

JOINT DISSENTING OPINION OF SIR PERCY  
SPENDER AND SIR GERALD FITZMAURICE

## I

Since we find ourselves unable to concur in the decision of the Court, it is necessary that we should state the reasons for our dissent.

The case is one of special importance. It involves not only a fundamental question of judicial approach; it is as well one which presents quite exceptional difficulties—a fact reflected by the narrow majority on which the decision rests.

These difficulties are not merely technical, though these exist. They spring rather from the fact that the case belongs to a type the outcome of which is liable to be dominated, or at least strongly influenced, by the character of the initial approach to it.

In order to assume jurisdiction, the Court had not only to reject *all* the objections formally presented by the Respondent but also certain others. These we shall mention in due course.

The Court has, in our opinion, only been able do this by adopting premises which, as will emerge from what we have to say, largely assume beforehand the correctness of the conclusions arrived at.

The general approach adopted by the majority of the Court in the present case can, we think, reasonably, be described as follows—namely that it is desirable and right that a provision for the compulsory adjudication of certain disputes, which figures (or did figure) as part of an institution—the Mandate for South West Africa—which is still in existence as an institution, should not be held to have become inoperative merely on account of a change of circumstances—provided that this change has not affected the *physical* possibility of continued performance. The present Court exists, and is of the same general character and carries out the same kind of functions as the tribunal (the former Permanent Court) which originally had jurisdiction under this provision (i.e. Article 7 of the Mandate for South West Africa). Since there still exist States (and amongst them the Applicant States) who would have been entitled to invoke Article 7 *before* the changed circumstances came about, this Article must now be interpreted as still giving them this right, notwithstanding anything

OPINION DISSIDENTE COMMUNE  
DE SIR PERCY SPENDER ET SIR GERALD FITZMAURICE

[Traduction]

I

Puisque nous ne sommes pas à même de nous rallier à la décision de la Cour, il est nécessaire que nous énoncions les raisons de notre opinion dissidente.

L'affaire présente une importance particulière. Non seulement elle pose un problème fondamental de méthode judiciaire, mais elle présente aussi des difficultés tout à fait exceptionnelles — ce que fait ressortir la faible majorité dont dépend la décision.

Ces difficultés ne sont pas simplement techniques, bien qu'il en existe de cet ordre. Elles résultent plutôt du fait que l'affaire est de celles dont la solution risque d'être dominée ou tout au moins fortement influencée par la manière dont on l'aborde.

Pour pouvoir se déclarer compétente, la Cour doit rejeter non seulement *toutes* les exceptions formellement présentées par le défendeur, mais encore certaines autres que nous mentionnerons le moment venu.

A notre avis, la Cour n'a pu le faire qu'en adoptant des prémisses qui, ainsi qu'il ressortira de ce que nous avons à dire, supposent largement à l'avance l'exactitude des conclusions auxquelles on aboutit.

Nous pensons que le point de vue général adopté par la majorité de la Cour en la présente affaire peut raisonnablement se décrire comme suit — à savoir qu'il est souhaitable et juste qu'une disposition visant la juridiction obligatoire sur certains différends qui figure (ou qui figurait) comme élément d'une institution — le Mandat pour le Sud-Ouest africain — laquelle existe toujours en tant qu'institution — ne soit pas tenue pour inopérante, simplement en raison d'une modification des circonstances — pour vu que cette modification n'ait pas affecté la possibilité *matérielle* de continuer l'exécution. La Cour actuelle existe et elle a le même caractère général et remplit le même genre de fonctions que le tribunal (l'ancienne Cour permanente) qui avait primitivement compétence en vertu de cette disposition (c'est-à-dire l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain). Puisqu'il existe encore des États (et parmi eux les États demandeurs) qui auraient eu le droit d'invoquer l'article 7 *avant* que ne se produise le changement dans les circonstances, il faut aujourd'hui interpréter cet article comme

to the contrary in its actual terms, or resulting from any other relevant factor.

It is evident that once a tribunal has adopted an approach of this nature, its main task will be to discover reasons for rejecting the various objections or contra-indications that may exist, or arise.

We have felt unable to adopt this approach. In our opinion, the only correct method of procedure is to begin by an examination of the legal elements, with especial reference, where questions of interpretation are concerned, to the actual language employed, and then, on the basis of this examination, to consider what are the correct conclusions which, as a matter of law, should be drawn from them. It is in this spirit that we have approached our task.

\* \* \*

We are not unmindful of, nor are we insensible to, the various considerations of a non-judicial character, social, humanitarian and other, which underlie this case; but these are matters for the political rather than for the legal arena. They cannot be allowed to deflect us from our duty of reaching a conclusion strictly on the basis of what we believe to be the correct legal view. They do however lead us to draw attention to another aspect of the matter.

A Court called upon to consider objections to its jurisdiction must exclude from consideration all questions relating to the merits of the dispute, unless the jurisdictional issues are so intertwined with the merits that they cannot be considered separately, and must be joined to the merits. It is nevertheless legitimate for a Court, in considering the jurisdictional aspects of any case, to take into account a factor which is fundamental to the jurisdiction of any tribunal, namely whether the issues arising on the merits are such as to be capable of objective legal determination.

It is apparent from the Memorials in the present case, that what the Court will principally be asked to decide on the merits is whether, in a number of different respects, the Respondent State, as Mandatory, is in breach of its obligation under Article 2 of the Mandate to "promote to its utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory...". There is hardly a word in this sentence which has not now become loaded with a variety of overtones and associations. There is hardly a term which would not require prior objective definition, or re-definition, before it could justifiably be applied to the determination of a concrete legal issue. There is hardly a term which could not be applied in widely different ways to the same situation or set of facts, according to differing subjective views as to what it meant, or

leur donnant toujours ce droit, nonobstant toute disposition contraire dans ses termes réels ou tout obstacle résultant de tout autre facteur pertinent.

Il est évident que, dès lors qu'un tribunal a adopté une telle manière de voir, sa tâche principale sera de découvrir des motifs de rejeter les diverses exceptions ou contre-indications qui pourraient exister ou se présenter.

Nous n'avons pas cru pouvoir adopter cette manière de voir. A notre avis, la seule façon correcte de procéder est de commencer par l'examen des éléments juridiques, en se référant en particulier, pour les questions qui touchent à l'interprétation, aux termes réellement employés, après quoi, partant de cet examen, on examinera les conclusions correctes qu'il convient d'en tirer en vertu des règles de droit. C'est dans cet esprit que nous avons abordé notre tâche.

\* \* \*

Nous ne sommes ni aveugles, ni insensibles quant aux différentes considérations de caractère non juridique, social, humanitaire ou autre, qui soulignent cette affaire; mais ce sont là des questions qui ressortissent à l'arène politique plutôt que juridique. Nous ne saurions leur permettre de nous écarter de notre devoir d'arriver à une conclusion strictement sur la base de ce que nous croyons être l'opinion juridique correcte. Elles nous amènent cependant à signaler un autre aspect de la question.

Un tribunal appelé à examiner des exceptions à sa compétence doit écarter de sa considération toutes les questions touchant au fond de l'affaire, à moins que les questions de compétence ne soient si étroitement mêlées aux questions de fond qu'elles ne sauraient être examinées séparément et doivent être jointes à celles-ci. Une cour peut toutefois légitimement, en examinant les aspects juridictionnels d'une affaire, tenir compte d'un facteur qui est fondamental pour la compétence d'un tribunal quel qu'il soit, à savoir si les questions qui se posent au fond sont de nature à pouvoir faire l'objet d'une décision juridique objective.

Les mémoires en la présente affaire montrent que ce que la Cour est surtout appelée à trancher sur le fond est la question de savoir si, à plusieurs égards différents, l'État défendeur, en sa qualité de Mandataire, a violé les obligations que lui impose l'article 2 du Mandat d'« accroître par tous les moyens en son pouvoir le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire... ». Il est à peine un terme de cette phrase qui ne se soit aujourd'hui chargé de divers sous-entendus et associations. Il est à peine un terme qui ne nécessiterait une définition ou une redéfinition objective préliminaire, avant de pouvoir s'appliquer légitimement à la solution d'un litige juridique concret. Il est à peine un terme qui ne pourrait s'appliquer de façon totalement différente à la même situation ou à la même série de faits, suivant

ought to mean in the context; and it is a foregone conclusion that, in the absence of objective criteria, a large element of subjectivity must enter into any attempt to apply these terms to the facts of a given case. They involve questions of appreciation rather than of objective determination. As at present advised we have serious misgivings as to the legal basis on which the necessary objective criteria can be founded.

The proper forum for the appreciation and application of a provision of this kind is unquestionably a technical or political one, such as (formerly) the Permanent Mandates Commission, or the Council of the League of Nations—or today (as regards Trusteeships), the Trusteeship Council and the Assembly of the United Nations. But the fact that, in present circumstances, such technical or political control cannot in practice be exercised in respect of the Mandate for South-West Africa, is not a ground for asking a Court of law to discharge a task which, in the final analysis, hardly appears to be a judicial one.

The above considerations, in our opinion, strongly reinforce the view which, on other grounds, we have taken as to the third preliminary objection, namely that disputes about the conduct of the Mandate in relation to the "sacred trust" (as opposed to disputes about the individual statal interests of the Members of the League under the terms of the Mandate) are not the kind of disputes to which the compulsory adjudication clause of the Mandate was intended to, or did, apply.

\* \* \*

We now turn to the substance of the case in its present phase, which involves the question of the competence of the Court to proceed to the merits; and by way of introduction we would say that our conclusions in this phase have been reached against the background of four major principles of law which we believe to be fundamental to any determination of the issues involved. They are:

1. The principle of consent as the essential condition for founding international jurisdiction. Such consent may be given generally, in advance, or *ad hoc*, and may in a proper case be held to have *been* given. But that it was in fact given, and that it covers the actual case before the Court, must be objectively demonstrated, and cannot simply be presumed.
2. The principle that rights conferred on or vested in persons or entities in a specified capacity, or as members of a specified

les opinions subjectives différentes touchant sa signification, ou ce qui devrait être sa signification dans le contexte; et il est assuré d'avance qu'en l'absence de critère objectif toute tentative d'appliquer ces termes aux faits d'un litige donné sera largement pénétrée d'un élément subjectif. Les termes de cette phrase posent des questions d'appréciation plutôt que de décision objective. En l'état actuel des choses, nous avons les doutes les plus sérieux quant aux bases juridiques sur lesquelles peuvent être fondés les critères objectifs nécessaires.

Il est incontestable que le forum normal pour apprécier et appliquer une disposition de ce genre est un forum technique et politique, comme l'étaient (autrefois) le Commission permanente des Mandats ou le Conseil de la Société des Nations, ou comme le sont aujourd'hui (en matière de tutelle) le Conseil de tutelle et l'Assemblée des Nations Unies. Mais le fait que, dans les circonstances actuelles, ce contrôle technique ou politique ne peut s'exercer en pratique sur le Mandat pour le Sud-Ouest africain n'est pas un motif de demander à un tribunal de remplir une tâche qui, en dernière analyse, n'apparaît guère comme une tâche judiciaire.

À notre avis, les considérations qui précèdent renforcent singulièrement l'opinion que, pour d'autres motifs, nous avons adoptée à propos de la troisième exception préliminaire, à savoir que le différend sur la conduite du Mandat pour ce qui est de la «mission sacrée» (par opposition aux différends visant les intérêts étatiques individuels des Membres de la Société des Nations dans le cadre des termes du Mandat) n'est pas de l'ordre des différends auxquels la clause du Mandat sur la compétence obligatoire était destinée à s'appliquer (ou s'appliquait).

\* \* \*

Nous en arrivons maintenant au fond de l'affaire à son stade actuel, qui pose la question de la compétence de la Cour pour connaître du fond et, en manière d'introduction, nous voudrions exposer que nos conclusions sur cette phase de l'affaire ont été déduites en tenant compte de l'ensemble de quatre principes de droit essentiels que nous croyons fondamentaux pour trancher les questions posées. Les voici :

1. Le principe du consentement en tant que base essentielle de la juridiction internationale. Ce consentement peut être donné d'avance, en termes généraux, ou bien *ad hoc* et, dans un cas déterminé, il peut être considéré comme ayant été donné. Mais il faut démontrer de façon objective qu'il a été donné en fait et qu'il couvre le cas déterminé soumis à la Cour; cela ne saurait simplement se présumer.

2. Le principe que les droits conférés ou attribués à des personnes ou à des entités en une qualité déterminée ou en tant que mem-

class, are not conferred on or vested in them in their personal or individual capacity, and therefore cease to be available to them if they lose the specified capacity, or cease to be members of the indicated class; and are equally not available to them in a different capacity, or as members of another class.

3. The principle that provisions are *prima facie* to be interpreted and applied according to their terms, where these are clear and unambiguous in their expression of the intention of the parties, and that such terms can only be ignored or overridden (if at all) on the basis of some demonstrably applicable legal principle of superior authority. The principle of interpretation directed to giving provisions their maximum effect cannot legitimately be employed in order to introduce what would amount to a revision of those provisions.

4. The principle that a Court of law cannot correct the past errors or omissions of the parties, and that it is not the province of a Court to place some of the parties in the same position as they would have been in if they had taken action they could have taken, but did not take, and even deliberately avoided taking.

In our opinion, the judgment of the Court fails to give expression to these principles, either ignoring them or advancing no adequate grounds for departing from them—as in our view it clearly does. In the Anglo-Saxon legal tradition there is a well-known saying that “hard cases make bad law”, which might be paraphrased to the effect that the end however good in itself does not justify the means, where the means, considered as legal means, are of such a character as to be inadmissible.

It is because of the foregoing considerations, and as Members of a Court whose task it is under Article 38, paragraph 1, of its Statute, “to decide in accordance with international law”, that we are unable to accept the reasoning on which the Judgment of Court is based.

## II

### STATEMENT OF THE ISSUES INVOLVED

Although the issues now involved are stated in the Judgment, their real character is not we think sufficiently brought out there, and we propose briefly to re-state them in our own way.

The jurisdiction of the Court is fundamentally derived from Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court, which en-

bres d'une classe spécifiée, ne leur sont pas conférés ou attribués en leur capacité personnelle ou individuelle et cessent par conséquent de s'offrir à elles si elles perdent la qualité déterminée ou si elles cessent d'être membres de la classe indiquée. Ces droits ne s'offrent pas davantage à elles en une qualité différente ou en tant que membres d'une autre classe.

3. Le principe d'après lequel les dispositions s'interprètent et s'appliquent *prima facie* selon les termes dans lesquels elles sont rédigées, lorsque ceux-ci sont clairs et non ambigus pour exprimer l'intention des parties, et ne peuvent être négligées ou écartées en quoi que ce soit que s'il est possible d'invoquer l'application évidente d'un principe juridique d'autorité supérieure. Le principe d'interprétation qui tend à donner aux dispositions leur maximum d'effet utile ne saurait légitimement être invoqué pour introduire ce qui équivaldrait à une revision de ces dispositions.

4. Le principe qu'un tribunal ne saurait corriger les erreurs ou omissions passées des parties et qu'il n'est pas du ressort d'un tribunal de placer certaines des parties dans la position qui eût été la leur si elles avaient pris les mesures qu'elles auraient pu prendre mais qu'elles n'ont pas prises, voire qu'elles ont délibérément évité de prendre.

A notre avis, l'arrêt de la Cour ne se conforme pas à ces principes, soit qu'il n'en tienne pas compte, soit qu'il avance des motifs insuffisants pour s'en écarter comme, selon nous, il le fait clairement. Il est dans la tradition juridique anglo-saxonne une maxime bien connue: « *Hard cases make bad law* », que l'on pourrait paraphraser en disant que la fin, si légitime soit-elle en soi, ne justifie pas les moyens lorsque les moyens considérés en tant que moyens juridiques sont tels qu'ils sont inadmissibles.

C'est sur la base de cette considération, et en tant que Membres d'une Cour dont la mission, telle qu'elle est définie à l'article 38, paragraphe 1, de son Statut « est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis », qu'il nous est impossible d'accepter le raisonnement sur lequel repose l'arrêt de la Cour.

## II

### EXPOSÉ DES QUESTIONS PERTINENTES

Bien que l'arrêt expose les questions en cause, nous croyons qu'il n'en dégage pas suffisamment la véritable nature et nous nous proposons de le refaire brièvement nous-mêmes.

La compétence de la Cour procède essentiellement de l'article 36, paragraphe 1, de son Statut aux termes duquel elle peut

ables the Court to hear any cases referred to it by the parties [i.e. jointly] or any cases "specially provided for ... in treaties or conventions in force". But whether in any particular case that jurisdiction can be exercised *compulsorily* depends on factors lying outside this provision—for instance the existence of a Declaration under paragraph 2 of Article 36 (the "Optional Clause") or the terms of a provision for compulsory adjudication by the Court contained in some treaty or convention in force. It is for this reason that the Applicant States have invoked the jurisdiction of the Court on the basis of the combined effect of Article 7 of the Mandate for South West Africa and of Article 37 of the Statute of the Court. The reason for citing the latter provision, which is really mechanistic in character, is that the original forum for the settlement of disputes arising under Article 7 of the Mandate was the predecessor of the present Court, the former Permanent Court of International Justice, which ceased to exist in 1946. This latter Court was equally the forum specified in the adjudication clauses of many other international instruments. In our view, the effect of Article 37 of the Statute of the present Court—and its sole relevant effect in the context of this case—was (as between the parties to the Statute) to substitute the present Court for the former Permanent Court in all cases in which under a "treaty or convention in force", the Permanent Court *would have had* jurisdiction and would have been competent to hear and determine the case. Its relevant portions read as follows:

"Whenever a treaty or convention in force provides for reference of a matter to ... the Permanent Court of International Justice, the matter shall, as between the parties to the present Statute, be referred to the International Court of Justice."

We draw attention to the similarity of wording between this provision and Article 36, paragraph 1, of the Statute, in so far as each relates to treaties and conventions in force. This has a significance we shall mention later.

It is, however, clear that, whatever may be the correct interpretation to be given to the phrase "a treaty or convention in force", Article 37 can, on the face of it, only apply to adjudication clauses contained in instruments which are in law treaties or conventions, and which also are as such, i.e. as treaties or conventions, "in force". Only in the case of clauses figuring in instruments fulfilling these conditions is the present Court substituted for the former Permanent Court.

The first contention of the Respondent State is that the relevant instrument—the Mandate for South West Africa—does not fulfil either of these conditions, that it neither has the character of a treaty or convention nor, if it has, is it any longer in force.

connaître de toutes les affaires que les parties lui soumettent [d'un commun accord] ou de tous les cas « spécialement prévus ... dans les traités et conventions en vigueur ». Mais le point de savoir si, dans un cas donné, la Cour peut exercer sa compétence à *titre obligatoire* dépend d'éléments extérieurs à cette disposition — par exemple de l'existence d'une déclaration faite en vertu de l'article 36, paragraphe 2 (la « disposition facultative »), ou des termes d'une clause de règlement judiciaire obligatoire par la Cour figurant dans un traité ou une convention en vigueur.

C'est pourquoi les États demandeurs ont invoqué la juridiction de la Cour sur la base de l'effet combiné de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain et de l'article 37 du Statut de la Cour. S'ils ont cité cette dernière disposition, qui est en réalité de caractère mécanique, c'est que le tribunal prévu à l'origine pour le règlement des différends venant à s'élever dans le cadre de l'article 7 du Mandat était la Cour qui a précédé l'actuelle, à savoir l'ancienne Cour permanente de Justice internationale qui a cessé d'exister en 1946. Cette Cour était également mentionnée dans les clauses juridictionnelles de nombreux autres actes internationaux. A notre avis, l'effet de l'article 37 du Statut de la Cour actuelle — et son seul effet pertinent en l'espèce — a été de substituer (entre les parties au Statut) la Cour actuelle à l'ancienne Cour permanente dans tous les cas où, aux termes d'« un traité ou [d'] une convention en vigueur », la Cour permanente *aurait été* compétente pour connaître de l'affaire et statuer sur celle-ci. Les passages pertinents de cet article sont les suivants :

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

Nous attirons l'attention sur la rédaction semblable de cet article du Statut et de l'article 36, paragraphe 1, en tant qu'ils visent tous deux les traités et conventions en vigueur. Cela a une importance sur laquelle nous reviendrons.

Toutefois il est clair que, quelle que soit l'interprétation correcte à donner aux mots « un traité ou une convention en vigueur », l'article 37 ne peut s'appliquer d'après son texte qu'aux clauses juridictionnelles d'actes qui sont en droit des traités ou des conventions et qui en tant que tels (c'est-à-dire en tant que traités ou conventions) sont « en vigueur ». Ce n'est que pour les clauses figurant dans des actes répondant à ces conditions que la Cour actuelle a été substituée à l'ancienne Cour permanente.

La première thèse de l'État défendeur est que l'acte pertinent — le Mandat pour le Sud-Ouest africain — ne remplit ni l'une ni l'autre de ces conditions, c'est-à-dire qu'il n'a pas le caractère d'un traité ou d'une convention et que, même s'il a ce caractère, il n'est plus en vigueur.

It is evident, in any case, that Article 37, however applicable it may otherwise be, does not and could not, standing alone, confer jurisdiction on the Court, for on the face of it, it only applies to cases in which the Permanent Court would have had jurisdiction. To ascertain whether this would have been so in the present case, reference must accordingly be made to the clause which is invoked by the Applicant States as being the one which provided for recourse to the Permanent Court, namely Article 7 of the Mandate for South West Africa. The relevant parts of this provision read as follows:

“The Mandatory agrees that, if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice...”

This provision clearly conditions the obligation in three, or perhaps four, ways: there must be a “dispute”; this dispute must arise between the Mandatory and “another Member of the League of Nations”; it must relate to “the interpretation or ... application of the provisions of the Mandate”; and, finally, it must be such as “cannot be settled by negotiation”. We stress the word “cannot”.

The issues arising out of these conditions—whether as actually formulated by the Respondent State, or as being inherent in the terminology of Article 7 (stated in the order in which it will be convenient to deal with them)—are as follows:

1. If there is a dispute, is it a dispute between the Mandatory and “another Member of the League of Nations”—or in other words have the Applicant States the *capacity* to invoke Article 7?
2. If the Applicants have such capacity, is there really any genuine dispute at all between them, as such, and the Respondent State—and what ought to be understood by a dispute for this purpose;—for instance (*inter alia*) are the Applicants, as parties to the present proceedings, also parties to the real dispute which exists?
3. If the Applicants are not only the parties to these proceedings, but also the parties to the dispute with the Respondent State, is this dispute of the kind to which Article 7 relates?
4. Have there been any negotiations at all, properly speaking, with a view to settling the particular dispute between the Applicants and the Respondent?
5. Can it be held that the dispute “cannot” be settled by negotiation?

\*   \*   \*

En tout cas il est évident que l'article 37, quelque applicable qu'il soit par ailleurs, ne confère pas, et ne peut conférer, à lui seul compétence à la Cour car d'après son texte il ne s'applique qu'aux cas où la Cour permanente aurait eu compétence. Donc, pour voir s'il en aurait été ainsi en l'espèce, il faut se référer à la disposition invoquée par les États demandeurs comme étant celle qui a prévu le renvoi à la Cour permanente, à savoir l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain. Voici le passage pertinent de cette disposition :

« 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... »

Cette disposition soumet nettement l'obligation à trois, ou peut-être même quatre, conditions : il doit y avoir un « différend » ; ce différend doit s'être élevé entre le Mandataire et « un autre Membre de la Société des Nations » ; il doit être relatif « à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat » ; et enfin il doit être tel qu'il « ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations ». Nous soulignons les mots « ne soit pas susceptible ».

Qu'elles aient été effectivement soulevées par l'État demandeur ou qu'elles soient inhérentes à la rédaction de l'article 7, les questions que posent ces conditions sont (pour les énumérer dans l'ordre où il conviendrait d'en traiter) les suivantes :

1. S'il y a un différend, s'agit-il d'un différend entre le Mandataire et « un autre Membre de la Société des Nations » — ou en d'autres termes les États demandeurs ont-ils *qualité* pour invoquer l'article 7 ?

2. Si les demandeurs ont qualité pour invoquer l'article 7, existe-t-il réellement un véritable différend entre eux en tant que tels et l'État défendeur — et que doit-on entendre à cette fin par différend ? Par exemple (entre autres), les demandeurs en tant que Parties aux présentes instances sont-ils également Parties au véritable différend qui existe ?

3. Si les demandeurs sont Parties non seulement aux présentes instances, mais encore au différend avec l'État défendeur, ce différend appartient-il à la catégorie que vise l'article 7 ?

4. Y a-t-il eu des négociations à proprement parler en vue de régler le différend spécifique entre les demandeurs et le défendeur ?

5. Peut-on considérer que le différend « ne soit pas susceptible » d'être réglé par des négociations ?

\* \* \*

We shall consider the various issues that arise in the following order:

*First*—the two issues arising on Article 37 of the Statute: is there a “treaty or convention”, and if so, is it “in force” as such?

*Secondly*—the primary question arising on Article 7 of the Mandate, namely have the Applicant States the capacity to invoke it?

*Thirdly*—the various issues about the existence of a dispute, genuinely between the Applicants as such and the Respondent, and if there is one, as to its character in relation to Article 7.

*Fourthly*—the various issues about negotiation—has there been any negotiation of the kind contemplated by Article 7, and if so can the conclusion be drawn that the dispute “cannot” be settled by negotiation?

These four issues or classes of issues correspond broadly, though not identically, with the four specific preliminary objections to the jurisdiction of the Court raised by the Respondent State.

Before we deal with them, however, we find it necessary to say something about the relevance to these issues and objections, of the Advisory Opinion about the status of the Mandate for South West Africa, and related matters, which the Court gave on 11 July 1950.

### III

#### THE ADVISORY OPINION GIVEN BY THE COURT IN 1950

We are most reluctant to devote any space to the 1950 Opinion, as we shall call it<sup>1</sup>. We believe that Opinion was wrong in one or two important aspects, but by no means in all. But this belief has not affected our views in the present case, because we think that different issues are now involved. We are compelled to make this clear because, in the first place, the Judgment of the Court is partly founded on the 1950 Opinion; and secondly, the relevance of that Opinion was much debated in the arguments of the Parties to the present proceedings. The Applicants maintained both that the 1950 Opinion was correct in all respects and that (though not on any basis of *res judicata*) it completely and automatically governed the issues arising in the present proceedings. The Respondent State

<sup>1</sup> This Opinion of the Court, on the first specific question submitted to it, is divisible into three parts: that which deals with Articles 2 to 5 of the Mandate, that which deals with Article 6, and that which deals with Article 7. Its reasoning on each of these two latter articles appears to rest upon quite separate and distinct grounds.

Nous examinerons les différentes questions en cause dans l'ordre suivant :

*Premièrement* — Les deux questions que pose l'article 37 du Statut : existe-t-il « un traité ou une convention » et, si oui, est-il « en vigueur » en tant que tel ?

*Deuxièmement* — La question principale que pose l'article 7 du Mandat, à savoir : les États demandeurs ont-ils qualité pour l'invoquer ?

*Troisièmement* — Les diverses questions ayant trait à l'existence d'un différend opposant réellement les demandeurs en tant que tels et le défendeur, et, si un tel différend existe, à son caractère en rapport avec l'article 7.

*Quatrièmement* — Les diverses questions ayant trait aux négociations — y a-t-il eu des négociations au sens prévu à l'article 7 et, si oui, peut-on en conclure que le différend « ne soit pas susceptible » d'être réglé par des négociations ?

Ces quatre questions ou groupes de questions correspondent en gros, mais pas absolument, aux quatre exceptions préliminaires d'incompétence qui ont été soulevées par l'État défendeur.

Mais, avant de les aborder, nous croyons nécessaire de dire quelques mots de la pertinence, en ce qui concerne ces questions et ces exceptions, de l'avis consultatif rendu par la Cour le 11 juillet 1950 sur le statut du Mandat pour le Sud-Ouest africain et sur des questions connexes.

### III

#### L'AVIS CONSULTATIF RENDU PAR LA COUR EN 1950

Nous hésitons beaucoup à traiter de ce que nous appellerons l'avis de 1950<sup>1</sup>. Nous considérons cet avis comme erroné sur un ou deux points importants, mais non pas sur tous les points. Toutefois, cette opinion n'affecte pas nos conclusions en l'espèce car nous croyons qu'il s'agit aujourd'hui de questions différentes. Si nous sommes obligés de le préciser, c'est, en premier lieu, que l'arrêt de la Cour se fonde en partie sur l'avis de 1950 ; et, en second lieu, que le caractère pertinent de cet avis a fait l'objet de longs développements de la part des Parties au cours de la présente procédure. Les deux demandeurs ont soutenu que l'avis de 1950 est exact à tous égards et (sans se fonder pour autant sur l'autorité de la chose jugée) qu'il régit entièrement et automatiquement les questions qui se posent

<sup>1</sup> Sur la première question posée à la Cour, cet avis peut se diviser en trois parties : celle qui traite des articles 2 à 5 du Mandat, celle qui traite de l'article 6 et celle qui traite de l'article 7. Le raisonnement de la Cour sur chacun de ces deux derniers articles semble fondé sur des motifs tout à fait distincts et séparés.

denied this and also adduced material claimed to be new and such as, had it been available in 1950, would have caused the Court to find differently. The Applicants, in reply, denied both that the material was new, or that it would have had any influence on the views of the Court.

We regard most of this discussion as having been misplaced. Some of the issues now arising (those connected with the third and fourth preliminary objections) did not arise at all, and could not have arisen, in the course of the 1950 proceedings, which were not, as these are, contentious proceedings. As regards one of the central issues arising in 1950, namely that of the status of the Mandate as an international *institution*, the Court in 1950 did little more than find, on various grounds, that the dissolution of the League of Nations had not caused the Mandate to lapse, and that despite this dissolution, the Mandate was still in force. But the Court did not specifically address itself to the question of the basis upon which the Mandate was in force nor, in particular, to whether it was still in force *as a treaty or convention*. In the dispositive of its 1950 Opinion, the Court did no more, in relation to the present context, than state that by reason of Article 37 of the Statute, the present Court was substituted for the former Permanent Court; but both there, and in the very brief references to Article 37, and to Article 7 of the Mandate, made in the body of the Opinion, the Court seems to have assumed the existence of the necessary conditions without going into that matter. The little that was said provides no real assistance, and this was necessarily so since no jurisdictional issue of any kind was before the Court in 1950. Assumptions apparently made without any reasoning as to, or consideration of, the specific underlying issues involved, in an Advisory Opinion directed chiefly to other matters not involving any concrete jurisdictional question, clearly do not constitute a sufficient basis on which to found jurisdiction in subsequent contentious proceedings in which these issues are now directly raised.

In the same way we think that the 1950 finding of the Court, to the effect that the Assembly of the United Nations was entitled to exercise the supervisory functions of the former League Council under Article 6 of the Mandate, is equally irrelevant to the present proceedings, which do not involve any specific issue of "devolution", "inheritance" or "carry over"—much as these matters have been discussed in the arguments of the parties. We repeat that the issue now before the Court is a purely jurisdictional one. The jurisdiction of the Court could not be *presumed* on any merely devolutionary basis. The existence of Article 37 is alone enough to show that. The jurisdiction of the Court as successor to the Permanent Court, was provided for expressly by the combined operation of Articles 36 and 37—or else it does not exist at all. No one contests

en l'espèce. L'État défendeur l'a contesté et il a également produit des preuves dont il a prétendu qu'elles étaient nouvelles et que, si elles avaient été soumises à la Cour en 1950, elles l'auraient amenée à se prononcer différemment. Les demandeurs ont répondu en niant que ces preuves fussent nouvelles ni qu'elles eussent eu la moindre influence sur l'avis de la Cour.

Nous considérons la plus grande partie de ce débat comme hors du sujet. Certaines des questions soulevées en l'espèce (celles qui ont trait aux troisième et quatrième exceptions préliminaires) ne se sont pas posées, et n'auraient pas pu se poser, au cours de la procédure de 1950, qui n'avait pas comme la procédure actuelle un caractère contentieux. En ce qui concerne l'une des principales questions qui se posaient en 1950, celle du statut du Mandat en tant qu'*institution internationale*, la Cour n'a guère fait plus en 1950 que de constater, pour divers motifs, que la dissolution de la Société des Nations n'avait pas entraîné la caducité du Mandat et que, malgré cette dissolution, le Mandat était encore en vigueur. Mais la Cour ne s'est spécialement occupée ni de la base sur laquelle le Mandat était en vigueur, ni du point précis de savoir s'il était encore en vigueur *en tant que traité ou convention*. Dans le dispositif de son avis de 1950, la Cour n'a rien fait de plus, en ce qui concerne la présente espèce, que d'énoncer qu'en raison de l'article 37 du Statut la Cour actuelle était substituée à l'ancienne Cour permanente; mais, sur ce point comme pour la très brève mention qu'elle a dans son avis faite de l'article 37 et de l'article 7 du Mandat, la Cour semble avoir admis l'existence des conditions nécessaires sans approfondir la matière. Le peu qu'elle ait dit n'aide en rien, et il ne saurait en être autrement puisqu'aucune question ayant trait à la compétence n'était soumise à la Cour en 1950. Il est clair que des hypothèses apparemment faites sans aucun raisonnement ni sans aucune étude sur ce qu'elles impliquaient précisément, dans un avis consultatif portant essentiellement sur d'autres points ne soulevant pas de question concrète de compétence, ne constituent pas une base suffisante pour établir la compétence dans une procédure contentieuse ultérieure au cours de laquelle ces questions sont directement posées.

De même, nous pensons que la conclusion à laquelle la Cour est parvenue en 1950, et d'après laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a qualité pour exercer les fonctions de surveillance de l'ancien Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 6 du Mandat, est également sans pertinence en l'espèce, car il ne s'agit pas spécifiquement de « dévolution », de « succession » ni de « continuation » — quelle que soit l'importance que les Parties ont donnée à ces notions dans leurs écritures et plaidoiries. Nous répétons que la question présentement soumise à la Cour est une pure question de compétence. La compétence de la Cour ne saurait se *présumer* sur la seule base d'une dévolution. L'existence de l'article 37 suffit à le prouver. Si la compétence de la Cour en tant que successeur de la Cour permanente ne se dégage pas expressément de l'effet combiné

that Article 37 substitutes the present for the former Court, provided that the conditions specified in Article 37 are fulfilled at the moment jurisdiction is invoked. The question is are they here fulfilled? Equally no-one doubts that Article 7 of the Mandate contains an obligation to have recourse to adjudication, provided the conditions specified in it are fulfilled. Again the question is, are they?

These are quite different issues, in our opinion, from those which were before the Court in 1950, and accordingly we shall endeavour to deal with the jurisdictional issues in the present case entirely on their own merits.

#### IV

##### THE FIRST PRELIMINARY OBJECTION

Having regard to the view we take on the third Preliminary Objection, namely that Article 7 was only intended to safeguard the individual interests of League Members in the Mandated territory, conferred under the terms of the Mandate, and did not cover disputes about the conduct of the Mandate, much of the discussion on the first preliminary objection (as also the second) has for us a certain unreality, since these objections are hardly meaningful, and are in any event unnecessary, in the context of this case, if Article 7 does not relate to the conduct of the Mandate. We therefore discuss these objections on the assumption that it does, merely pointing out that a great deal which is obscure regarding these objections becomes clear on the opposite view, which is ours.

##### 1. *The burden of proof. The duty of the Court itself to be satisfied that jurisdiction is conclusively established*

In order that our attitude as to the character of the Mandate, and in regard to the first Preliminary Objection, should not be misunderstood, we must begin by recalling that, since the burden of establishing the jurisdiction of the Court lies on the party asserting it, and this must be established conclusively, it follows that it is for the Applicants to show that the Mandate is beyond reasonable doubt a "treaty or convention in force" for the purposes of Articles 36 and 37 of the Statute. Moreover, quite apart from any question of onus of proof, a duty lies upon the Court, before it may assume jurisdiction, to be conclusively satisfied—satisfied beyond a reasonable doubt—that jurisdiction does exist. If a reasonable doubt—and still more if a very serious doubt, to put it no higher—is revealed as existing, then, because of the principle

des articles 36 et 37, il n'y a pas compétence. Personne ne conteste que l'article 37 substitue la Cour actuelle à l'ancienne, sous réserve que les conditions posées à l'article 37 soient remplies au moment où la compétence est invoquée. Il s'agit de savoir si ces conditions sont remplies en l'espèce. De même, personne ne doute que l'article 7 du Mandat contienne une obligation de recourir au règlement judiciaire, sous réserve que les conditions posées à cet article soient remplies. Là encore, il s'agit de savoir si elles le sont.

Ce sont là à nos yeux des questions tout à fait différentes de celles qui ont été soumises à la Cour en 1950; c'est pourquoi nous essayerons d'envisager uniquement en elles-mêmes les questions de compétence qui se posent en l'espèce.

#### IV

##### PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Tenant compte de l'opinion qui est la nôtre sur la troisième exception préliminaire, à savoir que l'article 7 était destiné uniquement à sauvegarder les intérêts individuels des Membres de la Société dans le territoire soumis au Mandat, d'après les termes de celui-ci, et ne s'appliquait pas aux différends relatifs à la conduite du Mandat, une grande partie de la discussion sur la première exception préliminaire (de même que la seconde) présente pour nous un certain caractère artificiel puisque, dans le contexte de la présente affaire, ces exceptions n'ont guère de sens et sont en tout cas inutiles si l'article 7 ne vise pas la conduite du Mandat. C'est pourquoi nous discutons ces exceptions en supposant qu'il s'y applique, nous bornant à signaler qu'une grande partie des obscurités qui entourent ces exceptions s'éclaircissent si l'on adopte le point de vue opposé qui est le nôtre.

##### 1. *Le fardeau de la preuve. Le devoir de la Cour de vérifier à sa satisfaction que la compétence est établie de façon concluante*

Pour éviter que notre attitude quant au caractère du Mandat et quant à la première exception préliminaire ne soulève de malentendu, il nous faut commencer par rappeler que, la Partie qui invoque la compétence de la Cour ayant la charge de la démontrer d'une manière concluante, il s'ensuit qu'il appartient au demandeur de montrer que le Mandat est sans doute raisonnable un « traité ou une convention en vigueur » aux fins des articles 36 et 37 du Statut. Au surplus, et en dehors de toute question de fardeau de la preuve, la Cour, avant d'admettre sa compétence, doit être convaincue de façon concluante — convaincue sans doute raisonnable — que la compétence existe bien. S'il se révèle un doute raisonnable — et à plus forte raison, pour dire le moins, s'il existe un doute très sérieux —, alors, étant donné que le principe du consentement est

of consent as the indispensable foundation of international jurisdiction, the conclusion would have to be reached that jurisdiction is not established. In short, the doubt would, according to the normal canons for the interpretation of jurisdictional clauses, have to be resolved against the existence of jurisdiction.

\*

In what follows, we reach the conclusion that, while there may be room for some, even considerable, argument, the better view is that the Mandate did not have the character of a treaty or convention; that Article 7 of the Mandate cannot properly be considered in isolation from the rest of the Mandate as having some sort of treaty character of its own, independently of the instrument it is embodied in; and that even if either the Mandate, or Article 7 separately considered, had such a character, neither is any longer in force on a treaty basis. We wish nevertheless to make it quite clear that our final conclusion on the first preliminary objection does not rest upon these factors alone. It rests also upon the simple fact that no onus lies upon the Respondent State to *disprove* the past and present treaty character of the Mandate or of Article 7. The onus lies upon the Applicants of establishing that character beyond reasonable doubt, since this goes to the root of jurisdiction. The duty lies equally upon the Court of being affirmatively satisfied to that effect.

In our opinion, an examination of the record in these proceedings, and of the oral arguments presented, shows that even on the most favourable assessment of the considerations that can be adduced in support of the view that the Mandate or Article 7 was and is a "treaty or convention in force", very serious doubt—to say the least of it—must remain as to whether this really is the case. On this ground alone, the first Preliminary Objection should be held good, even if there were not more positive reasons for doing so.

\* \* \*

2. *Was the Mandate a treaty or convention?*

(a) *Legal nature of a treaty or convention*

Before considering the character of the Mandate, which will involve stating, as briefly as we can, the salient features of the process by which it was brought into being, there are some preliminary points of law that must be referred to.

We do not adopt a narrow or doctrinaire view as to what is comprised by the term "treaty or convention". We are not—or at least so we hope—guilty of the solecisms either of supposing that treaties or conventions are only what are actually labelled as such, or of

la base indispensable de la compétence internationale, il faudrait arriver à la conclusion que la compétence n'est pas établie. Bref, d'après les règles normales d'interprétation des clauses de juridiction, le doute devrait se résoudre à l'encontre de l'existence de la compétence.

