux Etats-Unis pour s'acquitter de leurs fonctions officielles au Siège de l'Organisation des Nations Unies ».

Ce point de vue est partagé par les cent quarante-cinq Membres des Nations Unies qui ont voté pour la résolution 42/210B du 17 décembre 1987 de l'Assemblée générale, à l'exception d'un seul Etat. Une telle unanimité sur l'interprétation d'une disposition juridique est vraiment sans précédent. » (A/42/PV.102, p. 68.)

Enfin, le 23 mars 1988, à la reprise de la session de l'Assemblée générale, le représentant de la Birmanie a conclu que :

«Ce différend ne peut pas être simplement considéré comme une question d'interprétation quant au fond du problème vis-à-vis de l'accord de siège, car il est évident qu'après ce que les autorités compétentes des Etats-Unis ont dit en la matière que l'on ne peut pas dire qu'il y ait un conflit quant à cette interprétation entre la position adoptée par les autorités américaines d'une part et l'opinion exprimée par le Secrétaire général et la quasi-totalité des Etats Membres, d'autre part.» (A/42/PV.107, p. 28-30.)

Compte tenu de cette concordance de vues évidente entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis sur l'interprétation de l'accord de siège, je ne suis pas convaincu par la conclusion de la Cour selon laquelle «l'attitude opposée des parties» donne naissance à un différend «au sujet de l'interprétation ou de l'application» de l'accord de siège. Dans la mesure où cette conclusion se rapporte à l'application, elle n'est pas sans valeur; dans la mesure où elle se rapporte à l'interprétation, l'exposé des faits de l'affaire évoqué plus haut démontre à mon avis qu'elle n'est pas tout à fait convaincante.

Certes, il est vrai que lorsque la violation par un Etat des obligations que lui impose un traité est manifeste et incontestable elle n'échappe pas aux effets d'une clause juridictionnelle qui confère à une cour — comme la Cour elle-même — le pouvoir de se prononcer sur des différends au sujet de l'interprétation ou de l'application de ce traité. Le conseil des Etats-Unis a soutenu ce point de vue dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (C.I.J. Mémoires, p. 279) et cet argument, qui a apparemment été accepté par la Cour, reste convaincant. Mais il ne s'ensuit pas que, dans une affaire déterminée, la concordance de vues démontrée des parties au sujet de l'interprétation est sans effet sur l'existence ou l'inexistence d'un différend concernant l'interprétation d'un traité. Dans l'affaire soumise à la Cour, si la question de l'application de l'accord de siège est écartée pour les besoins de l'analyse, il ne semble pas que les vues des parties sur son interprétation « concident » (pour utiliser le terme employé par le Secrétaire général).

Cela étant dit, je reconnais néanmoins qu'il y a une certaine logique et cohérence dans la position selon laquelle toute allégation d'une partie concernant une violation d'une disposition conventionnelle — même si elle est évidente et admise par l'autre partie — comporte nécessairement des éléments d'interprétation (par les parties et par tout tribunal chargé de se prononcer à ce sujet), car une application ou une mauvaise application d'un traité, quelle que soit la clarté de ses dispositions, est liée à son interprétation. Mais lorsqu'une partie se limite à soutenir effectivement, sinon dans la forme du moins dans le fond, que le traité n'a pas été appliqué et indique clairement qu'il n'existe pas de différend au sujet de son interprétation, y a-t-il, aux fins du règlement du différend, un différend au sujet de l'interprétation du traité? J'en doute.

La question essentielle qui se pose dans cette affaire est de savoir s'il existe un différend au sujet de l'application de l'accord de siège. La Cour

reconnaît que la question de savoir si la loi contre le terrorisme a été appliquée ou si la loi n'aurait reçu qu'une application effective pourrait se poser si, à l'issue de la procédure judiciaire en cours devant un tribunal des Etats-Unis, la mission de l'OLP était effectivement fermée. Toutefois, elle maintient que cette question n'est pas déterminante au regard de la section 21 de l'accord de siège, car cet accord vise tout différend au sujet de son interprétation ou de son application et non l'application des mesures prises dans le droit interne des Etats-Unis.

