

## OPINION INDIVIDUELLE DE SIR ARNOLD McNAIR

[Traduction.]

Je suis d'accord des réponses que donne la majorité de la Cour à la question générale et aux Questions *b)* et *c)*. En ce qui est de la Question *a)*, je regrette d'être d'une opinion différente, quant à l'obligation de présenter des rapports et quant au transfert, à l'Organisation des Nations Unies, de la surveillance administrative exercée par le Conseil de la Société des Nations (y compris les dispositions de son Règlement relatives aux pétitions). La manière dont j'aborde le problème principal n'étant pas tout à fait la même que celle de la majorité, j'exposerai mes propres motifs à l'appui des réponses à donner à chaque question, à l'exception de la Question *b)*.

### *Question générale, et Question a)*

Les problèmes essentiels que soulève la Question *a)*, qui a été posée à la Cour, sont les suivants : Quel est l'effet exercé, sur le Mandat pour le Sud-Ouest africain, par la dissolution de la Société des Nations, qui a eu lieu au mois d'avril 1946, et quelles sont, le cas échéant, les obligations découlant de ce Mandat qui lient encore l'Union sud-africaine (ci-après dénommée « Union ») ?

La solution qu'a proposée, pour le premier de ces problèmes, le représentant du Gouvernement de l'Union, peut être énoncée très simplement : le Mandat est fondé sur l'analogie entre cet instrument et le contrat de mandat en droit privé, la Société des Nations étant le mandant et l'Union le mandataire ; le rapport ne peut subsister sans un mandant à une extrémité et un mandataire à l'autre ; « entre la Société des Nations et le Gouvernement de l'Union, le Mandat est donc venu à expiration et ceci veut dire qu'à dater de la dissolution de la Société des Nations il n'y a plus eu de Mandat » ; « les Mandats ont pris fin et le Pacte lui-même a cessé d'être un document doué de validité juridique » ; et « la dissolution de la Société des Nations a eu pour effet d'éteindre tous les droits et obligations juridiques internationaux qui découlaient du Régime des Mandats ». Cette conclusion amenait son auteur à déduire que le Gouvernement de l'Union serait désormais libre de régler le Statut du Sud-Ouest africain, à l'avenir, comme s'il s'agissait d'une affaire d'ordre interne.

Pour trois motifs distincts, je suis arrivé à la conclusion que le Mandat est une institution plus durable et plus complexe que ne le suggère cette solution, que je ne puis accepter. Mes motifs se fondent sur :

1. Le caractère juridique du Régime des Mandats.
2. Le caractère objectif de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.
3. Les termes du Mandat pour le Sud-Ouest africain et leur caractère juridique.

\* \* \*

1. *Caractère juridique du Régime des Mandats en général.* Les documents principaux qui ont contribué à l'institution du Régime des Mandats sont l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et les divers Mandats confirmés, en exécution du Pacte, par le Conseil de la Société des Nations. La principale règle de conduite proclamée par l'article 22 du Pacte est la suivante : à certains territoires « qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » doit s'appliquer le principe que « le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation et il convient d'incorporer dans le présent Acte des garanties pour l'accomplissement de cette mission ». Ces principes étaient appliqués à certains territoires et colonies, y compris le Sud-Ouest africain, « qui, à la suite de la guerre, avaient cessé d'être sous la souveraineté des États qui les gouvernaient précédemment ». Le plus ancien en date (ou tout au moins l'un des plus anciens documents) dans lequel soient exposés ces nouveaux principes, est le Mémoire du général Smuts, intitulé « La Société des Nations : Une suggestion pratique », qui figure dans le volume II, pages 23-60, de l'ouvrage de Hunter Miller : « The Drafting of the Covenant » (L'élaboration du Pacte). Ce Mémoire, en ce qui est du Régime des Mandats, traite de la politique à suivre et des principes à appliquer plutôt que du mécanisme juridique. Son auteur était d'avis que « les pouvoirs à exercer, le contrôle ou l'administration » afférents à ces territoires placés dans une situation de dépendance, devaient être confiés à la Société des Nations, mais que « l'administration internationale commune, dans la mesure où elle a été appliquée à des territoires ou à des peuples, ayant été trouvée défectueuse chaque fois qu'elle a été essayée », il serait préférable que la Société des Nations, au lieu d'exercer elle-même ces pouvoirs, les délèguât à un « État mandataire ». L'auteur du Mémoire, se bornant à cela, n'examine pas le caractère juridique des relations entre la Société des Nations et le mandataire. De ce qui est dit à la page 508 du volume I du même ouvrage, il semble que l'on puisse conclure que, au cours des travaux préparatoires dont ont fait l'objet les traités de paix, la résolution décisive relative au Régime des Mandats a été présentée et adoptée en anglais ; dans le texte français figurent les mots « mandat », « mandataire » et « tutelle ».

Que doit faire une Cour internationale lorsqu'elle se trouve en présence d'une nouvelle institution juridique dont l'objet et la terminologie rappellent les règles et institutions du droit privé ? Dans quelle mesure est-il utile ou nécessaire d'examiner ce qui peut apparaître à première vue comme des analogies pertinentes avec les systèmes de droit interne et d'y chercher aide et inspiration ? Le droit international a emprunté et continue à emprunter à des systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses institutions. L'article 38 (1) (c) du Statut de la Cour témoigne que cette méthode est toujours en usage et l'on observera que cet article autorise la Cour à « appliquer... c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé, « en bloc, toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application « des principes généraux de droit ». A mon avis, la juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions. Je cite une phrase que j'emprunte à un arrêt rendu par le Chief Justice Innes à la Cour suprême de l'Afrique du Sud, dans l'affaire *Rex v. Christian*, *South African Law Reports* [1924], *Appellate Division*, 101, 112 :