\*

Dans les passages qui suivent, nous arrivons à la conclusion que s'il y a place pour une discussion, et même une discussion serrée, l'opinion qui doit prévaloir est que le Mandat n'avait pas le caractère d'un traité ou d'une convention; qu'on ne saurait légitimement examiner l'article 7 du Mandat en l'isolant du reste du Mandat pour lui attribuer un certain caractère conventionnel propre, indépendamment de l'acte dans lequel il est incorporé; et que, même si le Mandat ou l'article 7 pris séparément avaient ce caractère, ni l'un ni l'autre ne sont plus aujourd'hui en vigueur en tant que traité. Nous désirons cependant préciser tout à fait clairement que notre conclusion finale sur la première exception préliminaire ne repose pas sur ces seuls facteurs. Elle repose également sur le simple fait que l'État défendeur n'a aucune obligation de *réfuter* le caractère conventionnel passé et présent du Mandat ou de l'article 7. C'est au demandeur qu'il appartient d'établir sans doute raisonnable ce caractère puisque cela touche à la racine même de la compétence. La Cour a également le devoir d'être convaincue en ce sens affirmativement.

A notre avis, l'examen du dossier de la procédure et des plaidoiries prononcées montre que, même dans l'appréciation la plus favorable des considérations qu'on peut développer à l'appui de la thèse que le Mandat ou l'article 7 étaient et sont « un traité ou une convention en vigueur », des doutes très sérieux — pour dire le moins — demeurent sur le point de savoir si tel est réellement le cas. Pour ce motif seul, il faudrait retenir la première exception préliminaire, même s'il n'y avait pas d'autres raisons plus positives de le faire.

\* \* \*

## 2. *Le Mandat était-il un traité ou une convention?*

### a) *Le caractère juridique d'un traité ou d'une convention*

Avant d'examiner le caractère du Mandat, ce qui nous obligera à énoncer aussi brièvement que possible les traits saillants de la procédure qui lui a donné naissance, il faut se référer à certains points de droit préliminaires.

Notre point de vue sur ce qu'il faut entendre par les termes « traité ou convention » n'est ni étroit ni doctrinaire. Nous ne sommes pas coupables — tout au moins nous l'espérons — des solécismes consistant soit à supposer que seuls peuvent être considérés comme

confusing an international agreement as an act, with the particular instrument in which it is embodied. We give the widest connotation to the notion of treaty or convention as covering everything that constitutes or embodies an international agreement, whatever its form, style or nomenclature—any agreement, formal or informal.

But while international law takes, and rightly takes, a liberal view of what constitutes a treaty, convention or other form of international agreement, the notion is not an unlimited one. It is not synonymous, as the Judgment of the Court might almost lead one to suppose, with international acts and instruments generally. Thus, in its final draft on the "Conclusion, Entry into Force and Registration of Treaties" completed earlier this year (Document A/CN. 4/148 of 3 July 1962), the International Law Commission of the United Nations adopted the following definition of a treaty, with which we associate ourselves:

" 'Treaty' means any international agreement in written form, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation [here follows a list of some dozen possible appellations including of course 'convention', 'agreement' and 'declaration'], concluded between two or more States or other subjects of international law and governed by international law."

It will be seen that this concept of what constitutes a treaty, though wide, is not a limitless one. We draw attention in particular, in the context, to the phrases "in written form" and "concluded between two or more States or other subjects of international law"<sup>1</sup>. Thus a verbal agreement, while it might be held *binding* (see the Ihlen Declaration in the *Eastern Greenland* case, P.C.I.J.

<sup>1</sup> A subsidiary point, which we accordingly place in a footnote, is that if, contrary to our view, the Mandate for South West Africa would otherwise have been in the nature of a treaty or convention, an objection to this conclusion could be based on the character of the parties to the Mandate agreement (if it was one). As we shall demonstrate later, the only entity other than the Mandatory itself which could have ranked as a party would have been the League of Nations or the Council of the League acting for it. But it is by no means certain that in 1920 (when the Mandate was formulated) international legal opinion would have accepted the conclusion arrived at by the present Court in the *Injuries to United Nations Servants* case (*Reports* 1949, p. 174) that international organizations could have a legal personality separate and distinct from that of their Members, and rank as entities "subjects of international law". If not, then, considered in the light of contemporaneous legal thinking, the Mandate could only have ranked as a treaty or convention if the parties to it were *States*. Our view is that the only State which could have been a party to the Mandate, if it was a treaty or convention, was the Mandatory, and this would mean (on the above premises) that the Mandate was not a treaty or convention at all, because not concluded between "two or more States". We deal with this further later.

traités ou conventions les actes effectivement dénommés tels, soit à confondre l'accord international en tant qu'acte avec l'instrument particulier dans lequel il est inscrit. Nous attachons à la notion de traité ou de convention la portée la plus large, l'étendant à tout ce qui constitue ou incorpore un accord international, quels qu'en soient la forme, le style ou le titre — à tout accord qu'il soit solennel ou non.

Mais, tandis que le droit international adopte à juste titre un point de vue libéral sur ce qu'il faut entendre par traité, convention ou autre forme d'accord international, cette notion n'est pas illimitée. Elle n'est pas synonyme, comme l'arrêt de la Cour pourrait presque conduire à le supposer, de la notion d'actes et instruments internationaux en général. C'est ainsi que, dans le projet final sur la « Conclusion, l'entrée en vigueur et l'enregistrement des traités » qui a été complété au début de la présente année (doc. A/C.N. 4/148 du 3 juillet 1962), la Commission du droit international des Nations Unies a adopté la définition suivante du mot traité, à laquelle nous nous associons :

« L'expression « traité » s'entend de tout accord international en forme écrite, qu'il soit signé dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière [ici se place l'énumération d'une douzaine de dénominations possibles comprenant bien entendu : « convention », « accord » et « déclaration »], conclu entre deux ou plusieurs États ou autres sujets du droit international et régi par le droit international. »

On voit que cette notion de ce qu'il faut entendre par traité, quoique large, n'est pas illimitée. Nous signalons en particulier dans le contexte les phrases « en forme écrite » et « conclu entre deux ou plusieurs États ou autres sujets du droit international »<sup>1</sup>. C'est ainsi qu'un accord verbal, quoique susceptible d'être considéré comme *obligatoire* (voir par exemple la déclaration Ihlen dans

<sup>1</sup> Il faut noter à titre subsidiaire — et c'est pourquoi nous le mentionnons en note — que, si, contrairement à notre opinion, le Mandat pour le Sud-Ouest africain avait eu par ailleurs la nature d'un traité ou d'une convention, on pourrait fonder une objection à cette conclusion en invoquant le caractère des parties à l'accord de Mandat (si c'en était un). Comme nous le démontrerons plus loin, la seule entité autre que le Mandataire lui-même qui aurait pu avoir le rang de partie aurait été la Société des Nations, ou le Conseil de la Société agissant pour celle-ci. Mais il n'est nullement certain qu'en 1920 (lorsque le Mandat a été défini) l'opinion juridique internationale eût accepté la conclusion à laquelle est arrivée la présente Cour dans l'affaire des *Dommages subis au service des Nations Unies* (*Recueil* 1949, p. 174), d'après laquelle les organisations internationales peuvent avoir une personnalité juridique séparée et distincte de celle de leurs membres et avoir le rang d'entités « sujets du droit international ». Par conséquent, à moins d'envisager le Mandat à la lumière des conceptions juridiques contemporaines, celui-ci n'aurait pu avoir la nature d'un traité ou d'une convention que si les parties avaient été des *États*. A notre avis, le seul État qui aurait pu être partie au Mandat, s'il s'agissait d'un traité ou d'une convention, était le Mandataire, ce qui signifierait (sur la base des prémisses qui précèdent) que le Mandat n'était nullement un traité ou une convention, parce qu'il n'avait pas été conclu « entre deux ou plusieurs États ». Nous y reviendrons plus loin.

*Reports*, Series A/B, No. 53, at pp. 69 *et seq.*), would not be a treaty or convention. *Nor would a statement (e.g. of intention) made, or an assurance given, in the course of, say, a speech at an international conference or assembly, be a treaty or convention.* A declaration containing a unilateral assumption of obligations would not be an international agreement at all, since an international agreement must be concluded between "two or more" parties.

The quasi-treaty character which "optional clause" declarations made under paragraph 2 of Article 36 of the Statute are sometimes said to possess, would arise solely from the multiplicity of these declarations and their interlocking character, which gives them a bilateral or multilateral aspect. A single such declaration, if it stood quite alone, could not be an international *agreement*. Optional clause declarations are clearly not covered by the words "treaties or conventions" in paragraph 1 of Article 36, or there would have been no need for paragraph 2, except perhaps for reasons of convenience or emphasis. If a State making a declaration of willingness to accept the jurisdiction of the Court compulsorily for certain classes of disputes were held thereby to have entered into a treaty or convention, a dispute of the class specified would rank as a matter "specially provided for" in "treaties or conventions in force" within the meaning of paragraph 1. We have already drawn attention to the similarity of wording between Article 37 of the Statute and Article 36, paragraph 1, in the reference to treaties or conventions in force. The term was clearly intended to mean the same in both places, and we cannot see why it should be given a more extended meaning in the one than in the other. This will have a further significance when we come later to consider whether Article 7 of the Mandate could be detached from it and considered as an isolated declaration having treaty character.

The foregoing points involve some of the most important questions of law arising on this part of the case. The Judgment of the Court in effect identifies the idea of an international agreement with any act or instrument embodying, or giving rise to, international obligations, or which contains or involves an international "engagement". This we believe to be a fallacy, as the above examples show, and others could be adduced. To take again the case of unilateral engagements, these may as already mentioned have a quasi-treaty character when they interlock with one another, or interlock with provisions of an existing treaty (as in certain of the *Minorities* cases). Otherwise they must necessarily lack the element of the bilateral or multilateral essential to give anything treaty character.

l'affaire du *Groënland oriental*, C. P. J. I., Série A/B n° 53, pp. 69 *et seq.*), ne constituerait pas un traité ou une convention. *Il en serait de même par exemple d'une déclaration d'intention ou d'une assurance contenue dans un discours prononcé devant une conférence ou une assemblée internationale.* Une déclaration comportant l'acceptation unilatérale d'obligations ne serait en rien un accord international, puisqu'il faut qu'un accord international soit conclu entre « deux ou plusieurs » parties.

Le caractère quasi conventionnel qu'on attribue parfois aux déclarations selon la « disposition facultative » formulées en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut résulterait uniquement de la multiplicité de ces déclarations et de leur engrenement mutuel, qui leur confère un aspect bilatéral ou multilatéral. Une seule déclaration de ce genre, prise absolument isolément, ne saurait constituer un accord international. Il est clair que les déclarations de la disposition facultative ne rentrent pas dans les termes « traités et conventions » du paragraphe 1 de l'article 36, sans quoi le paragraphe 2 eût été inutile, sauf peut-être pour des raisons de commodité ou d'accentuation. Si l'on devait considérer qu'un État qui a déclaré l'intention d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour pour certaines catégories de différends aurait de la sorte conclu un traité ou une convention, un différend relevant des catégories spécifiées ferait partie des cas « spécialement prévus » dans les « traités et conventions en vigueur » au sens du paragraphe 1. Nous avons déjà attiré l'attention sur la similitude entre les termes de l'article 37 du Statut et ceux de l'article 36, paragraphe 1, à propos des traités ou conventions en vigueur. Il est clair que l'expression devait avoir le même sens dans les deux cas et nous ne pouvons comprendre pourquoi on lui donnerait un sens plus large dans un cas que dans l'autre. Il s'en dégagera une autre conséquence lorsque nous examinerons plus loin si l'on peut détacher l'article 7 du Mandat et le considérer comme une déclaration isolée de caractère conventionnel.

Les questions qui précèdent posent quelques-uns des problèmes de droit les plus importants soulevés par cette partie de l'affaire. L'arrêt de la Cour a pour effet d'identifier la notion d'accord international avec tout acte ou instrument qui incorpore des obligations internationales, ou qui donne lieu à de telles obligations, ou qui contient un « engagement » international ou s'y rattache. A notre avis, il y a là une erreur, comme le montrent les exemples ci-dessus, et l'on pourrait en fournir d'autres. Pour reprendre le cas des engagements unilatéraux, ceux-ci peuvent, comme nous l'avons déjà dit, avoir un caractère quasi conventionnel quand ils s'engrènent les uns dans les autres ou qu'ils s'engrènent dans les dispositions d'un traité existant (comme ce fut le cas dans certaines des affaires de *Minorités*); faute de quoi, il leur manque nécessairement l'élément bilatéral ou multilatéral essentiel pour donner à une disposition quelconque un caractère conventionnel.

These are merely some examples. In brief, the assumption that it suffices if an international obligation exists, is to beg the whole question at issue, and to assume what has to be demonstrated; for no one has ever contested that the Mandate gave (and so long as it continues in force as an institution gives) rise to international obligations. But that does not of itself make it a treaty, convention or other form of international agreement. It cannot be too strongly emphasized that the test is not, or is not merely, the creation of international obligations, *but the character of the act or instrument that gives those obligations their legal force*. This is the essential point which, in relation to the Mandate for South West Africa, has to be investigated in this part of the case.

Nor, as we said earlier, and as we believe is evident, are we making the elementary mistake of confusing or identifying the instrument embodying or evidencing an international act, with the act itself. Although it will frequently be convenient to speak of the instrument that embodied the Mandate for South West Africa as "the (or as being the) Mandate", we shall not thereby be meaning that the Mandate consists of the original piece of paper on which it was written out in Geneva and which was deposited in the Archives of the League of Nations on December 17, 1920. What we understand by the Mandate is not this piece of paper, but the international act that gave rise to it, namely, in our view, the Resolution of the Council of the League of the same date. What has to be investigated is the nature of this Resolution and whether it had a treaty or conventional character.

Finally, before we pass on to this investigation, we wish to refer to evidence contemporary with Articles 36 and 37 of the Court's Statute in order to show that, quite apart from the legal principles we have been discussing, and others we shall come to later—as also the normal rules of legal interpretation—it could not be permissible to read the term "treaties or conventions" in these Articles as having a connotation more extensive than that of international agreements; for this evidence shows that when something wider and more inclusive than instruments of a conventional character was intended, this could be and was indicated in terms. For instance, Article 80, paragraph 1, of the Charter, upon which so much reliance has been placed by the Applicants in this case, states (*inter alia*) that nothing in Chapter XII of the Charter "shall be construed ... to alter in any manner ... the terms of existing *international instruments*...", etc. (*italics ours*). Indeed, this phrase may well have been employed in Article 80 expressly with the Mandates in mind (*inter alia*). Had wording similar to that italicized in this passage been used in Articles 36 and 37, no doubt would have existed that the Mandate was covered, whatever view might be taken as to the character of that act or instrument. Similarly, in the United Nations Assembly Resolution of February 12, 1946, providing for the transfer of certain

Ce sont là de simples exemples. En résumé, l'idée que cela suffit, s'il existe une obligation internationale, est une pétition de principe qui présuppose ce qu'il s'agit de démontrer, car nul n'a jamais contesté que le Mandat ait donné lieu (et, tant qu'il demeure en vigueur en tant qu'institution, donne lieu) à des obligations internationales. Mais cela ne suffit pas à en faire un traité ou une convention ou toute autre forme d'accord international. On ne saurait souligner trop énergiquement que le critère n'est pas, ou n'est pas seulement, la création d'obligations internationales, mais *le caractère de l'acte ou de l'instrument* qui donne à ces obligations leur valeur juridique. Tel est le point essentiel qu'il faut examiner dans cette partie de l'affaire relativement au Mandat pour le Sud-Ouest africain.

Il nous semble d'ailleurs évident, comme nous l'avons dit plus haut, que nous ne commettons pas l'erreur élémentaire de confondre ou d'identifier l'instrument qui incorpore un acte international ou qui en constitue la preuve avec cet acte lui-même. Bien qu'il soit souvent commode de parler de l'instrument qui incorpore le Mandat pour le Sud-Ouest africain comme du « Mandat » (ou comme étant « le Mandat »), nous n'entendons pas signifier par là que le Mandat consiste dans le morceau de papier original sur lequel il a été transcrit à Genève et qui a été déposé aux archives de la Société des Nations le 17 décembre 1920. Ce que nous entendons par le Mandat n'est pas ce morceau de papier, mais l'acte international qui lui a donné naissance, à savoir, selon nous, la résolution du Conseil de la Société des Nations du même jour. Ce qu'il faut vérifier c'est la nature de cette résolution pour voir si elle avait le caractère d'un traité ou d'une convention.

Enfin, avant d'en passer à cet examen, nous entendons faire état de preuves contemporaines aux articles 36 et 37 du Statut de la Cour pour montrer qu'en dehors des principes de droit que nous avons discutés et d'autres auxquels nous viendrons plus loin — comme aussi des règles normales d'interprétation juridique — il n'est pas permis d'interpréter les termes « traités ou conventions » dans ces articles comme ayant une portée plus large que celle d'accords internationaux, car ces preuves montrent que, lorsqu'on a eu en vue quelque chose de plus large et de plus étendu que les instruments de caractère conventionnel, il était possible de l'indiquer expressément et que cela a été fait. Par exemple, l'article 80, paragraphe 1, de la Charte, que les demandeurs en cette affaire ont si souvent invoqué, déclare (entre autres) « aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée comme modifiant ... en aucune manière ... les dispositions d'*actes internationaux* en vigueur... » (les italiques sont de nous). Il se peut même fort bien que cette formule ait été expressément employée à l'article 80 pour viser notamment les Mandats. Si les articles 36 et 37 s'étaient servis d'une rédaction semblable à celle qui est marquée en italique dans ce passage, il n'aurait pas été douteux que le Mandat était visé, quelque opinion que l'on pût avoir sur le caractère de cet acte ou de cet instrument. De même,

League assets and the assumption of certain League functions, that part which related to the possible transfer of political functions, including such functions as the supervisory functions of the League Council under Article 6 of the Mandate (though it did not actually transfer these, or any other political functions, nor were any assumed by the United Nations) was styled, and referred to as "treaties, international conventions, agreements *and other instruments having a political character*" (italics ours). Here again, if some similar phrase, such as "treaties and other international agreements and instruments", had been employed in Article 37, no doubt would have existed.

These facts, and the principle of consent as the basis of international jurisdiction, make it legally inadmissible as against the Mandatory to interpret the words "treaty or convention" in Article 37 as if it had a wider extension, and in particular as if it covered *any* instrument containing an adjudication clause, irrespective of the conventional character of that instrument. It is therefore necessary to establish strictly that the Mandate has that character.

We recognize in this connection that it may be tempting to regard an instrument containing an adjudication clause (particularly one worded like Article 7—"The Mandatory agrees...", etc.) as being *pro tanto* of a conventional character. We do not however think it possible or legitimate to detach and isolate one provision of an instrument, ascribe a treaty character to it and then, on that basis, deem a similar character to be thereby imparted to the whole instrument. Article 7, standing on its own, could not be a "treaty or convention" for the purposes of Article 37 of the Statute, for an adjudication clause, standing on its own, and apart from the context in which it occurs, is meaningless and can have no real existence. It could not be interpreted, and certainly could not be applied in isolation. The fact that it is in the instrument may indeed be a pointer to the character of the latter, may afford some evidence as to the nature of the instrument: but that is all. Moreover, it would seem that if one did detach Article 7 from the rest of the Mandate, it would then assume the character of a unilateral declaration involving a unilateral assumption of obligation, since the Mandatory alone gave the undertaking. Unilateral declarations may contain undertakings, and can certainly create valid international obligations; but, as noted above, they do not come within the category of treaties, conventions or other forms of international agreements, since they have no bilateral character.

With the above explanations of our approach in regard to some of the principal legal factors involved in this part of the case—

dans la résolution de l'Assemblée des Nations Unies du 12 février 1946 qui prévoit le transfert de certains avoirs de la Société des Nations et la reprise de certaines fonctions de celle-ci, la partie qui vise la possibilité de transférer les fonctions politiques, y compris des fonctions comme celles de surveillance par le Conseil de la Société aux termes de l'article 6 du Mandat (bien que la résolution ne les ait pas effectivement transférées, non plus que toutes autres fonctions politiques, ni que les Nations Unies n'aient repris aucune de ces fonctions), était rédigée de manière à se référer aux « traités, conventions, accords et autres *instruments internationaux de caractère politique* » (les italiques sont de nous). Ici encore, si on avait employé dans l'article 37 quelque formule semblable, telle que « traités et autres accords et instruments internationaux », il n'y aurait pas eu de doute.

Ces faits, ainsi que le principe du consentement comme base de la compétence internationale, ne permettent pas juridiquement d'interpréter à l'encontre du Mandataire les mots « traité ou convention » dans l'article 37 comme s'ils avaient un sens plus large et en particulier comme s'ils visaient *tout* instrument contenant une clause de juridiction, indépendamment du caractère conventionnel de cet instrument. Il est donc nécessaire d'établir strictement que le Mandat présente ce caractère.

A ce point de vue, nous reconnaissons qu'on peut être tenté de considérer qu'un instrument qui contient une clause de juridiction (en particulier s'il est rédigé comme l'article 7 — « le Mandataire accepte... » etc.) présente *pro tanto* un caractère conventionnel. Mais nous ne croyons pas possible ou légitime de détacher une disposition d'un instrument et de l'isoler, de lui attribuer un caractère conventionnel, puis, sur cette base, de considérer que le même caractère est ainsi attribué à l'instrument tout entier. Pris isolément, l'article 7 ne pourrait pas être « un traité ou une convention » aux fins de l'article 37 du Statut, car une clause de juridiction prise isolément et en dehors du contexte où elle figure n'a pas de signification et ne peut avoir d'existence réelle. Elle ne saurait s'interpréter et ne peut certainement pas s'appliquer isolément. Le fait qu'elle figure dans l'acte peut sans doute fournir une indication sur le caractère de ce dernier et peut dans une certaine mesure témoigner de la nature de l'instrument, mais c'est tout. Au surplus, il semble que si l'on détachait l'article 7 du reste du Mandat il présenterait alors le caractère d'une déclaration unilatérale entraînant l'acceptation unilatérale d'une obligation, puisque l'engagement émanait du Mandataire seul. Les déclarations unilatérales peuvent contenir des engagements et peuvent certainement créer des obligations internationales valables. Mais, comme nous l'avons noté plus haut, elles ne rentrent pas dans la catégorie des traités, conventions ou autres formes d'accords internationaux puisqu'elles n'ont pas de caractère bilatéral.

Ayant donné les explications qui précèdent sur notre point de vue concernant quelques-uns des principaux facteurs juridiques qui

others will be left for later consideration—we proceed to a consideration of the Mandate itself.

\* \* \*

(b) *The Mandate System*

The various mandated territories were all territories in Africa, the Middle East or the Pacific, sovereignty over which was renounced after the First World War by Germany or Turkey. But before considering what became of them, and in particular of German South West Africa, it is, we think, essential to distinguish clearly between the *Mandates System*, and the individual Mandates and their terms. Failure to do this has caused much confusion in this case. The former (the System) was the creation of Article 22 of the Covenant of the League of Nations. The latter, the Mandates themselves, were not. The principal functions performed by Article 22 were (a) to specify the general character and purposes of the System; (b) to distinguish between the various classes of Mandates ("A", "B" and "C" as they came to be called) setting out in broad outline what would be necessary in each type of case, in order to safeguard the interests of the mandated territory and its inhabitants<sup>1</sup>; and (c) to set up certain machinery to supervise the administration of the individual Mandates: thus reports were to be rendered by Mandatories to the Council of the League, and a Permanent Mandates Commission was to be constituted to receive these reports and advise the Council "on all matters relating to the observance of the Mandates".

But Article 22 did not itself confer any Mandates, appoint any Mandatories, or define the terms of any Mandates. This was done *aliter*, as will be seen. The remaining features of Article 22 that are of especial importance in the present context were as follows:

(1) It indicated that the Mandates were to be exercised by the Mandatories "on behalf of the League".

(2) It stated that the "well-being and development" of the peoples of the Mandated territories formed "a sacred trust of civilization"

<sup>1</sup> The "A" Mandates related to countries in the Middle East whose existence as independent nations could provisionally be recognized, and which needed only administrative advice and assistance from the selected Mandatory. The "B" Mandates related to less advanced territories in Central Africa which might eventually attain independence, but for the administration of which the Mandatory must meanwhile be responsible. The "C" Mandates related to South West Africa and certain Pacific territories which could "be best administered ... as integral portions" of the Mandatory's territory, and under its laws.

entrent en cause dans cette partie de l'affaire — d'autres sont réservés pour un examen ultérieur —, nous en arrivons à l'examen du Mandat lui-même.

\* \* \*

#### b) *Le système des Mandats*

Les divers territoires sous Mandat étaient tous des territoires situés en Afrique, au Moyen-Orient et dans l'océan Pacifique à la souveraineté desquels l'Allemagne ou la Turquie avaient renoncé après la première guerre mondiale. Mais, avant de voir ce qu'il est advenu de ces Mandats et en particulier du Mandat pour le Sud-Ouest africain allemand, nous croyons essentiel d'établir une nette distinction entre le *système* des Mandats d'une part et les Mandats et leurs dispositions de l'autre. C'est en ne faisant pas cette distinction que l'on a créé beaucoup de confusion en l'espèce. Le système des Mandats a été créé par l'article 22 du Pacte de la Société des Nations. Mais il n'en a pas été de même des Mandats proprement dits. L'article 22 avait principalement pour objet: a) d'énoncer les caractères et les buts généraux du système; b) de distinguer entre les différents types de Mandats (« A », « B » et « C », ainsi qu'on les a appelés) et d'énoncer d'une manière générale ce qui serait nécessaire dans chaque cas en vue de protéger les intérêts du territoire sous mandat et de ses habitants<sup>1</sup>; c) d'établir une procédure de contrôle de l'administration des divers Mandats: ainsi, des rapports devaient être envoyés par les Mandataires au Conseil de la Société des Nations et une Commission permanente des Mandats devait être chargée de recevoir ces rapports et de donner au Conseil son avis « sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats ».

Mais l'article 22 ne conférait par lui-même aucun Mandat, ne nommait aucun Mandataire et ne définissait les termes d'aucun Mandat. Ainsi qu'on le verra, cela devait être fait par ailleurs. Les autres aspects de l'article 22 qui sont particulièrement importants en l'espèce sont les suivants:

1. Il indiquait que les Mandats devaient être exercés par les Mandataires « au nom de la Société ».

2. Il énonçait que « le bien-être et le développement » des peuples des territoires sous Mandat formaient « une mission sacrée de civili-

<sup>1</sup> Les Mandats « A » concernaient les pays du Moyen-Orient dont l'existence comme nations indépendantes pouvait être reconnue provisoirement et qui n'avaient besoin que des conseils et de l'aide du Mandataire pour guider leur administration. Les Mandats « B » concernaient les territoires d'Afrique centrale moins développés qui pourraient en fin de compte devenir indépendants mais dont le Mandataire devait assumer l'administration en attendant. Les Mandats « C » concernaient le Sud-Ouest africain et certains territoires du Pacifique qui ne pouvaient « être mieux administrés que sous les lois du Mandataire, comme une partie intégrante de son territoire ».

and that "*securities* for the performance of this trust should be embodied *in this Covenant*" (our italics).

(3) It provided (paragraph (8) of Article 22) that the "degree of authority, control, or administration" to be exercised by any Mandatory should, "*if not previously agreed upon by the Members of the League*" (our italics), be "explicitly defined *in each case* by the Council" (our italics).

Before passing on to the Mandates themselves, it is convenient to comment in particular on head (2) above. The "securities" (or guarantees or safeguards as they are variously called) for the performance of the sacred trust were to be embodied in the Covenant itself. The implication of this, according to normal principles of interpretation, was that any measure, obligation, etc., which was *not* provided for in the Covenant, could not rank as, or have the status of a "security" for the purposes of Article 22—or in other words it could not be considered as something essential to the functioning of the Mandates System as conceived of in Article 22. Moreover, Article 22 did not confer on the Council of the League any authority to add to the securities specified in that Article. The Council could, in effect, under paragraph 8 of Article 22, define the terms of particular Mandates and thereby impose obligations on the Mandatory, but not so as to give these the status of a "security", unless they were already specified as being securities in some provision of the Covenant.

These "securities" were of course set out in Article 22 itself. Certain paragraphs made provision, *inter alia*, for the avoidance of abuses such as the slave trade, the arms and liquor traffic, for demilitarisation, and so on. But the chief security or safeguard consisted in the provision made for reporting, and for the supervisory functions to be exercised by the Permanent Mandates Commission and the League Council.

Nowhere in Article 22, or elsewhere in the Covenant<sup>1</sup>, is any corresponding provision made for what (though in our view erroneously<sup>2</sup>) has been called "judicial supervision" in respect of the

<sup>1</sup> Article 14 of the Covenant provided for the establishment of a Permanent Court of International Justice, but (apart from an advisory jurisdiction in relation to the Council and Assembly of the League) it was to be competent only to hear and determine disputes "which the parties thereto submit to it". Article 14 established no compulsory jurisdiction either in respect of Mandates or anything else. Any such compulsory jurisdiction had to be established specially. In the case of the Mandates, an obligation on the part of the Mandatory to submit to compulsory jurisdiction was not created by the Covenant, but by clauses of the various individual Mandate instruments.

<sup>2</sup> In our view "supervision" is not a judicial function except where the law specifically entrusts a supervisory function to the Courts, as might be the case for instance, in the domestic field, where the welfare of infants and minors, or of persons of unsound mind is concerned. In contentious proceedings such as alone could take place on the basis of Article 7 of the Mandate for South West Africa, the function of the Court is to determine a specific dispute—an eminently judicial, not supervisory function.

sation » et qu'il convenait « d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission ». (Les italiques sont de nous.)

3. Il disposait en son paragraphe 8 que, « si le degré d'autorité de contrôle ou d'administration » à exercer par un Mandataire n'avait pas « fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société », il serait « expressément statué sur ces points par le Conseil » (les italiques sont de nous).

Avant d'en venir aux Mandats eux-mêmes, il convient de traiter en particulier du point 2 ci-dessus. Les « garanties » (ou assurances, ou sauvegardes, ainsi qu'on les appelle parfois) pour l'accomplissement de la mission sacrée devaient être incorporées dans le Pacte même. Il faut en déduire, d'après les principes d'interprétation normaux, que toutes les mesures, obligations, etc., qui n'avaient pas été prévues dans le Pacte ne pouvaient faire partie des « garanties » aux fins de l'article 22, ni avoir le statut de telles « garanties » — en d'autres termes, elles ne pouvaient être considérées comme quelque chose d'essentiel au fonctionnement du système des Mandats ainsi que le concevait l'article 22. Au surplus, l'article 22 ne donnait pas au Conseil de la Société le pouvoir d'ajouter aux garanties énoncées dans cet article. En fait, le Conseil pouvait, aux termes du paragraphe 8 de l'article 22, statuer sur les termes des Mandats et imposer par là des obligations aux Mandataires, mais il ne pouvait leur donner le statut de « garanties », à moins qu'elles ne fussent déjà définies comme des garanties dans une disposition du Pacte.

Ces « garanties » étaient, bien entendu, précisées dans le corps de l'article 22. Certains paragraphes portaient entre autres sur la prohibition d'abus tels que la traite des esclaves ou le trafic des armes et celui de l'alcool, sur la démilitarisation, etc. Mais la garantie ou sauvegarde essentielle était la disposition relative aux rapports et aux fonctions de surveillance à exercer par la Commission permanente des Mandats et par le Conseil de la Société.

Nulle part dans l'article 22 ni dans le reste du Pacte <sup>1</sup>, il n'existe de disposition correspondante prévoyant ce que l'on a appelé (d'après nous à tort <sup>2</sup>) le « contrôle judiciaire » de l'administration

<sup>1</sup> L'article 14 du Pacte prévoyait l'établissement d'une Cour permanente de Justice internationale mais (à part sa compétence consultative à l'égard du Conseil et de l'Assemblée de la Société) celle-ci ne devait connaître que des différends « que les parties lui soumettront ». L'article 14 n'instituait pas la juridiction obligatoire, que ce fût en matière de Mandats ou en toute autre matière. La compétence obligatoire devait être établie spécialement. Dans le cas des Mandats, l'obligation pour le Mandataire de se soumettre à la juridiction obligatoire n'était pas établie par le Pacte mais par les clauses des divers actes de Mandat.

<sup>2</sup> A notre avis, le « contrôle » n'est une fonction judiciaire que lorsque la loi confie spécifiquement aux tribunaux une fonction de contrôle, comme cela peut se produire, par exemple, dans le domaine interne en matière de protection des mineurs ou des aliénés. Dans la procédure contentieuse, qui est la seule forme de procédure à laquelle pouvait donner lieu l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, le rôle de la Cour est de trancher un différend donné — ce qui est une fonction éminemment judiciaire et non pas une fonction de contrôle.

conduct of the Mandates; and the deduction must therefore be drawn that, at any rate at this time (the period 1919-1920), provision for the compulsory adjudication of disputes about the Mandates was not regarded as an essential element of the system, and did not rank as a "security" for the performance of the sacred trust of civilization within the meaning of Article 22. The argument to the contrary rests we think on bare assertion and special pleading.

We are not concerned to argue whether it would have been a good thing or not that "judicial supervision" should have been one of the securities. Our duty is simply to note the fact and draw the necessary legal deductions from it. The point will recur, and of course if we are correct in our view on the *third* preliminary objection, it would only be natural that a provision for the judicial protection of the statal interests of League Members in the Mandated territories should *not* figure amongst the "securities" in Article 22.

\*

It will be evident from the foregoing summary of Article 22 that it was chiefly<sup>1</sup> concerned with defining and describing the nature of a certain trust, and of the system contemplated for carrying it out; with establishing certain safeguards to that end, in the interests of the inhabitants of the territories concerned; and with the provision of certain machinery in that connection. But it created no actual Mandates, and the performance by any given Mandatory of its duties in discharge of the Mandate conferred on it, and to be "exercised ... on behalf of the League", was to be left (see paragraph (8) of Article 22) to the explicit definition of the authority of the Mandatory, either by agreement between, or on the part of, "the Members of the League", or, in default of such agreement, by the Council of the League acting as such.

We therefore turn now to consider how, and in what manner and form, this explicit definition (which constituted the individual Mandate) was effected. We shall of course be doing so with reference to the case of the Mandate for South West Africa, but it should be noted that the method and form adopted (namely, a Resolution of the League Council) was exactly the same in the case of all the various Mandates, of whatever category, with the single exception of that for Iraq which, significantly enough and for special reasons, took the form of an actual and undoubted treaty (or treaties) between His Britannic Majesty and the King of Iraq. The importance of the uniform method of creation of all the other Mandates was that there was nothing in it peculiar to the case of South West Africa. Had the other Mandates been created by

<sup>1</sup> i.e. apart from "Equal opportunities for the trade and commerce" of Members of the League, which were reserved in the case of the "B" Mandates, missionary rights, etc.

des Mandats ; il faut donc en conclure que, en tout cas à cette époque (1919-1920), la disposition relative au règlement judiciaire obligatoire des différends relatifs aux Mandats n'était pas considérée comme un élément essentiel du système et ne faisait pas partie des « garanties » pour l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation au sens de l'article 22. Dire le contraire constitue à notre avis une affirmation pure et simple et un argument *pro domo*.

Nous n'avons pas à nous demander s'il eût été bon ou mauvais que le « contrôle judiciaire » constituât l'une des garanties. Notre tâche est simplement de constater le fait et d'en tirer les conséquences juridiques nécessaires. Cette question se présentera à nouveau et, bien entendu, si nous avons raison en ce qui concerne la *troisième* exception préliminaire, il est naturel qu'une disposition tendant à assurer la protection judiciaire des intérêts étatiques des Membres de la Société des Nations dans les territoires sous Mandat n'ait pas figuré parmi les « garanties » prévues à l'article 22.

\*

Il ressort à l'évidence du résumé que nous venons de donner de l'article 22 que celui-ci avait principalement pour objet <sup>1</sup> de définir et de décrire le caractère d'un certain *trust* et du système prévu pour le mettre en œuvre ; d'établir à cette fin certaines garanties dans l'intérêt des habitants des territoires en question ; et de prévoir une certaine procédure à cet égard. Mais il n'a pas créé de Mandats particuliers ; et l'accomplissement par un Mandataire des obligations inhérentes au Mandat qui lui était conféré pour qu'il l'exerçât « au nom de la Société » relevait (voir paragraphe 8 de l'article 22) de la définition expresse des pouvoirs du Mandataire qui devait faire l'objet d'un accord entre « les Membres de la Société » ou de leur part, ou sur laquelle, à défaut d'un tel accord, il devait être statué par le Conseil de la Société agissant en tant que tel.

Nous examinerons donc maintenant comment, de quelle manière et sous quelle forme cette définition expresse (qui constituait le Mandat) a été faite. Nous le ferons bien entendu en nous référant au cas du Mandat pour le Sud-Ouest africain, mais il convient de noter que la méthode et la forme adoptées (à savoir une résolution du Conseil de la Société) ont été exactement les mêmes pour tous les Mandats, de quelque catégorie qu'ils fussent, à la seule exception du Mandat pour l'Irak qui, fait important, a pris, pour des raisons spéciales, la forme d'un traité réel et indubitable (ou de plusieurs traités) entre Sa Majesté britannique et le roi d'Irak. Le fait que tous les autres Mandats aient été établis suivant une méthode uniforme est important en tant qu'il n'y a rien eu de particulier à cet égard dans le cas du Sud-Ouest africain. Si les autres

<sup>1</sup> Si l'on excepte les « conditions d'égalité pour les échanges et le commerce » prévues dans le cas des Mandats « B », les droits des missionnaires, etc.

acts or instruments that unquestionably were and took the form of international agreements, it might have been argued that the difference in the case of the Mandate for South West Africa was merely accidental or fortuitous, and that there being no real difference of kind between it and other Mandates (at any rate so far as the "C" category went, to which South West Africa belonged), it also should be held to be of the same nature, and equally to have treaty character. But this was not the situation.

\* \* \*

(c) *The framing of the Mandate for South West Africa*

The initial steps (we shall not go into a lot of back history) leading to the issuing or promulgation of the Mandate for South West Africa were as follows:

1. The various Mandatories for the ex-German territories in Africa and the Pacific were nominated by the five Principal Allied and Associated Powers of the First World War, the United States of America, the British Empire, France, Italy and Japan (hereafter sometimes called the "Principal Powers"), in whose favour sovereignty over these territories was renounced by Germany under Article 119 of the Treaty of Versailles. It was basically they who decided to deal with these territories by placing them under Mandate as a sacred trust for civilization<sup>1</sup>, though the System itself, as has been seen, was the creation of Article 22 of the League Covenant.

2. The actual transfer of the territories to the various Mandatories, in their capacity as such, was provided for by Article 257 of the Treaty of Versailles; but already before that Treaty was signed on June 28, 1919, a decision of the Supreme War Council, made and published by it early in May of that year, had designated the various Mandatories, and amongst them the Union of South Africa in respect of South West Africa; in point of fact the Respondent accepted the Mandate the same month. This decision of the Supreme War Council was confirmed in August of the same year. But even before that, most of the mandated territories (including South West Africa) were being administered by the future mandatories on a basis of military occupation resulting from the operations of the War. This point was stressed by Lord Balfour in the Council of the League when he subsequently said "Remember that a Mandate is a self-imposed limitation by the conquerors [of rights]

<sup>1</sup> For this reason, and as having taken the cession from Germany, it may be that, in that capacity, though not (as will be seen) as parties to the Mandates, the Principal Powers retained, and may still retain on a dormant basis, a residual or reversionary interest in the actual territories concerned except where these have attained self government or independence.

Mandats avaient été établis par des actes ou instruments constituant indubitablement des accords internationaux et en ayant la forme, on aurait pu considérer cette disparité du Mandat pour le Sud-Ouest africain comme purement accidentelle ou fortuite; et, puisqu'il n'y a pas véritablement de différence d'espèce entre ce Mandat et les autres (tout au moins ceux de la catégorie « C » dont relevait le Sud-Ouest africain), on aurait pu le considérer comme étant de même nature et comme ayant par conséquent aussi le caractère d'un traité. Mais tel n'est pas le cas.