Certes, la Cour a raison de faire observer que la question qui lui est soumise concerne l'application de l'accord de siège et non l'application de la loi contre le terrorisme. Mais si cette loi n'est pas effectivement appliquée à la mission d'observation de l'OLP, quel contenu peut avoir un différend au sujet de l'application de l'accord de siège ?

Il convient de rappeler que le Secrétaire général n'a pas toujours considéré que la promulgation de la loi donnait naissance à un différend au sujet de l'application de l'accord de siège. Cela ressort des termes de sa lettre du 7 décembre 1987, dans laquelle il a demandé aux Etats-Unis de confirmer, si la loi envisagée était promulguée, que :

« les arrangements actuellement en vigueur en ce qui concerne la mission d'observation de l'OLP ne seront ni restreints ni autrement affectés. Faute d'une telle assurance, il s'avérerait qu'un différend existe entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis quant à l'interprétation ou à l'application de l'accord de siège... »

Par la suite, constatant que les déclarations faites par les Etats-Unis ne constituaient pas les assurances qu'il avait demandées, le 14 janvier 1988, il a déclaré qu'un différend existait. Toutefois, le 2 février, le Secrétaire général a écrit ce qui suit :

« puisque les Etats-Unis, à ce jour, n'ont pas été en mesure de donner les assurances appropriées d'une suspension de l'application de la loi à la mission d'observation de l'OLP, le moment sera vite venu où je n'aurai d'autre choix que d'agir, soit avec les Etats-Unis dans le cadre de la section 21 de l'accord de siège, soit en informant l'Assemblée générale de l'impasse dans laquelle nous sommes ».

Même après que l'Assemblée générale eut demandé un avis consultatif à la Cour, le 4 mars 1988, le Secrétaire général s'est référé aux « assurances que la loi ne serait pas appliquée ou que son application serait différée », et a exprimé l'espoir que les Etats-Unis reconnaîtraient l'existence d'un différend au cas où il ne serait pas possible pour les Etats-Unis de concilier leur législation interne et leurs obligations internationales. Dans l'exposé écrit qu'il a soumis à la Cour, le Secrétaire général a soutenu qu'il existait un différend au sens de la section 21 de l'accord de siège « en l'absence de toute assurance quant au maintien des arrangements en vigueur au sujet de la mission d'observation de l'OLP ». Le Secrétaire général a fait

valoir dans son exposé écrit qu'une menace de fermeture de la mission de l'OLP donnait naissance à un différend

« en l'absence de toute assurance de la part de l'exécutif que la loi ne serait pas appliquée ou que les arrangements en vigueur touchant la mission d'observation de l'OLP à New York ne seraient ni restreints ni autrement affectés ».

Pour leur part, après la promulgation de la loi, les Etats-Unis ont tout d'abord fait observer qu'ils n'avaient pris aucune mesure susceptible d'entraver le fonctionnement de la mission de l'OLP. Après avoir jugé qu'il était tenu par la loi à fermer le bureau de New York de la mission d'observation de l'OLP et intenté une action devant un tribunal de district, l'*Attorney General* a déclaré que : « les Etats-Unis ne prendront pas d'autres mesures pour fermer le bureau de la mission avant que le tribunal ait rendu sa décision ». Les Etats-Unis ont réaffirmé cette position à plusieurs reprises.

Il est donc évident que le Secrétaire général a, à maintes reprises, fait savoir que si les Etats-Unis donnaient des assurances que les arrangements en vigueur au sujet de la mission de l'OLP seraient « maintenus » et que l'application de la loi à cette mission serait « différée », il n'y aurait pas de différend au sujet de l'interprétation et de l'application de l'accord de siège. Les Etats-Unis ont donné de telles assurances, ne serait-ce qu'en employant les termes « tant que les tribunaux des Etats-Unis ne se seront pas prononcés » sur la question de savoir si la loi « exige la fermeture de la mission d'observation de l'OLP ».