« L'article 22 [du Pacte] décrit l'administration des territoires et des peuples dont il traite comme une Tutelle à exercer par l'État chargé de l'administration en qualité de mandataire pour le compte de la Société des Nations. Ces termes ont probablement été employés, non dans leur sens juridique strict mais comme une indication de la ligne de conduite que doit suivre l'autorité chargée de l'administration. Le rapport entre la Société des Nations et le mandataire ne pourrait être défini avec une précision juridique quelconque, comme celui qui existe entre le principal et son agent. »

Efforçons-nous donc de découvrir quelle est la ligne de conduite et quels sont les principes qui sont à la base de l'article 22 et des Mandats. On ne saurait attacher une signification technique aux mots « mission sacrée de civilisation », mais ils donnent une description appropriée de la politique suivie par les auteurs du Régime des Mandats, et les mots « mission sacrée » n'ont pas été employés ici pour la première fois à propos de peuples protégés. (Voir Duncan Hall, *Mandates, Dependencies and Trusteeships*, pp. 97-100.) Tout juriste anglais qui serait chargé d'élaborer les actes nécessaires, afin de mettre en application la politique prescrite par l'article 22, ne pourrait manquer de se souvenir de la notion du « trust » (fidéicommiss) en droit anglais et américain, et d'être influencé par cette notion, tout en se rendant compte rapidement de la nécessité d'une adaptation considérable, aux fins de la nouvelle institu-

tion internationale. L'opinion du professeur Brierly, exposée dans le *British Year Book of International Law*, 1929, pages 217-219, selon laquelle le principe directeur du Régime des Mandats doit être trouvé dans le « trust », et sa citation d'un article de M. Lepaulle présentent une grande pertinence, et il vaut la peine d'observer que la base historique de l'application juridique du « trust » anglais est qu'il s'agissait de quelque chose qui constituait pour le trustee (fiduciaire) une obligation de conscience ; c'est pourquoi le « trust » est juridiquement exécutoire. Il semble probable également que la conception du Régime des Mandats s'inspire en quelque manière de la *tutelle* française.

Presque tous les systèmes juridiques possèdent quelque institution permettant de confier à une personne responsable, en qualité de « trustee », de *tuteur* ou de *curateur*, les biens (et parfois la personne) de ceux qui ne sont pas *sui juris*, tels que les mineurs ou les aliénés. Le « trust » anglo-américain répond à cette fin et ainsi qu'à un autre objet encore plus étroitement apparenté au Régime des Mandats, savoir : le fait de confier des biens à des « trustees » et l'administration de ces biens par eux, afin que le public, ou une catégorie du public, puisse en tirer avantage ou que quelque fin d'intérêt public puisse être remplie. Le « trust » a été fréquemment utilisé pour protéger les faibles et ceux qui dépendent des autres, dans les cas où « une grande puissance se trouve d'un côté et la faiblesse de l'autre », et les tribunaux anglais ont, pendant bien des siècles, appliqué une politique vigoureuse en matière d'administration et d'exécution de « trusts ».

Trois principes généraux sont communs à toutes ces institutions :

a) le contrôle des biens exercé par le « trustee », le tuteur ou le curateur, est limité d'une manière ou d'une autre ; le « trustee » n'est pas dans la situation du possesseur normal complet, qui « peut faire ce qu'il veut de sa propriété », parce qu'il lui est interdit d'administrer les biens pour son propre avantage personnel ;

b) une sorte d'obligation juridique, obligation de confiance et de conscience, est imposée au « trustee », tuteur ou curateur, d'exercer le « trust » ou la mission qui lui est confiée dans l'intérêt de quelque autre personne ou pour quelque fin d'intérêt public ;

c) toute tentative de la part d'une de ces personnes en vue d'absorber dans son propre patrimoine les biens qui lui sont confiés serait illégale et prévenue par la loi.

Tels sont quelques-uns des principes généraux de droit privé qui éclairent cette nouvelle institution, et je suis convaincu qu'au cours de son développement dans l'avenir le droit qui régit le « trust » est une source dont on pourra tirer beaucoup. L'importance du Régime des Mandats est marquée par le fait qu'après une expérience qui a porté sur un quart de siècle, la Charte des Nations Unies a prévu un « Régime international de Tutelle » dont il a été dit,

dans une résolution adoptée le 18 avril 1946 par l'Assemblée de la Société des Nations, qu'il incorpore les principes « correspondant à ceux qui ont été proclamés dans l'article 22 du Pacte de la Société ».

Il suffira de consacrer quelques mots à la souveraineté. Le Régime des Mandats (ainsi que les « principes correspondants » du Régime international de Tutelle) est une nouvelle institution — un nouveau rapport entre le territoire et ses habitants, d'une part, et le gouvernement qui les représente à l'extérieur, d'autre part —, une nouvelle sorte de gouvernement international qui ne rentre pas dans la vieille conception de la souveraineté et qui lui est étranger. La doctrine de la souveraineté ne s'applique pas au nouveau régime. La souveraineté sur un territoire sous Mandat est en suspens ; si les habitants du territoire obtiennent que ce territoire soit reconnu comme un État indépendant — ainsi que cela s'est déjà présenté pour certains des territoires sous Mandat — et quand cette reconnaissance a lieu, la souveraineté revit et elle est confiée au nouvel État. Ce qui importe, lorsque l'on examine cette nouvelle institution, ce n'est pas où se trouve la souveraineté, mais bien quels sont les droits et devoirs du mandataire à l'égard de la région ou du territoire administré par lui. La réponse à cette question dépend des accords internationaux, par lesquels a été créé le régime, et des règles de droit que ces accords attirent. L'essence de cette réponse est que le mandataire n'acquiert qu'un titre limité sur le territoire qui lui est confié et que la mesure de ses pouvoirs est fournie par ce qui est nécessaire aux fins de l'exécution du Mandat. « Les droits du mandataire, comme ceux du « trustee », ont leur fondement dans ses obligations ; ce sont « des outils qui lui ont été confiés pour lui permettre d'exécuter le travail dont il a été chargé » ; il dispose de « tous les outils nécessaires à cette fin, mais seulement « de ces outils ». » (Voir Brierly, mentionné ci-dessus.)