\* \* \*

c) *L'élaboration du Mandat pour le Sud-Ouest africain*

Résumons (sans vouloir en faire un long historique) les démarches initiales qui ont conduit à l'institution ou à la promulgation du Mandat pour le Sud-Ouest africain:

1. Les divers Mandataires pour les anciens territoires allemands d'Afrique et du Pacifique ont été désignés par les cinq Principales Puissances alliées et associées de la première guerre mondiale, les États-Unis d'Amérique, l'Empire britannique, la France, l'Italie et le Japon (désignées parfois ci-après les « Principales Puissances »), en faveur desquelles l'Allemagne avait renoncé à sa souveraineté sur lesdits territoires aux termes de l'article 119 du traité de Versailles. Ce sont essentiellement ces pays qui ont décidé de régler le sort des territoires en question en les plaçant sous Mandat au titre d'une mission sacrée de civilisation<sup>1</sup>, mais le système lui-même a été créé, comme nous l'avons vu, par l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

2. Le transfert effectif des territoires aux divers Mandataires, pris en cette qualité, a fait l'objet d'une disposition de l'article 257 du traité de Versailles; mais, avant même la signature du traité (28 juin 1919), une décision du Conseil supérieur de guerre prise et publiée au début du mois de mai 1919 avait désigné les divers Mandataires, dont l'Union sud-africaine pour le Sud-Ouest africain; en fait, le défendeur avait accepté le Mandat dans le courant du même mois. La décision du Conseil supérieur de guerre a été confirmée en août 1919. Mais la plupart des territoires sous Mandat (y compris le Sud-Ouest africain) étaient déjà administrés par les futurs Mandataires sur la base d'une occupation militaire résultant des opérations de guerre. Lord Balfour a plus tard souligné ce point devant le Conseil de la Société des Nations en disant: « Le mandat est, par définition, une limitation que les vainqueurs s'imposent dans l'exercice de leur souveraineté sur les territoires conquis. Les

<sup>1</sup> Pour cette raison et du fait qu'elles étaient les bénéficiaires de la cession faite par l'Allemagne, il se peut qu'en cette qualité, et non (comme on le verra) en tant que parties aux Mandats, les Principales Puissances aient gardé et gardent encore à titre latent un intérêt résiduel ou réversible dans les territoires en cause, sauf dans les cas où ceux-ci sont devenus autonomes ou ont accédé à l'indépendance.

which they obtained over conquered territories. It is imposed by the Allied and Associated Powers themselves in the interests of what they conceive [to be] the general welfare of mankind; and they have asked the League of Nations to assist them in seeing that this policy should be carried into effect<sup>1</sup>." While not necessarily subscribing to all the legal implications of this statement, it clearly tends to support the view that a strict rather than a liberal interpretation should be placed on the consent given by the Mandatory under Article 7.

3. The Treaty of Versailles (and with it the League Covenant which formed part of it) came into force on January 10, 1920, and it was therefore not until then that, by virtue of Article 257, the actual transfer of the mandated territories to the Mandatories, in their capacity as such, formally took effect. On the same date, the Mandates System came into being under Article 22 of the Covenant; but the actual Mandates did not appear until much later—in the case of South West Africa, not until December 17, 1920. It will thus be seen that, considerably before the formal creation of the Mandates System, and still more before the terms of the actual Mandates were settled, the various Mandatories were in fact administering the Mandated territories (in practice as Mandatories) on a *quasi* anticipatory basis.

\*

The situation above described goes far, we consider, to explaining why the eventual Mandates did not take the form of ordinary treaties. The League of Nations as an entity was clearly closely concerned, yet its treaty making capacity was at that time doubtful, and would certainly have been doubted. How then could the League be brought in, in a manner that would not involve any question of its treaty making capacity? It may in any case well have been considered that the sudden emergence of treaties, with signatures and ratifications and provisions for coming into force (and who precisely would sign, and upon what would coming into force have depended?) more than eighteen months after the Mandatories had *de facto* started to function as such, would be inappropriate, and might well give rise to legal difficulties.

There is nevertheless evidence in the record that it had originally been intended to create the Mandates by treaty, but this intention was abandoned for reasons which are obscure, though they can be guessed at. We do not however draw from this circumstance the conclusion apparently drawn by some, that the Mandate should

<sup>1</sup> League of Nations, *Official Journal*, 18th Session of the Council (1922), pp. 546-548.

Puissances alliées et associées se sont imposé cette limitation dans l'intérêt de l'humanité et elles ont demandé à la Société des Nations de les aider dans l'application de cette politique générale. »<sup>1</sup> Cette déclaration, même si on n'en approuve pas toutes les incidences juridiques, tend clairement à appuyer l'opinion selon laquelle le consentement donné par le Mandataire aux termes de l'article 7 doit être interprété d'une façon restrictive plutôt que libérale.

3. Le traité de Versailles (ainsi que le Pacte de la Société des Nations qui en faisait partie) est entré en vigueur le 10 janvier 1920; le transfert effectif des territoires sous Mandat aux Mandataires, pris en cette qualité, n'a donc eu lieu formellement, en vertu de l'article 257, qu'à cette date. C'est le même jour que le système des Mandats est entré en vigueur aux termes de l'article 22 du Pacte; mais les Mandats mêmes ne sont apparus que beaucoup plus tard — pour le Sud-Ouest africain, le 17 décembre 1920. On voit donc que, bien avant la création formelle du système des Mandats et plus longtemps encore avant l'établissement des termes des Mandats mêmes, les divers Mandataires administraient en fait les territoires sous Mandat (pratiquement en qualité de Mandataires) par une sorte d'anticipation.

\*

Selon nous, la situation décrite ci-dessus contribue beaucoup à expliquer pourquoi les Mandats n'ont finalement pas pris la forme de traités ordinaires. Certes, la Société des Nations, en tant qu'entité, était intéressée de près mais sa capacité de conclure des traités était alors douteuse et aurait certainement été mise en doute. Comment pourrait-on donc faire entrer en jeu la Société des Nations sans soulever de questions quant à sa capacité de conclure des traités? En tout cas, il se peut fort bien qu'on ait considéré comme inappropriée et de nature à soulever des difficultés juridiques l'apparition soudaine, plus de dix-huit mois après que les Mandataires eussent assumé *de facto* leurs fonctions en cette qualité, de traités comportant des signatures et ratifications et des dispositions relatives à leur entrée en vigueur (d'ailleurs, qui exactement les aurait signés et d'après quoi leur entrée en vigueur aurait-elle été fixée?).

Le dossier contient néanmoins des preuves que l'intention avait d'abord été d'instituer les Mandats par voie de traités; mais cette intention a été abandonnée pour des raisons obscures, mais que l'on peut deviner. Cela ne nous conduit cependant pas à la conclusion qui semble avoir été tirée par certains et d'après laquelle le Mandat

<sup>1</sup> Société des Nations, *Journal officiel*, dix-huitième session du Conseil, 1922, pages 546-548.

nevertheless still be deemed to be what it may originally have been intended to be—a treaty. We draw the opposite conclusion, that in the final result it was *not* intended to be a treaty, or the original intention would have been proceeded with. No other conclusion can well be come to on any permissible process of interpretation.

As it is impossible for us within reasonable limits of space to go over all the documentation, we propose to concentrate on one or two salient matters. The first of these consists of a report by the Belgian representative on the Council of the League (M. Hymans) which was adopted unanimously by the Council on August 5, 1920. This report contained a detailed consideration of the problems associated with the creation of the Mandates System, with a view to securing the performance of Article 22 of the Covenant, and it is of special importance. It stated (*inter alia*) that Article 22 laid down two essential principles which applied to all peoples not able to stand by themselves, namely:

- (1) it was the sacred trust of civilization to assure the well-being and development of these peoples;
- (2) certain guarantees were stipulated to ensure the performance of this trust, namely:
  - (a) the tutelage of such peoples was to be entrusted to the nations best fitted to undertake this responsibility;
  - (b) such nations were to exercise this tutelage as Mandatories and on behalf of the League.

Pausing there, it will be noted that amongst these guarantees and securities (as specified in this Report), there is no mention of any "judicial supervision" to be exercised by the Permanent Court relative to the conduct of the Mandate. We therefore have the position that in a Report which specifically stated what (in the unanimous view of the Council, since it was adopted unanimously) were the securities intended by the Covenant for the performance of the trust, there was no suggestion of any kind that any additional security was required or contemplated. In particular, for our purposes, there was no reference in the Report to any necessity for judicial determination of disputes relating to the conduct of the Mandate.

The same Report confirmed that the Principal Allied and Associated Powers had already, by a decision published in May 1919, decided who were to be the Mandatory Powers, and that the territories concerned were actually already being administered by the Mandatory Powers to whom it was intended to entrust them.

The Report went on to say that draft treaties had been negotiated between the Allied Powers principally concerned, but that the drafts had not been published. (These drafts are to be found in

devrait tout de même être considéré comme constituant ce que l'on a pu vouloir en faire à l'origine — un traité. Nous en tirons la conclusion contraire, à savoir qu'en fin de compte l'intention n'a pas été d'en faire un traité, sans quoi on aurait donné suite à cette intention primitive. Les méthodes d'interprétation autorisées ne sauraient aboutir à aucune autre conclusion.

Comme l'espace nous manque pour passer en revue toute la documentation, nous préférons nous concentrer sur un ou deux points particulièrement importants. Le premier concerne un rapport de M. Hymans, représentant de la Belgique au Conseil de la Société des Nations, adopté à l'unanimité par le Conseil le 5 août 1920. Ce rapport, qui est d'une particulière importance, contient un examen détaillé des problèmes inhérents à l'institution du système des Mandats en vue d'assurer l'exécution de l'article 22 du Pacte. Il rappelle (*inter alia*) que l'article 22 pose deux principes essentiels s'appliquant à tous les peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes :

- 1) c'est une mission sacrée de civilisation d'assurer le bien-être et le développement de ces peuples;
- 2) certaines garanties sont formulées pour assurer l'accomplissement de cette mission, à savoir :
  - a) la tutelle de ces peuples sera confiée aux nations les plus aptes à assumer cette responsabilité;
  - b) ces nations l'exerceront en qualité de Mandataires et au nom de la Société.

A ce propos, on notera que, parmi les garanties et sécurités (telles qu'elles sont spécifiées dans le rapport), il n'est pas fait mention d'une « surveillance judiciaire » à exercer par la Cour permanente sur l'administration du Mandat. Nous constatons donc que, dans un rapport indiquant spécifiquement les garanties prévues par le Pacte pour l'accomplissement de la mission (et cela selon l'opinion unanime du Conseil puisque le rapport a été adopté à l'unanimité), il ne figure rien qui laisse entendre que des garanties supplémentaires aient été exigées ou envisagées. En particulier, pour ce qui nous concerne, il n'est pas question dans le rapport du caractère nécessaire du règlement judiciaire des différends relatifs à l'administration du Mandat.

Le même rapport confirme que les Principales Puissances alliées et associées avaient déjà choisi les Puissances mandataires par une décision publiée en mai 1919 et que les territoires en question étaient déjà effectivement administrés par les Puissances mandataires auxquelles on avait l'intention de les confier.

Le rapport indique ensuite que des projets de traité avaient été négociés entre les Puissances alliées principalement intéressées, mais que ces projets n'avaient pas été publiés. (On les trouvera

*Foreign Relations of the United States—Paris Peace Conference*, Vol. IX at 649 *et seq.* They were in the form of formal conventions between the Principal Allied and Associated Powers and the Mandatory Powers.)

The Report then stated that the right to allocate the Mandates, i.e. to appoint the Mandatory Powers, and to determine the territories over which they would exercise authority, belonged to the Principal Allied and Associated Powers and that this admitted of no divergence of opinion. As to the degree of authority, control or administration, the Report suggested that the Principal Allied and Associated Powers should "at the same time as they acquaint us with their decisions as to the Mandatory Powers, inform us of their proposals with regard to the terms of the Mandate to be exercised". We stress the word "proposals".

The Report then suggested to the Council the following resolutions:

"I. The Council decides to request the Principal Powers to

- (a) name the Powers to whom they have decided to allocate the Mandates provided for in Article 22;
- (b) to inform it as to the frontiers of the territories to come under these Mandates;
- (c) to communicate to it the terms and conditions of the Mandates that they *propose* should be adopted by the Council from (*sic*) following the prescriptions of Article 22 (*italics ours*).

II. The Council will take cognizance of the Mandatory Powers appointed and will examine the draft Mandates communicated to it, in order to ascertain that they conform to the prescription of Article 22 of the Covenant.

III. The Council will notify to each Power appointed that it is invested with the Mandate, and will, at the same time, communicate to it the terms and conditions."

This Report was adopted by the Council unanimously on August 5, 1920, and the suggested resolutions were duly carried.

It was not, however, until December 14, 1920, that a proposed draft "C" Mandates were placed before the Council of the League. The United Kingdom representative on that day "handed in a draft Mandate *proposed* by the British Government" relating to South West Africa and other "C" Mandate territories. The Council referred the drafts to the Secretariat "to consider the Mandate and to consult other legal experts on any points necessary"<sup>1</sup>. Subject to certain alterations made by the Council of the League—to which reference is made later—these drafts formed the basis of the Resolution of the Council of the League of December 17, 1920, containing the Mandate for South West Africa.

<sup>1</sup> *League of Nations Official Journal*, 2nd Year, No. 1, p. 11.

dans *Conférence de la paix 1919-1920, Recueil des actes de la Conférence*, partie VI A, pages 73 et ss. Ils avaient la forme de conventions formelles entre les Principales Puissances alliées et associées et les Puissances mandataires.)

Le rapport ajoutait que la distribution des Mandats, c'est-à-dire la désignation des Puissances mandataires et la détermination des territoires sur lesquels leur autorité s'exercerait, appartenait aux Principales Puissances alliées et associées et qu'il n'y avait pas de divergences de vue à cet égard. En ce qui concerne le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration, le rapport proposait que les Principales Puissances alliées et associées fissent « connaître en même temps que leur décision, quant à la Puissance mandataire, leurs propositions, quant aux termes du mandat à exercer ». Nous soulignons le mot « propositions ».

Le rapport proposait ensuite au Conseil les résolutions suivantes :

- « I. Le Conseil décide de prier les Principales Puissances de vouloir bien
- a) lui désigner les Puissances auxquelles elles ont décidé d'attribuer les mandats prévus par l'Article 22 ;
  - b) lui faire connaître les limites des territoires soumis à ces mandats ;
  - c) lui communiquer les termes et conditions des mandats qu'elles *proposent* à l'adoption du Conseil suivant les prescriptions de l'Article 22 [les italiques sont de nous].

II. Le Conseil prendra acte de la désignation des Mandataires et examinera les projets de mandats qui lui seront communiqués afin de vérifier s'ils sont conformes aux prescriptions de l'Article 22 du Pacte.

III. Le Conseil notifiera à chaque Puissance désignée, qu'elle est investie du mandat dont en même temps il lui communiquera les termes et conditions. »

Ce rapport a été adopté à l'unanimité par le Conseil le 5 août 1920 et les résolutions proposées ont été dûment approuvées.

Mais le projet proposé pour les Mandats « C » n'a été soumis au Conseil de la Société des Nations que le 14 décembre 1920. Le représentant du Royaume-Uni a alors « déposé les projets de mandats *préparés* par le Gouvernement britannique » relatifs au Sud-Ouest africain et aux autres territoires à placer sous Mandat « C ». Le Conseil a invité le Secrétariat à examiner ces projets et « à consulter, sur tels points qu'il jugerait utile, d'autres autorités juridiques spécialisées en la matière »<sup>1</sup>. Sous réserve de quelques modifications faites par le Conseil de la Société des Nations — auxquelles nous reviendrons plus tard —, ces projets ont constitué la base de la résolution du Conseil de la Société des Nations du 17 décembre 1920 qui contient le Mandat pour le Sud-Ouest africain.

<sup>1</sup> Société des Nations, *Journal officiel*, 2<sup>me</sup> année, n° 1, p. 11.

\*

The foregoing statement of the facts, in our view makes two things abundantly clear:

1. Any intention which the Principal Allied and Associated Powers may at one time have had to confer the Mandates, name the Mandatory Powers, define the limits of the Mandated territories, and set out the terms of the Mandates in a formal treaty or convention between themselves and the Mandatories, was abandoned in favour of the procedure set out in the resolution of the Council of the League of August 5, 1920, namely, action taken by the Council of the League directly pursuant to Article 22 of the Covenant.

2. At a certain point, i.e. when it adopted the Resolution of August 5, 1920, and thereafter, the League Council so to speak "took charge" of the whole operation, and what it required of the Powers was that these should communicate to it their proposed terms for the Mandates, in order that the Council might satisfy itself that they conformed to Article 22 of the Covenant, and the Council would then, *by its own act*, give these terms *the force of law*. In short the Mandates were not to take the form of treaties or conventions between the Principal Powers and the Mandatories: they were to take the form of a *quasi*-legislative act of the Council. As will be seen, this is the form they did take, and this constitutes the decisive factor regarding this part of the case.

\* \* \*

(d) *The promulgation of the Mandate*

The Mandate for South West Africa, as eventually adopted by the Council of the League and promulgated by a Council resolution of December 17, 1920, had undergone certain alterations as a result of being referred to the Secretariat and to "other legal experts" at the stage when it consisted of a draft containing the proposals of the Principal Powers. These alterations, to which we shall come presently, were accepted by the Council for the purposes of its final resolution. They do not affect the substance of the Mandate, but they do affect in certain highly significant respects the jurisdictional questions under consideration in the present phase of this case. Their chief significance, however, lies in the fact that they were made at all, and by the Council acting as such, and as its own act—so that the Mandate, in its final form, was the act of an organ of an international organization, in the active exercise of powers conferred on it by its constitution. It was not a treaty or convention between States or other international entities and had not character as such.

\*

L'énoncé des faits qui précède prouve clairement, à notre avis, deux points :

1. Toute intention qu'auraient pu avoir les Principales Puissances alliées et associées de conférer les Mandats, désigner les Puissances mandataires, définir les limites des territoires sous Mandat et énoncer les termes des Mandats dans des traités ou conventions formels conclus entre elles et les Mandataires a été abandonnée en faveur de la procédure indiquée dans la résolution du Conseil de la Société des Nations du 5 août 1920 : action du Conseil de la Société des Nations en application directe de l'article 22 du Pacte.

2. A partir d'un certain point, c'est-à-dire à partir du moment où il a adopté sa résolution du 5 août 1920, le Conseil a pour ainsi dire « pris en charge » l'ensemble de l'opération ; il a prié les Puissances de lui faire connaître les termes qu'elles proposaient pour les Mandats, afin de pouvoir s'assurer de leur conformité avec l'article 22 du Pacte et de leur donner alors *de son propre fait, force de loi*. En bref, les Mandats ne devaient pas prendre la forme de traités ou de conventions entre les Principales Puissances et les Mandataires : ils devaient prendre la forme d'actes *quasi* législatifs du Conseil. Nous verrons que c'est bien la forme qu'ils ont prise et que cela constitue un facteur décisif en ce qui concerne cette partie de l'affaire.

\* \* \*

#### d) *La promulgation du Mandat*

Tel qu'il a été finalement adopté par le Conseil de la Société des Nations et promulgué par une résolution du Conseil du 17 décembre 1920, le Mandat pour le Sud-Ouest africain avait subi certaines modifications après avoir été soumis, sous forme de projet contenant les propositions des Principales Puissances, au Secrétariat et à d'« autres autorités juridiques ». Ces modifications, auxquelles nous arrivons maintenant, avaient été adoptées par le Conseil dans le cadre de sa résolution finale. Elles n'affectent pas la substance du Mandat, mais elles affectent sous certains aspects extrêmement significatifs les questions de compétence que soulève la phase actuelle de l'espèce. Toutefois leur signification majeure tient à ce qu'elles ont été effectuées, et cela par le Conseil agissant en tant que tel et de son propre fait — si bien que le Mandat a été sous sa forme finale un acte accompli par un organe d'une organisation internationale dans l'exercice des pouvoirs que lui conférait sa constitution. Il n'a pas été un traité ou une convention entre États ou autres entités internationales et n'a pas eu ce caractère.

We now set out the terms of the Mandate as adopted by the League Council on December 17, 1920, since it is not in our view possible to understand its character without the convenience of easy reference to it. It read:—

“MANDATE FOR GERMAN SOUTH WEST AFRICA

*The Council of the League of Nations:*

*Whereas* by Article 119 of the Treaty of Peace with Germany signed at Versailles on June 28th, 1919, Germany renounced in favour of the Principal Allied and Associated Powers all her rights over her oversea possessions, including therein German South-West Africa; and

*Whereas* the Principal Allied and Associated Powers agreed that, in accordance with Article 22 Part I (Covenant of the League of Nations) of the said Treaty, a Mandate should be conferred upon His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa to administer the territory aforementioned, and have proposed that the Mandate should be formulated in the following terms; and

*Whereas* His Britannic Majesty, for and on behalf of the Government of the Union of South Africa, has agreed to accept the Mandate in respect of the said territory and has undertaken to exercise it on behalf of the League of Nations in accordance with the following provisions; and

*Whereas*, by the aforementioned Article 22, paragraph 8, it is provided that the degree of authority, control or administration to be exercised by the Mandatory not having been previously agreed upon by the Members of the League, shall be explicitly defined by the Council of the League of Nations:

Confirming the said Mandate, defines its terms as follows:—

ARTICLE 1

The territory over which a Mandate is conferred upon His Britannic Majesty for and on behalf of the Government of the Union of South Africa (hereinafter called the Mandatory) comprises the territory which formerly constituted the German Protectorate of South-West Africa.

ARTICLE 2

The Mandatory shall have full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as an integral portion of the Union of South Africa, and may apply the laws of the Union of South Africa to the territory, subject to such local modifications as circumstances may require.

The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present Mandate.

Citons maintenant les termes du Mandat adopté par le Conseil de la Société des Nations le 17 décembre 1920, car nous ne pensons pas qu'il soit possible d'en comprendre le caractère si l'on ne peut s'y référer aisément. Voici ce texte :

« MANDAT POUR LE SUD-OUEST AFRICAÏN ALLEMAND

*Le Conseil de la Société des Nations :*

*Considérant que*, par l'article 119 du Traité de Paix avec l'Allemagne signé à Versailles le 28 juin 1919, l'Allemagne a renoncé, en faveur des Principales Puissances alliées et associées, à tous ses droits sur ses possessions d'outre-mer, y compris le Sud-Ouest Africain Allemand ;

*Considérant que* les Principales Puissances alliées et associées ont convenu qu'un mandat soit conféré à Sa Majesté Britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud, conformément à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, sur le territoire du Sud-Ouest Africain Allemand et ont proposé que le mandat soit formulé ainsi que suit ;

*Considérant que* Sa Majesté Britannique, agissant pour le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud, et en son nom, s'est engagée à accepter le mandat sur le dit territoire et a entrepris de l'exercer au nom de la Société des Nations, conformément aux dispositions suivantes ;

*Considérant que*, aux termes de l'article 22 ci-dessus mentionné, paragraphe 8, il est prévu que si le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le Mandataire n'a pas fait l'objet d'une Convention antérieure entre les Membres de la Société, il sera expressément statué sur ces points par le Conseil ;

Par la présente, confirmant le mandat, a statué sur ses termes comme suit :

ARTICLE 1

Le territoire sur lequel Sa Majesté Britannique assume, pour le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud (ci-après dénommé le Mandataire) et en son nom, l'administration, sous le régime du mandat, comprend l'ancien protectorat du Sud-Ouest Africain.

ARTICLE 2

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.

## ARTICLE 3

The Mandatory shall see that the slave trade is prohibited, and that no forced labour is permitted, except for essential public works and services, and then only for adequate remuneration.

The Mandatory shall also see that the traffic in arms and ammunition is controlled in accordance with principles analogous to those laid down in the Convention relating to the control of the arms traffic, signed on September 10th, 1919, or in any convention amending the same.

The supply of intoxicating spirits and beverages to the natives shall be prohibited.

## ARTICLE 4

The military training of the natives, otherwise than for purposes of internal police and the local defence of the territory, shall be prohibited. Furthermore, no military or naval bases shall be established or fortifications erected in the territory.

## ARTICLE 5

Subject to the provisions of any local law for the maintenance of public order and public morals, the Mandatory shall ensure in the territory freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship, and shall allow all missionaries, nationals of any State Member of the League of Nations, to enter into, travel and reside in the territory for the purpose of prosecuting their calling.

## ARTICLE 6

The Mandatory shall make to the Council of the League of Nations an annual report to the satisfaction of the Council, containing full information with regard to the territory, and indicating the measures taken to carry out the obligations assumed under Articles 2, 3, 4 and 5.

## ARTICLE 7

The consent of the Council of the League of Nations is required for any modification of the terms of the present Mandate.

The Mandatory agrees that, if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations.

The present Declaration shall be deposited in the archives of the League of Nations. Certified copies shall be forwarded by the Secretary-General of the League of Nations to all Powers Signatories of the Treaty of Peace with Germany.

*Made at Geneva the 17th day of December, 1920."*

## ARTICLE 3

Le mandataire veillera à ce que la traite des esclaves soit interdite; à ce que le travail obligatoire ne soit autorisé que dans le cas de travaux publics essentiels et dans les services publics et sous condition qu'une rémunération équitable soit allouée.

En outre, le Mandataire veillera à ce que le trafic de l'armement et des munitions soit contrôlé en conformité avec des principes analogues à ceux de la Convention relative au contrôle du trafic des armements, signée le 10 septembre 1919, ou de toute autre convention qui amende cette dernière.

Il sera interdit de fournir des spiritueux et des boissons alcooliques aux indigènes du territoire.

## ARTICLE 4

L'instruction militaire des indigènes sera interdite, sauf pour assurer la police locale et la défense locale du territoire. En outre, aucune base militaire ou navale ne sera établie dans le territoire, ni aucune fortification.

## ARTICLE 5

Sous réserve des dispositions de la législation locale concernant le maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs, le Mandataire assurera, dans toute l'étendue du territoire, la liberté de conscience et le libre exercice de tous les cultes et donnera à tous les missionnaires, sujets ou citoyens de tout Membre de la Société des Nations, la faculté de pénétrer, de circuler et de résider dans le territoire dans le but d'exercer leur ministère.

## ARTICLE 6

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.

## ARTICLE 7

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.

Le présent exemplaire sera déposé dans les archives de la Société des Nations. Des copies certifiées conformes en seront remises par le Secrétaire général de la Société des Nations à toutes les Puissances signataires du Traité de Paix avec l'Allemagne.

*Fait à Genève le 17 décembre 1920. »*

The differences between the Mandate as adopted on December 17, 1920, and as it had been proposed to the Council on December 14, were as follows:—

(1) The draft as proposed on December 14, 1920, did not contain the fourth recital of the preamble in the final text, namely:

“Whereas, by the above-mentioned Article 22, paragraph 8, it is provided that the degree of authority, control or administration to be exercised by the Mandatory, not having been previously agreed upon by the Members of the League, shall be explicitly defined by the Council of the League of Nations<sup>1</sup>.”

This recital was added by the Council, and it brings out what might otherwise not have been quite clear, namely that the text had *not* been previously agreed by the Members of the League, and was therefore, as it had in the circumstances to be, the act of the Council under Article 22 (8) of the Covenant. This point, as will be seen, is material to the question whether the Members of the League were ever individually parties to the Mandate if it was a treaty or convention.

(2) The original December 14 draft read as follows immediately after the preambular recitals: [The Council of the League of Nations....]

“Hereby approves the terms of the Mandate as follows:—”

For this the Council substituted: [The Council..., etc.]

“Confirming the said Mandate, defines its terms as follows...”

Clearly the effect of this was to substitute for what might have been contended to be a mere approval of pre-existing terms, something new, namely the definition of the terms of the Mandate by the act of the Council itself<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> It has been asserted that the Council's authority under Article 22 (8) was limited to authority over *territory* only. We regard this as an untenable assertion. It is meaningless to speak of administration over bare territory. To give this, in our view, wholly artificial meaning to Article 22 (8) is to disregard the rest of that Article and the purposes it was designed to serve. The Council was in our view perfectly competent to subject the Mandatory's administration of the territory and its peoples placed under tutelage to such conditions and limitations as it thought fit in order to carry out the purposes of Article 22, provided they were in conformity with and not inconsistent with the terms of Article 22. In any case, and this is the important consideration, the Council and all its Members, including of course the Principal Powers, believed it was acting within the scope of its authority in defining the terms of each Mandate instrument. The conduct of all States, Members of the Council, then and since is wholly inconsistent with any other view.

<sup>2</sup> What the Council confirmed was the conferring of a Mandate upon the Mandatory. That had to be the act of the Principal Allied and Associated Powers consequent upon Article 119 of the Treaty of Versailles.

Les différences entre le Mandat tel qu'il a été adopté le 17 décembre 1920 et tel qu'il avait été proposé au Conseil le 14 décembre sont les suivantes :

1) Le projet proposé le 14 décembre 1920 ne contenait pas le quatrième alinéa du préambule qui figure dans le texte final, à savoir :

« *Considérant que*, aux termes de l'article 22 ci-dessus mentionné, paragraphe 8, il est prévu que si le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le Mandataire n'a pas fait l'objet d'une Convention antérieure entre les Membres de la Société, il sera expressément statué sur ces points par le Conseil <sup>1</sup>. »

Ce considérant a été ajouté par le Conseil; il met en évidence un point qui, sinon, aurait pu ne pas être tout à fait clair, à savoir que le texte n'avait pas fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société et a été par conséquent le fait du Conseil aux termes du paragraphe 8 de l'article 22 du Pacte, ainsi que cela devait être étant donné les circonstances. Ce point, comme nous le verrons, est pertinent à la question de savoir si les Membres de la Société des Nations ont jamais été individuellement parties au Mandat, à supposer que celui-ci fût un traité ou une convention.

2) Immédiatement après le préambule, nous trouvons dans le projet original du 14 décembre: [Le Conseil de la Société des Nations...]

« Par la présente, approuve les termes du Mandat comme suit: ... » <sup>2</sup>

A quoi le Conseil a substitué: [Le Conseil..., etc.]

« Par la présente, confirmant le Mandat, a statué sur ses termes comme suit... »

L'effet de cette modification a été clairement de substituer à ce que l'on aurait pu estimer être une simple approbation de termes pré-existants, quelque chose de nouveau, à savoir la définition des termes du Mandat par le Conseil même <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il a été allégué que l'autorité du Conseil aux termes de l'article 22, paragraphe 8, était une autorité limitée au seul *territoire*. Nous pensons que c'est là une assertion insoutenable. Une administration se limitant au seul territoire ne signifie rien du tout. Attribuer ce sens entièrement artificiel au paragraphe 8 de l'article 22 c'est à notre avis ne pas tenir compte du reste de cet article et du but qu'il visait. Nous pensons que le Conseil avait toute compétence de soumettre l'administration du Mandataire sur le territoire et sa population placée sous tutelle aux conditions et limitations qu'il estimait nécessaires à l'accomplissement des objectifs de l'article 22, sous réserve qu'elles fussent conformes aux termes de l'article 22 et non incompatibles avec cet article. De toute façon, et c'est là le point important, le Conseil et tous ses Membres, y compris bien sûr les Principales Puissances, pensaient agir dans le cadre de leur compétence en statuant sur les termes de chaque acte de Mandat. Toute autre opinion serait incompatible avec l'attitude de tous les États, alors et depuis lors Membres du Conseil.

<sup>2</sup> Traduction du Greffe.

<sup>3</sup> Ce que le Conseil a confirmé c'est l'attribution d'un Mandat au Mandataire, attribution qui devait être faite par les Principales Puissances alliées et associées en conséquence de l'article 119 du traité de Versailles.

(3) The first paragraph of Article 7 of the Mandate as it appeared in the December 14 draft had provided that the consent of the Council for any modification of the terms of the Mandate instrument might be given by a majority. This reference to a majority was struck out by the Council. The significance of this, as indicative of the status of the Council in relation to the Mandate will be considered hereafter.

(4) The second paragraph of Article 7—the critical paragraph from the point of view of these proceedings—as originally drafted provided:

“If any dispute whatever should arise between the Members of the League of Nations ... this dispute shall be submitted...”, etc.

This was altered by the Council to read:

“The Mandatory agrees that if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League...”, etc.

We shall state later what were the reasons for this alteration, and shall only mention here that they make it virtually impossible to hold the view that if (contrary to what we think) the Mandate was a treaty or convention, the various Members of the League were individually parties to it as such.

\* \* \*

(e) *The character of the Mandate as promulgated*

On the face of it, the Mandate as set out in the League Council's resolution of December 17, 1920, does not look like a treaty, convention or other form of international agreement. In form and on the face of it, it looks like what it purported to be—a Declaration promulgated by a resolution of the Council of the League in the exercise of a power conferred upon it by paragraph 8 of Article 22 of the Covenant, exercisable precisely if the terms of the Mandate had *not* been “previously agreed upon by the Members of the League”. To all appearances therefore, the Mandate was a quasi-legislative act of the League Council, carried out in the exercise of a power given to it by the Covenant to meet a stated contingency—a power which it was bound to exercise if the terms of the Mandate had not previously been agreed upon by the Members of the League. This being so, the Court must accordingly be conclusively satisfied that the Mandate has a different character—that it is in fact an international agreement, and has treaty character.

3) Dans la version du 14 décembre, le premier alinéa de l'article 7 du Mandat prévoyait que toute modification apportée aux termes du Mandat pourrait être approuvée à la majorité. Cette référence à la majorité a été éliminée par le Conseil, fait dont nous examinerons plus loin la signification en ce qui concerne la position du Conseil en matière de Mandats.

4) Le second alinéa de l'article 7 — l'alinéa critique pour les présentes espèces — disposait à l'origine:

« Si un différend quelconque s'élevait entre les Membres de la Société des Nations ... ce différend sera soumis... »<sup>1</sup>, etc.

Le Conseil a modifié ce paragraphe de la façon suivante:

« 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... », etc.

Nous indiquerons plus loin les raisons de cette modification et nous mentionnerons simplement ici qu'elles rendent virtuellement impossible de soutenir que, si (contrairement à ce que nous pensons) le Mandat a été un traité ou une convention, les divers Membres de la Société des Nations y étaient, en tant que tels, individuellement parties.

\* \* \*

e) *Le caractère du Mandat tel qu'il a été promulgué*

Le Mandat tel qu'il figure dans la résolution du Conseil de la Société des Nations du 17 décembre 1920 n'a manifestement pas l'air d'un traité, d'une convention ou d'un accord international sous une autre forme. En sa forme, il a manifestement l'air de ce qu'il prétend être — une déclaration promulguée par une résolution du Conseil de la Société dans l'exercice d'un pouvoir à elle conféré par le paragraphe 8 de l'article 22 du Pacte précisément pour le cas où les termes du Mandat n'auraient pas « fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société ». Selon toutes les apparences, le Mandat a donc été un acte quasi législatif accompli par le Conseil de la Société des Nations dans l'exercice de la compétence que lui donnait le Pacte de faire face à une éventualité spécifiée — compétence qu'il était obligé d'exercer au cas où les termes du Mandat n'auraient pas fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société des Nations. Puisqu'il en est ainsi, la Cour doit donc s'assurer d'une manière concluante que le Mandat a un caractère différent — qu'il est en fait un accord international et a le caractère d'un traité.

<sup>1</sup> Traduction du Greffe.

We might add, what it should scarcely be necessary to say, that the fact that an act is done under an authority contained in an instrument which is itself a treaty (in this case the League Covenant) does not *per se* give the resulting act a treaty character. To take a familiar recent instance—under Article 17 of the United Nations Charter the General Assembly is authorized to approve the budget of the Organization, and the budget as approved is binding on the Member States. It could not be contended that it is on this account a “treaty” any more than could a resolution of the General Assembly apportioning the expenses of the United Nations amongst its Members under Article 17 (2) of the Charter.

All the arguments that have been advanced for the purpose of establishing the treaty character of the Mandate seem to repose on one or both of two assumptions. The first, which we have already discussed, is that any instrument creating international obligations has treaty character. In refutation of this view, we need only refer to what we have already said under the head of “Legal nature of a treaty or convention”.

The second assumption is that if an act or instrument follows upon certain antecedent consents, this entails that it is itself an agreement. This is not the case. We have already cited cases such as those under Article 17 of the Charter; and we could cite numerous examples drawn from private law, of acts which can follow upon various consents and agreements, but which are themselves of quite a different character. Even legislative acts can follow upon certain consents, and there may even be, and often is, a constitutional requirement that these should have been obtained. Yet when a Head of State issues a Decree or Order, and the latter recites (as it often does) that it is made “by and with the consent” of his Council, or of some other body, this does not impart even a vestige of a contractual character to the resultant act.

Consequently, neither the fact that the Mandate created international obligations, nor the fact that it recites in its Preamble the existence of certain antecedent consents, is conclusive, or carries the matter much further. Of course, there had to be an antecedent agreement between the Principal Powers to confer a Mandate on a particular Power: and there had to be a common understanding—call it agreement—between them as to the draft terms of the Mandate which they would propose to the Council. Clearly the Mandate would never have been promulgated except against a background of some general common understanding. But this does not suffice to give it a treaty character. The test, as we have said earlier, must be, not whether certain background consents or understandings or agreements existed, nor whether international obligations were created, *but what was the character of the act or instrument that gave those obligations their legal force.* This act was

Nous pourrions ajouter, mais il devrait être à peine nécessaire de le dire, qu'un acte accompli en vertu d'une autorisation contenue dans un instrument qui est lui-même en traité (en l'espèce le Pacte de la Société des Nations) n'a pas *ipso facto* un caractère conventionnel. Pour prendre un exemple récent et familier — aux termes de l'article 17 de la Charte des Nations Unies, l'Assemblée générale est habilitée à approuver le budget de l'Organisation et le budget, une fois approuvé, a force obligatoire pour les États Membres. On ne saurait prétendre que le budget soit pour autant un « traité », pas plus que ne l'est une résolution de l'Assemblée générale répartissant les dépenses des Nations Unies entre les Membres de l'Organisation conformément à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte.

Tous les arguments qui ont été avancés en vue d'établir le caractère conventionnel du Mandat semblent reposer sur l'une ou l'autre des hypothèses suivantes, ou sur les deux. La première, que nous avons déjà évoquée, est que tout instrument créant des obligations internationales a un caractère conventionnel. Pour réfuter cette manière de voir, il suffit de nous référer à ce que nous avons déjà dit sous la rubrique « Caractère juridique d'un traité ou d'une convention ».

La seconde hypothèse est que, si un acte ou un instrument fait suite à certains consentements antérieurs, il en résulte qu'il constitue lui-même un accord. Or, il n'en est rien. Nous avons déjà cité le cas de l'article 17 de la Charte; et nous pourrions citer de nombreux exemples, tirés du droit privé, d'actes qui, faisant suite à divers consentements et accords, ont eux-mêmes un caractère tout à fait différent. Même des actes législatifs peuvent faire suite à un consentement; il se peut même, comme c'est souvent le cas, qu'une règle constitutionnelle exige ce consentement. Mais, quand un chef d'État promulgue un décret ou une ordonnance indiquant, comme c'est souvent le cas, que cet acte est effectué « par et avec le consentement » de son conseil ou d'un autre organe, cela ne donne pas à cet acte le moindre soupçon de caractère contractuel.

Par conséquent, ni le fait que le Mandat ait créé des obligations internationales, ni le fait qu'il mentionne dans son préambule l'existence de certains consentements antérieurs n'est concluant ou nous avance beaucoup en la matière. Certes, il fallait un accord antérieur entre les Principales Puissances tendant à conférer un Mandat à une Puissance donnée: et il fallait une entente commune — disons un accord — entre elles quant aux projets de Mandat à proposer au Conseil. Il est clair que le Mandat n'aurait jamais été promulgué s'il n'y avait pas eu à l'arrière-plan une entente commune et générale. Mais cela ne suffit pas pour lui donner un caractère conventionnel. Comme nous l'avons vu plus haut, la pierre de touche n'est pas de déterminer s'il existait à l'arrière-plan un consentement, une entente ou un accord, ni si des obligations internationales avaient été créées, *mais quel était le caractère de l'acte ou de l'instrument qui a donné à ces obligations leur force juridique.*

in our view the resolution of the Council. From the moment of its issue on December 17, 1920, the Mandate had the force of law. Previous to that, whatever agreements existed, it had not.