Quelle que soit l'importance de cette condition, elle n'ôte pas toute utilité à ces assurances. On ne sait pas pourquoi ces assurances des Etats-Unis ne peuvent pas être considérées comme des assurances suffisantes sur le maintien des arrangements en vigueur au sujet de la mission d'observation de l'OLP, dans l'attente de l'issue de la procédure judiciaire engagée devant les tribunaux des Etats-Unis. Naturellement, il appartient au Secrétaire général de dire si les assurances qu'il demande sont suffisantes ou non. Néanmoins, les assurances des Etats-Unis sont utiles pour se prononcer objectivement sur la question de savoir s'il existe actuellement un différend au sujet de l'application de l'accord de siège.

Le fait est que la mission d'observation de l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies fonctionne. Elle n'a pas été fermée ; rien ne montre que ses activités aient été « restreintes ou autrement affectées ». Il est vrai que la mission doit se défendre dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et devant le tribunal de district des Etats-Unis contre la menace de sa fermeture. Mais une évaluation objective de la question confirme certainement la conclusion selon laquelle l'OLP, comme le pensent les Membres de l'Organisation des Nations Unies et l'opinion publique, n'a pas été gravement gênée par la promulgation de la loi contre le terrorisme et par les mesures adoptées en vertu de ce texte. Au contraire, il semble même qu'elle en ait bénéficié.

Si l'OLP avait fermé son bureau à New York pour se conformer à la décision de l'*Attorney General*, un différend au sujet de l'application de l'accord de siège aurait sans aucun doute existé dès le moment de cette fermeture. A l'heure actuelle, l'*Attorney General* ne s'est pas prononcé définitivement sur la question de savoir si l'OLP sera effectivement tenue de fermer son bureau à New York; c'est au tribunal du district sud de New York qu'il appartient de trancher cette question.

Durant la procédure orale devant la Cour, le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a dit, en réponse à une question, que si les tribunaux des Etats-Unis devaient conclure que la loi contre le terrorisme ne peut juridiquement être appliquée contre la mission d'observation de l'OLP, cela ne voudrait pas dire que le différend n'a jamais existé, mais simplement qu'il a pris fin. Il s'agit là d'une interprétation raisonnable des faits qui m'amène à conclure que l'avis de la Cour est défendable. Mais ce n'est pas une interprétation nécessaire, en particulier, compte tenu du fait que le Secrétaire général a maintes fois subordonné l'existence d'un différend à l'absence d'assurance des Etats-Unis concernant le maintien des arrangements en vigueur au sujet du fonctionnement de la mission d'observation de l'OLP.

La question revient à savoir si les Etats-Unis sont maintenant tenus de soumettre à l'arbitrage le différend, ou s'ils ne le seront qu'au cas où le tribunal de district ordonnait l'application de la loi à la mission d'observation de l'OLP. Si la procédure engagée devant le tribunal de district et les recours éventuels étaient menés jusqu'à leur terme, plusieurs décisions pourraient être rendues sur le plan interne. Il pourrait être conclu que la loi s'applique à la mission d'observation de l'OLP; les Etats-Unis ont déclaré que dans ce cas ils considéreront la soumission à l'arbitrage du différend comme « opportun et approprié ». Au contraire, si l'on s'appuie sur le raisonnement du sénateur Pell exposé ci-dessus ou sur d'autres motifs, il pourrait être conclu que la loi ne s'applique pas à la mission de l'OLP; dans ce cas si un différend exigeant un arbitrage a existé, il prendrait fin. Il pourrait également être conclu que, compte tenu de l'avis consultatif de la Cour et du fait que la loi contre le terrorisme ne mentionne pas les obligations des Etats-Unis de recourir à l'arbitrage en vertu de l'accord de siège et ne peut donc être interprétée comme dérogeant à de telles obligations, les Etats-Unis seraient en tout état de cause tenus de soumettre à l'arbitrage le différend. D'autres possibilités pourraient également être envisagées.