On peut trouver quelque confirmation pratique de ces suggestions, relatives aux principes pertinents, dans les arrêts rendus par les Cours de deux mandataires — l'Union sud-africaine et le Commonwealth d'Australie. (Comme on ne peut trouver partout les comptes rendus de ces décisions, il me faut en reproduire des extraits.) Dans l'affaire *Rex v. Christian*, déjà citée, devant la Cour suprême de l'Union sud-africaine, l'Honorable J. de Villiers, juge d'appel, s'est exprimé en ces termes :

« Il est vrai qu'il n'y a pas cession du territoire au Gouvernement de l'Union, comme dans le cas d'autres possessions qui appartenaient précédemment à l'Allemagne. Aux termes de l'article 257, le Sud-Ouest africain est dit avoir été transféré au Gouvernement de l'Union, en sa qualité de mandataire. Mais, comme je démontrerai, ce que l'on veut dire par là c'est que le Gouvernement de l'Union est tenu, en vertu des termes du traité aussi bien qu'en honneur, d'appliquer scrupuleusement les termes du Mandat. Le Sud-Ouest africain est transféré au peuple de l'Union non en tant que propriété absolue, mais de la même manière qu'un « trustee »

est mis en possession des biens de *cestui que trust*, on un tuteur des biens de son pupille. Le premier administre et contrôle les biens, mais ceux-ci doivent être administrés exclusivement dans l'intérêt du second. Les termes juridiques employés à l'article 22 — « trust », tutelle, mandat, — ne peuvent être littéralement considérés comme exprimant les conceptions précises qu'ils représentent en droit. Il faut les comprendre plutôt comme une indication de l'esprit dans lequel la nation développée, à qui l'on a fait l'honneur de confier un mandat, doit administrer le territoire confié à ses soins et s'acquitter de ses devoirs à l'égard des habitants du territoire, plus particulièrement à l'égard des populations indigènes. Je ne prendrai pas sur moi d'indiquer dans quelle mesure les principes juridiques de ces institutions nationales analogues doivent être appliqués à ces rapports internationaux. Mais peut-être me permettra-t-on de dire qu'à mon avis l'usage qui a été fait de ces termes démontre que, dans la mesure où ces principes juridiques sont raisonnablement applicables à ces institutions nouvelles, ils doivent être appliqués loyalement. Sans aucun doute, des questions plus complexes se présenteront. En droit interne, le principal peut, par exemple, à son gré, renoncer à son pouvoir. Telle est la règle. Ceci pourrait-il être fait dans le cas du Sud-Ouest africain, là où le Gouvernement de l'Union, s'il existe un principal en l'espèce, doit être considéré comme possédant ce titre en commun avec toutes les autres hautes parties contractantes ? » (P. 121.)

Sir J. W. Wessels, juge d'appel, a dit :

« Ceci nous laisse en présence de la puissance mandataire. Bien que le terme « puissance mandataire » semble impliquer que le mandataire exerce ses fonctions en qualité d'agent de la Société des Nations ou des puissances associées, en fait, cependant, il n'en est pas ainsi. Ni le Traité de Versailles ni le mandat de la Société des Nations n'ont conféré à l'Union sud-africaine le caractère de simple agent. Il n'est pas question ici de *respondeat superior*... » (P. 136.)

Je partage cet avis, à savoir que le caractère juridique des Mandats ne peut s'expliquer par référence au contrat de droit privé que constitue le Mandat ou la désignation comme agent. Les mots « Mandat » et « mandataire » ont été employés comme des termes non techniques, pour indiquer que le mandataire agissait « pour le compte de la Société des Nations », et c'est là tout ce que l'on peut extraire de l'usage qui en a été fait. C'est principalement des principes du « trust » que l'on peut s'aider, en ce qui est de l'aspect de droit privé.

Dans l'affaire *Frost v. Stevenson* (1937), 58 Commonwealth Law Reports 528, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, cas n° 29, la Haute Cour d'Australie, devant laquelle on en avait appelé d'une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud, eut à décider, à propos d'une affaire d'extradition, si « le Territoire sous Mandat de la Nouvelle-Guinée [également un Mandat C] est ou non un lieu sis en dehors des Dominions de Sa Majesté où Sa Majesté a juri-

diction.... ». La Haute Cour répondit affirmativement. Cette décision impliquait l'examen de la nature du Mandat et des pouvoirs du mandataire ; les extraits, ci-après reproduits, des arrêts rendus par le Chief Justice Latham et Mr. Justice Evatt présentent de l'intérêt. Le premier s'exprima comme il suit :

« L'octroi des mandats a introduit un nouveau principe dans le droit international.... » (P. 550.)

« La situation d'un mandataire par rapport à un territoire sous mandat doit être considérée comme étant *sui generis*. Le Traité de Paix, considéré dans son ensemble, évite la cession de territoire au mandataire et, à défaut de preuve précise établissant le contraire, on doit, je crois, estimer que la Nouvelle-Guinée n'est pas devenue partie des domaines de la Couronne. » (P. 522.)