The facts we have adduced make it clear that the resolution of the Council cannot be regarded as an instrument simply registering and recording the terms of an international agreement, from which agreement the rights and obligations concerned really sprang. In the first place, this resolution, as has been seen, specifically recited (in the fourth recital which the Council itself introduced) that the terms had not been agreed by entities which had, or might be thought to have, an interest in the matter. Secondly, the Record makes it clear that, as has been seen, the Council did not simply take over and re-issue automatically the terms proposed to it by the Principal Allied and Associated Powers, in mere approval of an antecedent and independent agreement, acting in effect as a "rubber stamp". As has been noted, the idea of embodying the Mandates in ordinary treaties or conventions had been abandoned; and the Council, in certain significant respects already indicated, altered the terms as proposed by the Principal Powers, and issued these revised terms expressly as the Council's own act, in definition of the terms of the Mandate. The mere fact that the Principal Powers agreed amongst themselves as to what terms they would "propose" to the Council, cannot possibly give the Mandate instrument itself treaty character. Nor can the fact that these Powers had in 1919 agreed on the States to whom a Mandate was to be conferred.

In these circumstances, and having regard to the form of the Mandate instrument and to the fourth recital in the Preamble, it is not reasonably possible to consider that the onus which lies on the Applicant States to establish that the Mandate had a treaty character, has been discharged.

It has however been suggested that the Mandate is not all contained in the relevant Council resolution, and that it is also partly contained in Article 22 of the Covenant, which does have a treaty character. We have already shown that what Article 22 was concerned with was the *system*. It only provided for one specific obligation to be imposed on Mandatories, namely to render reports to the Council. But the obligation itself, so far as the Respondent State was concerned, was imposed by Article 6 of the Mandate for South West Africa, thus making it a self-contained instrument. The relevant Council resolution was entitled, and has always been known, as the "Mandate for German South West Africa"; and when, in the international field, the Mandate for South West Africa is referred to or cited, it is to this resolution that reference is made. That this was considered to be "the Mandate" is apparent from the references

Cet acte était, à notre avis, la résolution du Conseil. A partir de cette résolution du 17 décembre 1920, le Mandat a eu force juridique; auparavant, quels que fussent les accords pris, il n'avait pas force juridique.

Les faits que nous avons exposés montrent clairement que la résolution du Conseil ne saurait être considérée comme un instrument se bornant à consigner et à enregistrer les termes d'un accord international dans lequel les droits et obligations en question auraient eu leur véritable origine. En premier lieu, cette résolution, comme nous l'avons vu, énonce spécifiquement (dans le quatrième alinéa du préambule que le Conseil lui-même a ajouté) que les termes n'en avaient pas été convenus par des entités ayant ou étant censées avoir un intérêt en la matière. En second lieu, les documents montrent clairement, comme nous l'avons vu, que le Conseil n'a pas simplement repris et publié automatiquement les termes proposés par les Principales Puissances alliées et associées, se bornant à approuver un accord antérieur et indépendant et agissant pratiquement comme un organe enregistreur. Ainsi que nous l'avons noté, l'idée d'incorporer les Mandats dans des traités ou conventions ordinaires avait été abandonnée; le Conseil a changé les termes proposés par les Principales Puissances sur certains points importants déjà indiqués et il a publié un texte révisé, statuant expressément de son propre fait sur les termes du Mandat. L'accord des Principales Puissances sur les termes à « proposer » au Conseil n'a certainement pas suffi à donner un caractère conventionnel à l'acte de Mandat même. Non plus que l'accord conclu entre ces Puissances en 1919 quant aux États à qui seraient attribués des Mandats.

Étant donné ces circonstances et vu la forme de l'acte de Mandat et l'existence du quatrième alinéa du préambule, il n'est guère possible d'estimer que les États demandeurs se soient acquittés de la charge qui leur incombait de prouver que le Mandat avait un caractère conventionnel.

On a toutefois suggéré que le Mandat n'est pas tout entier dans la résolution pertinente du Conseil et qu'il est également en partie contenu dans l'article 22 du Pacte, qui a un caractère conventionnel. Nous avons déjà montré que l'article 22 avait trait au *système* des Mandats. La seule obligation spécifique qu'il imposait aux Mandataires était de faire rapport au Conseil, mais, pour l'État défendeur, cette obligation figurait dans l'article 6 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, qui était donc un instrument se suffisant à lui-même. La résolution pertinente du Conseil a été intitulée « Mandat pour le Sud-Ouest africain allemand » et elle a toujours été connue sous ce titre; lorsque dans le domaine international on cite ou mentionne le Mandat pour le Sud-Ouest africain, c'est toujours de cette résolution qu'il s'agit. Les références au « présent Mandat » figurant dans la résolution (aux articles 2 et 7, par ex-

contained in the resolution (e.g. in Article 2 and 7) to "the present Mandate"<sup>1</sup>

\* \* \*

Certain subsidiary indications as to the character of the Mandate may now be noticed. There is, to begin with, the fact that under the first paragraph of Article 7, the terms of the Mandate could only be modified with the consent of the League Council. This naturally was inserted in order to prevent any attempt at modification, either unilaterally, or by agreement between the Mandatory and some other entity or entities. It will be recalled that initially, consent by a majority of the Council was proposed. But this was altered by the Council so as to require consent by the whole Council. We attach no importance to the fact that—since the Council acted by unanimity—this alteration gave a veto to the Principal Powers as standing Members of the Council. The effect of the alteration made by the Council was to give *each* Member a veto. What the alteration introduced by the Council makes evident is that the Mandate was regarded as being basically, as well as formally, the act of the Council as such, whose consent as an entity was therefore necessary for any modification of it. This provision is certainly not consistent with the view that the role of the Council in bringing the Mandate into being was that of a mere agent or promoter (*entrepreneur*), utilized as a matter of convenience in order to give effect in concrete terms to the arrangements of others, and which thereafter drops out of the picture. Nor is the supervisory role of the Council under Article 6 of the Mandate consistent with such a view.

\*

Finally, there is the fact that the Mandate, in common with all the other "B" and "C" Mandates, was not registered as a "treaty or international engagement" under Article 18 of the Covenant—precursor of Article 103 of the United Nations Charter<sup>2</sup>. The provision in the final paragraph of the Mandate, for its deposit in the Archives of the League, did not amount to a registration of it as a treaty for the purposes of Article 18. This was merely the common form provision, which appears in almost every international instrument, for depositing the original text either with the headquarters gov-

<sup>1</sup> Moreover, even if the Mandate could be said to have been partly contained in Article 22 of the Covenant, the Covenant is no longer in force as a treaty or convention and, in any case, the adjudication clause to which Article 37 of the Court's Statute must attach itself if it is to apply at all, is in the Mandate (Article 7), not the Covenant.

<sup>2</sup> This has been confirmed by official enquiry at Geneva.

emple) montrent bien que celle-ci était considérée comme « le Mandat »<sup>1</sup>.

\* \* \*

On peut relever ici certaines indications subsidiaires sur le caractère du Mandat, et, pour commencer, le fait que, d'après le premier alinéa de l'article 7, les termes du Mandat ne pouvaient être modifiés qu'avec l'autorisation du Conseil de la Société des Nations. Cette disposition a bien sûr été insérée afin de prévenir toute tentative de modification soit unilatérale, soit par accord entre le Mandataire et une ou plusieurs autres entités. On se rappellera que ce qui avait été prévu à l'origine était l'approbation du Conseil à la majorité. Mais c'est l'autorisation de tout le Conseil qui est finalement devenue nécessaire. Nous n'attachons pas d'importance au fait que cet amendement ait donné un droit de veto aux Principales Puissances en tant que Membres permanents du Conseil — puisque ce dernier devait suivre la règle de l'unanimité. L'amendement introduit par le Conseil a eu pour effet de donner un droit de veto à *chacun* de ses Membres. Ce que cet amendement du Conseil met en évidence c'est que le Mandat était considéré comme étant, fondamentalement aussi bien que formellement, un acte du Conseil en tant que tel et que l'autorisation du Conseil en tant qu'entité était par conséquent nécessaire pour toute modification du Mandat. Cette disposition n'est certainement pas compatible avec l'opinion selon laquelle le Conseil n'aurait joué dans l'institution du Mandat que le rôle d'un agent ou d'un entrepreneur à qui on aurait jugé commode de faire appel pour donner effet en termes concrets à des arrangements pris par d'autres et qui aurait ensuite disparu de la scène. Cette opinion est également incompatible avec le rôle de surveillance revenant au Conseil aux termes de l'article 6 du Mandat.

\*

Enfin, il y a le fait que le Mandat, de même que tous les autres Mandats « B » et « C », n'a pas été enregistré en tant que « traité ou engagement international » aux termes de l'article 18 du Pacte — précurseur de l'article 103 de la Charte des Nations Unies<sup>2</sup>. Le dépôt dans les archives de la Société des Nations prévu au dernier alinéa du Mandat ne constituait pas un enregistrement en tant que traité aux fins de l'article 18. Il ne s'agissait là que de la disposition de forme commune à presque tous les instruments internationaux et selon laquelle leur texte original doit être déposé soit auprès du

<sup>1</sup> Au surplus, même si l'on admet que le Mandat figure en partie à l'article 22 du Pacte, ce dernier n'est plus en vigueur en tant que traité ou convention, et, de toute façon, la clause de règlement judiciaire à laquelle doit s'appliquer l'article 37 du Statut de la Cour, pour autant qu'il soit applicable, se trouve dans le Mandat (article 7) et non dans le Pacte.

<sup>2</sup> Cela a été confirmé par des recherches officielles à Genève.

ernment or, as the case may be, with the international organization in or under the auspices of which it has been drawn up. Indeed a glance at the terms of the System of Registration approved by the Council in May 1920 is sufficient to establish that the provision for deposit in the League's archives could not amount to registration under Article 18. This is further confirmed by the fact that none of the Mandates—with the exception only of Iraq, which for special reasons was in the form of a treaty—ever appeared in the Treaty Series published by the League.

It is of course possible for an instrument in fact to be a treaty or other international agreement despite non-registration, and therefore the non-registration of the Mandate was not of itself conclusive as to the latter's character. But what the fact of non-registration does conclusively establish is how it was *regarded* by those concerned, i.e. that they did not regard it as a treaty, convention or other form of international agreement.

It is reasonably certain that if those concerned had definitely regarded the Mandate as a treaty or convention, they would have registered it under Article 18, as the United Kingdom later registered the Mandate for Iraq. Certainly the need for registration, if anyone connected with the events of 1920 ever thought the Mandate instrument was a treaty or convention, could hardly have escaped the notice of the Secretary-General. That the Mandate instrument was not registered may not establish conclusively that it was not an international agreement, but since it must be assumed that the Members of the League did normally register anything they thought had that character, non-registration is good evidence that, in the case of the Mandate, neither the Council nor any Member of the League (or any of the Principal Powers) thought it was<sup>1</sup>.

A final factor militating against the view that the Mandate had treaty character is the difficulty of satisfactorily identifying the parties to it, considered as a treaty or convention. This matter we shall consider in the next section.

\* \* \*

### 3. *Is the Mandate "in force" as a treaty or convention?*

(a) *At what date must it be in force as such?*

Since, in our view, the Mandate has not, and never did have the intrinsic character of an international agreement, it is strictly

<sup>1</sup> We are aware of course that in the case of *Mavrommatis* (P.C.I.J., Series A/B, No. 2, at 11) the parties did not dispute that the Palestine Mandate was a treaty or convention in force. The issue was not contested, objections to jurisdiction were based on other grounds.

gouvernement du pays hôte, soit, selon le cas, auprès de l'organisation internationale dans le cadre ou sous les auspices de laquelle l'accord a été conclu. Un bref examen des termes du système d'enregistrement approuvé par le Conseil en mai 1920 suffit à montrer que le dépôt dans les archives de la Société des Nations ne pouvait constituer un enregistrement aux termes de l'article 18. Au surplus, cela est aussi confirmé par le fait qu'aucun des Mandats — à l'exception du Mandat pour l'Irak, qui pour des raisons spéciales avait la forme d'un traité — n'a jamais figuré dans le Recueil des traités publié par la Société des Nations.

Certes, il est possible qu'un instrument constitue en fait un traité ou un autre accord international même s'il n'a pas été enregistré et ce défaut d'enregistrement ne suffit par conséquent pas à déterminer le caractère du Mandat. Mais le défaut d'enregistrement est concluant quant à la manière dont les intéressés envisageaient le Mandat: ils ne le considéraient pas comme un traité, une convention ni un accord international sous une autre forme.

Il est raisonnablement certain que, si les intéressés avaient nettement considéré le Mandat comme un traité ou une convention, ils l'auraient fait enregistrer conformément à l'article 18, comme le Royaume-Uni a fait plus tard enregistrer le Mandat pour l'Irak. Il est certain que, si une des personnes mêlées aux événements de 1920 avait pu penser que l'acte de Mandat était un traité ou une convention, cela aurait difficilement échappé à l'attention du Secrétaire général. Le fait que l'acte de Mandat n'ait pas été enregistré ne permet peut-être pas d'établir de façon concluante qu'il ne s'agissait pas d'un accord international mais, comme on doit supposer que les Membres de la Société des Nations faisaient normalement enregistrer tout instrument présentant à leurs yeux un tel caractère, ce défaut d'enregistrement prouve bien que ni le Conseil ni aucun Membre de la Société des Nations (ni aucune des Principales Puissances) ne pensait que le Mandat fût un accord international<sup>1</sup>.

Un dernier fait va à l'encontre de la thèse selon laquelle le Mandat aurait un caractère conventionnel: c'est la difficulté d'identifier de manière satisfaisante les parties au Mandat, si on le considère comme un traité ou une convention. Nous traiterons de cette question dans la section suivante.

\* \* \*

3. *Le Mandat est-il « en vigueur » en tant que traité ou convention?*

a) *A quelle date doit-il être en vigueur comme tel?*

Étant donné qu'à notre avis le Mandat n'a pas et n'a jamais eu le caractère intrinsèque d'un accord international, il est à stricte-

<sup>1</sup> Certes, nous n'ignorons pas que, dans l'affaire *Mavrommatis* (C. P. J. I., série A/B n° 2, p. 11), les parties ne contestaient pas que le Mandat sur la Palestine fût un traité ou une convention en vigueur. Mais ce point n'a pas été débattu, les exceptions d'incompétence se fondant sur d'autres motifs.

unnecessary to consider whether it is still in force, regarded as a "treaty or convention". Nevertheless we propose to do so, because the Mandate, if not itself an international agreement, had certain aspects on the basis of which it may be argued that it had some conventional character. This being so, we would not wish to rest our view on the sole conclusion that it had not—correct though we believe this conclusion to be.

Furthermore we think it essential to consider whether the Mandate is still "in force" as a treaty or convention, assuming it was one, for the following reason. The fact that the issue raised by the first Preliminary Objection is not whether the Mandate is simply "in force", appears to have been completely lost sight of. The issue arising on Article 37 of the Statute is whether the Mandate is in force *as a treaty or convention*. For this purpose it is not sufficient to rely on the Court's 1950 Opinion as establishing that the Mandate is, in any case, in force on an *institutional* basis.

The term "in force" in Article 37 must, we think, be taken to have the same meaning as in the reference to "treaties and conventions in force" in Article 36, paragraph 1, of the Statute, namely in force at the date when the Court is seized of the case by Application, this being the date when all the elements necessary to give the Court jurisdiction must be present<sup>1</sup>.

(b) *Who would be the parties to the Mandate as a treaty or convention in force?*<sup>2</sup>

It is, or should be, common ground that, assuming the Mandate to have been a treaty or convention, there must have been parties to it, and that it would have ceased to be in force as such on the disappearance of the parties, and/or the reduction of them to below the minimum number (of two) requisite for an agreement to be, and remain, in force as such. We do not accept the view that a treaty can be "partyless". The present-day United Nations trusteeships have been cited. Whether these are true agreements

<sup>1</sup> The suggestion is advanced that assuming the Mandate was a treaty or convention in force prior to the dissolution of the League, Article 37 of the Court's Statute would have permitted a State, a Member both of the League and the United Nations, to invoke the jurisdiction of this Court up to the time that the League was dissolved; that once the Mandate came within the scope of Article 37 it remained under it, and that accordingly it must be concluded that such States continued thereafter and until today to enjoy the right to invoke Article 7 of the Mandate.

The premises manifestly do not support the conclusion.

Article 37 of the Statute did not *keep* in force treaties or conventions in force when the Statute came into operation. It goes without saying that if at the time when the jurisdiction of the Court is invoked a treaty or convention has come to an end, as such, whether by effluxion of time, agreement between the parties, or for any other reason, such treaty or convention cannot provide the ground upon which jurisdiction can be based.

ment parler inutile de rechercher s'il est encore en vigueur comme « traité ou convention ». Nous nous proposons néanmoins de le faire car, si le Mandat n'est pas en soi un accord international, il présente cependant certains aspects sur lesquels on peut se fonder pour prétendre qu'il a eu, dans une certaine mesure, un caractère conventionnel. Cela étant, nous ne voudrions pas appuyer notre opinion sur la seule conclusion qui consiste à dire qu'il n'a pas eu ce caractère — encore que nous estimions cette conclusion exacte.

Il est une autre raison pour laquelle nous croyons essentiel d'examiner si le Mandat est encore « en vigueur » comme traité ou convention, à supposer qu'il ait eu ce caractère. On semble avoir complètement perdu de vue le fait que la question soulevée par la première exception préliminaire n'est pas simplement de savoir si le Mandat est « en vigueur ». La question découlant de l'article 37 du Statut est de savoir si le Mandat est en vigueur *comme traité ou convention*. A cet égard, il ne suffit pas de s'en remettre à l'avis de la Cour de 1950 comme établissant qu'en tout état de cause le Mandat est en vigueur sur une base *institutionnelle*.

L'expression « en vigueur » doit, selon nous, être considérée comme ayant à l'article 37 le même sens qu'à l'article 36, paragraphe 1, du Statut, où il s'agit des « traités et conventions en vigueur », c'est-à-dire en vigueur à la date de l'introduction d'une affaire par voie de requête, qui est la date à laquelle doivent être présents tous les éléments nécessaires pour assurer la compétence de la Cour <sup>1</sup>.

b) *Quelles seraient les parties au Mandat considéré comme un traité ou une convention en vigueur?*

Il est, ou il devrait être, admis que, si le Mandat a été un traité ou une convention, il a dû comporter des parties contractantes et qu'il a cessé d'être en vigueur comme tel si ces parties ont disparu et/ou si leur nombre est tombé au-dessous du minimum (de deux) nécessaire pour qu'un accord soit et demeure en vigueur comme tel. Nous ne saurions admettre l'idée d'un traité sans parties. On a cité les actuelles tutelles des Nations Unies. Nous n'avons pas à dire s'il s'agit là de véritables accords (voir articles 81-83 et 85 de la Charte);

<sup>1</sup> On a avancé, dans l'hypothèse où le Mandat aurait été un traité ou une convention en vigueur avant la dissolution de la Société des Nations, que l'article 37 du Statut de la Cour aurait permis à un État Membre à la fois de la Société des Nations et des Nations Unies d'invoquer la juridiction de la présente Cour jusqu'à la date de la dissolution de la Société; qu'à partir du moment où le Mandat a été régi par l'article 37 il a continué à l'être; et qu'en conséquence il y a lieu de conclure que ces États ont continué depuis lors et jusqu'à ce jour à jouir du droit d'invoquer l'article 7 du Mandat.

Il est évident que les prémisses ne justifient pas la conclusion.

L'article 37 du Statut ne *prolongeait* pas la durée des traités ou conventions en vigueur à l'époque où le Statut est devenu applicable. Il va sans dire que, si, au moment où la juridiction de la Cour est invoquée, un traité ou une convention est devenu caduc que ce soit par expiration de son terme, par accord entre les parties ou pour toute autre raison, ce traité ou cette convention ne saurait constituer le fondement de la juridiction de la Cour.

(see Articles 81 to 83 and 85 of the Charter) is not a question we are called upon to or should express an opinion upon; this would involve an interpretation of the relevant provisions of Chapter XII of the Charter. But if they are agreements they certainly have parties. In 1920, however, and under international law as it then stood, there was no such thing as an international agreement the parties to which could not readily be identified.

We must therefore consider the question of who were (apart from the Mandatory itself), and who are now, the parties to the Mandate considered as a treaty or convention: but we do not propose to examine obviously untenable propositions such as that the inhabitants of the mandated territory were directly or indirectly parties. There remain for consideration the Principal Allied and Associated Powers, the individual Members of the League of Nations, and finally the League itself or League Council.

(i) *The Principal Allied and Associated Powers*—It has been suggested that the Principal Allied and Associated Powers were the parties, together with the Mandatory. If such was the case, these Powers appear to have been totally unaware of it for upwards of forty years. It has already been seen that the original idea of casting the Mandate into the form of an ordinary treaty or convention was abandoned, and in our view no contractual nexus was established or intended to be established with or between the Principal Allied and Associated Powers on the basis, or in consequence, of the Mandate instrument. This is evidenced not only from the facts antecedent to December 17, 1920, but also from the text of the Preamble itself, which makes it clear that the role of the Powers was confined to naming the Mandatory, and to proposing the terms of the Mandate for the acceptance or rejection of the Council—terms which the Council in fact modified before issuing them as its own act. Once the Powers had taken this action they became *functus officio*, apart from such residual or reversionary rights in the mandated territory itself as they may have retained on a dormant basis. Thenceforward, the action was the League Council's, and if it resulted in a treaty or convention at all, it was not one to which the Powers as such and as a group were parties; for thenceforward (as provided by the Covenant) the Mandatory exercised the Mandate "on behalf of the League", and the Powers disappeared from the scene except as Members of the Council.

The absence of any contractual nexus so far as the Powers were concerned, is further evidenced by the fact that, although the United States of America had participated in the earlier drafting of the "C" Mandates, and in the allocation of the Mandate for South West Africa to the Respondent State in 1919, it not only was not present at the Council Meeting of December 17, 1920—since it had

cela impliquerait une interprétation des dispositions pertinentes du chapitre XII de la Charte. Mais s'il y a accords, il y a certainement parties. Au reste, en 1920 et selon le droit international de l'époque, il n'existait pas d'accords internationaux dont les parties ne pussent être facilement identifiées.

Il nous faut donc examiner la question de savoir quelles ont été (outre le Mandataire lui-même) et quelles sont à présent les parties au Mandat considéré comme traité ou convention : nous n'avons pas l'intention cependant d'examiner des propositions évidemment insoutenables, telles que celle qui veut que les habitants des territoires sous Mandat soient directement ou indirectement parties au Mandat. Reste à examiner le cas des Principales Puissances alliées et associées, des Membres individuels de la Société des Nations et enfin de la Société elle-même ou de son Conseil.

i) *Les Principales Puissances alliées et associées.* — On a prétendu que les Principales Puissances alliées et associées ont été, en même temps que le Mandataire, parties au Mandat. S'il en a été ainsi ces Puissances semblent l'avoir totalement ignoré pendant près de quarante ans. Nous avons déjà vu que l'idée première de donner au Mandat la forme d'un traité ou d'une convention ordinaire avait été abandonnée ; à notre avis, aucun lien contractuel n'a été établi avec ou entre les Principales Puissances alliées et associées ni sur la base de l'acte de Mandat ni en conséquence de cet acte, et l'intention n'a jamais été qu'il en fût ainsi. C'est ce que prouvent non seulement les faits antérieurs au 17 décembre 1920 mais encore le texte même du préambule, lequel indique clairement que le rôle des Puissances s'est borné à nommer le Mandataire et à proposer les termes du Mandat au Conseil, qui devait les accepter ou les rejeter — et qui en fait les a modifiés avant de les promulguer comme émanant de lui-même. Dès qu'elles eurent fait cette démarche, les Puissances sont devenues *functus officio*, sauf à l'égard des droits résiduels ou des droits de retour sur le territoire sous Mandat lui-même qu'elles ont pu conserver à titre expectatif. A partir de ce moment, c'est le Conseil de la Société qui a agi et, si un traité ou une convention a pu en résulter de quelque manière que ce soit, les Puissances, comme telles et comme groupe, n'y ont pas été parties ; car, dès lors (comme le Pacte en dispose), le Mandataire a exercé le Mandat « au nom de la Société » et les Puissances ont disparu de la scène, si ce n'est à titre de Membres du Conseil.

L'absence de tout lien contractuel en ce qui touche les Puissances est démontrée en outre par le fait que, bien que les États-Unis d'Amérique aient participé à la première rédaction des Mandats « C » et à l'attribution à l'État défendeur, en 1919, du Mandat pour le Sud-Ouest africain, non seulement ils n'ont pas participé à la séance du 17 décembre 1920 du Conseil de la Société des Nations

never ratified the Treaty of Versailles or become a Member of the League—but was unaware of what had been submitted to the Council on December 14, 1920, and dealt with by the latter three days later<sup>1</sup>; or of what action the Council had taken, until after the event. Moreover we know that in the separate treaty which the United States concluded with Germany in Berlin in 1921, it reserved for itself all rights and advantages set out in the Treaty of Versailles for the Principal Allied and Associated Powers, including those in respect of the former German colonies, and stipulated that it should not be bound by any action taken by the League of Nations unless the United States should expressly give its assent to such action. Whether the United States ever did expressly give its consent to the terms of the Mandate for South West Africa does not appear.

\*

The view that the Powers were or regarded themselves as being parties to the Mandate (or to any of the Mandates) is equally impossible to reconcile with their subsequent conduct, as also with certain elements of the legal situation resulting from the Mandate instrument.

At no time subsequent to December 1920, did any of the Powers claim to be a separate party, *qua* Principal Allied Powers, or to have any interest in the conduct of the Mandate otherwise than through their membership of the League Council. Such a claim would also have been hardly consistent, legally, with the fact that according to paragraph 1 of Article 7 of the Mandate, it could only be modified with the consent of the League Council (a similar provision appeared in all the "B" and "C" Mandates).

This situation was no doubt masked by the fact that the Principal Powers (minus the United States however) were themselves permanent members of the League Council which acted by unanimity. Moreover, it is possible, though not easy, to read paragraph 1 of Article 7 of the Mandate as not excluding the necessity for other consents, additionally to the Council's. Again, it can be contended that countries may become parties to treaties which they have agreed shall be subject to modification without their consent, and that this was in fact the position of the Powers in relation to the Mandate, because of or under paragraph 1 of Article 7.

These are far-fetched arguments, or hypotheses (speculations really), and the point is that there is no evidence at all to show that this was the position, rather than the much more natural and likely hypothesis that if the Mandate was a treaty, the other

---

<sup>1</sup> This appears from Annexes 154, 154 a, b and c, to *Procès-Verbaux* of Meeting of 12th Session of the Council of the League of Nations.

— puisqu'ils n'ont jamais ratifié le traité de Versailles ni adhéré à la Société — mais encore ils n'ont connu qu'après coup ce qui a été soumis au Conseil le 14 décembre 1920, pour être réglé trois jours plus tard<sup>1</sup>, et ce qui a été décidé par le Conseil. Nous savons au reste que, dans le traité séparé que les États-Unis ont conclu avec l'Allemagne à Berlin en 1921, ils se sont réservé tous droits et avantages prévus dans le traité de Versailles au bénéfice des Principales Puissances alliées et associées, y compris ceux qui touchaient aux anciennes colonies allemandes, et ont stipulé qu'ils ne seraient liés par aucune décision de la Société des Nations à moins d'y avoir expressément donné leur accord. On ne voit pas si les États-Unis ont jamais expressément donné leur agrément aux termes du Mandat pour le Sud-Ouest africain.

\*

Il est également impossible de concilier l'idée que les Puissances étaient parties au Mandat (ou à l'un quelconque des Mandats), ou se considéraient comme telles, avec leur conduite ultérieure, non plus qu'avec certains éléments de la situation juridique découlant de l'acte de Mandat.

Après le mois de décembre 1920, aucune Puissance n'a jamais prétendu être, en qualité de Principale Puissance alliée, partie séparée au Mandat ni avoir d'autres intérêts dans l'administration du Mandat que ceux qui découlaient de sa qualité de Membre du Conseil. D'ailleurs, toute prétention de ce genre n'eût guère été juridiquement compatible avec le fait qu'aux termes du premier alinéa de son article 7 le Mandat ne pouvait être modifié qu'avec l'autorisation du Conseil de la Société des Nations (une disposition similaire figurant dans tous les Mandats « B » et « C »).

Cette situation était sans doute obscurcie par le fait que les Principales Puissances (à l'exception toutefois des États-Unis) étaient elles-mêmes Membres permanents du Conseil de la Société des Nations, lequel prenait ses décisions à l'unanimité. On peut en outre, mais ce n'est pas facile, interpréter le premier alinéa de l'article 7 du Mandat comme n'excluant pas la nécessité d'autres autorisations en sus de celle du Conseil. On peut également soutenir que des pays peuvent devenir parties à des traités tout en acceptant qu'ils puissent être modifiés sans leur consentement et que telle a été en fait la position des Puissances à l'égard du Mandat en raison ou en vertu du premier alinéa de l'article 7.

Ce sont là des arguments ou des hypothèses (en réalité des spéculations) forcées; l'important est qu'absolument rien ne prouve que ces hypothèses soient exactes, plutôt que celle, beaucoup plus naturelle et probable, d'après laquelle, si le Mandat a été un traité,

---

<sup>1</sup> C'est ce qui ressort des annexes 154 et 154 a, b et c aux *procès-verbaux* de la douzième session du Conseil de la Société des Nations.

party to it was the League alone, or the League Council acting for it. It is quite clear that the Council's view was that it alone was the competent authority to modify the terms of a Mandate instrument, a view which it is evident the Principal Allied and Associated Powers on the Council accepted. The Council on many occasions acted on this view. It seems indisputable that the Principal Allied and Associated Powers on the Council accepted the position that, except in their capacity as Members of the League Council, their functions had been completed once the Mandates had been established. There is no evidence to suggest that any of them ever thought that their consent was essential to any modification of a Mandate, or that this was merely because they had waived their rights in the matter<sup>1</sup>.

But whatever may have been the position in the time of the League of Nations, the view that the Powers were (and still are now) parties to the Mandate as a treaty or convention, would lead to even more formidable difficulties to-day, particularly if the Court's 1950 finding that the Mandate could be altered by agreement between the Mandatory and the United Nations was correct--for in the Assembly of the United Nations the Principal Powers have no controlling vote or veto, and only three of them are--if the United States is included--Permanent Members of the Security Council. One can only conclude that in the absence of express provisions producing such a result, it is not legally possible to entertain the idea that a group of countries can be parties to a treaty which can be altered without their consent, or even, it would seem, contrary to their wishes.

Nor is the post-1945 conduct of the Powers consistent, any more than it ever was, with the view that they, or any of them, were parties to the various Mandates as treaties or conventions.

<sup>1</sup> What took place in relation to the Mandate of Iraq is we think informative.

The Mandate was conferred upon the United Kingdom by the Supreme Allied Council at San Remo on April 25, 1920. The United Kingdom accepted the Mandate.

Thereafter the United Kingdom entered into a series of Treaties between itself and the King of Iraq. These or most of them were communicated to the Council of the League. No other State was a party to these Treaties.

In a communication from the United Kingdom of September 27, 1924, to the Council of the League--and to it alone--these Treaties were summarized and supplemented by a statement setting out the Mandatory Powers own obligations to the League, with regard to the application of Article 22 of the Covenant. In this communication the United Kingdom stated that it was "willing to agree" with the Council upon certain terms which were set out.

Amongst the undertakings given to the Council and accepted by it was one that an annual report should be made to the satisfaction of the Council, another to the effect that no modification of the terms of the Treaties would be agreed to without the consent of the Council, and an adjudication clause which in general follows the form of Article 7, paragraph 2, of the Mandate for South West Africa. The Principal Allied and Associated Powers were as such complete strangers to these undertakings; which were given to the Council and to it alone.

l'autre partie à ce traité a été la Société seule ou le Conseil de la Société agissant en son nom. Il est très clair que le Conseil estimait pour sa part qu'il était la seule autorité ayant compétence pour modifier les termes d'un acte de Mandat et que les Principales Puissances alliées et associées siégeant au Conseil partageaient ce point de vue. En de nombreuses occasions, le Conseil a agi sur cette base. Il paraît incontestable que les Principales Puissances alliées et associées siégeant au Conseil ont admis que, sauf à titre de Membres du Conseil de la Société, leurs fonctions avaient pris fin dès que les Mandats eurent été établis. Rien ne permet de penser qu'aucune d'entre elles ait jamais cru que son autorisation fût indispensable pour modifier un Mandat, ni qu'il n'en fût ainsi que parce qu'elles avaient abandonné leurs droits en la matière<sup>1</sup>.

Mais, quelle qu'ait pu être la situation à l'époque de la Société des Nations, dire que les Puissances ont été (et sont encore) parties au Mandat considéré comme un traité ou une convention soulèverait aujourd'hui des difficultés encore plus insurmontables, surtout si l'on admet la conclusion à laquelle la Cour est parvenue en 1950 et d'après laquelle le Mandat pourrait être modifié par accord entre le Mandataire et les Nations Unies — car les Principales Puissances n'ont ni voix prioritaire ni droit de veto à l'Assemblée des Nations Unies et trois d'entre elles seulement — en y comprenant les États-Unis d'Amérique — sont Membres permanents du Conseil de Sécurité. Il faut donc conclure qu'en l'absence de dispositions expresses à cette fin il est juridiquement impossible de penser qu'un groupe de pays puissent être parties à un traité susceptible d'être modifié sans leur consentement ou même, semble-t-il, contrairement à leur avis.

Le comportement des Puissances depuis 1945 n'est pas plus compatible qu'il ne l'avait été auparavant avec la thèse d'après laquelle toutes, ou l'une quelconque d'entre elles, auraient été parties aux

<sup>1</sup> Ce qui s'est passé au sujet du Mandat pour l'Irak nous paraît instructif.

Le Mandat a été conféré au Royaume-Uni par le Conseil supérieur allié à San Remo, le 25 avril 1920. Le Royaume-Uni a accepté le Mandat.

Ensuite de quoi le Royaume-Uni a conclu une série de traités avec le roi d'Irak. Ces traités ou la plupart d'entre eux ont été communiqués au Conseil de la Société. Aucun autre État n'y était partie.

Dans une communication du Royaume-Uni du 27 septembre 1924 adressée au Conseil de la Société — et au Conseil seul —, ces traités étaient résumés et complétés par une déclaration fixant les obligations de la Puissance mandataire envers la Société, eu égard à l'application de l'article 22 du Pacte. Dans cette communication, le Royaume-Uni se déclarait « prêt à s'entendre » avec le Conseil sur certains termes qui étaient indiqués.

Parmi les engagements pris à l'égard du Conseil et que celui-ci a acceptés, figuraient un engagement de présenter un rapport annuel de nature à satisfaire le Conseil, une promesse qu'aucune modification ne serait apportée aux termes du traité sans l'autorisation du Conseil et une clause de règlement judiciaire ayant, en gros, la même forme que le second alinéa de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain. Les Principales Puissances alliées et associées étaient, comme telles, absolument étrangères à ces engagements, lesquels étaient pris à l'égard du Conseil et du Conseil seulement.

On that basis what would one make, for instance, of the passage in the resolution of the League of April 18, 1946, which referred to the Mandatories' intentions to continue to discharge their obligations under the Mandates "until other arrangements have been agreed to between the United Nations *and the respective Mandatory Powers*" (italics ours)?

Again, when various of the mandated territories were brought under the Trusteeship System of the United Nations, this was done directly by the Mandatory Power concerned, and at no time did any of the Principal Allied and Associated Powers claim, as such, any right to be a State "directly concerned" with the terms of trusteeship under Article 79 of the Charter of the United Nations.

The conclusion must be that the notion of the Principal Powers or any of them being or ever having been parties to the Mandate, *qua* treaty or convention, is too artificial and gratuitous to be accepted. It represents little more than a rather desperate attempt to produce some entity as a party which is still extant, and can therefore, together with the Mandatory, be pointed to as keeping the Mandate in force today as a treaty or convention<sup>1</sup>. Much the same applies to the next suggested category of parties, to which we now address ourselves.

(ii) *The individual Members of the League*—If the Members of the League were parties to the Mandate in their capacity as such, there would be no problem, for the League being dissolved, its former Members have lost that capacity and could no longer be parties to the Mandate as Members of the League. The question is therefore, and must be, if they were parties, were they so in their individual capacity as separate sovereign States, still extant (as States) today?

We think this question can only be answered in the negative. An instrument or "Declaration" (which was the name given to

<sup>1</sup> A variation of this theme is the view that four only of the Principal Allied and Associated Powers were parties to the Mandate as a treaty or convention. This variation omits the United States. This contention is, if anything, more artificial than the major theme of which it is a variation. Its only merit is that it seeks to overcome the difficulty created by the fact that the United States, not being a Member of the League, was not present at the meeting of the Council in December 1920. Otherwise the same criticisms apply to it. The United States had of course participated in the conferring of the Mandate and in drafting the terms proposed to the Council.

The contention in any case is quite inconsistent with the recitals to the Council's resolution of December 17, 1920, recitals 1 and 2. The Principal Allied and Associated Powers by definition under the Peace Treaty included the United States. The United States was distinctly included in the constantly used descriptive phrase "the Principal Allied and Associated Powers": see Annex 154 b, Minutes of 12th Session of Council of the League.

divers Mandats considérés comme des traités ou conventions. Ainsi, comment expliquerait-on, dans cette hypothèse, le passage de la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946 mentionnant l'intention des Mandataires de continuer à assumer leurs obligations contenues dans les Mandats « jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires » (les italiques sont de nous) ?

De même, lorsque divers territoires sous Mandat sont passés sous le régime de tutelle des Nations Unies, la chose a été faite directement par la Puissance mandataire intéressée et aucune des Principales Puissances alliées et associées en tant que telle n'a jamais revendiqué un droit quelconque à être considérée comme un État « directement intéressé » aux termes du régime de tutelle, en vertu de l'article 79 de la Charte des Nations Unies.

Il faut donc en conclure que l'idée que les Principales Puissances ou l'une quelconque d'entre elles soient ou aient jamais été parties au Mandat en tant que traité ou convention est trop artificielle et trop gratuite pour qu'on l'admette. Ce n'est guère qu'un effort quelque peu désespéré pour présenter une entité quelconque comme une partie existant encore et susceptible par conséquent, avec le Mandataire, d'être considérée comme maintenant le Mandat en vigueur à l'heure actuelle en tant que traité ou convention<sup>1</sup>. Il en est de même, dans une très large mesure, d'une deuxième catégorie de parties éventuelles dont nous allons traiter ci-dessous.

ii) *Les Membres individuels de la Société des Nations.* — Si les Membres de la Société ont été en leur qualité comme tels parties au Mandat, aucun problème ne se pose car, la Société étant dissoute, ses anciens Membres ont perdu ladite qualité et ne peuvent plus être parties au Mandat en tant que Membres de la Société. La question est et doit être par conséquent de savoir si, à supposer qu'ils aient été parties au Mandat, ils l'ont été à titre individuel comme États souverains distincts existant encore (en tant qu'États) aujourd'hui.

Nous estimons que cette question ne saurait être tranchée que par la négative. Un acte ou « *Declaration* » (tel était le nom donné

<sup>1</sup> Une variante de ce thème consiste à dire que quatre seulement des Principales Puissances alliées et associées ont été parties au Mandat considéré comme un traité ou une convention. On omet ainsi les États-Unis. Cette thèse est, s'il se peut, plus artificielle encore que celle dont elle est une variante. Son seul mérite est de tenter de surmonter la difficulté née du fait que les États-Unis, ne faisant pas partie de la Société des Nations, n'ont pas participé à la session du Conseil de décembre 1920. Pour le reste elle est passible des mêmes critiques. Les États-Unis ont évidemment participé à l'élaboration du Mandat et à la rédaction des termes proposés au Conseil.

En tout état de cause cette thèse est absolument incompatible avec les deux premiers considérants de la résolution du Conseil du 17 décembre 1920. Les Principales Puissances alliées et associées comprenaient par définition, en vertu du traité de paix, les États-Unis. Ceux-ci étaient distinctement compris dans l'expression descriptive « les Principales Puissances alliées et associées ». Voir procès-verbaux de la douzième session du Conseil de la Société des Nations, annexe 154 b.

the Council's Resolution of December 17, 1920, embodying the Mandate) issued by and in the name of the Council as its own act, could not bring in the Members of the League except in their capacity as such—a capacity they no longer have. For them to have become, and still to be, parties to the Mandates, in their individual statal capacity, *independently of their membership of the League*, would have required something in the nature of the ordinary processes of separate signatures, ratifications, full powers, etc. The whole form and method of issue of the Mandate is hostile to the notion of the individual Members as separate parties to it, or as having any status in regard to it, other than as Members of the League and through their participation in its activities.