Une interprétation possible de la section 21 de l'accord de siège que je ne juge pas défendable est la suivante : comme cet instrument contient une clause que les spécialistes de l'arbitrage qualifient d'imparfaite ou d'incomplète, celle-ci permet à une partie de ne pas désigner un arbitre si elle en décide ainsi. La section 21, alinéa *a*), prévoit :

« Tout différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent accord ... sera, s'il n'est pas réglé par voie de négociations ou par tout

autre mode de règlement agréé par les parties, soumis aux fins de décision définitive à un tribunal composé de trois arbitres, dont l'un sera désigné par le Secrétaire général, l'autre par le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, et le troisième choisi par les deux autres, ou, à défaut d'accord entre eux sur ce choix, par le Président de la Cour internationale de Justice.»

Cette clause est incomplète car si elle contient une disposition concernant la désignation d'un troisième arbitre par une autorité déterminée, elle ne contient aucune disposition prévoyant qu'une telle autorité doit désigner l'arbitre qu'une partie s'est abstenue de désigner. Les clauses d'arbitrage qui sont rédigées avec plus de précaution contiennent bien une telle disposition.

Dans les premières années de ses activités, la Commission du droit international a déployé des efforts énergiques et intensifs pour combler les lacunes de la procédure d'arbitrage international. L'absence d'une disposition concernant la désignation par une autorité déterminée d'un arbitre qu'une partie s'est abstenue de désigner a été considérée comme une lacune grave. En dépit du caractère progressif et de l'excellente qualité technique du projet établi par la Commission sur la base de celui de son rapporteur spécial, M. Georges Scelle, la majorité de l'Assemblée générale ne s'est pas montrée dans une large mesure disposée à approuver les travaux de la Commission; elle a préféré maintenir des échappatoires, pour conserver toute la souplesse diplomatique voulue quant à l'interprétation de mesures qui ont souvent réduit le caractère judiciaire de la procédure d'arbitrage international. Cet historique montre qu'il peut être soutenu que les dispositions d'arbitrage de l'accord de siège ont été délibérément rédigées de façon à omettre une disposition concernant la désignation par un tiers d'un arbitre qu'une partie s'est abstenue de désigner pour donner la possibilité à chacune des parties d'échapper finalement à une obligation dont l'autre pourrait exiger le respect dans une affaire déterminée.

Je ne pense pas qu'une telle argumentation serait justifiée dans la présente affaire, non parce que l'accord de siège a été conclu avant que l'Assemblée générale n'ait réagi comme elle l'a fait devant le projet de la Commission mais parce que la Cour l'a résolument et raisonnablement rejetée dans des circonstances analogues.

Dans la procédure consultative dans l'affaire de *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, le passage pertinent de la clause d'arbitrage examiné par la Cour était essentiellement le même que celui de l'accord de siège. En d'autres termes, si cette clause prévoyait la possibilité pour une autorité (en l'occurrence, le Secrétaire général) de désigner un troisième arbitre à défaut d'accord entre les deux parties sur ce choix, elle ne contenait aucune disposition concernant la désignation par une autorité déterminée d'un arbitre qui devait préalablement être désigné par une partie.

Dans les différends entre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie d'une part et certaines puissances alliées et associées signataires des traités de

paix de l'autre, les Gouvernements de la Bulgarie, de la Hongrie et de la Roumanie ont refusé de désigner des arbitres en application de la clause d'arbitrage des traités. La Cour a constaté que « toutes les conditions requises pour que soit ouverte la phase du règlement des différends » par les commissions d'arbitrage « sont remplies » et a conclu :

« Les traités prévoyant que tout différend sera soumis aux commissions « à la requête de l'une ou l'autre des parties », il en résulte que chacune d'elles est tenue, à la requête de l'autre, de coopérer à la constitution de la commission, notamment en désignant son représentant. S'il en était autrement, la méthode de règlement par commissions instituées par les traités manquerait complètement son but. »
(*C.I.J. Recueil 1950*, p. 77.)

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.