« On doit considérer que cette disposition [article 257 du traité de paix] était destinée à assurer le transfert du territoire au mandataire, mais seulement en sa qualité de mandataire. Le mandataire, sorte de « trustee » international, reçoit le territoire sous réserve des dispositions du mandat qui limite l'exercice des attributions gouvernementales du mandataire. Ainsi, dans l'article cité, tout en reconnaissant que le territoire doit être effectivement transféré au mandataire, on insiste sur les conditions et limitations imposées aux attributions gouvernementales qui constituent l'essence du régime des mandats. Ainsi, le titre en vertu duquel le territoire doit être détenu en tant que territoire sous mandat diffère de celui en vertu duquel aurait été détenu un territoire transféré par voie de simple cession. Il ressort de l'article que l'intention était d'opérer le transfert d'un territoire sans faire de ce territoire une possession du mandataire au sens ordinaire. Un territoire qui est une « possession » peut être cédé par une puissance à une autre, de telle manière que cette dernière puissance possédera un pouvoir complet à l'égard de ce territoire. Pareille cession, opérée par une puissance mandataire, serait entièrement incompatible avec la conception tout entière du mandat. Un territoire sous mandat n'est pas la possession d'une puissance au sens ordinaire de ce terme. » (Pp. 552, 553.)

Mr. Justice Evatt, après avoir mentionné un certain nombre de décisions britanniques sur le statut des protectorats, ajouta :

« Il est entièrement illusoire de déduire du fait qu'en exécution des devoirs internationaux que lui confère le mandat, le Commonwealth d'Australie a pleine et entière juridiction sur le territoire, comme s'il y possédait une souveraineté illimitée, que ce territoire a) soit une possession britannique, b) qu'il soit situé à l'intérieur des dominions du Roi, ou c) qu'il ait jamais été assimilé au Commonwealth ou à ses territoires ou qu'il y ait été incorporé. » (P. 581.)

« On peut donc dire que, nonobstant certaines divergences d'opinion, au sujet de questions telles que la souveraineté par rapport aux territoires sous mandat, toute autorité reconnue, en matière de droit international, admet que le Territoire sous Mandat de la Nouvelle-Guinée ne fait pas partie des dominions du Roi.

A mainte reprise, ce fait a été reconnu par les principaux juristes d'Europe, y compris un grand nombre d'entre eux, qui ont analysé de près ces questions, par rapport à l'organisation et à l'administration de la Société des Nations.» (P. 582.)

Il adopta ensuite l'opinion du professeur Brierly, ci-dessus mentionnée, au sujet du principe directeur du Régime des Mandats.

Il convient également de mentionner l'arrêt rendu par Mr. Justice Evatt dans l'affaire *Jolley v. Mainka* (1933), 49 Commonwealth Law Reports 242, pages 264-292, *Annual Digest, 1933-1934*, affaire n° 17 relative au même Territoire sous Mandat.

\* \* \*

## 2. Caractère objectif de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations

Il arrive de temps à autre qu'un groupe de grandes Puissances ou qu'un nombre important d'États grands et petits créent, par un traité multilatéral, quelque régime ou statut international nouveau, qui est bientôt accepté et revêt un caractère durable, dépassant les limites des parties contractantes effectives, et conférant à ce régime une existence objective. On fait usage de ce pouvoir, lorsqu'un intérêt public est en jeu, et il est souvent exercé au cours du règlement de la paix qui fait suite à une grande guerre. En 1920, le Conseil de la Société des Nations eut à connaître d'un différend entre la Finlande et la Suède, différend qui, entre autres objets, impliquait l'examen de la situation dans laquelle se trouvait à ce moment une convention, conclue le 30 mars 1856 entre la France et la Grande-Bretagne, d'une part, et la Russie, d'autre part ; dans cette convention, la Russie, pour répondre au désir des deux autres États, avait déclaré que « les îles d'Åland ne seront pas fortifiées et qu'il n'y sera maintenu ni créé aucun établissement militaire ou naval ». (Cette convention fut jointe en annexe au Traité de paix général, conclu à la même date, entre sept États, et qui mit fin à la guerre de Crimée ; elle en devint partie intégrante.) La Suède prétendait qu'en 1920 ce statut de démilitarisation était encore en vigueur, nonobstant bien des événements qui s'étaient produits dans l'intervalle et que, encore qu'elle ne fût pas partie à la Convention ou au Traité de paix de 1856, elle avait le droit d'être au bénéfice de ce traité ; sa revendication se fondait sur l'allégation d'une servitude internationale. Comme la Cour permanente de Justice internationale n'existait pas encore, le Conseil de la Société des Nations constitua une Commission de juristes, composée du prof. F. Larnaude (Président), du prof. A. Struycken et du prof. Max Huber, et leur soumit certaines questions juridiques. Ils reçurent des exposés écrits et entendirent des exposés oraux présentés au nom de la Finlande et de la Suède. Les juristes rejetèrent la thèse fondée sur la prétendue servitude



internationale et conclurent, dans leur rapport, que les dispositions, relatives à la démilitarisation, de la Convention et du Traité de 1856, étaient encore en vigueur :

« Elles [ces stipulations] ont été établies dans un intérêt européen et elles ont créé pour les îles d'Aland un statut international particulier au point de vue militaire. Il en résulte que, aussi longtemps que ces stipulations n'ont pas été valablement remplacées par de nouvelles, chaque État intéressé [y compris la Suède qui n'était pas partie à la Convention] est en droit de réclamer qu'elles soient respectées. Il en résulte également que tout État possédant les îles doit se conformer aux obligations qui découlent pour lui du système de démilitarisation établi par ces stipulations. »

On trouve, dans le rapport<sup>1</sup>, bien des expressions qui éclairent cette conclusion, par exemple :

« Les Puissances ont, en effet, dans de nombreux cas, depuis 1815, et notamment lors de la conclusion de traités de paix, cherché à établir un véritable droit objectif, de vrais statuts politiques, dont les effets se font sentir en dehors même du cercle des parties contractantes »,

et encore, « le caractère d'un règlement d'intérêts européens », « droit européen », et « le caractère objectif du règlement ».