But in any case, the notion of the Members as separately and individually parties, is excluded by the express statement in the Preamble to the Mandate (fourth recital) that the Members of the League, not having previously agreed upon the terms of the Mandate, these were now being defined by the Council in the exercise of the power given it to do so in such circumstances by Article 22, paragraph 8, of the Covenant. Forty or fifty countries cannot be separate parties to an agreement which specifically recites that they have not agreed upon its terms. It has been suggested that the term "Members of the League" in this fourth recital had some special, limited and restricted meaning, not including the generality of the Members, and confined, for instance, to the Principal Powers. If this were correct, then, since it must be assumed that the term "Member" or "Members" of the League had the same meaning wherever used in the Mandate, it would follow that the term "any ... Member of the League" as used in Article 7, paragraph 2, had the same alleged special, limited and restricted meaning as in the Preamble, and did not therefore include the Applicant States now claiming under paragraph 2 of Article 7.

But clearly this suggestion is not correct. It was not merely a question of the Principal Powers giving up the notion of negotiating the Mandate by treaty or convention. The other Members of the League were extant, but they were hardly even consulted or asked to agree. From the Summary Record of a meeting of the Sub-Committee VI (c) of the League Assembly, the Committee on whose business agenda the question of Mandates was placed—a meeting held as late as December 13, 1920—it appears that the Council of the League were already considering the draft of "A" Mandates, and would probably be considering shortly the "B" and "C" drafts also, yet the Assembly was being kept in the dark on what was happening. Copies only of the draft "A" Mandates had been furnished by the Council to the Sub-Committee, but on the strict understanding that this information was confidential and that it

à la résolution du Conseil du 17 décembre 1920 qui contenait le Mandat) émis par et au nom du Conseil, agissant de son propre fait, n'a pu faire entrer en jeu les Membres de la Société qu'en leur qualité comme tels — qualité qu'ils n'ont plus. Pour qu'ils soient devenus et soient encore parties aux Mandats en leur qualité individuelle d'États, *indépendamment de leur appartenance à la Société*, il aurait fallu quelque chose qui relevât du processus habituel des signatures, ratifications, pleins pouvoirs etc. séparés. La forme et la procédure qui ont présidé à l'établissement du Mandat interdisent de croire que les Membres individuels aient pu y être parties à titre distinct et qu'ils aient pu avoir à l'égard du Mandat un autre statut que celui de Membres de la Société participant à ses activités.

Mais, en tout état de cause, cette conception des Membres considérés comme parties individuelles et distinctes est exclue par l'énonciation expresse qui figure dans le préambule du Mandat (quatrième considérant) et d'après laquelle, les termes du Mandat n'ayant pas fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société, il a été expressément statué à leur égard par le Conseil dans l'exercice des pouvoirs que lui conférait l'article 22, paragraphe 8, du Pacte pour agir en pareil cas. Quarante ou cinquante pays ne sauraient être parties distinctes à un accord énonçant expressément que ses termes n'ont pas fait l'objet d'une convention entre eux. On a avancé que l'expression « Membres de la Société des Nations » revêt dans le quatrième considérant un sens spécial, limité et restreint, qu'elle ne porte pas sur l'ensemble des Membres de la Société et qu'elle se borne, par exemple, aux Principales Puissances. S'il en est ainsi, étant donné qu'il faut supposer que les mots « Membre » ou « Membres » de la Société des Nations ont le même sens où qu'ils figurent dans le Mandat, il s'ensuit que l'expression « un autre Membre de la Société » a, au deuxième alinéa de l'article 7, le même prétendu sens spécial, limité et restreint que dans le préambule et ne comprend donc pas les États demandeurs qui se réclament à présent du deuxième alinéa de l'article 7.

Mais il est évident qu'une telle supposition est erronée. Il ne s'agissait pas seulement que les Principales Puissances abandonnassent l'idée de négocier le Mandat par voie de traité ou de convention. Les autres Membres de la Société existaient, mais ils n'ont guère été consultés ou sollicités de donner leur consentement. Il ressort du procès-verbal d'une séance — tenue le 13 décembre 1920 — par le sous-comité VI(c) de l'Assemblée de la Société des Nations, qui avait la question des Mandats à son ordre du jour, que le Conseil de la Société examinait déjà les projets de Mandats « A » et allait probablement examiner sous peu les projets de Mandats « B » et « C », alors que l'Assemblée n'était encore aucunement informée de ce qui se passait. Le Conseil n'avait transmis au sous-comité que des exemplaires des projets de Mandats « A », étant bien entendu qu'il s'agissait là de renseignements confidentiels dont il ne devait

must not be used. Four days later the Council promulgated the Mandate for South West Africa.

It is therefore, we think, evident enough that the Council did not purport to enter into any contractual engagement on behalf of the individual States which, either at that time were, or at any time thereafter should become, Members of the League. The Applicants admitted, and we think correctly admitted, that the Council acted under the provisions of Article 22 (8) of the Covenant, and not otherwise. The Council was doing what, in the circumstances, it was under a duty to do under that Article. It was not we think purporting to enter into any treaty obligation at all, and it certainly was not purporting to enter into one on behalf of the individual States, Members of the League.

Indeed, one will look in vain for any authority in the Covenant by virtue of which the Council could enter into treaty arrangements so as to make individual States, who were Members of the League, then or at any subsequent time, parties to a treaty or convention. The facts equally fail to disclose any authority given by States to the Council to act for each of them and to enter into a treaty or convention on their behalf; and it is established that, apart from those Members of the League, who were also Members of the Council, all other States were ignorant beforehand of what was contained in the Mandate.

Action taken by the Council under Article 22 (8) bound the League and its Members not because any treaty or convention came into existence, but solely because the League as such, and the States Members of the League, were bound in advance under the Covenant by whatever definition of the degree of authority, control or administration to be exercised by the Mandatory Power, was made by the Council acting under Article 22 (8). They were *bound* by the Mandate, in so far as that is relevant; but as, and through, being Members of the League, not as actual parties to the Mandate itself. A further indication to the same effect, is that in such provisions as Articles 5 and 7, the Mandate refers—not to the “Parties to the present Mandate”, or to the “Parties to the present Declaration”, but to the “Members of the League”. It was as Members of the League, and not as parties to the Mandate, that certain rights were conferred on them. Indeed, one of the most striking refutations of the view that the Members of the League were ever regarded as parties to the Mandate is to be found in the fact, noted earlier, that the League Council, when it received the draft terms proposed by the Powers, made an important change in paragraph 2 of Article 7. It changed this provision in such a way that instead of all the Members of the League undertaking the obligation of compulsory adjudication of disputes, the Mandatory alone undertook it. This appears to have been done because it was felt—and rightly felt—that an obligation of this kind could only result from specific consent. But had the

pas être fait usage. Quatre jours plus tard, le Conseil promulguait le Mandat pour le Sud-Ouest africain.

Il nous apparaît donc assez évident que le Conseil n'a pas eu l'intention de prendre des engagements contractuels au nom des États individuels qui faisaient partie à cette époque ou devaient plus tard faire partie de la Société des Nations. Les demandeurs ont admis, selon nous à juste titre, que le Conseil a agi en vertu des dispositions de l'article 22, paragraphe 8, du Pacte et en vertu de ces seules dispositions. Le Conseil a fait là ce qu'en telles circonstances et aux termes de cet article il était de son devoir de faire. Il n'avait pas, selon nous, l'intention d'accepter des obligations conventionnelles et il n'avait certainement pas non plus l'intention d'en accepter une au nom des États individuels Membres de la Société.

À la vérité, on chercherait en vain dans le Pacte un pouvoir quelconque en vertu duquel le Conseil aurait pu conclure des accords conventionnels de manière à rendre des États individuels, Membres de la Société à cette époque ou à une date ultérieure, parties à un traité ou à une convention. On chercherait également en vain dans les faits un pouvoir donné par les États au Conseil en vue d'agir au nom de chacun d'entre eux et de conclure un traité ou une convention en leur nom; et il est établi que tous les Membres de la Société qui n'étaient pas aussi Membres du Conseil ont ignoré jusqu'à sa promulgation la teneur du Mandat.

La décision prise par le Conseil en vertu de l'article 22, paragraphe 8, a engagé la Société et ses Membres non pas du fait qu'un traité ou une convention est entré en vigueur, mais uniquement du fait que la Société, comme telle, et ses États Membres étaient liés à l'avance, en vertu du Pacte, par toute définition du degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le Mandataire sur laquelle le Conseil statuerait en vertu de l'article 22, paragraphe 8. Ils étaient *liés* par le Mandat, dans la mesure où cela est pertinent, mais ils l'étaient en tant que Membres de la Société et par cette voie et non point en tant que parties effectives au Mandat même. Une autre preuve en est que, dans des dispositions comme l'article 5 ou l'article 7, le Mandat se réfère non pas aux « parties au présent Mandat » ou aux « parties à la présente déclaration » mais aux « Membres de la Société ». C'est en tant que Membres de la Société et non comme parties au Mandat qu'ils se sont vu conférer certains droits. En fait, l'une des réfutations les plus frappantes de la thèse selon laquelle les Membres de la Société auraient été considérés comme parties au Mandat est, comme nous l'avons dit plus haut, qu'après avoir reçu les projets de Mandats proposés par les Puissances le Conseil de la Société a modifié considérablement le deuxième alinéa de l'article 7. Il a amendé cette disposition de telle sorte qu'au lieu que tous les Membres de la Société consentissent au règlement judiciaire obligatoire des différends le Mandataire seul l'acceptait. Il semble que cela ait été fait parce qu'on avait —

Members of the League been *parties* to the Mandate, they *would* thereby have consented. Clearly they were not considered to be parties.

Nor could it be contended that, because the Mandate conferred on the Union of South Africa was to be exercised by it "on behalf of the League", this made each State which was a Member of the League, into a separate party to the Mandate instrument as a treaty or convention.

We conclude that any interest in the Mandate which the Members of the League possessed, or any part in it as an international act which they may have had, was solely in their capacity as Members of the League.

\* \* \*

(iii) *The League or League Council as party*—From the foregoing, the inevitable conclusion must be drawn that, all other candidates having been eliminated, the only party to the Mandate, apart from the Mandatory (and if the Mandate was a treaty or convention at all), was the League itself or the Council acting for it. This is the only conclusion consistent with the salient facts—namely that the Mandate was the act of the Council; that the Council defined its terms; that the Mandate was exercised "on behalf of the League"; that except for certain specific rights given by particular provisions of the Mandate to the "Members of the League" (in their capacity as such, that is), all the obligations of the Mandate were owed to the League; and that the Mandate could only be modified with the consent of the whole Council.

The only doubt, to which we alluded earlier, is whether, at that date, an international organization such as the League, and still more a particular organ of it, such as the League Council, would have been regarded as having separate international personality and treaty-making capacity. This doubt may well have been one of the considerations which suggested the actual form taken by the Mandate. But if so, this would merely bear out the conclusion we came to on the first part of the first preliminary objection, namely that the Mandate never had treaty character at all—for if all the entities that might possibly have been parties to it, considered as a treaty or convention, apart from the Mandatory, have to be eliminated (including the League and its Council), the inescapable conclusion is that the Mandate was not (as it certainly was not in form) an international agreement.

à juste titre — l'impression qu'une obligation de ce genre ne pouvait découler que d'un consentement exprès. Mais, si les Membres de la Société des Nations avaient été *parties* au Mandat, ils *auraient* par là même donné leur consentement. Il est clair qu'ils n'étaient pas considérés comme parties au Mandat.

On ne saurait dire non plus que, comme le Mandat conféré à l'Union sud-africaine devait être exercé par celle-ci « au nom de la Société des Nations », chaque État qui était Membre de la Société est devenu par là partie individuelle à l'acte de Mandat en tant que traité ou convention.

Nous en concluons que tout intérêt que les Membres de la Société des Nations pouvaient avoir dans le Mandat, ou toute participation qu'ils pouvaient avoir au Mandat en tant qu'acte international, procédait uniquement de leur qualité de Membres de la Société des Nations.

\* \* \*

iii) *La Société des Nations ou son Conseil en tant que partie.* — De ce qui précède, on ne peut que conclure que, tous les autres candidats ayant été éliminés, la seule partie au Mandat à part le Mandataire (en admettant que le Mandat fût un traité ou une convention) a été la Société des Nations même ou le Conseil agissant en son nom. Telle est la seule conclusion compatible avec les faits les plus importants — à savoir, que le Mandat a été un acte du Conseil; que c'est le Conseil qui a statué sur ses termes; qu'il était exercé « au nom de la Société des Nations »; qu'en dehors de certains droits spécifiques accordés par des dispositions particulières du Mandat aux « Membres de la Société des Nations » (c'est-à-dire en leur qualité comme tels) toutes les obligations prévues par le Mandat étaient dues à la Société des Nations; et que le Mandat ne pouvait être modifié qu'avec l'autorisation de l'ensemble du Conseil.

La seule question douteuse, à laquelle nous avons fait allusion plus haut, est de savoir si, à cette date, une organisation internationale telle que la Société des Nations et mieux encore un de ses organes tel que le Conseil de la Société auraient été considérés comme possédant une personnalité internationale distincte et la capacité de conclure des traités. Ce doute a peut-être été l'une des considérations qui ont déterminé la forme effectivement prise par le Mandat. Mais, s'il en est ainsi, ce n'est qu'un argument de plus en faveur de la conclusion à laquelle nous avons abouti à propos de la première partie de la première exception préliminaire, à savoir que le Mandat n'a jamais eu de caractère conventionnel — car, si l'on doit éliminer, à l'exception du Mandataire, toutes les entités qui auraient pu être parties au Mandat en tant que traité ou convention (y compris la Société des Nations et son Conseil), on aboutit inévitablement à la conclusion que le Mandat ne constituait pas un accord international (ce dont il n'avait d'ailleurs certainement pas la forme).

As we suggested earlier, doubts about the treaty-making capacity of the League and its Council, coupled with the obvious need for providing the Council with an unimpeachable standing in the matter, and the requirements of Article 22 (8) of the Covenant, may well have been, indeed we believe it was, a factor in the decision to formulate the Mandate as a Resolution of the Council, rather than as a treaty or convention between the Principal Allied and Associated Powers and the Mandatory.

In no other way could the Council be given its proper place. Under a treaty or convention, even if it had made provision for the position of the League and its Council, this position might well have been impossible to assert, in the last resort, except through and with the co-operation of the Powers, and of the Mandatory. Such a situation would have been wholly incompatible with Article 22 of the Covenant, and with the whole concept of the Mandates System.

These can only be speculations. What is quite clear is that if the Mandate was a treaty or convention, the parties, and only parties to it, were the Mandatory and the League or its Council. Since neither League nor Council exist now, the number of parties is less than two, and therefore, *as a treaty or convention*, the Mandate is no longer in force.

There is, further, the fact of the non-registration of the Mandate as a treaty or convention under Article 18 of the Covenant. As previously noticed, this is a strong indication that those concerned did not regard it as having treaty character. But if it *was* a treaty or convention, as the Applicants contend, then its non-registration as such would raise the question, under Article 18, whether it was "binding" in *its character as a treaty or convention*. If it were not, the further question would arise whether a treaty or convention which is "not binding" is, or can be, "in force"<sup>1</sup>.

\* \* \*

*Conclusion on the first preliminary objection:* the conditions requisite to give the Court jurisdiction under Articles 36 and 37 of its Statute are not fulfilled, inasmuch as the Mandate was the act of the League Council and is not and never was a "treaty or convention" (or other form of international agreement); or alternatively, if it was, it is no longer in force as such, as there would now remain only one party—the Mandatory.

---

<sup>1</sup> Even if, as has been suggested, this should not be taken to mean more than is provided for by Article 102, paragraph 2, of the United Nations Charter—namely that an unregistered instrument cannot be *invoked* "before any organs of the United Nations"—the Court is such an organ (see Article 7, paragraph 1, of the Charter).

Comme nous l'avons suggéré plus haut, les doutes concernant la capacité de la Société des Nations et de son Conseil à conclure des traités et la nécessité évidente de donner au Conseil une position inattaquable en la matière, ainsi que les prescriptions du paragraphe 8 de l'article 22 du Pacte, ont pu constituer — et nous sommes pour notre part persuadés que tel a été le cas — un élément dans la décision qui a été prise de donner au Mandat la forme d'une résolution du Conseil plutôt que celle d'un traité ou d'une convention entre les Principales Puissances alliées et associées et le Mandataire.

C'était la seule façon de mettre le Conseil à sa vraie place. Dans un traité ou une convention, même si on avait voulu prévoir la position de la Société des Nations et du Conseil, celle-ci aurait pu se révéler en fin de compte impossible à définir, si ce n'est par l'intermédiaire et avec la coopération des Puissances et du Mandataire. Une situation de ce genre aurait été absolument incompatible avec l'article 22 du Pacte et avec toute la conception du système des Mandats.

Mais cela ne peut être qu'hypothétique. Ce qui ne fait pas de doute, c'est que, si le Mandat a été un traité ou une convention, seuls le Mandataire et la Société des Nations ou le Conseil y étaient parties. Étant donné que ni la Société ni le Conseil n'existent plus, le nombre des parties est réduit à moins de deux et c'est pourquoi, *en tant que traité ou convention*, le Mandat n'est plus en vigueur.

Au surplus, le Mandat n'a pas été enregistré en tant que traité ou convention conformément à l'article 18 du Pacte. Comme nous l'avons noté plus haut, cela montre bien que les intéressés ne considéraient pas que le Mandat eût un caractère conventionnel. Mais, si, comme le prétendent les demandeurs, il a été un traité ou une convention, le défaut d'enregistrement suffirait à poser la question de savoir si, *en tant que traité ou convention*, il était « obligatoire » aux termes de l'article 18. Dans la négative, la question se poserait alors de savoir si un traité ou convention qui n'est pas « obligatoire » est ou peut être « en vigueur »<sup>1</sup>.

\* \* \*

*Conclusion sur la première exception préliminaire* : les conditions nécessaires pour que la Cour soit compétente aux termes des articles 36 et 37 du Statut ne sont pas remplies, en tant que le Mandat a été un acte du Conseil de la Société et qu'il n'est pas et n'a jamais été « un traité ou une convention » (ni un accord international sous une autre forme) ou, subsidiairement, s'il l'a été, qu'il n'est plus en vigueur en tant que tel car il ne compterait plus maintenant qu'une seule partie — le Mandataire.

<sup>1</sup> Même si, comme on l'a prétendu, ce fait ne doit pas signifier plus que ce qui est prévu à l'article 102, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies — à savoir qu'un instrument non enregistré ne peut pas être invoqué « devant un organe de l'Organisation » —, la Cour est l'un de ces organes (voir article 7, paragraphe 1, de la Charte).

## V

## SECOND PRELIMINARY OBJECTION

In the normal course it would be sufficient to rest upon the answer we gave to the first objection. Since however we believe that each of the objections raised by the Respondent stands in the way of the Court assuming jurisdiction, we deem it our duty, in the special circumstances of the case, to express our views on each objection.

There are also special reasons why we should deal with the Second Objection.

Although we are satisfied that the Mandate is not a treaty or convention, in force as such, we recognize, as we have already indicated, that the Mandate had a certain background of consent, as indeed it had to have. We cannot, in recognizing this, do so for the reasons, or with the consequences, adduced in support of the Applicants' contentions. A view which, in the face of most of the evidence, asserts that the Mandate was a treaty, and then seeks to discount the resulting difficulties on the ground that this treaty was *sui generis* or was not an ordinary agreement, confesses it seems to us a lack of cogency. The same may be said of a view which holds the Mandate to be in force today as a treaty or convention, but which is unable to indicate who are now the parties to this treaty or convention, apart from the Mandatory; or which, on the same plea of it being a special case, argues that it is immaterial whether there are any parties or not; or which again, in disregard of legal principle, postulates for certain States a right they only had in a capacity they have lost.

But in any event, the Second Objection raises in a much more direct form than the First, an issue which must always be central to any question of the jurisdiction of the Court, namely the capacity of the Applicant States to invoke the clause alleged to confer jurisdiction on the Court.

\* \* \*

*I. Importance and character of the Second Preliminary Objection*

Since adjudication clauses invariably indicate what are the entities, or classes of entity, entitled to avail themselves of the right to call for a reference to adjudication, the basic question arising on this part of the present case is whether the actual terms of Article 7 permit the Applicants to invoke it; and if not, on what legal basis (if any) they can nevertheless claim to do so. These terms, we would recall, so far as here relevant, are that the Mandatory agrees to submit to adjudication, disputes with "any other Member of the League of Nations".

## V

## DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Normalement, la réponse que nous avons donnée à la première exception devrait suffire. Mais, comme nous pensons que chacune des exceptions soulevées par le défendeur est en soi un obstacle à la compétence de la Cour, nous estimons qu'il est de notre devoir, étant donné les circonstances spéciales de l'affaire, d'exprimer notre opinion sur chacune de ces exceptions.

Il existe aussi des raisons particulières qui nous amènent à traiter de la deuxième exception.

Bien que nous soyons convaincus que le Mandat n'est pas en soi un traité ou une convention en vigueur, nous reconnaissons, comme nous l'avons déjà indiqué, que le Mandat repose, et à juste titre, sur la base d'un certain consentement. Mais notre reconnaissance de ce fait ne se fonde pas sur les raisons avancées à l'appui des allégations des demandeurs et n'entraîne pas les mêmes conséquences. Un argument qui, à l'encontre de la plupart des preuves, soutient que le Mandat était un traité et cherche ensuite à minimiser les difficultés qui résultent de ce raisonnement en disant que ce traité était *sui generis* ou n'était pas « un accord ordinaire » révèle, nous semble-t-il, ses propres faiblesses. Il en va de même de l'argument selon lequel le Mandat serait aujourd'hui un traité ou une convention en vigueur, mais qui ne peut indiquer qui en sont les parties, mis à part le Mandataire; ou qui, tout en alléguant qu'il s'agit d'un cas spécial, prétend que cela n'a pas d'importance qu'il y ait ou non des parties; ou qui, négligeant un principe de droit, postule que certains États jouissent d'un droit qui n'était le leur qu'en vertu d'une qualité qu'ils ont perdue.

Une autre raison, plus impérieuse, est que la seconde exception soulève de façon beaucoup plus directe que la première une question qui doit toujours être au centre de tout problème ayant trait à la compétence de la Cour, à savoir la qualité des États demandeurs pour invoquer la clause qui, selon eux, confère à la Cour sa compétence

\* \* \*

### 1. *Importance et caractère de la deuxième exception préliminaire*

Étant donné que les clauses de règlement judiciaire indiquent invariablement les entités ou catégories d'entités qui sont fondées à se prévaloir du droit de demander à soumettre l'affaire au règlement judiciaire, la question fondamentale qui se pose sur ce point de l'affaire actuelle est de savoir si les termes mêmes de l'article 7 permettent aux demandeurs de s'en prévaloir et, dans la négative, sur quelle base juridique (s'il en est) ils peuvent cependant prétendre avoir le droit de le faire. Nous rappelons que, pour ce qui est de cette question, l'article 7 dispose que le Mandataire accepte que

It is clear that Article 37 of the Statute cannot operate so as to substitute the present Court for the former Permanent Court *in a case in which that Court could not have had jurisdiction*. It does not operate so as to increase jurisdiction. It merely substitutes for a reference to the Permanent Court a reference to this Court. It cannot, and does not, of itself determine whether, in the given case, that Court would in fact have been competent. We must stress this point because, evident though it should be, it does not seem to have been fully appreciated in the present case. A provision like Article 37, which is not specifically directed to the case of Mandates, and relates to a very large number of treaties and conventions of all sorts and kinds, is quite neutral as to whether in any given case an obligation to submit to adjudication does exist. *Whether* the obligation exists in any given case, or not, depends on the adjudication clause alleged to create it (in this case Article 7 of the Mandate)<sup>1</sup>, which such a provision as Article 37 can neither add to nor alter. Failing any express provision to that effect, and there is none, Article 37 could only operate so as to confer on the present Court the *pre-existing* competence—whatever that was—of the Permanent Court, and not so as to confer a different or more extensive competence. Moreover Article 37 could not of itself determine whether any competence at all existed.

One may accept unreservedly that the present Court is, within the limits of Article 37, substituted to the fullest possible extent for the former Permanent Court, to exercise any jurisdiction which that Court could, in its day, have exercised. The question would still remain in any given case; could the Permanent Court itself have exercised that jurisdiction? In our view, it could not and would not have done so under Article 7 of the Mandate, except at the instance of a Member of the League of Nations—a quality not attaching to the present Applicants. It is, in our view, so evident both that the present International Court cannot exercise a jurisdiction which the former Permanent Court could not, in its day, have exercised, and that in fact the Permanent Court could not then have assumed jurisdiction in proceedings brought against the Mandatory by a non-Member of the League, that little more should be necessary to be said on this part of the case.

<sup>1</sup> It is the *scope* of the Mandatory's obligation to submit to adjudication which is governed by Article 7. An unlimited obligation to submit to adjudication is almost unheard of. Practically every adjudication clause contains conditions and limitations of some kind. A very frequent, almost invariable one, is a limitation as to the class of State or entity which can invoke the clause. In the case of treaties, the right is normally restricted to the parties to the treaty; and in the case of instruments not of a treaty character, framed by or under the auspices of an international organization, the normal limitation is to States Members of the organization concerned.

tout différend qui viendrait à s'élever entre lui et « un autre Membre de la Société des Nations » soit soumis au règlement judiciaire.

Il est clair que l'article 37 du Statut ne peut avoir pour effet de substituer la Cour actuelle à l'ancienne Cour permanente *dans une affaire où celle-ci n'aurait pas eu compétence*. Il n'a pas pour effet d'élargir la compétence. Il remplace simplement le renvoi à la Cour permanente par le renvoi à la Cour actuelle. Cet article ne détermine pas, et ne peut déterminer par lui-même, si dans le cas donné la Cour permanente aurait été effectivement compétente. Nous devons insister sur ce point parce que, si évident qu'il soit, il ne paraît pas avoir été pleinement apprécié en l'espèce. Une disposition telle que l'article 37, qui ne vise pas expressément le cas des Mandats mais se rapporte à toute sorte ou toute espèce de très nombreux traités ou conventions, est absolument neutre quant à savoir si, dans un cas donné, il existe une obligation de se soumettre au règlement judiciaire. *Le point de savoir si* l'obligation existe ou non dans un cas donné dépend de la clause de règlement judiciaire qui l'aurait créée (en l'espèce l'article 7 du Mandat)<sup>1</sup>, clause à laquelle l'article 37 ne peut ni ajouter ni changer quoi que ce soit. A défaut d'une disposition expresse en ce sens, et il n'y en a pas, l'article 37 ne peut que conférer à la Cour actuelle la compétence *pré-existante* — quelle qu'elle ait pu être — de la Cour permanente et ne saurait conférer une compétence différente ou plus étendue. Au surplus, il ne peut par lui-même déterminer s'il existe une compétence quelconque.

On peut admettre sans réserve que la Cour actuelle, dans le cadre de l'article 37, se substitue autant que possible à l'ancienne Cour permanente dans l'exercice de toute compétence que cette dernière aurait pu exercer en son temps. Mais la question se pose quand même dans tout cas d'espèce: la Cour permanente elle-même aurait-elle pu exercer sa compétence? A notre avis, elle ne pouvait le faire et ne l'aurait fait en vertu de l'article 7 du Mandat que sur l'instance d'un Membre de la Société des Nations — qualité que ne possèdent pas les demandeurs en l'espèce. Il est si évident, pensons-nous, que l'actuelle Cour internationale ne peut exercer une compétence que l'ancienne Cour permanente n'aurait pas pu exercer en son temps, et qu'en fait la Cour permanente n'aurait pas pu se déclarer compétente dans une instance ouverte contre le Mandataire par un État non membre de la Société des Nations, qu'il n'est guère nécessaire d'en dire plus sur cet aspect de l'affaire.

<sup>1</sup> C'est l'article 7 du Mandat qui régit la *portée* de l'obligation du Mandataire de se soumettre au règlement judiciaire. Une obligation illimitée de se soumettre au règlement judiciaire est presque sans précédent. En pratique, toute clause de règlement judiciaire contient des conditions et des restrictions quelconques. L'une d'elles, très fréquente et presque invariable, est une limitation quant à la catégorie d'États ou d'entités qui peuvent invoquer la clause. Dans le cas des traités, le droit est normalement limité aux parties à ces traités et, dans le cas d'instruments non conventionnels établis par une autorité internationale ou sous ses auspices, la limitation normale est la qualité d'État Membre de l'organisation intéressée.

In the present proceedings what the Court has done—in our view without legal justification—is to consider the matter on the footing of what jurisdiction the Permanent Court could and would have exercised if it was still functioning *now*—that is to say on the assumption that the League of Nations was duly dissolved in 1946, but that the Permanent Court had survived and was here and now sitting and hearing the present case. This is of course to beg the whole question at issue, and to disregard the fact that Article 37 could do no more than operate so as to give the present Court jurisdiction in a case in which the Permanent Court would have had jurisdiction. This necessarily presupposes a case arising at a time when the Permanent Court was in existence, for a non-existent Court can obviously have no jurisdiction at all. If the Permanent Court was still functioning, there would have been no need to substitute the present Court for it. If the present Court has been substituted for the former Court, it is because the latter was and is not any longer functioning. Hence the jurisdiction which the present Court “inherits” (so to speak) from the former Court is the jurisdiction which the former Court *actually was empowered to exercise when it was functioning*—that is to say the jurisdiction which then fell within the scope of its competence. This did not include proceedings purported to be brought under Article 7 by non-Members of the League, under which category the Applicants fall.

In our view this is conclusive so far as the Second Preliminary Objection is concerned, and strictly incontrovertible. Nevertheless, we will consider the matter on the basis of whether the Permanent Court, if it had survived the dissolution of the League, and were here and now sitting, would be competent to hear and determine the Applications now before the Court.

\* \* \*

What the Court is called upon to consider in this part of the case is the claim made on behalf of the Applicant States, that although they are no longer Members of the League, because the League itself has been dissolved, nevertheless as former Members, that is, as States who were Members at the date of its dissolution, they should be deemed to have retained, or still to possess, the right to invoke Article 7.

We propose to begin by considering whether the kind of transformation or metamorphosis involved by the Applicants' claim, as just stated, could possibly be admitted on the actual language of Article 7, or by any legitimate process of “interpretation” of it. We shall later consider whether such a transformation could be postulated on the basis of any process of presumption or implication derived from circumstances lying outside Article 7 itself, or

Au cours de la présente procédure, la Cour — selon nous, sans raison valable en droit — a considéré la question sur la base de la compétence que la Cour permanente aurait pu exercer et aurait exercée si elle était encore en fonction *aujourd'hui* — c'est-à-dire si la Société des Nations avait été dûment dissoute en 1946 mais que la Cour permanente avait survécu et siégeait actuellement pour connaître de la présente affaire. Or, cela équivaut à faire une pétition de principe et à négliger le fait que l'article 37 ne peut avoir d'autre effet que de donner compétence à la Cour actuelle dans une affaire que la Cour permanente aurait été habilitée à juger. Cela présuppose nécessairement une affaire née à l'époque de la Cour permanente, car une Cour non existante ne saurait évidemment avoir une compétence quelconque. Si la Cour permanente fonctionnait encore, il n'aurait pas été nécessaire de la remplacer par la Cour actuelle. Si la Cour actuelle a remplacé l'ancienne Cour, c'est parce que cette dernière fonctionnait et qu'elle ne fonctionne plus. Donc ce que la Cour actuelle « a hérité » (pour ainsi dire) de l'ancienne Cour c'est la compétence que l'ancienne Cour *était en fait habilitée à exercer lorsqu'elle fonctionnait* — c'est-à-dire la compétence qui rentrait alors dans le cadre de sa juridiction. Elle ne s'étendait pas à une instance prétendument intentée aux termes de l'article 7 par des États non membres de la Société des Nations, catégorie à laquelle appartiennent les demandeurs.

A notre avis ce raisonnement est concluant et strictement incontestable en ce qui concerne la deuxième exception préliminaire. Nous allons néanmoins considérer maintenant la question en nous demandant si la Cour permanente, en supposant qu'elle ait survécu à la dissolution de la Société des Nations et qu'elle siège encore, serait compétente pour connaître et juger des requêtes présentées actuellement à la Cour.

\* \* \*

Dans cette partie de l'affaire, la Cour est appelée à examiner la thèse présentée au nom des États demandeurs d'après laquelle, bien qu'ils ne soient plus Membres de la Société des Nations depuis sa dissolution, ils doivent néanmoins être considérés comme ayant conservé ou comme possédant encore le droit d'invoquer l'article 7 en tant qu'anciens Membres de cette Société, c'est-à-dire en tant qu'États Membres à la date de sa dissolution.

Nous nous proposons d'examiner d'abord si l'espèce de transformation ou de métamorphose impliquée par la thèse des demandeurs comme il vient d'être indiqué a la moindre possibilité d'être admise sur la base des termes mêmes de l'article 7 ou par voie d'« interprétation » légitime de cet article. Nous examinerons plus loin si cette transformation peut être admise sur la base d'une présomption ou d'une conséquence implicite quelconque découlant de

on the basis of the application of some general principle of law operating to effect such transformation.

\* \* \*

## 2. *The interpretation of Article 7*

### (a) *The actual language of the Article*

We shall assume as our starting point something which we shall demonstrate more fully later, namely that, in the absence of express provision to the contrary, rights conferred on or exerciseable by a person or entity in a specified capacity, or as a member of a specified class, cannot be exercised in another capacity, or as a member of another class, or continue to be exercised if the specified capacity is lost or membership of the class ceases.

Thus, rights conferred on State A as a Member of the League, or simply on "Members of the League" (State A happening to be or become a Member) were not, and could not be rights conferred individually on State A as such, which State A could thenceforth retain *indefinitely*, without limitation of time, irrespective of its relationship to, or of the very existence of the League<sup>1</sup>.

The fundamental issue of principle raised by the second preliminary objection is therefore: on what grounds, if any, can States invested with rights as, and only as, members of a class, claim those rights in their individual capacity (no longer being members of that class, or that class having ceased to exist), or as members of another and different class?

Lord McNair (as he now is) was the only Member of the Court in the 1950 case who specifically considered this issue in that form, and he, in effect, set aside the class basis of the right conferred by Article 7, holding that the mention of membership of the League constituted only a *description* of the States entitled to exercise the right, and was not a *condition* of its exercise. It did not mean "so long as the League exists and they are Members of it" (*I.C.J. Reports 1950*, at p. 159.) In short, his view, to paraphrase it a little, was that a State must, of necessity, no longer be a member of a now non-existing organization, but this did not matter so long as it could still be *identified* as a State that was invested with the right when the organization still existed.

---

<sup>1</sup> Even as a matter of ordinary logic, it is clear that rights conferred expressly on members of a class, as such, are not thereby conferred on them as individuals.

circonstances extérieures à l'article 7 même ou par application d'un principe général de droit ayant pour effet d'opérer pareille transformation.

\* \* \*

## 2. *Interprétation de l'article 7*

### a) *Les termes mêmes de l'article*

Comme point de départ nous adopterons l'hypothèse, que nous démontrerons plus amplement par la suite, selon laquelle, à défaut de disposition expresse en sens contraire, les droits qui ont été conférés à une personne ou à une entité, ou qui peuvent être exercés par celles-ci, en une qualité donnée ou en tant que membre d'une catégorie donnée, ne peuvent ni être exercés en une autre qualité ou comme membres d'une autre catégorie ni continuer à être exercés en cas de perte de la qualité spécifiée ou de cessation de l'appartenance à la catégorie spécifiée.

Ainsi, les droits conférés à un État A comme membre de la Société des Nations, ou simplement « aux Membres de la Société des Nations » (l'État A étant ou devenant l'un de ses Membres), n'étaient pas, et ne pouvaient être, des droits conférés individuellement à l'État A comme tel et susceptibles d'être conservés par cet État *indéfiniment*, sans limitation de temps, indépendamment de ses rapports avec la Société des Nations ou de l'existence même de celle-ci<sup>1</sup>.

La question de principe fondamentale posée par la deuxième exception préliminaire est donc la suivante: pour quel motif, s'il en est, des États investis de droits en leur qualité de membres d'une catégorie, et uniquement en cette qualité, pourraient-ils invoquer ces droits à titre individuel (alors qu'ils ne sont plus membres de cette catégorie ou que celle-ci a cessé d'exister) ou en qualité de membres d'une autre catégorie distincte?

Lord McNair (tel est maintenant son titre) a été en 1950 le seul Membre de la Cour à considérer spécialement cette question sous cette forme et il a, en fait, mis de côté le principe d'après lequel le droit conféré par l'article 7 serait fondé sur une catégorie, jugeant que la mention de la qualité de Membre de la Société des Nations n'était qu'une *description* des États fondés à exercer ce droit et non pas une *condition* de son exercice. Cette mention ne signifiait pas « tant que la Société des Nations existera et qu'elle comptera des Membres » (*C. I. J. Recueil 1950*, p. 159). En résumé, pour paraphraser quelque peu son idée, un État, nécessairement, ne peut plus être membre d'une organisation qui n'existe plus aujourd'hui, mais cela n'a pas d'importance si on peut encore l'*identifier* comme un État qui était investi du droit en question alors que l'organisation existait encore.

<sup>1</sup> Du point de vue même de la simple logique, il est clair que les droits conférés expressément aux membres d'une catégorie, comme tels, ne leur sont pas pour autant conférés à titre individuel.

It is, naturally, with diffidence that we feel bound, for reasons which will appear, to differ from this distinguished Judge. Lord McNair's opinion was indeed an attempt, the only one which has ever been made, to reconcile such a claim as that of the present Applicants with the actual language of Article 7. But it appears to us to have overlooked the fact that Article 7 was never intended to apply to any particular States as *States*. Nobody knew in 1920 what the exact membership of the League would be, or what it would remain. This membership might, and did, vary periodically a good deal. It was a shifting membership. At one time it might comprise States A, B and C; at another A and B might have dropped out, and D and E have come in. This kind of thing occurred from time to time. Article 7 was not intended to apply to any of these States, A, B, C, D, or E, *as such*. It was intended to apply to any State which, at any given moment was—and only if and so long as it was—a Member of the League. It was not intended to apply otherwise. Therefore, if Article 7 conferred a right on Ethiopia and Liberia, the present Applicants, it was solely as a consequence of the fact that they happened to fulfil the criterion specified, namely membership of the League. Otherwise they would not have had this right.

Consequently there can, in our opinion, be no doubt at all that during the lifetime of the League, membership *was* a condition, and that the Permanent Court would have held itself incompetent to adjudicate in the case of a dispute between the Mandatory and a non-Member. An analogy is afforded by the fact that when Germany, before she became a Member of the League, claimed (as a Party to the Treaty of Versailles in which the Covenant and Article 22 were embodied) to be entitled to intervene about the administration of a former German territory under Belgian Mandate, the German complaints were not answered by the League Council, and Belgium as Mandatory stated that all such matters were "within the exclusive competence of the League of Nations"<sup>1</sup>.

Similarly, we entertain no doubt, and we do not think there can be any doubt, that a country such as, for instance, Brazil, which was a Member of the League at first, but subsequently left it, thereupon lost its rights under Article 7, and that the Permanent Court would have declared itself incompetent in any proceedings brought by Brazil under that provision.

What then would be the difference in principle between such a case as Brazil's and that of the Applicant States in these proceedings? It may be suggested that a difference arises out of the different

<sup>1</sup> *League of Nations Official Journal*, VIII, pp. 316-317.

C'est naturellement avec hésitation que nous nous sentons obligés, pour des raisons qui apparaîtront plus bas, d'être d'un autre avis que ce juge éminent. Lord McNair a fait là une tentative, la seule qui ait jamais été faite, de réconcilier avec les termes mêmes de l'article 7 une thèse comme celle que soutiennent les actuels demandeurs. Mais il a négligé, nous semble-t-il, le fait que l'article 7 n'a jamais été destiné à s'appliquer à des États particuliers en tant qu'*États*. Nul ne savait en 1920 quels seraient exactement les Membres de la Société des Nations, ni ce qu'il en adviendrait. Leur liste pouvait changer considérablement avec le temps et c'est ce qui s'est passé. Cette liste était variable. Elle pouvait à un moment donné comprendre des États A, B et C; à un autre, les États A et B pouvaient en être rayés et des États D et E y être inscrits. C'est ce qui s'est produit de temps à autre. L'article 7 n'était pas destiné à s'appliquer à l'un quelconque de ces États A, B, C, D ou E *comme tel*. Il était destiné à s'appliquer à tout État qui serait à un moment donné Membre de la Société des Nations — et cela seulement s'il était Membre de la Société, mais aussi longtemps qu'il le serait. On n'avait pas envisagé de l'appliquer autrement. C'est pourquoi, si l'article 7 a conféré un droit à l'Éthiopie et au Libéria, actuels demandeurs, c'est uniquement en tant qu'ils ont satisfait au critère indiqué: être Membre de la Société des Nations. Sans quoi ils n'auraient pas eu ce droit.