On se dira peut-être qu'il y a loin des îles d'Aland au Sud-Ouest africain, mais la haute réputation dont jouissent les membres de la Commission et la pertinence de leur raisonnement, à l'égard des problèmes actuels, demandaient qu'il fût fait mention de ces affaires. Je puis également citer ce qu'a dit la Cour permanente dans l'affaire du *Wimbledon* (Série A, n° 1, p. 22), savoir qu'à raison de l'article 380 du Traité de Versailles de 1919, le canal de Kiel « est devenu une voie internationale destinée à rendre plus facile, sous la garantie d'un traité, l'accès de la Baltique dans l'intérêt de toutes les nations du monde » — ce qui était mentionné comme étant « son régime nouveau ».

Le Régime des Mandats me paraît être un cas *a fortiori*. C'est la fin d'une guerre universelle qui a fourni l'occasion de ce régime. Les parties aux traités de paix, dans lesquels a été inséré le Pacte de la Société des Nations et par lesquels a été instauré le régime, étaient au nombre de trente. L'intérêt public dépassait de beaucoup les limites de l'Europe. L'article 22 a proclamé que « le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation et qu'il convient d'incorporer dans le présent Acte des garanties pour l'accomplissement de cette mission ». La plus grande partie du monde civilisé a concouru à ouvrir un nouveau chapitre dans l'existence d'entre quinze et vingt millions d'êtres humains, et cet article a été l'instrument adopté pour donner suite à leur désir. Selon moi, le nouveau régime institué en application de ce « principe » contient quelque chose de plus qu'une base

<sup>1</sup> S. d. N., J. O., octobre 1920, Suppl. spéc. n° 3.

purement contractuelle, et les territoires auxquels il s'applique ont été empreints d'un statut juridique spécial, destiné à durer autant qu'il ne serait pas modifié de la manière indiquée à l'article 22. La dissolution de la Société des Nations a provoqué certaines difficultés, mais, comme je l'expliquerai, ce sont des difficultés d'ordre mécanique, et la ligne de conduite et les principes de la nouvelle institution ont survécu au choc des événements qui se sont déroulés de 1939 à 1946 ; ils ont même été réincarnés dans la Charte, sous le nom de « Régime international de Tutelle », avec un regain de vie.

### 3. *Les termes du Mandat pour le Sud-Ouest africain et leur caractère juridique*

Quels sont les obligations et autres effets juridiques qui résultent du Mandat pour le Sud-Ouest africain ? Du premier paragraphe de l'article 22 du Pacte, il ressort que la souveraineté allemande avait déjà disparu avant l'attribution du Mandat, à la date du 17 décembre 1920. On n'a rien dit de plus au sujet de la souveraineté. L'avant-dernier paragraphe nous apprend que le Conseil de la Société des Nations statuera sur « le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le mandataire » : ce n'est pas en ces termes que l'on exprime la souveraineté, et ces mots indiquent la naissance d'un nouveau rapport entre un État et le territoire dont celui-ci devient responsable — titre plus limité que le titre normal de l'État souverain, titre possessoire plutôt que titre de propriété.

Le Mandat, dans le cas présent, est un document daté du 17 décembre 1920, aux termes duquel, après un préambule où sont énoncées des considérations importantes, le Conseil de la Société, « confirmant le Mandat, a statué sur ses termes comme il suit » ; le Mandat compte sept articles. A l'article premier il est dit que « le territoire sur lequel Sa Majesté britannique assume, pour le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud .... comprend l'ancien Protectorat allemand du Sud-Ouest africain ». L'article 2 dispose que « le mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le Territoire faisant l'objet du Mandat. Ce territoire sera administré selon la législation du mandataire comme partie intégrante de son territoire. Le mandataire est en conséquence autorisé à appliquer aux régions soumises au Mandat la législation de l'Union de l'Afrique du Sud, sous réserve des modifications nécessitées par les conditions locales. Le mandataire accroîtra, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire soumis au présent Mandat. » Ces termes ne font pas du Territoire une partie de celui de l'Union sud-africaine et contredisent une telle assertion. L'article 3 est relatif à la traite des esclaves, au travail forcé, au trafic des armes et des munitions et à l'interdiction de fournir des spiritueux et des boissons alcooliques aux indigènes du terri-

toire. L'article 4 interdit l'instruction militaire des indigènes « sauf pour assurer la police locale et la défense locale du territoire », l'établissement de toute base militaire ou navale ou des fortifications. L'article 5 prescrit « la liberté de conscience et le libre exercice de tous les cultes » et garantit aux missionnaires sujets ou citoyens de tout Membre de la Société des Nations la faculté de pénétrer, de circuler et de résider dans le territoire. L'article 6 dispose comme il suit :

« Le mandataire devra envoyer au Conseil de la Société des Nations un rapport annuel satisfaisant le Conseil et contenant toute information intéressant le Territoire et indiquant les mesures prises pour assurer les engagements pris suivant les articles 2, 3, 4, 5. »

L'article 7 prévoit que :

« L'autorisation du Conseil de la Société des Nations est nécessaire pour modifier les dispositions du présent Mandat.

Le mandataire accepte que tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre lui et un autre Membre de la Société des Nations, relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat, et qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations, soit soumis à la Cour permanente de Justice internationale, prévue par l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. »

Ces obligations possèdent deux caractères différents. Les clauses du Mandat sont en partie contractuelles et en partie « dispositives » (pour ce terme, voir Westlake, *International Law*, 2nd edition, II, pp. 60, 294). Selon la terminologie anglaise, le Mandat est à la fois un « contrat » et un « acte translatif » (*conveyance*), c'est-à-dire un document par lequel sont transférés ou créés des droits liés à des biens ou possessions. Outre les obligations et droits personnels mentionnés plus haut, il a créé également certaines obligations et certains droits « réels ». Outre l'effet de l'assentiment donné par les Principales Puissances alliées et associées, en faveur desquelles l'Allemagne a renoncé à ses droits et titres sur le Sud-Ouest africain, et qui sont expressément indiquées dans le préambule du Mandat comme ayant proposé celui-ci, le Mandat a transféré au mandataire, ou créé et reconnu appartenir au mandataire, certains droits de possession et de gouvernement (administratifs et législatifs) qui sont valides *in rem, erga omnes*, c'est-à-dire contre le monde entier, ou tout au moins contre tout État qui était Membre de la Société ou qui, d'une autre manière quelconque, reconnaissait le Mandat ; en outre, le Mandat énonce certaines obligations, qui lient tout État responsable du contrôle du territoire et sont accessibles à d'autres États.

En bref, le Mandat a créé un statut pour le Sud-Ouest africain. Ce fait est important lorsque l'on cherche à estimer quel a été l'effet de la dissolution de la Société des Nations. Ce statut —

valide *in rem* — fournit l'élément de permanence qui permet à la situation juridique du Territoire de survivre à la disparition de la Société des Nations, même s'il ne subsiste pas d'obligations personnelles entre l'Union et les autres anciens Membres de la Société des Nations. Des droits « réels », créés par un accord international, ont un degré de permanence plus grand que les droits personnels, parce que ces droits acquièrent une existence objective, qui résiste mieux que les droits personnels aux effets disruptifs des événements internationaux. L'importance de ce point est qu'il dispense de déterminer les rôles respectivement tenus par les Principales Puissances alliées et associées et le Conseil de la Société des Nations, dans la création du Mandat, ou de rechercher si ces Puissances ont ou non été *functi officio* après l'attribution et la confirmation du Mandat, ainsi que l'a allégué le conseil du Gouvernement de l'Union. Comme l'a dit le Chief Justice Marshall dans l'affaire *Chirac v. Chirac* (1817), 2 Wheaton 259, 277 (cité dans Moore, *Digest of International Law*, section 780), en parlant d'un traité expiré :

« Un droit, une fois conféré, n'exige pas, pour sa conservation, l'existence continue du pouvoir par lequel il a été acquis. Si un traité ou toute autre loi a rempli sa fonction en accordant un droit, l'expiration du traité ou de la loi ne peut éteindre ce droit. »

\* \* \*

J'en viens maintenant à l'examen des conséquences de la dissolution de la Société des Nations.

La dissolution de la Société des Nations, qui eut lieu à la date du 19 avril 1946, n'a pas automatiquement mis fin aux Mandats. Chaque Mandat doit être examiné séparément, afin d'établir à quelle date et suivant quel mode il est venu à terme. Prenons le cas de la Palestine. Il est instructif d'observer qu'à la date du 29 novembre 1947, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution, par laquelle elle approuvait un projet de partage de la Palestine, projet qui était fermement fondé sur la conviction de la continuité du Mandat, ainsi qu'il ressort à l'évidence des articles 1 et 2 de la partie A et de l'article 12 de la partie B du projet. De même, dans le traité de paix conclu avec l'Italie à la date du 10 février 1947, il a été jugé nécessaire (article 40) que l'Italie renonce à tous les droits qu'elle détenait en vertu du Régime des Mandats et à l'égard de tout territoire sous Mandat.

Il n'a jamais été mis fin formellement au Mandat pour le Sud-Ouest africain, et je ne puis constater l'existence d'aucun événement dont on puisse dire qu'il ait, par implication, mis un terme au Mandat. Dans le paragraphe 3 de la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations, relative aux Mandats (18 avril 1946), il n'est pas dit que les Mandats ont pris fin, mais que « la dissolution de la Société des Nations mettra fin à ses fonctions en ce qui concerne les territoires sous Mandat ».

Que reste-t-il donc aujourd'hui des obligations et autres effets juridiques découlant du Mandat ? Le mandataire était généralement tenu, vis-à-vis de la Société des Nations et de ses Membres, d'appliquer les termes du Mandat et d'observer également certaines obligations particulières, par exemple de présenter un rapport annuel au Conseil de la Société (article 6). Les obligations contractées envers la Société elle-même sont éteintes. Les obligations contractées envers les anciens Membres de la Société, tout au moins envers les États qui étaient Membres de la Société à la date où celle-ci a été dissoute, subsistent, sauf dans la mesure où leur exécution implique la coopération effective de la Société des Nations, ce qui est maintenant impossible. (Je m'occuperai plus loin de l'article 6 et du premier paragraphe de l'article 7.) En outre, le statut international créé pour le Sud-Ouest africain, savoir celui d'un territoire gouverné par un État en vertu d'un titre limité, tel que ce titre est défini dans un Mandat, subsiste.

Bien qu'il n'existe plus de Société des Nations pour surveiller l'exercice du Mandat, ce serait une erreur de croire que le mandataire n'est soumis à aucun contrôle. Tous les États qui faisaient partie de la Société des Nations à l'époque de sa dissolution ont encore un intérêt juridique à ce que le Mandat soit exercé comme il convient. Le Mandat prévoit, pour cette surveillance, deux sortes de mécanismes — un mécanisme *judiciaire*, résultant du droit que l'article 7 réserve à tout Membre de la Société des Nations de citer obligatoirement le mandataire devant la Cour permanente, et un mécanisme *administratif*, comprenant des rapports annuels et l'examen de ces derniers par la Commission permanente des Mandats de la Société des Nations.