A notre avis, il ne saurait par conséquent faire de doute que, pendant l'existence de la Société des Nations, la qualité de Membre *était* une condition et que la Cour permanente se serait déclarée incompétente pour trancher un différend entre le Mandataire et un État non membre. Un cas analogue s'est présenté quand, avant de devenir Membre de la Société des Nations, l'Allemagne a réclamé (en qualité de partie au traité de Versailles dans lequel étaient incorporés le Pacte et l'article 22) le droit d'intervenir à propos de l'administration d'un ancien territoire allemand sous Mandat belge: le Conseil de la Société des Nations n'a pas répondu aux réclamations allemandes et la Belgique, en tant que Mandataire, a répondu que toutes ces questions « sont de la seule compétence de la Société des Nations »<sup>1</sup>.

De même, nous ne doutons pas — et nous ne pensons pas qu'il puisse y avoir le moindre doute à ce sujet — qu'un pays, comme par exemple le Brésil, qui avait tout d'abord été Membre de la Société des Nations pour la quitter ensuite, avait perdu les droits qu'il détenait de l'article 7, et que la Cour permanente se serait déclarée incompétente si le Brésil avait introduit une instance aux termes de cette disposition.

Dans ces conditions, quelle différence y aurait-il en principe entre un cas comme celui du Brésil et celui des États demandeurs dans les présentes instances? On pourrait prétendre que la différence tient

<sup>1</sup> Société des Nations, *Journal officiel*, VIII, pp. 316-317.

manner in which League membership was terminated. Strictly speaking, of course, the particular reason why the specified capacity, or membership of the specified class is lost, is quite irrelevant. The fact alone suffices. However, we will deal with the point. Brazil, it may be said, voluntarily and deliberately left the League, and therefore obviously could not continue to enjoy the same rights as before; whereas the Applicant States did not renounce their membership—they lost it. The League came to an end, and therefore they necessarily ceased to be members of it. But it has to be asked, why did the League come to an end? It did not simply lapse. The answer is, of course, that it came to an end by the act of the Applicants themselves in joining with the other Members of the League to dissolve it. Even if it had been the case that the League came to an end for reasons quite outside its Members' control, and contrary to their will, the fact of the cessation of the status and capacity of League membership would have remained. But even this is not the case. Termination was the act of the Members of the League themselves. Moreover, although, as the Record shows, the case of the mandated territories was fully considered both at San Francisco when the United Nations was founded, and at Geneva when the League was dissolved, no provision was made to meet the type of case which has now arisen. For reasons which will appear later, we reject the view either that this was due to a mere oversight, or that such provision was in fact implicitly made in the course of the final debates at Geneva and by the League resolution concerning mandated territories of April 18, 1946.

It seems to us, therefore, that the action of the Applicant States in joining to bring about the cessation of their League membership was fully as voluntary and deliberate as Brazil's; and we can only see a difference of method between the two cases. We consider that the Applicants, by divesting themselves of their League membership, without making provision for the position thus created in relation to Article 7 of the Mandate, put an end to their rights under that provision, just as completely as Brazil did.

Even if the matter is placed on the basis that the Members of the League, whether or not actually parties to the Mandate, were granted specific third-party or third-State rights by Article 7, the difficulty remains. Even if there are principles of third-State law which might otherwise cause those rights to survive, they can only survive according to their terms. The States concerned having, by their own act, divested themselves of the capacity in which they enjoyed these rights, can no longer claim them, even on a third-

à la manière selon laquelle a pris fin l'appartenance à la Société des Nations. A strictement parler, sans doute, la raison particulière qui est à l'origine de la perte de la qualité spécifiée ou de la cessation de l'appartenance à la catégorie spécifiée est sans pertinence. Le fait même suffit. Toutefois, nous allons traiter de ce point. On peut dire que le Brésil a quitté la Société des Nations volontairement et délibérément et qu'en conséquence il ne pouvait évidemment continuer à jouir des mêmes droits que dans le passé, alors que les États demandeurs n'ont pas renoncé à leur qualité — mais l'ont perdue. La Société des Nations ayant pris fin, ils ont nécessairement cessé d'en être Membres. Mais il faut se demander pourquoi la Société a pris fin. Elle ne s'est pas simplement écroulée. La réponse est évidemment qu'elle a pris fin du fait des demandeurs eux-mêmes, qui se sont joints aux autres Membres de la Société pour la dissoudre. Même si la Société des Nations avait pris fin pour des raisons échappant absolument au contrôle de ses Membres et contrairement à leur volonté, le statut et la capacité s'attachant à la qualité de Membre de la Société n'en seraient pas moins devenus caducs. Mais tel n'a pas été le cas. Ce sont les Membres de la Société des Nations eux-mêmes qui ont mis fin à leur qualité de Membres. De plus, bien que la question des territoires sous Mandat ait été pleinement considérée tant à San Francisco, lors de la création des Nations Unies, qu'à Genève, lors de la dissolution de la Société des Nations, ainsi que le montre le dossier, aucune disposition n'a été prise pour faire face à une situation du genre de celle qui se présente actuellement. Pour des raisons que nous indiquerons plus loin, nous n'acceptons ni qu'il se soit agi là d'une simple omission, ni qu'une disposition en ce sens ait été implicitement prise au cours des derniers débats de Genève et dans la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946 concernant les territoires sous Mandat.

Il nous semble donc qu'en se joignant aux autres États pour mettre fin à leur qualité de Membres de la Société des Nations, les États demandeurs ont accompli un acte tout aussi volontaire et délibéré que celui du Brésil; entre les deux cas, nous ne pouvons voir qu'une différence de méthode. Nous considérons qu'en se dépouillant eux-mêmes de leur qualité de Membres de la Société des Nations, sans prendre de dispositions quant à la situation ainsi créée en ce qui concernait l'article 7 du Mandat, les demandeurs ont mis fin aux droits que leur conférait cet article, tout aussi complètement que le Brésil.

Même si l'on part de l'idée que les Membres de la Société des Nations, qu'ils fussent effectivement parties au Mandat ou non, se sont vu conférer par l'article 7 les droits spécifiques de tierces parties ou d'États tiers, la difficulté demeure. Même s'il existe des principes de droit applicables aux États tiers qui pourraient, par ailleurs, permettre à ces droits de survivre, ils ne peuvent survivre que selon leurs termes. S'étant de leur propre fait dépouillés de la qualité en vertu de laquelle ils jouissaient de ces droits, les États en question

State basis; for no doctrine of third-State rights can extend to enabling third States to continue to claim rights they have themselves, in effect, renounced.

\* \* \*

(b) *Application of the general principles of law relative to capacity*

In case the view stated above is thought to be unduly strict, we would draw attention to the universally received general principle of law—one essential to the orderly conduct of affairs—that rights available to a person or entity in one capacity, do not remain available in another capacity—or if the first capacity comes to an end—unless special arrangements have been made to produce this result. This is constantly seen in the sphere of private law. Trustees, administrators, curators, legal guardians, etc., have certain particular rights appertaining to their status in these capacities. The moment such a status ceases, rights which are attached to the status, and do not exist independently of it, also cease to exist. Similarly, powers or faculties may be enjoyed in a specified capacity. A change over to another status or capacity, or simply continued existence as an individual, cannot carry with it the retention of rights enjoyed in a previous capacity. In the same way, the mere fact that the Applicant States in this case continue to exist as *States*; or that, instead of being Members of the League, they are now Members of the United Nations, gives them in itself—in the absence of special arrangements to the contrary—no right at all, especially after they have themselves terminated their League membership, to continue to invoke a provision available only to Members of the League.

It would hardly seem necessary to insist on such an elementary point. Yet insist we must, since in our view it has been in substance ignored by the Court. For instance, much has been heard in this case of what might be called the “policing the Mandate” aspect of Article 7. But could it seriously be suggested in every-day life that if a police force is disbanded, its ex-members can still go on exercising their former police functions? This would seem to be an extraordinary notion for any Court of law to endorse. If the former Members of the League had any “police” functions under Article 7, it was as Members of the police force which was the League—a force now disbanded and dissolved.

Moreover—and this is not without its significance—it is not the case, even if it were legally relevant, that the substance of the

ne peuvent plus les invoquer, même à titre d'États tiers; en effet, aucune doctrine relative aux droits des États tiers ne saurait aller jusqu'à permettre à ces derniers de continuer à invoquer des droits auxquels ils ont eux-mêmes effectivement renoncé.

\* \* \*

b) *L'application des principes généraux du droit relatifs à la qualité*

Au cas où l'opinion que nous venons d'énoncer serait considérée comme trop stricte, nous voudrions attirer l'attention sur le principe général de droit universellement reconnu — et essentiel au bon ordre des choses — d'après lequel les droits dont dispose une personne ou une entité en une certaine qualité ne demeurent pas à sa disposition en une autre qualité — ou après la perte de la première qualité — à moins que des arrangements spéciaux n'aient été pris à cette fin. C'est ce que l'on voit constamment dans le domaine du droit privé. Les *trustees*, administrateurs, curateurs, tuteurs légaux, etc. jouissent de certains droits particuliers se rapportant à leur statut en ces qualités. Dès que ce statut cesse, les droits qui y sont attachés et qui n'existent pas indépendamment deviennent également caducs. Ou encore, certains pouvoirs ou facultés peuvent être attachés à une qualité donnée. Le fait d'acquérir un autre statut ou une autre qualité, ou simplement de continuer à exister comme individu, ne saurait permettre de conserver les droits inhérents à l'ancienne qualité. De même, le simple fait que les États demandeurs continuent à exister comme *États*, ou qu'ils soient aujourd'hui Membres des Nations Unies au lieu de l'être de la Société des Nations, ne leur donne en soi — en l'absence de dispositions spéciales en sens contraire — aucun droit, d'autant moins qu'ils ont eux-mêmes mis fin à leur qualité de Membres de la Société des Nations, à continuer d'invoquer une disposition dont les Membres de la Société des Nations pouvaient seuls se prévaloir.

Il paraît à peine nécessaire d'insister sur un point aussi élémentaire. Toutefois nous devons le faire car, à notre avis, la Cour l'a ignoré en substance. Par exemple, on a beaucoup entendu parler dans ces affaires de l'aspect « police du Mandat » que présente l'article 7. Mais, pour prendre un exemple de la vie de tous les jours, peut-on sérieusement prétendre que, lorsqu'une force de police est licenciée, ses anciens membres peuvent continuer à exercer leurs anciennes fonctions de police? Il serait bien extraordinaire qu'aucun tribunal sanctionne cette idée. Si les anciens Membres de la Société des Nations ont jamais eu des fonctions de « police » aux termes de l'article 7, c'était en tant que membres de la force de police que représentait la Société — force qui est maintenant dispersée et dissoute.

Au surplus — et ce point n'est pas sans signification — il n'est pas vrai, même si cela était pertinent en droit, que l'obligation du

Mandatory's obligation would remain unaltered if this were now owed to former Members of the League. This is because of the different consequences that may result from a Judgment of the present Court, as compared with the Permanent Court, having regard to Article 94, paragraph 2, of the United Nations Charter.

Whatever the comparison between that Article and Article 13 (4) of the Covenant, it is evident that there are substantial differences between the two Articles. It is hardly appropriate to develop these differences here; it is sufficient to say that in our opinion, not only are the consequences that may flow from Article 94 (2) of the Charter different from those which could have resulted from Article 13 (4) of the Covenant, but they could be more onerous in character. Moreover, the Council was bound by the unanimity rule. Furthermore, under the Covenant it was for the Council, and for it alone, to initiate what action, if any, it would propose, whereas the effect of Article 94 (2) of the Charter is to invest the judgments of the present Court with a backing of possible sanctions or enforcement action at the instance of a State in whose favour judgment has been pronounced. If, therefore, the Mandatory is still under an obligation, by virtue of the combined effect of Article 37 of the Statute and Article 7 of the Mandate, it is one that, potentially, has different and more burdensome consequences than before. Thus to say that the Mandatory is not being asked to submit to anything more than it would have had to submit to in the days of the League is clearly incorrect; and this situation, in our opinion, constitutes an absolute bar to any extension or perpetuation of the Mandatory's obligations under Article 7, above and beyond its actual language, unless this can be justified beyond possibility of reasonable doubt on the basis of some applicable principle of legal interpretation or general rule of law, particularly since it is reasonably evident, we think that it is precisely in order to bring Article 94 of the Charter into play that the present proceedings have been brought.

\*

Since, in our view, the position is quite clear on the basis of the actual language of Article 7, and of the ordinary law as to capacity, we turn next to the question whether there is any applicable principle of interpretation which would justify a different conclusion. Two may be suggested: the principle of "maximum effect", and the principle of the "presumed intentions of the parties".

\* \* \*

(c) *The principle of "maximum effect"*

This principle is one which can be employed in order to give as full a scope to a provision as is *reasonably* consistent with its

Mandataire resterait en substance la même si elle était due maintenant aux anciens Membres de la Société. Cela tient aux conséquences différentes qu'un arrêt de la présente Cour peut avoir par rapport à un arrêt de la Cour permanente, eu égard à l'article 94, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies.

De quelque manière que l'on compare cet article et l'article 13, paragraphe 4, du Pacte, il est évident qu'il y a entre eux des différences substantielles. Il n'y a pas lieu de développer ici ces différences; il suffit de dire que, à notre avis, non seulement les conséquences qui peuvent découler de l'article 94, paragraphe 2, de la Charte sont différentes de celles qui auraient pu résulter de l'article 13, paragraphe 4, du Pacte, mais elles pourraient être plus lourdes. De plus, le Conseil était lié par la règle de l'unanimité. En outre, c'était au Conseil et à lui seul qu'appartenait, aux termes du Pacte, l'initiative des mesures éventuelles qu'il proposait, alors que l'effet de l'article 94, paragraphe 2, de la Charte est de conférer aux arrêts de la présente Cour l'appui de la possibilité de sanctions ou de mesures d'exécution sur l'instance de l'État en faveur duquel le jugement a été prononcé. Si donc le Mandataire est encore lié par une obligation, il s'y attache virtuellement, sur la base de l'effet combiné de l'article 37 du Statut et de l'article 7 du Mandat, des conséquences différentes et plus lourdes qu'auparavant. Ainsi, il est tout à fait inexact de dire que l'on n'a pas demandé au Mandataire d'accepter une obligation plus lourde que celle à laquelle il aurait dû se soumettre au temps de la Société; et cette situation constitue à notre avis un obstacle absolu à toute extension ou perpétuation des obligations du Mandataire d'après l'article 7 au-dessus et au-delà des termes véritables de cet article, à moins que cela ne puisse se justifier, sans laisser la place au moindre doute, sur la base d'un principe d'interprétation juridique applicable ou d'une règle générale de droit, d'autant qu'il est raisonnable, selon nous, de penser que c'est précisément en vue de faire jouer l'article 94 de la Charte que la présente action a été intentée.

\*

Puisqu'à notre avis la situation est tout à fait claire sur la base des termes mêmes de l'article 7 et des règles ordinaires de droit en matière de qualité, la question se pose maintenant de savoir s'il existe un principe d'interprétation applicable qui justifierait une conclusion différente. On en peut suggérer deux: le principe de « l'effet maximum » et celui de « l'intention présumée des parties ».

\* \* \*

c) *Le principe de « l'effet maximum »*

Ce principe peut être utilisé pour donner à une disposition la plus grande portée *raisonnablement* compatible avec son texte et avec

language, and with the general circumstances of the case; but only if such an interpretation would be so consistent. It cannot be employed to "re-write" a provision in a manner positively inconsistent with, or even actually contrary to what it says. Equally, its application must be excluded if the circumstances are such as to evidence a complete lack of any basis for the interpretation that would result. We shall show later, in dealing with the facts relative to the dissolution of the League, why we think that this is precisely what the circumstances do show. For the moment we will merely point out what the interpretation contended for by the Applicants would really involve, for it is our view that before the principle of "maximum effect" may with legal propriety be applied, one must be prepared to write out the changes that would be required in the provision concerned, if it had originally been drafted so as expressly to produce the effect contended for; and having done that, to consider whether the result remains within the bounds of what can reasonably be regarded as legitimate "interpretation", or whether it goes beyond that, and amounts to a revision or quasi-legislative "rectification" of the provision in question.

In the present case, the interpretation the Applicant States contend for could have been effected expressly by changes in either Article 7 of the Mandate or in Article 37 of the Statute. Changes in Article 7, *expressed* in its terms, could only have been effected at the time when Article 7 was drafted, and must be considered on that basis. Two possible methods may be envisaged. One would have been to replace the phrase "another Member of the League of Nations" by "any other State" or "any other interested State" or "any other State which at any time is or has been a Member of the League". We consider that the chances of the Mandatory, or for that matter any of the Mandatories, having been willing in 1920 to accept any such sweeping wording—even if anyone had suggested it—can be regarded as negligible.

Alternatively, the result contended for could have been achieved by adding after the words "another Member of the League of Nations", some such phrase as "or, should the League at any time be dissolved, any State which was a Member at the date of dissolution". In the next following subsection we shall give our reasons for holding that it is quite out of the question that any such language should have been employed in 1920.

As regards Article 37 of the Statute, what would be necessary would be to suppose that it had contained (and to read it as containing) an additional paragraph running somewhat as follows:

"Whenever any such treaty or convention provides for the reference to adjudication of disputes between Members of the League of Nations, it shall, in the event of, and notwithstanding, the dissolution of the League, be deemed to relate to disputes between States who were Members of the League at the date of its dissolution."

les circonstances générales de l'espèce; mais seulement si une telle interprétation est compatible avec ce texte et ces circonstances. On ne saurait l'employer pour « récrire » une disposition d'une manière nettement incompatible avec son texte, ou même effectivement contraire à celui-ci. De même, son application doit être écartée si les circonstances prouvent l'absence complète de toute base pour l'interprétation qui en résulterait. Nous montrerons plus loin, à propos des faits relatifs à la dissolution de la Société des Nations, pourquoi nous pensons que c'est exactement ce que montrent les circonstances. Pour le moment, nous soulignerons simplement ce que peut entraîner réellement l'interprétation proposée par les demandeurs; car, selon nous, avant de pouvoir appliquer en droit le principe de « l'effet maximum », il faut être prêt à formuler les changements que la disposition en cause exigerait si elle avait été rédigée à l'origine de façon à produire expressément l'effet voulu, et, cela fait, considérer si le résultat reste dans les limites de ce que l'on peut raisonnablement qualifier d'« interprétation » légitime ou s'il dépasse ces limites et équivaut à une revision ou à une « rectification » quasi législative de la disposition en question.

En l'espèce, l'interprétation défendue par les États demandeurs aurait pu être effectuée expressément par des modifications soit de l'article 7 du Mandat soit de l'article 37 du Statut. Des modifications de l'article 7 *exprimées* dans les termes de cet article n'auraient pu être effectuées qu'au moment de la rédaction de l'article 7, et c'est sur cette base qu'il faut les considérer. On peut envisager deux méthodes possibles. L'une aurait consisté à remplacer les mots « un autre Membre de la Société des Nations » par « un autre État » ou « tout autre État intéressé » ou « tout autre État qui est ou a été à un moment quelconque Membre de la Société des Nations ». Nous estimons que les chances de voir en 1920 le Mandataire, ou sur ce point n'importe quel Mandataire, disposé à accepter un libellé aussi radical — si quelqu'un l'avait suggéré — eussent été négligeables.

L'autre méthode d'obtenir le résultat voulu aurait consisté à ajouter après les mots « un autre Membre de la Société des Nations » une phrase telle que « ou, si la Société vient à être dissoute à un moment quelconque, tout État qui en sera Membre à cette époque ». Dans la prochaine section nous expliquerons pourquoi nous pensons qu'il est absolument impossible que des termes de ce genre aient pu être employés en 1920.

En ce qui concerne l'article 37 du Statut, il faudrait supposer qu'il eût contenu (et le lire comme s'il contenait) un paragraphe supplémentaire rédigé à peu près comme ceci :

« Lorsqu'un traité ou convention prévoit le renvoi au règlement judiciaire de différends entre les Membres de la Société des Nations, il sera considéré, en cas de dissolution de la Société et en dépit de cette dissolution, comme visant les différends entre des États qui étaient Membres de la Société à la date de sa dissolution. »

It is our considered opinion that those who drew up the revised Statute at the preliminary Washington Conference of March-April 1945, and subsequently at San Francisco, would never have taken the leap in the dark which such a commitment would have involved, without carrying out a most careful preliminary investigation of the treaties that might be affected, in order to see just what such a commitment would amount to. No such investigation was, so far as we are aware, ever carried out; and in the circumstances, we do not believe it is possible to imply in Article 37 such additional words as would have produced the effect contended for, as if they had been originally included in terms.

To sum up on this point—we consider that the application of the principle of maximum effect in the present case would involve an inadmissible degree of rectification of the provisions concerned, altogether exceeding the bounds of what is possible by way of legitimate interpretation. We would recall that in the second phase of the *Peace Treaties* case (which had certain marked affinities with the present one), the Court took exactly the opposite line to the one it is now taking. Despite a finding that some of the parties were in breach of what the Court had held to be a treaty obligation to appoint their members of certain three-member tribunals provided for under the Peace Treaties, the Court nevertheless rejected the view that, in the circumstances, the relevant adjudication clause could legitimately be interpreted so as to permit a two-member, instead of a three-member, tribunal to function. To do that, the Court held, in a phrase which has since become part of the common stock of international legal phraseology, would be “not to interpret treaties but to revise them”. In short, the Court refused to rectify a provision which, on its actual terms, and in the circumstances which had arisen, was inadequate to produce the result contended for. It is precisely such a rectification which the Court is in our view now effecting, and with considerably less legal warrant than would have existed for a rectification in the *Peace Treaties* case.

Another reason why extensive interpretations of Article 7 are not justified unless there is the clearest warrant for them, is the unilateral character of that provision. It could be invoked against, but not by, the Mandatory, even if the latter should itself want a legal ruling on some point relating to the Mandate arising in a dispute with another Member of the League. This makes it all the more necessary to interpret Article 7 strictly, or at least scrupulously.

\*   \*   \*

Nous pensons, après mûre réflexion, que les rédacteurs du Statut révisé, lors de la conférence préliminaire de Washington de mars-avril 1945 et ultérieurement lors de la conférence de San Francisco, n'auraient jamais fait le saut dans l'inconnu qu'impliquait un tel engagement sans effectuer préalablement des recherches très précises sur les traités susceptibles d'être affectés, afin de voir à quoi serait revenu exactement un tel engagement. Aucune recherche de ce genre n'a été effectuée à notre connaissance; et nous ne croyons pas qu'il soit possible en l'occurrence de lire dans l'article 37 les termes supplémentaires qui eussent produit l'effet voulu s'ils avaient été inclus à l'origine dans son texte.

Pour résumer ce point — nous estimons que l'application du principe de l'effet maximum dans la présente affaire entraînerait une rectification des dispositions en cause dans une mesure inadmissible, dépassant nettement les limites de l'interprétation légitime. Nous rappellerons que dans la seconde phase de l'affaire des *Traités de paix* (qui présente certaines affinités marquées avec les présentes espèces) la Cour a adopté une attitude exactement opposée à celle qu'elle adopte maintenant. Tout en jugeant que certaines des parties avaient violé ce qu'elle considérait comme une obligation conventionnelle de désigner leurs représentants à certains tribunaux de trois membres prévus par les traités de paix, la Cour a cependant rejeté l'opinion selon laquelle, dans les circonstances données, la clause de règlement judiciaire pertinente aurait pu légitimement s'interpréter de manière à permettre le fonctionnement d'un tribunal de deux membres au lieu de trois. Comme l'a dit la Cour dans un passage qui fait depuis lors partie du fonds commun des textes de droit international, une décision dans ce sens aurait équivalu « non à interpréter les traités, mais à les reviser ». En bref, la Cour a refusé de rectifier une disposition qui, dans ses termes effectifs et dans les circonstances qui se présentaient alors, ne pouvait produire le résultat prétendu. A notre avis, c'est précisément une rectification de ce genre que la Cour effectue maintenant et avec beaucoup moins de justification en droit qu'il n'y en aurait eu dans l'affaire des *Traités de paix*.

Le caractère unilatéral de l'article 7 offre une autre raison d'estimer que les interprétations extensives de cette disposition ne sont pas fondées, à moins qu'elles ne soient supportées par une justification des plus incontestables. Cet article ne pouvait être invoqué que contre le Mandataire et non par lui, même si ce dernier recherchait de son côté une décision judiciaire sur un point ayant trait au Mandat et se présentant à propos d'un différend avec un autre Membre de la Société des Nations. C'est là une raison de plus pour interpréter l'article 7 strictement, ou du moins scrupuleusement.

\* \* \*

(d) *The presumed intentions of the parties*

We now turn to the second principle of interpretation on the basis of which a different conclusion from the one we have come to may be urged. It has been a major contention in this case that in the life-time of the League, although some States might, by leaving the League, lose their right to invoke Article 7, there always remained other States which could invoke it, so that Article 7 could never become a dead letter. If, however, Article 7 had to be read according to its strict language now, there would—so the argument runs—be no State which could invoke it, so that it would cease to operate at all; this void can never have been intended by the original framers of the Mandate, consequently it must be filled by reading Article 7 as still conferring rights on ex-Members of the League.

Since a situation in which there would be no States qualified to invoke Article 7 could *only* arise by reason of the complete dissolution or break-up of the League, this contention must presuppose either that the original framers foresaw that possibility, or that, had they foreseen it, they would have provided for it, and would have done so in the sense contended for by the Applicants.

It is clear that if the framers actually foresaw the possibility, then their failure to provide for it must have been deliberate, and therefore the argument based on their “presumed intentions” would lead to the opposite conclusion, namely that the void ought not to be made good by any interpretative process.

It is, however, evident that those concerned did *not* foresee, and would have refused to contemplate, a possible break-up of the League. But even supposing them to have done so, we can see no ground on which it could legitimately be assumed that they would have made express provision for the continuance in force of Article 7, of the Mandatory’s obligation to submit to compulsory adjudication. If any assumption at all could be made, it would have to be in the opposite sense, for the circumstances in which a break-up of the League would or might occur, must necessarily have been quite unforeseeable in 1920; and it is as certain as anything can be that none of the Mandatory Powers (not only South Africa) would have been willing to accept a obligation unlimited in point of time to submit to adjudication, which would still remain operative in a situation the nature of which nobody could predict. At that date (1920) willingness to submit to compulsory adjudication at all was a comparative rarity, and would certainly not have been forthcoming for an obligation of limitless duration under unknown conditions.

What the Applicants are really asking the Court to do, is to interpret Article 7 in the light of the presumed intentions of the

d) *L'intention présumée des parties*

Nous en arrivons au deuxième principe d'interprétation sur la base duquel on pourrait avancer une conclusion autre que la nôtre. L'un des principaux arguments développés en l'espèce a été que, du temps de la Société des Nations, quoique certains États pussent, en quittant la Société, perdre le droit d'invoquer l'article 7, il restait toujours d'autres États qui pouvaient le faire, en sorte que l'article 7 n'aurait pu devenir lettre morte. Or, s'il faut maintenant lire l'article 7 d'après ses termes stricts, aucun État — dit-on — ne pourrait aujourd'hui l'invoquer, en sorte qu'il aurait entièrement cessé d'être applicable; on prétend donc que, comme ce vide n'a jamais pu entrer dans les intentions des rédacteurs du Mandat, il faut lire l'article 7 comme continuant à conférer des droits aux anciens Membres de la Société des Nations.

Puisqu'une situation dans laquelle aucun État n'aurait qualité pour invoquer l'article 7 ne pouvait se produire *que* par suite de la dissolution totale de la Société des Nations, l'argument en question doit se fonder sur l'hypothèse soit que les rédacteurs ont prévu cette éventualité, soit que, s'ils l'avaient prévue, ils y auraient fait face de la manière que prétendent les demandeurs.

Il est clair que, si les rédacteurs ont réellement prévu cette éventualité, le fait qu'ils n'aient pas pris de disposition pour y faire face doit avoir été l'effet d'une volonté délibérée; ainsi l'argument fondé sur leurs « intentions présumées » conduirait à une conclusion inverse, à savoir que le vide ne doit pas être comblé par voie d'interprétation.

Mais il est évident que les intéressés n'ont *pas* prévu une éventuelle dissolution de la Société des Nations et qu'ils se seraient refusés à l'envisager. D'ailleurs, même en admettant qu'ils l'aient fait, nous ne voyons pas sur quelle base on pourrait légitimement présumer qu'ils auraient pris des dispositions expresses pour le maintien en vigueur de l'article 7 ou de l'obligation du Mandataire de se soumettre au règlement judiciaire obligatoire. Si l'on peut faire des suppositions, elles doivent être en sens contraire, car les circonstances dans lesquelles la dissolution de la Société des Nations se produirait ou pourrait se produire devaient nécessairement être tout à fait imprévisibles en 1920; il est on ne peut plus certain qu'aucune des Puissances mandataires (et point seulement l'Afrique du Sud) n'aurait consenti à accepter une obligation perpétuelle de se soumettre au règlement judiciaire devant continuer à jouer dans une situation dont personne ne pouvait prévoir la nature. A cette époque (1920) le consentement au règlement judiciaire obligatoire était relativement rare et il n'aurait certainement pas été donné à l'égard d'une obligation de durée illimitée, dans des conditions inconnues.

En réalité, ce que les demandeurs demandent à la Cour de faire, c'est d'interpréter l'article 7 à la lumière des intentions présumées

parties as these might have been expected to be had they foreseen not only that the League would be dissolved, but the circumstances in which this would occur, i.e. that the League would be followed by the United Nations, that the trusteeship system would be set up, and so on. But it is not a legitimate process of interpretation to read a provision on the basis of presumed intentions deduced in the light of nothing but after-knowledge. One can only deduce intentions in the light of what the parties might reasonably have been expected to foresee at the time, and not on what those intentions might have been had the parties had an actual foreknowledge of the future, which they could never in fact have had.

The time for facing, and providing for, the consequences of the break-up of the League, so far as Article 7 was concerned, was of course not in 1920, when the Mandate was framed, but in 1945-1946, when the League was breaking up. However, this was not done; and we shall presently give our reasons for thinking that this was not due to any oversight but deliberately and for good cause. This being so, we know of no principle which, merely because matters have not in fact turned out as the parties, or some of them, may have anticipated, would enable, let alone require, a Court of law to take remedial action in the guise of some process of interpretation.

\* \* \*

### 3. *Other contentions*

We have now to consider certain other contentions on the basis of which it has been claimed that the Applicant States in this case are entitled to invoke Article 7. These are founded on more or less extraneous considerations, such as the situation which has now arisen in regard to the Mandate, or the provisions of other instruments, etc. A number of these arguments we will not deal with, partly for reasons of space, but mainly because they do not seem to us to be legal arguments at all. They are no more than motives or reasons for urging that it is politically desirable that the Applicants should be allowed to invoke Article 7, and that the Court should assume jurisdiction. This feeling, understandable though it may be, cannot have any bearing on the legal issues involved, and these must be our sole concern.

Another group of arguments which do have a legal character—though in our view they are unsound—we shall not deal with because they are not effectively relied upon by the Judgment of the Court in the present case, although they were much discussed by the Parties in their written and oral pleadings, and were directly or indirectly relied upon by the Court in the 1950 case—such as for instance the argument based on Article 80, paragraph 1, of the

que l'on pourrait attribuer aux parties pour le cas où elles auraient prévu non seulement la dissolution de la Société des Nations mais aussi les circonstances de cette dissolution, c'est-à-dire que la Société ferait place à l'Organisation des Nations Unies, qu'un régime de tutelle serait établi, etc. Mais ce n'est pas une méthode légitime d'interprétation que de lire une disposition d'après des intentions présumées *a posteriori*. On ne peut déduire les intentions des parties que de ce qu'elles ont raisonnablement pu prévoir à l'époque, et non pas de ce qu'elles auraient pu vouloir si elles avaient exactement prévu l'avenir, ce qu'elles ne pouvaient faire.

Il est évident que l'époque où l'on aurait pu faire face aux conséquences de la dissolution de la Société des Nations et prendre des dispositions en conséquence, tout au moins pour ce qui concerne l'article 7, n'est pas celle de la rédaction du Mandat (1920) mais celle de la dissolution de la Société (1945-1946). Or, on n'a rien fait de la sorte et nous allons expliquer maintenant pourquoi nous pensons que cela n'est pas dû à une omission mais qu'on l'a voulu, délibérément et pour cause. Cela étant, nous ne connaissons aucun principe qui permettrait, et moins encore exigerait, qu'un tribunal prenne des mesures rectificatives sous le couvert d'un processus d'interprétation, simplement parce que l'affaire n'a pas évolué comme les parties, ou certaines d'entre elles, l'avaient envisagé.

\* \* \*

### 3. *Autres arguments*

Il nous faut examiner maintenant certains autres arguments sur la base desquels les États demandeurs prétendent qu'ils ont le droit d'invoquer l'article 7 en l'espèce. Ces arguments reposent sur des considérations plus ou moins externes, telles que la situation actuelle du Mandat ou les dispositions d'autres instruments, etc. Nous en laisserons certains de côté, en partie faute de place, mais surtout parce que nous considérons que ce ne sont nullement des arguments juridiques. Ce ne sont rien de plus que des motifs ou des raisons faisant valoir qu'il est politiquement souhaitable que les demandeurs aient le droit d'invoquer l'article 7 et que la Cour se déclare compétente. Si compréhensible que soit ce sentiment, il ne saurait avoir aucune portée sur les questions juridiques en cause et seules ces dernières doivent retenir notre attention.

D'autres arguments sont bien d'ordre juridique — tout en étant à notre avis mal fondés —, mais nous n'en traiterons pas parce que, dans son présent arrêt, la Cour ne se fonde pas effectivement sur eux, bien qu'ils aient été longuement débattus par les parties dans la procédure écrite et orale et que la Cour y ait fait directement ou indirectement allusion dans l'affaire de 1950 — tel est le cas, par exemple, de l'argument fondé sur l'article 80, paragraphe 1, de la

United Nations Charter<sup>1</sup>, or on a supposed "carry-over" or devolution of the functions, powers or rights of the League of Nations and its Members in respect of mandated territories, in favour of the United Nations and its Members.

The contentions we shall deal are broadly of three kinds, based (a) on the institutional character of the Mandate, and its survival as an institution, if not as a treaty or convention; (b) on the allegedly essential and necessary function performed by Article 7 in the scheme of the Mandate; and (c) on assurances said to have been given by the Mandatory in 1946 in anticipation of the dissolution of the League, and to have involved an agreement to be bound by Article 7 in relation to any State which was a Member of the League at the date of its dissolution.

\*

(a) *The institutional basis and effects of the Mandate*

The contention advanced under this head is briefly that the admitted survival of the Mandate as an institution necessarily implies its survival complete and with all its parts intact, including Article 7. If, however, Article 7 could only be invoked by Members

---

<sup>1</sup> Article 80 (1) of the Charter has nothing to do with the Court's jurisdiction.

It has however been sought to call it in aid as follows: the Article, it is said, "conserved" the rights of States; one of these rights was that stated in Article 7 of the Mandate instrument; therefore the right survived the League dissolution until the mandated territory was brought under trusteeship.

The argument is not only inherently unsound, it ignores the words of Article 80 (1). This Article is clearly an interpretation clause, commonly called a saving clause, of a type frequently to be found in legislative or treaty instruments, designed to prevent Statute or Treaty provisions being *interpreted* so as to operate beyond their intendment.

Such a clause does not, except in a loose and quite indefinite sense, "conserve" any rights. It prevents the operation of the Statute or Treaty from affecting them (whatever they are and whatever their content) except as provided by the Statute or Treaty. Article 80 (1) does not maintain or stabilize rights as they existed at the date of the Charter coming into operation, nor does it insure the continuance of those rights or increase or diminish them. It leaves them unaffected by Chapter XII of the Charter.

What Article 80 (1) does not say is as important as what it does say. It does not say that rights shall continue. It does not provide that these rights shall not thereafter, until trusteeship agreements have been concluded, be subject to the operation of law, or that they shall not terminate or be extinguished by effluxion of time, failure of purpose, impossibility of performance or for any other reason. It does not say these rights shall not be altered or be subject to alteration even by normal legal processes.

It is evident that the purpose of Article 80 (1) was quite different to what has been contended and does not lend itself by any rational method of interpretation to support the contention advanced. The sole purpose of the Article was to prevent any provision of Chapter XII of the Charter being construed so as to alter existing rights prior to a certain event.

Charte des Nations Unies<sup>1</sup>, ou sur une prétendue « continuation » ou dévolution, en faveur des Nations Unies et de ses Membres, des fonctions, pouvoirs ou droits de la Société des Nations et de ses Membres touchant aux territoires sous Mandats.

Les arguments que nous examinerons peuvent se diviser en trois grandes catégories selon qu'ils se fondent *a)* sur le caractère institutionnel du Mandat et sa survivance en tant qu'institution, sinon en tant que traité ou convention; *b)* sur le rôle soi-disant essentiel et nécessaire de l'article 7 dans le cadre du Mandat; et *c)* sur les assurances que le Mandataire aurait données en 1946 en prévision de la dissolution de la Société des Nations, impliquant que le Mandataire aurait accepté d'être lié par l'article 7 à l'égard de tout État Membre de la Société des Nations à la date de sa dissolution.

\*

*a) Le fondement institutionnel et les effets du Mandat*

En résumé, l'argument avancé sous ce titre est que la survivance admise du Mandat en tant qu'institution implique nécessairement sa survivance intégrale, tous ses éléments restant intacts y compris l'article 7. Mais, l'article 7 ne pouvait être invoqué que par les

<sup>1</sup> L'article 80, paragraphe 1, de la Charte n'a rien à voir avec la compétence de la Cour.

On a toutefois cherché à s'en servir de la façon suivante: cet article aurait « préservé » les droits des États; l'un de ces droits était celui qui était énoncé dans l'article 7 de l'acte de Mandat; par conséquent, ce droit aurait survécu à la dissolution de la Société jusqu'à ce que le territoire sous Mandat soit placé sous tutelle.

Non seulement cet argument est défectueux en soi, mais il ignore les termes mêmes de l'article 80, paragraphe 1. Cet article représente clairement une clause d'interprétation, appelée communément « clause de sauvegarde », d'un type que l'on trouve fréquemment dans les instruments législatifs ou conventionnels destinés à empêcher que les dispositions d'une loi ou d'un traité soient *interprétées* de façon à avoir des effets dépassant leur objectif.

Sauf dans un sens vague et tout à fait indéterminé, une clause de ce genre ne « préserve » aucun droit. Elle empêche que l'application de la loi ou du traité affecte des droits (quels qu'ils soient ou quel que soit leur contenu) autrement que de la manière prévue par le statut ou le traité. L'article 80, paragraphe 1, ne maintient ni ne stabilise certains droits tels qu'ils existaient à la date d'entrée en vigueur de la Charte; il n'assure pas non plus leur continuité; il ne les accroît ni ne les réduit. Il les laisse en dehors de l'effet des dispositions du chapitre XII de la Charte.

Ce que l'article 80, paragraphe 1, passe sous silence est aussi important que ce qu'il exprime. Il ne dit pas que certains droits seront maintenus. Il ne dit pas que ces droits seront par la suite, jusqu'à la conclusion d'accords de tutelle, sujets à exécution ou qu'ils ne prendront pas fin ni ne deviendront caducs par expiration du terme, défaut d'objectif, impossibilité d'exécution ou pour toute autre raison. Il ne dit pas que ces droits ne seront ni modifiés, ni sujets à modification, même par un procédé juridique normal.

Il est évident que le but de l'article 80, paragraphe 1, est tout à fait différent de ce qu'on a prétendu et ne permet pas, par des méthodes rationnelles d'interprétation, d'appuyer les arguments avancés. Le seul but de cet article était d'empêcher qu'une disposition du chapitre XII de la Charte pût être interprétée de façon à modifier des droits existant antérieurement à un certain événement.

of the League of Nations (now non-existent) it would for all practical purposes not have survived. Hence any State which was a Member of the League at the time of its dissolution must be entitled to invoke it.

This contention seems to us to involve two fallacies. The first is the view that the survival or continued existence of an institution does necessarily entail the survival or continued existence intact of all its parts. We will return to this. The second is that survival can somehow operate to add stature to the institution, so to speak, giving it an added effect, and that a provision can survive otherwise than in accordance with its own terms. In our opinion, Article 7 has survived only in the sense that it has not been actually excised from the Mandate instrument, and still stands on paper as part of the original League of Nations Resolution or Declaration of December 17, 1920. As part of the Mandate instrument, and on the basis that this instrument is or represents a treaty or convention in force, the Court must determine the application of Article 7 and may do so (and in our view may only do so) by finding that, as it only gives rights to Members of the League, the Applicants cannot invoke it. The Court cannot, in our view, properly apply it in any other way, for if it still stands part of the Mandate instrument, then by that very token it stands part of it in the same terms as it was originally framed for purposes of insertion in that instrument, and which have never been amended. The Court could not therefore both rely on the continued presence of Article 7 in the Mandate instrument, and refuse to apply it in accordance with the terms in which it figures there.

But, correct as this is, we do not wish to rest our view on any mere argument of logic. The substantial grounds on which we reject the contention based on the survival of the Mandate as an institution are first, that we regard as fallacious the view that if an institution survives, all its parts must survive too; and secondly, that we regard as incorrect the further view that a provision for compulsory adjudication, such as Article 7, has such a character of inherent necessity in the context of the Mandates System, that a continued and substantive field of application must be postulated for it, as an essential element of the System.

As regards the first of these questions, there is in fact no principle of international law which requires that because an instrument or institution survives or continues in existence, it must necessarily do so with respect to *all* its parts on a completely non-severable basis. The position is quite the contrary: international law postulates no incompatibility between the survival, or continued existence of an international agreement, organ or institution, and a termi-

Membres de la Société des Nations (aujourd'hui disparue), il ne pourrait pratiquement survivre. Donc, tout État qui était Membre de la Société au moment de sa dissolution doit avoir le droit de l'invoquer.

A notre avis cet argument est fallacieux à deux égards. La première erreur est de prétendre que la survivance ou le maintien en vigueur d'une institution entraîne naturellement la survivance ou le maintien en vigueur de tous ses éléments intacts. Nous reviendrons sur ce point. La deuxième erreur est de penser que cette survivance pourrait de quelque façon augmenter ce que nous appellerons la stature de l'institution, en lui donnant des effets supplémentaires, et qu'une disposition pourrait survivre autrement que d'après ses propres termes. A notre avis, l'article 7 a uniquement survécu en ce sens qu'il n'a pas été physiquement rayé de l'acte de Mandat et qu'il figure toujours sur le document contenant la résolution ou déclaration originale de la Société des Nations du 17 décembre 1920. La Cour, qui doit déterminer l'application de l'article 7 en tant que partie de l'acte de Mandat et suivant le principe que cet acte est ou représente un traité ou une convention en vigueur, peut le faire (et c'est, selon nous, la seule solution) en décidant que les demandeurs ne peuvent invoquer l'article 7 puisqu'il ne donne de droits qu'aux Membres de la Société des Nations. Selon nous, la Cour ne saurait appliquer correctement cet article d'une autre manière car, s'il fait encore partie de l'acte de Mandat, par là même il en fait partie dans les termes où il a été primitivement rédigé en vue de son insertion dans cet acte et qui n'ont jamais été modifiés. La Cour ne peut donc à la fois se fonder sur la persistance de l'article 7 dans l'acte de Mandat et refuser de l'appliquer conformément aux termes dans lesquels il y figure.

Mais, si exact cela soit-il, nous ne voulons pas fonder notre opinion sur une simple considération de logique. Les raisons de fond qui nous poussent à rejeter l'argument tiré de la survivance du Mandat en tant qu'institution sont, premièrement, que nous considérons comme fallacieuse l'idée que, si une institution survit, tous ses éléments doivent également survivre; et, deuxièmement, que nous estimons qu'il est faux qu'une disposition de règlement judiciaire obligatoire comme l'article 7 ait un tel caractère de nécessité inhérente au système des Mandats qu'il faille lui attribuer un champ d'application continu et réel en tant qu'élément essentiel de ce système.

En ce qui concerne la première de ces questions, il n'existe en fait aucun principe de droit international qui exige que, puisqu'un instrument ou une institution survit ou continue d'exister, il en soit nécessairement ainsi pour *tous* ses éléments, sans aucune espèce de séparation possible. Bien au contraire, le droit international ne prévoit aucune incompatibilité entre, d'une part, la survivance ou le maintien en vigueur d'un accord, institution ou organe inter-

nation or cessation, on one ground or another, of some particular part of it, or of particular functions, rights or obligations provided for by it. This situation is indeed rather a common one, and it quite often occurs that, for instance, an instrument remains in force, but that some particular provision of it ceases or has ceased any longer to be operative, because its terms have become inapplicable, or because it is now impossible of performance, or for some other reason.

If an inspection of a particular clause shows that, although an instrument or institution survives as such, the clause concerned is no longer possible of performance, or can no longer be applied according to its terms (as is the case with Articles 6 and 7 of the Mandate) then the *prima facie* conclusion must be that although the instrument or institution otherwise remains intact, that particular clause is at an end.

The only circumstances in which it might be possible to maintain the contrary, would be where the provision concerned was of so fundamental and essential a character that the instrument or institution could not function without it. Accordingly we must now consider whether, in the legal sense, a character of inherent necessity attaches to Article 7 of the Mandate as to justify its application in the manner decided upon by the Court.

\* \* \*

(b). *The argument from necessity*

We here reach the heart of the present case, for the claimed essentiality of Article 7 of the Mandate instrument is not only the very root from which has grown the contention that an agreement was entered into by the Mandatory in 1946 to continue to regard Article 7 as applicable (we deal with this later): it also provides both the root and many of the branches of most, if not all the contentions in favour of the assumption of jurisdiction in the case. If Article 7 is not an essential element of the Mandate, all the arguments of any real substance presented in favour of the assumption of jurisdiction fall to the ground. The first question therefore is how such terms as "essential", "inherently necessary", etc., are properly to be understood. Bare assertions of necessity unsupported by any legal criteria are insufficient. The main ground upon which the necessary character of Article 7 is predicated in the present case, is that it was considered essential in the interests of the peoples who were as yet unable to stand alone that there should be a "judicial supervision" of the discharge by the Mandatory Power of its international obligations of the sacred trust. That necessity, it is urged, must somehow or other be given effect to.

Having regard to the view we take on the third preliminary objection, namely that Article 7 was not instituted for the protection

national et, d'autre part, l'expiration ou la caducité pour une raison ou pour une autre d'un de ses éléments particuliers ou de fonctions, obligations ou droits particuliers qui y sont prévus. Cette situation est même très répandue; il arrive souvent par exemple qu'un instrument reste en vigueur alors qu'une de ses dispositions particulières cesse ou a cessé de jouer, du fait que ses termes sont devenus inapplicables ou son exécution impossible, ou pour toute autre raison.

Si l'examen d'une clause donnée montre (comme dans le cas des articles 6 et 7 du Mandat) que, d'après ses propres termes, elle ne peut plus être appliquée, bien que l'instrument ou l'institution survive en tant que tel, il faut *prima facie* en conclure que cette clause est devenue caduque, bien que l'acte ou l'institution reste par ailleurs intact.

On ne pourrait soutenir le contraire que dans le cas où la clause en question aurait un caractère si essentiel et si fondamental que l'acte ou l'institution ne pourrait fonctionner sans elle. Il nous faut donc voir maintenant si, au sens juridique, l'article 7 du Mandat a un caractère de nécessité inhérente tel que cela justifie de l'appliquer comme la Cour en a décidé.

\* \* \*

b) *L'argument tiré de la nécessité*

Nous arrivons ici au cœur de la présente affaire car le prétendu caractère essentiel de l'article 7 de l'acte de Mandat est non seulement à la base de l'argument selon lequel le Mandataire aurait accepté en 1946 de continuer à considérer l'article 7 comme applicable (nous en parlerons plus loin), mais il est aussi à la base et forme l'essence de presque tous les arguments avancés en faveur de la compétence de la Cour en l'espèce. Si l'article 7 n'est pas un élément essentiel du Mandat, tous les arguments substantiels présentés en faveur de la compétence sont réduits à néant. La première question est donc de savoir comment interpréter correctement les termes « essentiel », « nécessité inhérente », etc. Il ne suffit pas de simples affirmations de nécessité non appuyées par des critères juridiques. Le principal motif avancé en faveur du caractère nécessaire de l'article 7 en l'espèce est que l'on considérerait comme essentiel, dans l'intérêt des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes, qu'il y eût une « surveillance judiciaire » sur la façon dont la Puissance mandataire accomplissait les obligations internationales de sa mission sacrée. Il faut, dit-on, donner effet à cette nécessité d'une façon ou d'une autre.

Étant donné notre opinion sur la troisième exception préliminaire, à savoir que l'article 7 n'a nullement été institué pour la protection

of the inhabitants of the mandated territory at all, we obviously could not accept any plea of necessity based on the above-mentioned ground. But even if we took a different view about that, we should still reject this ground. Merely to show that the provision or clause concerned is desirable, or that it is a good thing to have it, or that it serves a useful purpose, is not enough. Far more than that is required.

In our opinion what is required is that the provision or clause be of such a character that the instrument, institution or system it relates to *will not function without it*—quite a different thing. In general, provisions for adjudication have not been regarded as having this character in relation to the instruments they figure in. In rare and somewhat special cases they may have. An example is afforded by, for instance, the 1958 Geneva Convention on the Conservation of Fisheries on the High Seas, in which elaborate provisions for compulsory arbitration are built into the body of the treaty as an essential part of the method of determining what measures of conservation on the high seas are legitimate under the Treaty. But except in such types of case, provisions for compulsory adjudication, desirable though they may be in principle, have never been regarded as a *sine qua non* of the operation of a treaty, and any such suggestion would normally meet with strong opposition. Their mere presence in a treaty, for which there may be a variety of reasons, is no indication of necessity.

Equally the absence of Article 7 would have left the Mandate in no different and no worse position than hundreds of other instruments not containing any adjudication clause. If, instead of the Permanent Court, the Article had provided for a reference to Arbitrators, one of whom was to be the holder of a designated office and that office subsequently, for any reason, ceased to exist, could it be said that the Article, being no longer capable of performance, this would have gone to the root of the whole Mandate and thus put an end to it. The answer clearly would be "No". In principle the same answer should be given should the Article as framed fail of further performance for any reason. The Mandate could still subsist without the Article, just as it could have done if the Permanent Court had come to an end and no successor Court had arisen.

\*

A more specific ground of "necessity", heavily relied upon, is the fact that by reason of the unanimity rule which prevailed in the Council of the League of Nations (including, when Mandates questions were under consideration, the vote of the Mandatory itself) the Council, in the last resort, could not impose its own view

des habitants du territoire sous Mandat, nous ne pouvons évidemment pas accepter un argument de nécessité fondé sur le motif qui vient d'être mentionné. Toutefois, même si notre avis était différent à cet égard, nous rejeterions encore ce motif. Il ne suffit pas de montrer simplement que la disposition ou la clause en question est souhaitable, ou qu'il est bon qu'elle existe, ou qu'elle sert une fin utile. Il faut beaucoup plus que cela.

A notre avis, il faut que la disposition ou la clause ait un caractère tel que l'instrument, l'institution ou le système auquel elle se rapporte, *ne fonctionnerait pas sans elle* — ce qui est tout à fait différent. En général, les clauses de règlement judiciaire ne sont pas considérées comme possédant ce caractère dans le cadre des instruments où elles figurent. Elles peuvent présenter un tel caractère dans des cas rares et plutôt spéciaux. C'est par exemple le cas de la convention de Genève de 1958 sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute-mer dans laquelle des dispositions détaillées prévoyant l'arbitrage obligatoire sont intégrées dans le traité comme un aspect essentiel de la méthode pour déterminer, d'après le traité, les mesures de conservation légitime des ressources biologiques de la haute-mer. Mais, sauf dans ce genre de cas, les dispositions prévoyant le règlement judiciaire obligatoire, aussi souhaitables qu'elles puissent être en principe, n'ont jamais été considérées comme une condition *sine qua non* de la mise en œuvre d'un traité et toute suggestion en ce sens rencontrerait normalement une vive opposition. Leur simple présence dans un traité, déterminée par des raisons variées, n'en indique pas le caractère de nécessité.

Ainsi l'absence de l'article 7 n'aurait pas laissé le Mandat dans une situation différente ou pire que celle d'une centaine d'autres instruments qui ne contiennent aucune clause de règlement judiciaire. Si, au lieu de mentionner la Cour permanente, l'article avait prévu qu'on ferait appel à des arbitres, dont l'un aurait été le détenteur d'une fonction déterminée, et si, par la suite, cette fonction avait cessé d'exister pour une raison ou pour une autre, pourrait-on dire que, l'article n'étant plus susceptible d'être mis en œuvre, ce fait aurait frappé le Mandat à la base et y aurait mis fin? La réponse serait évidemment « non ». En principe, on pourrait donner la même réponse s'il n'avait pas été possible, pour une raison ou pour une autre, de continuer d'appliquer l'article tel qu'il a été rédigé. Le Mandat pourrait subsister quand même sans l'article, tout comme il aurait pu subsister si la Cour permanente avait disparu sans successeur.

\*

Une raison plus précise en faveur de la « nécessité », que l'on a fortement soulignée, est que la règle de l'unanimité en vigueur au Conseil de la Société des Nations (y compris le vote du Mandataire lui-même lorsque la question des Mandats était à l'examen) avait pour effet que le Conseil ne pouvait, en dernier ressort, imposer ses

on the Mandatory. Since the Council could only ask the Permanent Court for advisory opinions which would not be binding, and since under Article 34 of the Statute of the Court, only States could appear before the Court as litigants and obtain a binding decision, therefore it was essential, so it is claimed, in order to protect the sacred trust, for a Member or Members of the League to be able to invoke Article 7 and bring the dispute to the Permanent Court for adjudication.

Of all the arguments advanced in this case, this seems to us to have the least substance. There is in our view no conceivable warrant for supposing that it was ever intended to be a part of the Mandates System that the Council of the League should be able to impose its own view on the Mandatory. The existence of the unanimity rule shows the exact reverse, and therefore proves the contrary.

Moreover, can it be seriously imagined, if it had been the intention of those who created the System that the Council should, in the last resort, be able to bind or coerce the Mandatory, that this would have been left to the chance possibility that some individual Member of the League would be willing to intervene (in a matter that in no way affected its own interests as a State), and to espouse the cause of the Council, in the same way that the present Applicants have done on behalf of the United Nations Assembly in what is essentially a dispute between the Respondent State and the Assembly? Such processes may be carried through now. They were not even thought of in 1920, and certainly were not contemplated under the Mandates System.

Article 22 of the Covenant, and Article 6 of the Mandate, provided for reports to be rendered by the Mandatory to the League Council. The very fact of the unanimity rule coupled with the further fact that under paragraph 5 of Article 4 of the League Covenant, the Mandatory had to participate in the vote, shows that the system was one which was intended to be worked by a process of discussion, negotiation, and common understanding. The whole idea of imposing anything on the Mandatory was foreign to it.

Still more foreign to the climate of opinion of that time would have been the idea of using individual Members of the League for the purpose. In our opinion, as we make clear in connection with the Third Preliminary Objection, the real object of Article 7, and the similar articles in other Mandates, was not to enable the individual Members of the League to protect the interests of the Council or the League *vis-à-vis* the Mandatory, but to enable them to protect their own interests and those of their nationals, in the mandated territories. Particularly in the case of the "A" and "B" Mandates, these could be considerable. Because the Council's main concern would not be over such interests, but would relate chiefly to the conduct of the Mandate, *vis-à-vis* the inhabitants, it was considered

vues au Mandataire. Puisque le Conseil ne pouvait pas demander d'avis consultatif à la Cour permanente, avis qui n'aurait pas été obligatoire, et puisqu'aux termes de l'article 34 du Statut de la Cour, seuls les États pouvaient présenter à la Cour une affaire contentieuse et obtenir une décision obligatoire, on prétend qu'il était essentiel pour protéger la mission sacrée qu'un Membre, ou des Membres, de la Société des Nations fussent habilités à invoquer l'article 7 et à soumettre le différend au jugement de la Cour permanente.

De tous les arguments avancés dans cette affaire, celui-ci nous semble le moins fondé. Il n'existe à notre avis aucune raison concevable permettant de supposer qu'on ait jamais eu l'intention, dans le cadre du système des Mandats, d'habiliter le Conseil de la Société des Nations à imposer ses vues au Mandataire. L'existence de la règle de l'unanimité montre une situation exactement inverse et prouve donc le contraire.

Au surplus, peut-on s'imaginer sérieusement que, si ceux qui ont créé le système avaient eu l'intention de donner au Conseil en dernier ressort le pouvoir de lier ou de contraindre le Mandataire, ils s'en seraient remis à la possibilité éventuelle qu'un Membre individuel de la Société des Nations fût disposé à intervenir (dans une affaire n'affectant aucunement ses propres intérêts en tant qu'État) et à prendre fait et cause pour le Conseil, comme les demandeurs l'ont fait en l'espèce au nom de l'Assemblée des Nations Unies dans un différend opposant essentiellement l'État défendeur et l'Assemblée? Pareilles procédures peuvent être mises en œuvre aujourd'hui. On n'y songeait même pas en 1920 et elles n'ont certainement pas été envisagées dans le cadre du système des Mandats.

L'article 22 du Pacte et l'article 6 du Mandat stipulent que le Mandataire enverra des rapports au Conseil de la Société des Nations. Le fait même de l'existence de la règle de l'unanimité, joint au fait que, selon le paragraphe 5 de l'article 4 du Pacte de la Société des Nations, le Mandataire devait participer au vote, montre que le système était fondé sur la discussion, la négociation et le commun accord. L'idée d'imposer quoi que ce fût au Mandataire y était complètement étrangère.

Encore plus étrangère à l'ambiance de l'époque eût été l'idée de faire appel à cette fin aux Membres individuels de la Société des Nations. A notre avis, comme nous l'exposons clairement à propos de la troisième exception préliminaire, l'objectif réel de l'article 7 et des articles similaires des autres Mandats n'était pas de permettre aux Membres individuels de la Société des Nations de protéger les intérêts du Conseil ou de la Société vis-à-vis du Mandataire, mais de leur permettre de protéger leurs propres intérêts et ceux de leurs ressortissants dans les territoires sous Mandat. Ces intérêts pouvaient être considérables en particulier dans le cas des Mandats « A » et « B ». Le principal souci du Conseil ne concernant pas ce genre d'intérêts mais l'administration du Mandat vis-à-vis des

necessary to give the individual Members of the League a direct and independent right of action in the matter. Even if, however, we are wrong as to that, we should still consider, for the reasons we have given, and others we shall come to, that Article 7 was regarded as an incidental and in no way an essential element of the Mandate.

\*

There is yet another ground, possibly unavowed but evident enough, on which the "necessity" of Article 7 is predicated. Looking at the matter as a whole and in the light of its history since the dissolution of the League, it seems to us quite clear that the Applicants (and we think the Court also) are seeking to apply a sort of principle of "hindsight" and are basing themselves on some doctrine of "subsequent necessity" quite unknown to international law. What has happened is that a provision which was originally of incidental importance and, as will be seen, practically never used, has, because of recent events, acquired an importance, and is seen (because of Article 94 of the Charter) to have potentialities which it did not originally possess. In present circumstances, so it is argued, it is only through Article 7 that any control can be achieved over the Mandatory.

This may be understandable, but it is not a valid *legal* argument. It no more affords legal grounds for reading new terms into Article 7 than there would be for claiming the rectification of a frontier in a given region because, subsequent to the date when the frontier was fixed forty years ago, valuable mineral deposits have been discovered in that region. Subsequent events may affect the *importance* of a provision: they cannot affect its intrinsic legal character which, by reason of the principle of "contemporaneity" in interpretation, must be adjudged on the basis of the place the provision occupied in the context of the system or framework it formed part of, at the time when the latter was set up. Changes in this context may increase the importance of the provisions concerned: they do not alter its intrinsic legal character, or give rise to new rights in respect of it<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Many examples could be given. For instance if, in a system of communications governed by treaty (e.g. air navigation), the use of certain routes is subjected to the consent of the States through or over which these routes pass, the fact that owing to climatic or other changes other routes, the use of which is uncontrolled, become blocked or unusable, may increase the importance of States permitting an extended use of the controlled areas. It could not however be argued from this that such consent need no longer be obtained. The legal character of the provisions concerned would remain unaffected by the increased importance in the system of the subject-matter they related to.

habitants, on a estimé nécessaire de donner aux Membres de la Société des Nations pris individuellement un droit d'action direct et indépendant en la matière. Même si nous n'avions pas raison à cet égard, nous considérerions quand même, pour les motifs indiqués ici et pour d'autres que nous allons mentionner, que l'article 7 était considéré comme un élément accessoire et nullement essentiel du Mandat.

\*

Il existe encore une autre raison, peut-être inavouée mais assez évidente, d'invoquer le caractère de « nécessité » de l'article 7. Si l'on considère l'affaire dans son ensemble et à la lumière de son histoire depuis la dissolution de la Société des Nations, il nous apparaît clairement que les demandeurs (et la Cour aussi, pensons-nous) cherchent à appliquer une sorte de principe de « vision *a posteriori* » et se fondent sur quelque doctrine de « nécessité sub-séquente » absolument inconnue en droit international. Voici ce qui s'est passé: une disposition qui, à l'origine, n'avait qu'une importance accessoire et qui, nous le verrons, n'avait jamais été utilisée en pratique, a en raison d'événements récents pris une importance et (par l'effet de l'article 94 de la Charte) acquis des virtualités qu'elle ne possédait pas à l'origine. On prétend que dans les circonstances actuelles seul l'article 7 permet d'exercer un contrôle quelconque sur le Mandataire.

Cela peut se comprendre, mais cela ne constitue par un argument *juridique* valable. Cela ne donne pas plus de motifs juridiques de lire de nouveaux termes dans l'article 7 que si l'on réclamait la rectification d'une certaine frontière parce que, quarante ans après sa fixation, d'importants gisements de minerai auraient été découverts dans cette région. Des événements ultérieurs peuvent affecter l'importance d'une disposition; ils ne sauraient affecter son caractère juridique intrinsèque lequel, en vertu du principe de la « contemporanéité » en matière d'interprétation, doit s'apprécier d'après la place qu'elle occupait dans le contexte du système ou du régime dont elle faisait partie à l'époque où celui-ci a été établi. Des modifications dans ce contexte peuvent accroître l'importance de la disposition en question; ils n'altèrent pas son caractère juridique intrinsèque et ne donnent pas naissance à de nouveaux droits à son égard<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> On peut en donner de nombreux exemples. Supposons, par exemple, que dans un système de communications régi par un traité (par exemple la navigation aérienne), l'utilisation de certains itinéraires soit soumise au consentement des États par lesquels ou au-dessus desquels ils passent. Il se peut que, par suite de modifications climatiques ou autres, d'autres routes dont l'utilisation n'est pas contrôlée soient bloquées ou deviennent inutilisables. Cela peut accroître l'importance des États permettant une utilisation étendue des zones contrôlées; mais on ne pourrait en déduire que leur consentement n'est plus nécessaire. Le caractère juridique des dispositions en question ne serait pas affecté par l'importance accrue de leur objet dans le système.

In the present case, events have increased the importance of invoking Article 7 if it can be invoked at all. But they cannot create a legal right to invoke it which did not previously exist, or impart to it a legal character of inherent necessity which, in the original scheme of the Mandate, it did not have.

\*

There are a number of other factors which show quite clearly that it would be wrong to regard Article 7 as having any essential or inherently necessary character in the scheme of the Mandate. We have already pointed out that it did not figure as one of the "securities" or safeguards provided for in the League Covenant, and which, according to Article 22, paragraph 1, of the Covenant were to be provided for in the Covenant itself. Provision was duly made in Article 22 for reports to be rendered by the Mandatory to the League Council and for setting up a Permanent Mandates Commission to advise the Council. Presumably this was because an obligation to report was regarded as being of the essence, as a necessary part of *any* Mandate System that was to fulfil the objects stated in Article 22. The conclusion is inescapable that it was not regarded as similarly necessary that the Mandatory should be obliged to submit to adjudication, and this therefore, if it was ever thought of at all when Article 22 of the Covenant was framed, was left to be settled outside Article 22, in the instrument defining the terms of the Mandate. In any case, the terms of Article 22, paragraph 1, preclude anything not provided for in the Covenant from ranking as essential for the functioning of the Mandate

Precisely the same position was established for, and exists in relation to the United Nations Trusteeship System. The Charter contains elaborate provisions for administrative supervision, the setting up of a Trusteeship Council, etc.; but any obligation to submit to compulsory adjudication is left for inclusion, if at all, in the individual trusteeship "agreements". Furthermore, while some of these embody this obligation, others do not. This we regard as a very significant fact. Three out of the four "C" Mandates, which were brought under the trusteeship provisions of the Charter of the United Nations, did not contain in the respective trusteeship agreements any comparable clause. These three were the Trusteeship Agreements for the territories previously held by Japan under Mandate, and those which related to New Guinea and Nauru. In none of these is there to be found any adjudication clause.

If Article 7 was of such an essential character in the performance of the Mandate and in order to safeguard and ensure the interests of

En l'espèce, les événements ont accru l'importance du recours à l'article 7, en supposant qu'on puisse l'invoquer. Mais ils ne sauraient ni créer un droit de l'invoquer qui n'aurait pas existé précédemment, ni lui donner un caractère juridique de nécessité inhérente qu'il n'avait pas dans le cadre primitif du Mandat.

\*

Il est un certain nombre d'autres facteurs qui montrent très clairement qu'il serait erroné de considérer que l'article 7 présente un caractère essentiel ou nécessairement inhérent au système du Mandat. Nous avons déjà signalé qu'il ne figurait pas parmi les « garanties » ou sauvegardes prévues par le Pacte de la Société des Nations et qui, selon le paragraphe 1 de l'article 22 de ce Pacte, devaient figurer dans le Pacte même. L'article 22 a pris les dispositions voulues pour que des rapports soient présentés par le Mandataire au Conseil de la Société des Nations et pour créer une Commission permanente des Mandats chargée de donner des avis au Conseil. La raison en est vraisemblablement que les rédacteurs de l'article ont considéré que l'obligation de faire rapport était un élément essentiel et nécessaire de *tout* système de Mandats devant remplir les buts énoncés à l'article 22. Il est impossible d'échapper à la conclusion qu'il n'a pas été considéré qu'il fût également nécessaire que le Mandataire fût contraint de se soumettre au règlement judiciaire et c'est pourquoi, si même on a envisagé ce point lors de la rédaction de l'article 22 du Pacte, la question a été laissée de côté pour être réglée en dehors de l'article 22, dans l'instrument qui définissait les termes du Mandat. En tout cas, les termes du paragraphe 1 de l'article 22 s'opposent à ce qu'une disposition non prévue dans le Pacte prenne rang d'élément essentiel au fonctionnement du Mandat.

Précisément la même situation a été créée et existe en la matière du régime de tutelle des Nations Unies. La Charte contient des dispositions détaillées sur la surveillance administrative, la création du Conseil de tutelle, etc.; mais toute obligation de se soumettre à la juridiction obligatoire est laissée aux « accords » de tutelle individuels, pour y être incluse s'il y a lieu. Au surplus, alors que certains de ces accords contiennent cette obligation, d'autres ne la contiennent pas. A notre avis, c'est là un fait très significatif. Trois sur quatre des Mandats « C » qui ont été ramenés dans le cadre des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à la tutelle n'ont pas fait l'objet d'une clause comparable dans les accords de tutelle pertinents. Il s'agit des accords de tutelle qui visent les territoires antérieurement placés sous Mandat japonais, la Nouvelle-Guinée et Nauru. Aucun d'entre eux ne contient de clause de règlement judiciaire.

Si l'article 7 présentait un caractère aussi essentiel en vue de l'application du Mandat et en vue de garantir et d'assurer les

the peoples of the Mandates territories, it was just as essential that similar provisions should be inserted in the trusteeship agreements relating to these same peoples and territories. But what is said to have been essential the moment before placing under trusteeship, seems to have been considered no longer so the moment after. Yet the basic principles of the Trusteeship System were the same as those of the Mandates System.

This consideration of itself reveals, we think, the artificiality of the claim that Article 7 was a fundamental necessity for the working of the Mandate System.

It is sought to neutralize or explain this away by reference to the different voting systems in the League and in the General Assembly of the United Nations; in the former the unanimity rule for all decisions, in the latter two-thirds majority on all important questions. This, so it is claimed, dispensed with the fundamental necessity of Article 7 as soon as a mandate territory was brought under the Trusteeship System.

If this difference in the two voting systems could have had the significance asserted, it would seem somewhat unusual that an Article claimed to have been of the very essence of the Mandate System should have been discarded or omitted from these three trusteeship agreements without a query from anyone why it was to be dropped, and whether, if it were dropped, the safeguarding of the "sacred trust" was likely to be affected and to what extent.

It is, we think, stretching credulity too far to accept the view (if Article 7 was so fundamentally necessary under the Mandate System) that when these three Mandates were brought under trusteeship, repeating in the trusteeship agreement in substance the substantive provisions of the Mandates themselves, nothing would have been said by anyone in the General Assembly, or that no record would remain explaining the omission. The Article was abandoned without a word.

The explanation advanced breaks down on other grounds. The General Assembly has no power, except on a limited number of matters, to make decisions relating to the administration of trusteeship territories; it may only make recommendations. One would think that if Article 7 were essential under the Mandate System it was hardly less essential under the Trusteeship System. It is not apparent what difference in principle would exist in this respect between the two systems merely because of the voting procedure in the League as compared with that applicable in the General Assembly. In either system a trustee State could have proved recalcitrant and disregarded the views of, in the one case the Mandates Commission and the Council of the League, and in the other the Trusteeship Council and the General Assembly. If the need in the former system for recourse to the Court in order to be

intérêts des habitants des territoires sous Mandat, il était tout aussi essentiel d'insérer des dispositions semblables dans les accords de tutelle relatifs aux mêmes populations et territoires. Mais ce qu'on a considéré comme essentiel au moment qui a précédé la mise sous tutelle semble ne plus avoir été considéré comme essentiel au moment qui a suivi cette opération. Et cependant, les principes fondamentaux du régime de tutelle étaient les mêmes que ceux du système des Mandats.

A notre avis, cette considération par elle-même révèle le caractère artificiel de la théorie d'après laquelle l'article 7 était une nécessité fondamentale du fonctionnement du système des Mandats.

On a cherché à neutraliser ou à expliquer cela en se référant à la différence entre les systèmes de vote de la Société des Nations et de l'Assemblée générale des Nations Unies; la première appliquait la règle de l'unanimité pour toutes les décisions et la seconde pratique la majorité des deux-tiers pour toutes les questions importantes. On soutient que c'est ce qui permettait de se dispenser de la nécessité fondamentale de l'article 7 aussitôt qu'un territoire sous Mandat était placé sous le régime de tutelle.

Si la différence du système de vote pouvait avoir eu la signification qu'on lui attribue, il paraîtrait quelque peu surprenant qu'un article que l'on prétend faire partie de l'essence même du système des Mandats ait été écarté ou omis de ces trois accords de tutelle, sans que personne ait demandé quelle était la raison de cet abandon et si la sauvegarde de la « mission sacrée » risquait d'en être affectée et dans quelle mesure.

Si l'article 7 répondait à une nécessité si fondamentale dans le système des Mandats, ce serait, nous semble-t-il, trop demander que de vouloir faire accepter l'idée d'après laquelle rien n'aurait été dit par qui que ce soit à l'Assemblée générale, ni aucune trace ne resterait pour expliquer l'omission de cet article lorsque les trois Mandats ont été placés sous des accords de tutelle répétant en substance les dispositions de fond des Mandats eux-mêmes. L'article a été abandonné sans un mot.

L'explication avancée se heurte à d'autres écueils. L'Assemblée générale, sauf dans un nombre limité de questions, n'a aucun pouvoir de prendre des décisions relatives à l'administration des territoires sous tutelle: elle ne peut faire que des recommandations. Il semblerait que, si l'article 7 était essentiel sous le système des Mandats, il ne l'était guère moins sous le régime de tutelle. On ne voit pas quelle différence de principe existerait à ce point de vue entre les deux systèmes, pour la seule raison d'une différence entre la procédure de vote de la Société des Nations et celle de l'Assemblée générale. Dans un système comme dans l'autre, l'État *trustee* aurait pu se montrer récalcitrant et ignorer les vues, dans un cas, de la Commission permanente des Mandats et du Conseil de la Société des Nations et, dans l'autre, du Conseil de tutelle et de l'Assemblée générale. Si dans le premier système il était essentiel,

able to obtain judgment against the trustee State in the interests of the indigenous peoples was essential, it would seem equally essential under the Trusteeship System.

Moreover, one of these three Mandates, namely that previously held by Japan, was converted into a strategic trusteeship under the United States in respect of which the General Assembly was excluded from all the functions of the United Nations relating thereto<sup>1</sup>. Only the Security Council could exercise those functions, and any "decisions" made by it would appear to be subject to Article 27 (3) of the Charter requiring the affirmative consent of the trustee State—the United States itself.

If so, the foundation of the explanation falls away. If not, we must be prepared to believe that the Members of the Security Council when approving this particular trusteeship agreement took it for granted—it went without saying—that Article 27 (3) did not apply, at least to the vote of the trustee State. We think this is wholly improbable.

Furthermore, no explanation is forthcoming why, in the remaining "C" Mandate brought under trusteeship at the same period—that relating to Samoa—the adjudication clause did appear, despite the fact that its necessity had, on the Court's reasoning, disappeared.

What purpose, then, was the clause in this particular trusteeship agreement designed to serve<sup>2</sup>? And what purpose was the same clause contained in all the other trusteeship agreements for the territories—previously the "A" and "B" Mandates—intended to serve, since overnight, as it were, it no longer continued to be necessary to serve its original purpose.

The purpose or intent of the clause did not in our view alter. If it was not essential under the Trusteeship System neither was it under the Mandate System.

Finally Article 7 was not, in the Court's view, limited in its operation to cases where the Council was unable to act and so bring the Mandatory Power to book because of the unanimity rule. Thus, it permitted a State, not a Member of the Council to seek a judgment against the Mandatory State even against the wishes of the Council or indeed the majority of the Members of the League. In the ultimate analysis the fundamental necessity of Article 7 is predicated on the eventuality of it being necessary to protect the sacred trust even against the unanimous view of the

<sup>1</sup> Article 83 of the Charter.

<sup>2</sup> It is manifest, we think, that the purpose of the adjudication clause—whatever that purpose was—remained the same under both systems. However, as we will establish when dealing with the third Preliminary Objection, its purpose was not that stated by the Court. It related exclusively to the statal individual interests conferred by the respective Mandates upon States, Members of the League and their nationals. These were minimal in the case of "C" Mandates but quite extensive in the case of the "A" and "B" Mandates.

dans l'intérêt des populations indigènes, de recourir à la Cour pour obtenir un arrêt contre l'État *trustee*, la chose paraît tout aussi essentielle sous le régime de tutelle.

Au surplus, l'un de ces trois Mandats, à savoir l'ancien Mandat japonais, a été converti au bénéfice des États-Unis en une tutelle sur zones stratégiques, l'Assemblée générale étant écartée de toutes les fonctions des Nations Unies s'y rapportant<sup>1</sup>. Seul le Conseil de Sécurité peut exercer ces fonctions et toutes « décisions » prises par lui seraient, semble-t-il, soumises à l'article 27, paragraphe 3, de la Charte, qui requiert le vote affirmatif de l'État *trustee* — les États-Unis eux-mêmes.

S'il en est ainsi, la base de l'explication s'effondre. Dans le cas contraire, il faudrait que nous fussions prêts à croire que, lorsque le Conseil de Sécurité a approuvé cet accord de tutelle particulier, les Membres du Conseil ont tenu pour acquis — cela irait sans dire — que l'article 27, paragraphe 3, ne s'appliquait pas, tout au moins au vote de l'État *trustee*. Cela nous paraît absolument improbable.

Au surplus, il n'a pas été expliqué pourquoi la clause de règlement judiciaire a été insérée dans le dernier Mandat « C » placé sous tutelle à la même époque — le Mandat pour le Samoa — en dépit du fait que, d'après le raisonnement de la Cour, la nécessité en avait disparu.

Dans ces conditions, à quoi devait servir la clause dans cet accord de tutelle particulier<sup>2</sup>? Et quel but la même clause figurant dans tous les autres accords de tutelle pour les territoires autrefois sous Mandats « A » et « B » était-elle destinée à servir, puisqu'elle a cessé, pour ainsi dire, du jour au lendemain, d'être nécessaire en vue de servir son but primitif?

A notre avis, le but ou l'intention de la clause n'a pas changé. Si elle n'est pas essentielle sous le régime de tutelle, elle ne l'était pas davantage sous le système des Mandats.

Enfin, dans l'opinion de la Cour, l'application de l'article 7 ne se limitait pas au cas où, pour ramener à l'ordre la Puissance mandataire, le Conseil ne pouvait agir en raison de la règle de l'unanimité. Cela permettait donc à un État non membre du Conseil de solliciter un arrêt contre l'État mandataire, même à l'encontre des désirs du Conseil ou même de la majorité des Membres de la Société. En dernière analyse, la nécessité fondamentale de l'article 7 repose sur la présomption de l'éventualité qu'il serait nécessaire de protéger la mission sacrée, même à l'encontre des vues

<sup>1</sup> Article 83 de la Charte.

<sup>2</sup> Il est manifeste, à notre avis, que le but — quel qu'il fût — de la clause de règlement judiciaire est resté le même sous les deux systèmes. Mais comme nous le démontrerons quand nous traiterons de la troisième exception préliminaire, ce but n'était pas celui qui a été indiqué par la Cour. Elle se rapportait exclusivement aux intérêts étatiques individuels conférés par les différents Mandats aux États Membres de la Société des Nations et à leurs ressortissants. Ces droits étaient minimes dans le cas des Mandats « C » mais très étendus dans celui des Mandats « A » et « B ».

Council, charged, as it was, under the Covenant itself, with the duty of supervision

In our view the fact that in three of the four trusteeship agreements in relation to the previous "C" mandated territories—whose peoples, of all those covered by Article 22 of the Covenant of the League, were the least able "to stand by themselves"—did not contain this so-called fundamentally essential judicial supervision clause, whilst in those for the much more developed peoples (the previous "A" and "B" Mandates) the replica of Article 7 was included, is hardly consistent, to say the least, with the thesis of essentiality. At the barest minimum it is strong evidence against it.

A further point which may legitimately be taken into account in estimating the degree of "necessity" to be attached to Article 7 is the extent to which it has in fact been utilized. After all, a period of forty years is not negligible; and while recognizing to the full the justice of Judge Read's remark in the 1950 case, that the utility of an adjudication clause could not be determined merely by reference to how often it was resorted to, since its mere existence might act as a deterrent to breaches of the instrument concerned, it nevertheless remains the fact that, if the *Mavrommatis* cases are treated as basically phases of the same case, the present case is only the second occasion in forty years on which the adjudication clause of *any* Mandate has been invoked, and the *first*, after forty years, in the case of a "B" or "C" Mandate. Moreover, since the *Mavrommatis* cases had reference to the interests of a national of a Member of the League in the Mandated territory concerned, the present occasion is the first on which any question of the conduct of the Mandate in relation to the inhabitants of the Mandated territory has been raised for judicial determination.

Perhaps more significant is the doubt as to the class of disputes covered by Article 7—the point raised in the Respondent's third preliminary objection. It would surely be difficult to regard as basic, essential, inherently necessary and non-severable, indispensable to the functioning of the Mandate, and therefore as something which must by one means or another be preserved and perpetuated, a provision which, even now, the Court has only found by the narrowest of majorities to relate to the conduct of the Mandate, rather than simply to the specific individual interests in the Mandated territory, of the several Members of the League, and their nationals. Such manifest uncertainty, continuing for so long, is not readily compatible with the view that the provision concerned constitutes an indispensable element of the system it forms part of.

unanimement du Conseil, chargé, d'après le Pacte même, du devoir de surveillance.

A notre avis, le fait que trois des quatre accords de tutelle se rapportant aux anciens territoires sous Mandats « C » — dont les populations, parmi toutes celles visées par l'article 22 du Pacte de la Société, étaient les moins capables de « se diriger elles-mêmes » — ne contenaient pas cette clause de contrôle judiciaire prétendument fondamentale et essentielle, alors que les accords visant des populations beaucoup plus développées (les anciens Mandats « A » et « B ») contenaient une clause correspondant à l'article 7, se concilie difficilement, pour dire le moins, avec la thèse du caractère essentiel. Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il y a là une preuve très forte en sens contraire.