La *surveillance judiciaire* a été conservée expressément, grâce à l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice qui a été adopté en 1945 :

« Lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut. »

En vertu de cet article, la Cour internationale a hérité de la juridiction obligatoire, conférée à la Cour permanente par l'article 7 du Mandat ; on ne saurait douter, en effet, que le Mandat, dans lequel sont incorporées des obligations internationales, appartienne à la catégorie des traités ou des conventions ; dans l'arrêt rendu par la Cour permanente en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine (compétence)*, Série A, n° 2, p. 35, le Mandat pour la Palestine a été qualifié d'« accord international » ; et je me suis efforcé de démontrer que l'accord entre le mandataire et les autres Membres de la Société, accord contenu dans le Mandat, est encore « en vigueur ». L'expression « Membre de la Société des Nations »

est, selon moi, descriptive et non conditionnelle, et ne signifie pas « tant que la Société des Nations existera et qu'elle comptera des Membres ». L'intérêt qu'ils ont à ce que les obligations du Mandat soient exécutées ne provient pas pour eux simplement de leur participation à la Société, ainsi que le révèle nettement l'examen du contenu du Mandat. En outre, le Statut de la Cour internationale de Justice confère à celle-ci le pouvoir de demander aux parties de « produire tout document et de fournir toutes explications » (article 49) ; et de confier « une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix » (article 50). L'article 94 de la Charte confère au Conseil de Sécurité des Nations Unies le pouvoir de « faire des recommandations et décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt » de la Cour, si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par celle-ci. En outre, l'Assemblée générale ou le Conseil de Sécurité des Nations Unies peuvent demander à la Cour des avis consultatifs sur toute question juridique (article 96 de la Charte).

En revanche, la *surveillance administrative* exercée par le Conseil de la Société des Nations, selon les avis de la Commission permanente des Mandats, a cessé d'exister, y compris l'obligation imposée par l'article 6 du Mandat et l'article 22 du Pacte d'envoyer, selon les termes mêmes du Mandat, « au Conseil de la Société des Nations un rapport annuel satisfaisant le Conseil... ». Cette surveillance a cessé, parce que la Société des Nations, le Conseil de celle-ci et la Commission permanente des Mandats — organes qui étaient destinés i) à recevoir des rapports, ii) à constater qu'ils en étaient satisfaits et iii) à les examiner et commenter — n'existent plus, de sorte qu'il est devenu impossible de remplir cette obligation. (Quand un Mandat en particulier était examiné par le Conseil, le mandataire, s'il n'était pas Membre du Conseil, était invité à y siéger, avec plein pouvoir de prendre la parole et de voter.)

On a toutefois prétendu, pour divers motifs, dans les exposés présentés à la Cour par certains gouvernements, que l'Union sud-africaine est néanmoins tenue d'accepter la surveillance administrative du Mandat par les Nations Unies, et notamment d'envoyer des rapports annuels à cette Organisation.

Selon la première thèse, l'Organisation des Nations Unies aurait, à cet égard, succédé automatiquement aux droits du Conseil de la Société des Nations ; mais ceci est une pure déduction, car dans la Charte ne figure aucune disposition assurant une succession, comme le fait l'article 37 du Statut de la Cour internationale, pour la juridiction obligatoire de la Cour permanente en matière de Mandats. On aurait pu expressément conserver la succession des Nations Unies aux fonctions administratives de la Société des Nations, en matière de Mandat, et conférer, de manière analogue, ces fonctions aux Nations Unies, mais cela n'a pas été fait. A la Conférence de San-Francisco, au mois de mai 1945, lors de

l'élaboration de la Charte, le Gouvernement de l'Union communiqua aux délégations présentes une déclaration selon laquelle l'Union demanderait, au moment opportun, « qu'on mette un terme au Mandat et que le Territoire soit incorporé à l'Union sud-africaine ». (Nations Unies, Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'Assemblée générale, 4<sup>me</sup> Commission, Partie I, 201.) Mais, ou bien l'on espérait qu'en dépit de cette déclaration le Gouvernement de l'Union accepterait volontairement de convertir son Mandat en un Accord de Tutelle, conformément aux chapitres XII et XIII de la Charte, ou bien l'on a perdu de vue la question relative au maintien de la surveillance administrative du territoire sous Mandat.

Une seconde thèse se fondait sur les mots qui figurent à l'article 80, paragraphe 1, de la Charte, selon lesquels « aucune disposition du présent chapitre [XII] ne sera interprétée comme modifiant directement ou indirectement, en aucune manière, les droits quelconques d'aucun État ou d'aucun peuple, ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties ». Toutefois, l'extinction de la surveillance exercée par la Société des Nations et de l'article 6 du Mandat n'est due à rien qui soit contenu dans le chapitre XII de la Charte, mais à la dissolution de la Société des Nations, en sorte qu'il est difficile d'apercevoir la pertinence de cet article.

Une troisième thèse se fondait, tantôt sur des déclarations faites au nom du Gouvernement de l'Union, dans les lettres et les exposés de ses délégués, qui assistaient aux réunions des organes des Nations Unies, et tantôt, en général, sur l'attitude adoptée par le Gouvernement de l'Union depuis la dissolution de la Société des Nations. Un exemple de ces citations est fourni par le passage suivant — qui a été mis au premier plan — extrait d'un discours de M. Leif Egeland, délégué du Gouvernement de l'Union, lors de la séance de l'Assemblée de la Société des Nations, tenue le 9 avril 1946 :

« ... il est dans l'intention du Gouvernement de l'Union sud-africaine d'exposer, à la prochaine session des Nations Unies à New-York, les raisons pour lesquelles il conviendrait d'accorder au Sud-Ouest africain un statut aux termes duquel ce territoire serait reconnu internationalement comme formant partie intégrante de l'Union. Ce territoire est dès maintenant, l'Assemblée ne l'ignore pas, administré, aux termes du Mandat, en tant que partie intégrante de l'Union. Dans l'intervalle, l'Union sud-africaine continuera à l'administrer en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat, afin d'assurer le progrès, et de sauvegarder les intérêts de ses habitants, comme elle l'a fait pendant les six dernières années durant lesquelles la Commission des Mandats n'a pu se réunir.

La disparition des organes de la Société des Nations qui s'occupent du contrôle des Mandats, à savoir, en premier lieu, la Commission des Mandats et le Conseil de la Société, empêchera évidemment de

se conformer entièrement à la lettre du Mandat. Le Gouvernement de l'Union se fera, cependant, un devoir de considérer que la disparition de la Société des Nations ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat ; il continuera à s'en acquitter en pleine conscience et avec le juste sentiment de ses responsabilités, jusqu'au moment où d'autres arrangements auront été conclus quant au statut futur de ce territoire. »

On trouve également de nombreuses déclarations selon lesquelles le Gouvernement de l'Union continuera à administrer le Territoire « dans l'esprit du Mandat ». Ces déclarations sont, dans l'ensemble, contradictoires et peu compatibles les unes avec les autres ; je n'y trouve aucune preuve suffisante, démontrant que le Gouvernement de l'Union ait ou bien accepté la succession, par implication, des Nations Unies, dans la surveillance administrative exercée par la Société des Nations jusqu'au début de la guerre, en 1939, ou qu'elle ait contracté, envers les Nations Unies, une nouvelle obligation de faire revivre le système de surveillance d'avant-guerre.

Une quatrième thèse se fonde sur une résolution relative aux Mandats, adoptée, le 18 avril 1946, par l'Assemblée de la Société des Nations ; par cette résolution l'Assemblée

« 3. Reconnaît que la dissolution de la Société des Nations mettra fin à ses fonctions en ce qui concerne les territoires sous Mandat, mais note que des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte sont incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies ;

4. Note que les Membres de la Société administrant actuellement des territoires sous Mandat ont exprimé leur intention de continuer à les administrer, en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés, conformément aux obligations contenues dans les divers Mandats, jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires. »

Par cette résolution, l'Assemblée reconnaissait que les fonctions de la Société des Nations avaient pris fin ; mais elle ne se proposait pas de les transférer, avec le consentement de tous les États intéressés, aux Nations Unies. Je n'entrevois pas comment on peut interpréter cette résolution comme ayant créé une obligation juridique, pour l'Union, de présenter des rapports annuels aux Nations Unies et de transférer à cette organisation la surveillance qu'exerçait avant la guerre la Société des Nations sur son Mandat. Tout au plus cette résolution pouvait-elle imposer le devoir de s'acquitter des obligations du Mandat — et il y en a beaucoup — qui ne font pas intervenir l'activité de la Société des Nations.

Dans ces conditions, je n'entrevois pas le motif juridique permettant valablement à la Cour de substituer au Conseil de la Société des Nations les Nations Unies, aux fins de l'exercice de la surveillance administrative du Mandat, ainsi que de la



réception et de l'examen des rapports. Ceci équivaldrait à imposer au Gouvernement de l'Union une obligation nouvelle, et serait faire œuvre de législation judiciaire. En disant cela, je n'oublie pas la compétence que possède l'Assemblée générale des Nations Unies, en vertu de l'article 10 de la Charte, pour procéder à l'examen du Mandat sur le Sud-Ouest africain et pour faire des recommandations au sujet de ce Mandat ; cette compétence, toutefois, ne dépend d'aucune théorie de succession implicite, mais bien des dispositions de la Charte.

Pour ces motifs, je suis d'avis que les obligations internationales découlant, pour l'Afrique du Sud, du Mandat pour le Sud-Ouest africain et qui continuent d'exister ne comprennent pas l'obligation d'accepter la surveillance administrative des Nations Unies et de présenter à l'Organisation des rapports annuels.

\* \* \*

*Question b)*

Sur cette question, je me rallie à l'opinion de la majorité de la Cour.

\* \* \*

*Question c)*

Reste à considérer l'effet exercé par la dissolution de la Société des Nations sur le premier paragraphe de l'article 7 du Mandat, aux termes duquel « l'autorisation du Conseil de la Société des Nations est nécessaire pour modifier les dispositions du présent Mandat » (cette disposition figure dans tous les Mandats). L'effet de ce paragraphe est que, par là, les Membres de la Société des Nations, en tant qu'États intéressés aux Mandats, ont conféré au Conseil de la Société des Nations le pouvoir de consentir, en leur nom, à toute modification du Mandat que le Conseil pourrait juger appropriée.

La partie dont on attendait qu'elle apportât les modifications dont les années écoulées pourraient démontrer la nécessité, était le mandataire, mais, comme je me suis efforcé de le démontrer en répondant à la *Question a)*, le titre du mandataire est limité et celui-ci n'a pas le pouvoir, agissant seul, de modifier le statut international du Territoire, soit en l'incorporant à son propre État, soit autrement.

Quel est donc l'effet de la disparition de la Société des Nations et de l'impossibilité qui en résulte d'obtenir le consentement du Conseil ? A mon avis, l'effet de cette disparition est que le premier paragraphe de l'article 7 du Mandat n'existe plus maintenant. Mais cette circonstance ne modifie en rien la qualité ou l'importance du titre du mandataire et n'accroît pas son pouvoir de modifier les termes du Mandat, parce que les obligations internationales qui touchent au Territoire (excepté celles qui, comme je l'ai signalé, sont déjà éteintes) et le statut international

du Territoire continuent d'exister. En outre, la Charte fournit une méthode qui permet au mandataire de modifier, de façon conforme au droit, le statut international du Territoire, savoir en négociant avec les Nations Unies un Accord de Tutelle et en plaçant le Territoire sous tutelle, ainsi qu'il est indiqué dans les chapitres XII et XIII de la Charte.

Au dernier jour de l'existence de la Société des Nations, le 18 avril 1946, l'Assemblée a adopté, au sujet des Mandats, une résolution dont les paragraphes 3 et 4 ont été cités plus haut à la page 112.

Ma réponse à la Question c) est la suivante: l'effet de cette résolution est que la Société des Nations et les États qui en étaient Membres, à la date de sa dissolution, ont consenti à tous arrangements en vue de la modification des termes du Mandat qui pourraient être convenus entre les Nations Unies et le Gouvernement de l'Union, et cette compétence pour déterminer et modifier le Mandat appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement de l'Organisation des Nations Unies.

(Signé) ARNOLD D. MCNAIR.