Un autre point qui pourrait légitimement être pris en ligne de compte pour apprécier le degré de « nécessité » qui s'attache à l'article 7 est la mesure dans laquelle il a été utilisé en fait. Après tout, on ne saurait négliger une période de quarante ans et, tout en reconnaissant pleinement le bien-fondé de la remarque qu'a faite dans l'affaire de 1950 le juge Read que l'utilité d'une clause de règlement judiciaire ne saurait être appréciée simplement en vérifiant le nombre de cas dans lesquels elle a été invoquée, puisque son existence même a pu servir de préventif contre les violations de l'instrument envisagé, le fait n'en demeure pas moins que, si l'on considère les affaires *Mavrommatis* comme étant au fond les phases d'une même affaire, le présent litige n'est que le deuxième cas en quarante ans où a été invoquée la clause de règlement judiciaire d'un Mandat *quelconque* et le *premier* après quarante ans en matière de Mandats « B » ou « C ». En outre, puisque l'affaire *Mavrommatis* concernait les intérêts d'un ressortissant d'un Membre de la Société des Nations dans le territoire sous Mandat en question, le cas actuel est le premier où la question de l'administration du Mandat soit soumise à décision judiciaire au point de vue des populations du territoire sous Mandat.

Ce qui est peut-être plus significatif encore, c'est le doute sur la catégorie de différends visés par l'article 7 — le point soulevé dans la troisième exception préliminaire du défendeur. Il serait certainement difficile de considérer comme fondamentale et essentielle, comme inhérente, nécessaire et non séparable, comme indispensable au fonctionnement du Mandat et par conséquent comme devant être préservée et perpétuée d'une manière ou d'une autre, une disposition que, même aujourd'hui, la Cour n'a estimée que par la plus étroite des majorités se rattacher à l'administration du Mandat, plutôt que de la considérer comme simplement relative aux intérêts individuels spécifiques des différents Membres de la Société des Nations et de leurs ressortissants dans le territoire sous Mandat. Une incertitude si manifeste et se prolongeant sur une période aussi longue se concilie mal avec la thèse d'après laquelle la disposition en question est un élément indispensable du système dont elle fait partie.

\* \* \*

In our opinion the various considerations discussed above can justify only one conclusion—that the case for viewing Article 7 as an essential and inherently necessary part of the Mandates System has not been made out. Consequently this plea cannot be made the basis of any right of the Applicant States to invoke the Article.

\* \* \*

(c) *The alleged Agreement of April 1946*

The Court comes to the conclusion that an agreement<sup>1</sup> was reached among all the Members of the League at the Assembly meeting in April 1946, to continue the different Mandates with reference to the obligations of the Mandatory Powers, notwithstanding the dissolution of the Organization.

The issue involved, is in its context whether this alleged agreement applied to *Article 7* (and the corresponding clauses in other Mandates), and if so with what effect. As has been pointed out earlier, Article 7 involved a unilateral undertaking on the part of the Mandatory alone to go before the Permanent Court at the instance of other Members of the League. No amount of "agreement" on the part of these other Members could have sufficed to perpetuate the obligation of the Mandatory after the dissolution of the League. What would have been required to achieve that, *if sufficiently direct, explicit and unequivocal*, would have been an undertaking on the part of the Mandatory itself from which, in all the surrounding circumstances *an agreement* between itself and each and every other State then a Member of the League may conclusively be inferred. We leave aside consideration of whether such an agreement could be within Article 37 of the Statute, since it would exist, if it exists at all, only from a point of time subsequent to Article 37 coming into operation. We leave aside, as well, consideration of whether such an agreement, if established, could fall within the provisions of Article 36 (1) of the Court's Statute, or if such an undertaking could be regarded as an unilateral declaration under Article 36 (2) and (4) of the Statute.

We direct and confine ourselves to the real question to be answered, namely, did the Mandatory, either in a speech or statement, or by joining in a League Assembly resolution, give such an undertaking in any terms which enable it to be held that the Mandatory

<sup>1</sup> The Court does not indicate whether the agreement stated to have been arrived at was "tacit" or otherwise.

\* \* \*

A notre avis, les diverses considérations qui viennent d'être discutées ne peuvent justifier qu'une seule conclusion — c'est que la thèse d'après laquelle l'article 7 est une partie essentielle, inhérente et nécessaire du système des Mandats n'a pas été démontrée. En conséquence, cet argument ne peut servir de fondement au droit des États demandeurs à invoquer l'article.

\* \* \*

c) *Le prétendu accord d'avril 1946*

La Cour arrive à la conclusion qu'à la réunion de l'Assemblée d'avril 1946 un accord<sup>1</sup> est intervenu entre les Membres de la Société des Nations en vue de continuer les différents Mandats, en ce qui concerne les obligations des Puissances mandataires, nonobstant la dissolution de la Société.

Dans son contexte, la question est de savoir si ce prétendu accord s'appliquait à l'article 7 (et aux clauses correspondantes des autres Mandats) et, si oui, quel en était l'effet. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'article 7 comportait l'engagement unilatéral de la part du seul Mandataire de se présenter devant la Cour permanente à la demande des autres Membres de la Société des Nations. Aucune espèce d'« accord » de la part de ces autres Membres n'aurait pu suffire à perpétuer l'obligation du Mandataire après la dissolution de la Société des Nations. Pour y parvenir, ce qu'il aurait fallu, et à la condition qu'il fût suffisamment direct, explicite et non équivoque, c'eût été un engagement de la part du Mandataire lui-même dont, dans toutes les circonstances contemporaines, on aurait pu déduire de façon concluante un accord entre le Mandataire et chacun des autres États alors Membres de la Société des Nations pris individuellement. Nous laissons de côté la considération du problème de savoir si un pareil accord était possible dans le cadre de l'article 37 du Statut, puisqu'il n'aurait existé, s'il avait existé en fait, qu'à une époque postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 37. Nous laissons également de côté l'examen de la question de savoir si un pareil accord, en supposant qu'il fût démontré, pouvait entrer dans les dispositions de l'article 36, paragraphe 1, du Statut de la Cour ou si cet engagement pouvait être envisagé comme une déclaration unilatérale dans le cadre de l'article 36, paragraphes 2 et 4, du Statut.

Nous nous attachons et nous nous limitons à la véritable question à laquelle il faut répondre, à savoir: le Mandataire a-t-il soit dans un discours, soit dans une déclaration, soit en participant à une résolution de l'Assemblée de la Société des Nations, pris un tel

<sup>1</sup> La Cour ne dit pas si l'accord en question était « tacite » ou non.

clearly engaged itself to renew or perpetuate, in relation to former Members of the League, a compulsory adjudication clause which, on its actual language was about to lapse?

Put in that way, it seems to us that the question answers itself—and in the negative—so soon as the relevant statements and resolutions are considered.

The pronouncements relied on by the Court as regards Article 7 of the Mandate for South West Africa are a statement made by the South African representative at Geneva on April 9, 1946, and paragraphs 3 and 4 of the League Assembly's resolution of 18 April, which was adopted unanimously. We look in vain in these for anything that would have the effect contended for.

We do not find it necessary to consider the question, pertinent though it is, of how far purely unilateral statements made in this way at international meetings, or how far participation in any resulting resolutions, can give rise to strictly binding legal obligations. What is quite clear is that the League resolution of April 18, 1946, did not even purport to impose or record any obligations. It merely *took note* of certain antecedent statements of *intention*, as it expressly recites.

These statements, made by all the Mandatories (not only South Africa), were made in very general and, in some cases at least, cautious and somewhat guarded, indeed limited terms. They mention no specific obligations under the Mandates, and in our view are no more than statements of intention made to the League on the eve of its dissolution. Nor is the League resolution any different.

Furthermore, it seems to us clear from the general character of the South African statement and the use of such phraseology as "will continue to *administer the territory* scrupulously in accordance with the obligations of the Mandate, *for the advancement and promotion of the interests of the inhabitants*" (italics ours), that what the Mandatory had in mind was the actual process of the administration of the territory vis-à-vis its inhabitants, and not collateral obligations of another kind owed to Members of the League<sup>1</sup>. For instance, we would not regard such a statement as involving any promise to continue, after the dissolution of the League, the commercial and

---

<sup>1</sup> This is borne out when the statement as a whole is read, part of which (in its context) might be emphasized namely the words: "The disappearance of those organs of the League concerned with the supervision of mandates, *primarily* the Mandates Commission and the League Council, will necessarily preclude complete compliance with the letter of the Mandate."

engagement dans des termes permettant de considérer qu'il s'est clairement engagé à renouveler ou à perpétuer à l'égard des anciens Membres de la Société des Nations une clause de règlement judiciaire qui, d'après ses termes mêmes, était sur le point de devenir caduque?

Ainsi présentée, il nous semble que poser la question c'est y répondre — et par la négative — dès que l'on examine les déclarations et résolutions pertinentes.

Les énoncés sur lesquels la Cour se fonde au sujet de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain sont une déclaration faite à Genève le 9 avril 1946 par le représentant de l'Afrique du Sud et les paragraphes 3 et 4 de la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations du 18 avril qui a été adoptée à l'unanimité. Nous y cherchons en vain un élément quelconque qui aurait l'effet qu'on prétend.

Pour pertinente qu'elle soit, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner la question de savoir dans quelle mesure des déclarations unilatérales faites de la sorte à des conférences internationales ou la participation aux résolutions qui en ont résulté peuvent donner lieu à des obligations juridiques rigoureusement obligatoires. Ce qui est très clair, c'est que la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946 n'a même pas prétendu imposer ou constater d'obligations quelconques. Elle a simplement *noté*, ainsi qu'elle l'énonce expressément, certaines déclarations *d'intentions* antérieures.

Ces déclarations de tous les Mandataires (et non pas seulement de l'Afrique du Sud) ont été faites en termes très généraux et, dans certains cas, dans des termes au moins prudents et quelque peu circonspects, voire restrictifs. Elles ne mentionnent aucun obligation déterminée en vertu des Mandats et, selon nous, elles ne sont rien de plus que des déclarations d'intention formulées devant la Société des Nations à la veille de sa dissolution. Le caractère de la résolution de la Société n'est pas différent.

Au surplus, le caractère général de la déclaration sud-africaine et l'emploi de formules telles que « continuera à ... *administrer [le territoire]* en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat, *afin d'assurer le progrès, et de sauvegarder les intérêts de ses habitants* » (les italiques sont de nous) montrent clairement, selon nous, que le Mandataire ne songeait qu'à la méthode pratique d'administration du territoire vis-à-vis de ses habitants et non pas aux obligations collatérales d'un autre caractère qu'il avait pu avoir envers les Membres de la Société des Nations<sup>1</sup>. Par exemple, nous ne considérerions pas une déclaration de ce genre comme com-

<sup>1</sup> Cela est confirmé quand on lit la déclaration tout entière dont une partie (dans son contexte) pourrait être soulignée, à savoir les mots: « 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 ».

other rights reserved by the Mandates for the Members of the League or their nationals, and we stress this because it is not merely Article 7 and the adjudication clauses of the other Mandates that are involved here<sup>1</sup>. If any provisions of this character continue in force, they do so for other reasons, and certainly not by virtue of the type of statement made by the South African representative (and on behalf of other Mandatory Powers) at Geneva.

Exactly the same picture emerges from the final League resolution of April 18, 1946. Its concluding paragraph refers to "the expressed *intentions* of the Members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them *for the well-being and development of the peoples concerned* in accordance with the obligations in the respective mandates, until other arrangements have been agreed...", etc. (italics ours).

Coupled with earlier references to the coming dissolution of the League in this and the statements of the various Mandatories<sup>2</sup>, all this could be regarded almost as a recognition that, upon this dissolution, the Mandates, as such, would cease to be in force, but that, pending other arrangements, the territories concerned would, in relation to their inhabitants, continue to be administered *as if* the Mandates were still in force, or on the same *basis* as that of the Mandates. What the League was concerned with was not specific obligations owed by Mandatories to States nor the rights or interests of States or their nationals but with the interests of the indigenous

---

<sup>1</sup> Indeed it is open to argument whether all the provisions of the Mandate instruments were consistent with the provisions of the Charter of the United Nations by the terms of which most States Members of the League were already bound.

<sup>2</sup> It will be useful to summarize the manner in which each of the other Mandatory Powers present stated their intentions as to the future observance by them of their obligations (the italics are ours). Thus, Great Britain stated its intention was to continue to administer "in accordance with the *general principles* of the existing Mandates"; France that it intended "to pursue the *execution of the mission* entrusted to it"; Belgium that it would remain *fully alive* to the obligations devolving upon Members of the *United Nations* under Article 80 of the Charter; New Zealand that the dissolution of the League did not diminish her obligations "to the *inhabitants* of the territory ... [which] would continue to be administered in accordance with the terms of the Mandate for the promotion and advancement of the inhabitants"; whilst Australia stated that the League's dissolution would "not be regarded by it as lessening the obligations imposed on it" by the Mandates System, which it regarded as having full force and effect. Moreover, when on 12 April 1946 the draft resolution was in the committee stages and adopted for submission to the Assembly of the League, the representative of France (no one in any sense expressing any other view) stated that its territories would continue to be *administered* in the *spirit* of the *Covenant* and of the *Charter*.

portant promesse de continuer, après la dissolution de la Société des Nations, les droits commerciaux et autres réservés par les Mandats aux Membres de la Société des Nations ou à leurs ressortissants et nous soulignons ce point parce que ce n'est pas seulement de l'article 7 et des clauses de règlement judiciaire des autres Mandats qu'il s'agit ici<sup>1</sup>. Si des dispositions de ce caractère sont encore en vigueur, elles le sont pour d'autres raisons et certainement pas en vertu du genre de déclarations faites à Genève par le représentant de l'Afrique du Sud (et pour le compte des autres Puissances mandataires).

C'est exactement le même tableau qui ressort de la résolution finale de la Société des Nations du 18 avril 1946. La paragraphe final « 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... », etc. (les italiques sont de nous).

Si on y ajoute les références antérieures à la dissolution imminente de la Société des Nations faites dans cette résolution et dans les déclarations des divers Mandataires<sup>2</sup>, tout cela pourrait être considéré presque comme la reconnaissance du fait que, lors de cette dissolution, les Mandats, comme tels, cesseraient d'être en vigueur, mais qu'en attendant d'autres arrangements les territoires intéressés continueraient, du point de vue de leurs habitants, à être administrés *comme si* les Mandats étaient encore en vigueur ou sur la même *base* que celle des Mandats. Ce dont la Société des Nations se préoccupait ce n'était pas des obligations déterminées des Man-

<sup>1</sup> Il serait même possible de discuter du point de savoir si toutes les dispositions des accords de Mandats étaient compatibles avec les dispositions de la Charte des Nations Unies dont les termes liaient déjà la plupart des États Membres de la Société des Nations.

<sup>2</sup> Il est utile de résumer la façon dont chacune des autres Puissances mandataires a déclaré ses intentions concernant l'exécution future de ses obligations (les italiques sont de nous). C'est ainsi que la Grande-Bretagne a déclaré l'intention de continuer à administrer « conformément aux *principes généraux* des mandats existants »; la France, qu'elle se proposait de « poursuivre *l'exécution de la mission* qui lui avait été confiée »; la Belgique, qu'elle restait « *pleinement consciente* de toutes les obligations qu'imposent aux Membres *des Nations Unies* les dispositions de l'article 80 de la Charte »; la Nouvelle-Zélande, que la dissolution de la Société des Nations ne diminuait pas ses obligations « envers les *habitants* du ... territoire qui continuera à être administré par la Nouvelle-Zélande conformément aux termes du Mandat, en vue d'assurer le bien-être et le progrès des habitants »; l'Australie, de son côté, a déclaré que la dissolution de la Société ne serait pas considérée par elle comme la déchargeant « des obligations qui lui ont été imposées » en vertu du *système* des Mandats, qu'elle considérait comme conservant toute leur validité et toute leur force. Au surplus, lorsque, le 12 avril 1946, le projet de résolution a été discuté dans les commissions et a été adopté en vue d'être présenté à l'Assemblée de la Société des Nations, le représentant de la France (sans que personne ait exprimé une opinion différente à aucun autre point de vue) a déclaré que ses territoires continueraient à être *administrés* dans *l'esprit* du Pacte et de la Charte.

peoples, and to be assured of "the continued application of the *principles* of the *Mandate System*"<sup>1</sup>.

However that may be, it is quite clear to us that these statements and resolutions cannot be regarded as constituting binding undertakings to continue to apply all the provisions of the Mandate, integrally, and irrespective of how any particular clauses would be affected by the dissolution of the League; and we are unable to see how a Court could infer from them an undertaking of any kind, let alone the indefinite prolongation of a jurisdictional obligation about to lapse according to its terms. For this, we think much more would have been required, something explicitly directed to that obligation. It is one thing, on the basis that the dissolution of the League might be regarded as terminating *the whole Mandates System* (which is what we think those at Geneva had in mind), to imply (on *that* basis) from what was said, an undertaking to continue to apply those provisions of the Mandate which had reference to the inhabitants of the territory, and were not, according to their terms, directly dependent on, or harnessed to, the continued existence of the League or of League Membership. It is quite another thing to draw similar implications where it is not merely a matter of keeping the system as such alive, despite the termination of the League, but of also keeping alive particular clauses, such as Article 7, specifically related to the existence of the League or the fact of League Membership. Here we think that the limits of permissible implication are reached. Nothing short of an undertaking specifically directed to the clause concerned, or to the class of clause, would have sufficed in relation to this type of provision. No such thing is to be found in the South African statement, or in any of the statements of other Mandatories or in the relevant League resolution. Indeed, as we have pointed out, the explicit references to, and only to, the administration of the territory in the interests of the inhabitants, constitutes a definite contra-indication.

In the case of the Union of South Africa, another consideration makes this conclusion even clearer. In both the South African statement and in the League resolution of April 18, 1946, the references to what was intended are stated to be in view of or *pending other arrangements*—in short a temporary situation was envisaged. But it is quite clear from the express language used in the South

---

<sup>1</sup> See statement of representative of China when presenting the draft resolution in Committee, *L. of N., O. J., Spec. Sup.* at p. 79.

dataires envers les États, ni des droits ou intérêts des États ou de leurs ressortissants, mais de l'intérêt des populations indigènes et de la « continuité d'application des principes du système des mandats »<sup>1</sup>.

Quoi qu'il en soit, il est tout à fait clair pour nous qu'on ne saurait considérer que ces déclarations et ces résolutions constituent des engagements obligatoires de continuer à appliquer les dispositions du Mandat dans leur intégralité et indépendamment de la façon dont une clause particulière quelconque serait affectée par la dissolution de la Société des Nations; et nous ne parvenons pas à comprendre comment un tribunal pourrait en déduire un engagement quelconque et moins encore la prolongation indéfinie d'une obligation juridictionnelle sur le point de devenir caduque d'après ses termes mêmes. Nous pensons qu'il aurait fallu pour cela bien autre chose; quelque chose qui visât explicitement cette obligation. Autre chose est, en partant de l'idée que la dissolution de la Société des Nations pouvait être considérée comme mettant fin au *système des Mandats tout entier* (ce qui, croyons-nous, était la pensée de ceux qui étaient à Genève), de déduire implicitement (sur *cette* base) de ce qui avait été dit un engagement de continuer d'appliquer les dispositions du Mandat qui se réfèrent aux habitants du territoire et qui, d'après leurs termes, ne dépendaient pas directement de la continuation de l'existence de la Société des Nations ou de l'appartenance à celle-ci ou n'y étaient pas directement liées. Autre chose est de tirer des conclusions implicites semblables, lorsqu'il ne s'agit pas seulement de maintenir en vie le système comme tel, en dépit de la dissolution de la Société, mais aussi de maintenir en vigueur des clauses particulières, telles que l'article 7, se rapportant spécifiquement à l'existence de la Société des Nations ou au fait de l'appartenance à celle-ci. Nous pensons que cela dépasse les limites des conclusions implicites permises. Rien moins qu'un engagement visant spécifiquement la clause ou la catégorie de clauses en question n'aurait pu suffire en ce qui concerne ce genre de disposition. On ne trouve rien de tel dans la déclaration sud-africaine, ni dans aucune des déclarations des autres Mandataires ni dans la résolution pertinente de la Société des Nations. Et même, comme nous l'avons signalé, les références explicites à l'administration du territoire dans l'intérêt des habitants, et à cette administration seule, constituent une contre-indication précise.

Dans le cas de l'Union sud-africaine, cette conclusion est rendue plus claire encore par une autre considération. A la fois dans la déclaration de l'Afrique du Sud et dans la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946, les références à ce qui était envisagé sont déclarées faites en considération d'autres arrangements ou *en attendant ces autres arrangements* — bref, il s'agissait d'une situation

<sup>1</sup> Voir la déclaration du représentant de la Chine lorsqu'il a présenté à la Commission le projet de résolution (*S. d. N., J. O., supplément spécial*, p. 79).

African statement, that what the Union Government had in mind were arrangements for the incorporation of the Mandated territory in the territory of the Union; and consequently, as had already been foreshadowed by the Union in earlier statements, that the territory would not be, or at least was most unlikely to be, brought under the United Nations trusteeship system. Whether this was politically or otherwise a desirable attitude for the Mandatory to take up, is not for us to say. The fact is that it did so, and the legal conclusion we draw is that it is quite inconceivable that a State which was aiming at the incorporation of the Mandated territory in its own territory could possibly have been willing, or be thought to have been willing, or to have been intending to imply willingness, simultaneously to perpetuate, possibly indefinitely, an obligation of compulsory jurisdiction which, on its term, was just about to become inoperative.

Of course the question of Article 7 (and the corresponding provisions of other Mandates) was never specifically raised at Geneva. Nor indeed is there the slightest evidence that its provisions were in the minds of the representatives of the Member States. The Court's finding on this part of the case implicitly assumes that, *had it been*, the various Mandatories would all immediately have agreed to the continuance of this obligation. We see absolutely nothing in the record to justify, and a good deal to negative this assumption—even in the case of Mandatories other than South Africa. In the case of the latter, we think the inherent probabilities are so obviously against it, as to place the matter virtually beyond discussion. The general merits of such an attitude are not for us to pronounce upon. The legal position is that if, in view of the dissolution of the League, any Mandatory had been asked explicitly to agree to continue to apply Article 7 in respect of *ex*-Members of the League, it was within the legal competence of any such Mandatory to refuse—for if an obligation is about to become inoperative as, on its own terms, Article 7 was, its renewal or perpetuation can only be by consent. Consequently, if there are grounds (as there clearly are) for thinking that South Africa, on an explicit raising of the matter, would in fact have refused consent—or not improbably would have done so—then it obviously becomes quite impossible to *imply* from the Union's Geneva statement any undertaking to *accept*—even if such any undertaking could otherwise be implied from those statements, which in our view it cannot be.

temporaire. Mais les termes exprès de la déclaration de l'Afrique du Sud montrent très clairement que c'était aux arrangements en vue de l'incorporation du territoire sous Mandat au territoire de l'Union que le Gouvernement de l'Union songeait; et que par conséquent, comme l'avait déjà prévu l'Union dans des déclarations antérieures, le territoire ne serait pas placé sous le régime de tutelle des Nations Unies ou tout au moins que cela était très improbable. Nous n'avons pas à dire si cette attitude du Mandataire était politiquement souhaitable. Le fait est que c'est l'attitude qu'il a prise; la conclusion juridique que nous en tirons c'est qu'il est parfaitement inconcevable qu'un État visant à l'incorporation du territoire sous Mandat à son propre territoire ait pu être disposé en même temps (ou puisse être tenu pour avoir eu cette disposition ou l'intention de la laisser entendre) à perpétuer, peut-être indéfiniment, une obligation de se soumettre à la compétence obligatoire qui, d'après ses termes mêmes, était justement sur le point de devenir inopérante.

Il est évident que la question de l'article 7 (et des clauses correspondantes des autres Mandats) n'a jamais été expressément soulevée à Genève. Il n'existe pas non plus la moindre preuve que les représentants des États Membres aient songé à cet article. Les constatations de la Cour sur cette partie de l'affaire présument implicitement que, *si tel avait été le cas*, les divers Mandataires auraient tous immédiatement donné leur accord à la continuation de cette obligation. Rien dans les documents ne nous paraît justifier cette présomption, et nous y trouvons beaucoup d'éléments contraires — même dans le cas de Mandataires autres que l'Afrique du Sud. Dans le cas de cette dernière, il nous semble que les probabilités inhérentes à la situation sont si évidemment en sens contraire que la question est virtuellement hors de discussion. Nous n'avons pas à nous prononcer sur la valeur générale de cette attitude. La situation juridique est que si, envisageant la dissolution de la Société des Nations, un Mandataire quelconque s'était vu demander d'accepter explicitement de continuer à appliquer l'article 7 pour ce qui est des *ex-Membres* de la Société des Nations, n'importe lequel de ces Mandataires avait la compétence juridique pour le refuser — car, si une obligation est sur le point de devenir inopérante d'après ses propres termes, comme c'était le cas de l'article 7, son renouvellement ou son maintien en vigueur ne peut se faire que par consentement. En conséquence, s'il y a (comme cela est clair) des motifs de penser qu'au cas où l'on aurait explicitement soulevé la question l'Afrique du Sud aurait, en fait, refusé son consentement — ou s'il n'est pas improbable qu'elle l'eut fait —, il devient évidemment tout à fait impossible de déduire *implicitement* de la déclaration faite à Genève par l'Union un engagement *d'accepter* — même si, par ailleurs, pareil engagement pouvait ressortir implicitement de ses déclarations, ce qui, selon nous, ne saurait être le cas.

Finally, it is obvious that any undertaking to continue with the obligations of Article 7 in relation to "ex-Members", or "former Members", of the League, would have needed precise definition. Just what States were to be regarded as coming within these categories (original Members, Members at the date of dissolution, countries at any time Members, Members also Members of the United Nations, etc.)? The moment the League was dissolved, there would evidently be more than one class of State which would have at least a possible claim to be considered. The question of what precisely are the entities to which any obligation to have recourse to compulsory adjudication relates (and therefore what precisely are the entities entitled to invoke it), is always and necessarily fundamental to the scope of the obligation. This can never be presumed: it requires to be defined or stated; and this alone is a reason why an implied undertaking by the Mandatory in relation to an uncertain class of beneficiary cannot be inferred from the statements and declarations of 1946.

\*

The conclusions we arrive at above as to the correct scope and interpretation of the statements made, and the resolution adopted at Geneva in April, 1946, are amply confirmed by certain other elements in the history of the matter, to which we now come.

\* \* \*

(d) *The general treatment of the Mandates question in the period 1945-1946*

The course of dealing with the question of Mandates, both in the United Nations and in the League, during the period 1945-1946, serves to confirm the conclusions we have arrived at in the preceding sections of this part of the case, both generally and, more particularly, as regards the effect to be attributed to the statements made and the resolutions adopted at Geneva in April, 1946. It also confirms the view we have already expressed that the failure to deal more explicitly with the question of the position of the Mandates after the dissolution of the League, and especially the failure to make any provision for the situation which would arise if any mandated territory, not being one that had attained independence, was not placed under the United Nations trusteeship system, was not *per incuriam* but deliberate.

Enfin, il est évident que tout engagement de continuer les obligations de l'article 7 pour ce qui est des « ex-Membres » ou « anciens Membres » de la Société des Nations aurait nécessité une définition précise. Quels étaient exactement les États qui devaient être regardés comme entrant dans ces catégories (Membres originaires, Membres à la date de la dissolution, pays ayant été Membres à un moment quelconque, Membres également Membres des Nations Unies, etc.)? La dissolution de la Société des Nations allait immédiatement entraîner l'apparition de plusieurs catégories d'États ayant au moins un titre possible à être pris en considération. La question de savoir quelles sont précisément les entités auxquelles se rapporte l'obligation de recourir au règlement judiciaire obligatoire (et par conséquent quelles sont exactement les entités qui ont le droit de l'invoquer) est toujours et nécessairement fondamentale en ce qui est de la portée de l'obligation. Cela ne peut jamais se présumer: il faut que cela soit défini ou énoncé; et cela seul est un motif de ne pouvoir déduire des énonciations et des déclarations de 1946 un engagement implicite du Mandataire se rapportant à une catégorie indéterminée de bénéficiaires.

\*

Les conclusions auxquelles nous arrivons ci-dessus quant à la portée et à l'interprétation exactes des déclarations faites et de la résolution adoptée à Genève en avril 1946 sont largement confirmées par certains autres éléments de l'histoire de la question auxquels nous en arrivons maintenant.

\* \* \*

d) *Le traitement général de la question des Mandats au cours de la période 1945-1946*

La manière de traiter la question des Mandats tant aux Nations Unies qu'à la Société des Nations pendant la période 1945-1946 sert à confirmer les conclusions auxquelles nous sommes arrivés dans les sections antérieures de cette partie de l'affaire, à la fois du point de vue général et, plus particulièrement, en ce qui concerne l'effet à attribuer aux déclarations faites et aux résolutions adoptées à Genève en avril 1946. Cela confirme également l'opinion que nous avons déjà exprimée selon laquelle ce n'est pas *per incuriam* mais de propos délibéré que la question de la position des Mandats après la dissolution de la Société des Nations n'a pas été traitée de façon plus explicite et en particulier que n'ont pas été prises des dispositions quelconques visant la situation qui se présenterait si un territoire sous Mandat, n'étant pas de ceux qui auraient accédé à l'indépendance, n'était pas placé sous le régime de tutelle des Nations Unies.

(1) In the first place it emerges quite clearly from the record that the whole approach of the United Nations to the question of the activities of the League of Nations was one of great caution and indeed of reluctance. It is crystal clear<sup>1</sup> that there was a definite rejection of any idea of what might be called a general take-over or absorption of League functions and activities. We have already mentioned in another connection that in the United Nations Assembly resolution providing for the transfer of certain functions and powers of the League, and for ensuring (subject to certain reservations) the continued exercise of its technical activities, the subject of the League's *political* functions such as, *inter alia*, those relating to Mandates, was dealt with quite differently. In this field the Assembly was only willing to act upon a specific request of the parties to assume the exercise of functions of the League, and even if such a request were received (none ever was) the Assembly was only willing to "examine" it, or "submit [it] to the appropriate organ of the United Nations"—not exactly an enthusiastic attitude. As stated, no such request was ever made, and no political functions of the League were, as such, taken over or assumed<sup>2</sup>, though of course in a number of ways, parallel functions were assumed by the United Nations under its own Charter, e.g. in the sphere of peace-keeping.

(2) The United Nations did not therefore take over the League Mandates system as such, or any specific functions in connection with it. On the other hand, this was one of the matters which was "paralleled" in the Charter, namely by the institution of the United Nations trusteeship system (Chapters XII and XIII), and by the other provisions in the Charter relating to non-self-governing territories (Chapter XI and Article 73).

(3) In short—and we wish to stress this—there was from the start an *election* (choice) on the part of the United Nations to deal with the question of non-self-governing territories (a category under which we think the Mandated territories—or at the least the "B" and "C" territories—unquestionably came) by means of the provisions of Chapters XI, XII and XIII of the Charter, and not by taking over, and supplementing or modernising, the League Mandates System.

<sup>1</sup> See Summary Records of the Preparatory Commission of the United Nations set up at the end of the San Francisco Conference, U.N.P.C., Committee 7, pp. 2-3 and 10-11.

<sup>2</sup> This is one reason why we think that the view expressed by the Court in its 1950 Opinion, to the effect that the supervisory functions of the former League Council passed to the Assembly of the United Nations which was entitled to exercise them, was definitely wrong.

1) En premier lieu, il ressort très clairement des documents que, dans toute la manière dont elles ont abordé la question des activités de la Société des Nations, les Nations Unies ont manifesté une grande prudence et même une certaine répugnance. Il est absolument clair<sup>1</sup> que toute idée de ce qu'on pourrait appeler une reprise générale ou une absorption des fonctions et des activités de la Société des Nations a été catégoriquement rejetée. A un autre point de vue, nous avons déjà mentionné que, dans la résolution de l'Assemblée des Nations Unies visant le transfert de certaines fonctions et de certains pouvoirs de la Société des Nations et tendant à assurer (sous certaines réserves) la continuation de ses activités techniques, la question des fonctions *politiques* de la Société des Nations, comme par exemple celles qui avaient trait aux Mandats, a été traitée tout différemment. Dans ce domaine, l'Assemblée n'était disposée à agir qu'à la demande spécifique des parties tendant à la reprise de l'exercice des fonctions de la Société des Nations et, même si pareille demande était présentée (il n'y en a jamais eu), l'Assemblée était prête seulement à l'étudier ou à la soumettre « à l'organe compétent des Nations Unies » — ce qui n'était pas précisément une attitude enthousiaste. Comme nous l'avons dit, aucune demande de ce genre n'a jamais été faite et aucune fonction politique de la Société des Nations n'a jamais, comme telle, été reprise ni assumée<sup>2</sup>, bien qu'il soit évident que des fonctions parallèles ont été assumées par les Nations Unies de diverses manières en vertu de la Charte, en particulier dans le domaine du maintien de la paix.

2) Les Nations Unies n'ont donc pas repris le système des Mandats de la Société des Nations comme tel, ni aucune fonction donnée s'y rapportant. En revanche, c'est là l'une des questions qui a trouvé son « parallèle » dans la Charte, à savoir dans l'institution du régime de tutelle des Nations Unies (chapitres XII et XIII) *et dans les autres dispositions de la Charte relatives aux territoires non autonomes (chapitre XI et article 73)*.

3) En bref — et nous tenons à le souligner — il y a eu dès l'origine une *élection* (un choix) de la part des Nations Unies de traiter de la question des territoires non autonomes (catégorie dans laquelle nous estimons que les territoires sous Mandat entraient incontestablement — tout au moins les territoires « B » et « C ») selon les dispositions des chapitres XI, XII et XIII de la Charte et non pas en reprenant et en complétant ou en modernisant le système des Mandats de la Société des Nations.

<sup>1</sup> Voir compte rendu sommaire de la Commission préparatoire des Nations Unies créée à la fin de la conférence de San Francisco, *C. P. N. U.*, Comité 7, pp. 2-3 et 10-11.

<sup>2</sup> C'est l'une des raisons pour lesquelles nous pensons que l'opinion exprimée par la Cour dans son avis consultatif de 1950, d'après laquelle les fonctions de surveillance de l'ancien Conseil de la Société des Nations sont passées à l'Assemblée des Nations Unies qui avait le droit de les exercer, était certainement erronée.

(4) This was a deliberate policy, as is shown by a number of things. One of the most striking is the fact that, as the Court confirmed in its 1950 Opinion, those who framed the Charter created no obligation under it for Members of the United Nations administering Mandated territories to bring these into the trusteeship system. The San Francisco Conference did, on the other hand—and this again we stress—by means of Chapter XI of the Charter (and more particularly by Article 73 which we shall consider later) create a position which, according to our view of it, involved that any Mandated territory *not* placed under trusteeship must be dealt with by the Mandatory as a non-self-governing territory under Article 73 of the Charter, in respect of which the obligations (including the reporting obligations) of that provision must be carried out.

(5) It is clear that the Members (or prospective Members) of the United Nations at San Francisco and thereafter, looked to the bringing into trusteeship of all mandated territories other than such as attained independence. But the deliberate character of their decision (evidenced by their conduct) not to make any provision for the possibility that this expectation might not in every case be realised (apart of course from the provision made by Chapter XI and Article 73), can be seen in relation to the Mandate for South West Africa from the statement which the representative of the Union of South Africa made on 11 May 1945 in Committee II/4 of the San Francisco Conference<sup>1</sup>. In this he indicated in the clearest possible terms the intention of the Union to claim the incorporation of the mandated territory in the national territory of the Union. Moreover, we see no reason to doubt the statement made on behalf of the Respondent State (in the written Memorial setting out its preliminary objections) to the effect that the declaration which the Union Government made at San Francisco included (though this does not appear on the record) an intimation that the Union Government must not be held "to have acquiesced in the continuance of the Mandate or the inclusion of the [mandated] territory in any form of trusteeship under the new International Organization"<sup>2</sup>. The fact of this South African Statement, which was long and extremely explicit, coupled with the fact that Chapter XII of the Charter, despite its various references to the mandated territories, deliberately refrained from imposing any obligation to bring them into trusteeship, makes it impossible, we think, to suggest there was any misapprehen-

<sup>1</sup> Summarily recorded in U.N.C.I.O. Docts., Vol. 10, p. 434. The full statement, the accuracy of which has not been challenged, and which accords with an unofficial verbatim record in the possession of the U.N. Secretariat is given in the Respondent's written Preliminary Objections, pp. 25-26—and see footnote 1 on page 26.

<sup>2</sup> See footnote 1 on page 26 of the Respondent's written Preliminary Objections. It has equally not been contested that this further passage was in fact included.

4) Plusieurs faits montrent qu'il y a eu là une politique délibérée. L'un des plus frappants est que, comme la Cour l'a confirmé dans son avis de 1950, les rédacteurs de la Charte n'y ont pas inclus d'obligations pour les Membres des Nations Unies administrant les territoires sous Mandat de placer ceux-ci sous le régime de tutelle. En revanche, la conférence de San Francisco — et nous soulignons ce point lui aussi — a, au moyen du chapitre XI de la Charte (et plus particulièrement de l'article 73 que nous examinerons plus loin), créé une situation qui, selon nous, impliquait que tout territoire sous Mandat non placé sous tutelle devait être traité par le Mandataire comme un territoire non autonome au sens de l'article 73 de la Charte, vis-à-vis duquel les obligations définies par cette disposition (y compris celle de faire rapport) devaient être remplies.

5) Il est clair que les Membres (ou les Membres éventuels) des Nations Unies, à San Francisco ou par la suite, envisageaient que tous les territoires sous Mandat seraient placés sous tutelle, sauf ceux qui atteindraient l'indépendance. Mais le caractère délibéré (démonstré par leur conduite) de leur décision de ne prendre aucune disposition pour le cas possible où cette attente ne serait pas satisfaite dans tous les cas (sauf évidemment la disposition prise par le chapitre XI et l'article 73) ressort, en ce qui concerne le Mandat pour le Sud-Ouest africain, de la déclaration faite par le représentant de l'Union sud-africaine le 11 mai 1945 au Comité II/4 de la Conférence de San Francisco<sup>1</sup>. Dans cette déclaration, il a indiqué dans les termes les plus clairs possibles l'intention de l'Union de réclamer l'incorporation du territoire sous Mandat au territoire national de l'Union. Au surplus, nous ne voyons pas de raison de douter de l'exposé fait au nom du défendeur (dans le mémoire écrit exposant ses exceptions préliminaires) énonçant que la déclaration faite à San Francisco par le Gouvernement de l'Union contenait (bien que cela n'apparaisse pas dans le compte rendu) un avertissement que le Gouvernement de l'Union ne saurait être considéré comme ayant « acquiescé à la continuation du Mandat ou à l'inclusion du territoire [sous Mandat] sous une forme quelconque de tutelle de la nouvelle organisation internationale »<sup>2</sup>. Le fait de cette déclaration sud-africaine qui était longue et très explicite, joint au fait que le chapitre XII de la Charte, en dépit de ses diverses références aux territoires sous Mandat, s'est délibérément abstenu d'imposer une obligation quelconque de les placer sous tutelle,

<sup>1</sup> Résumée dans la collection des documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, vol. X, p. 434. Le texte intégral de la déclaration dont l'exactitude n'a pas été contestée, et qui s'accorde avec un procès-verbal non officiel aux mains du Secrétariat des Nations Unies, figure dans les exceptions préliminaires écrites du défendeur (pp. 25-26 — voir aussi la note 1, p. 26).

<sup>2</sup> Voir la note 1 à la page 26 des exceptions préliminaires écrites du défendeur. Il n'a pas davantage été contesté que ce passage eût été, en fait, inclus dans les procès-verbaux.

sion, or to argue, on that ground, that the Court should, by judicial action, make provision for a case which the framers of the Charter did not see fit to provide for themselves—presumably because they hoped it would not occur, or were prepared, if it should occur, to leave to the application of Article 73 of the Charter. The fact that, in the event, South West Africa was the only mandated territory not brought into trusteeship, obviously cannot be a *legal* ground for dealing with this territory on any different basis from that which would have obtained if its case had been the rule and not the exception. It cannot, in law, be a question of imposing a sanction on the Mandatory for not having followed the same course as its fellow-mandatory when it was under no legal obligation to do so. It can only be a question of establishing what are the legal consequences of this, having regard to the dissolution of the League. This brings us to our next point.

(6) The possibility that some mandated territories might not be brought into trusteeship was not the only one accepted by those attending the San Francisco Conference—they also took the risk that the termination of the League might, *unless specific provision were made for this*, affect the continued applicability of particular clauses of the mandates, clauses which, by their terms, were geared to the existence of the League and of membership of the League. This risk they must be presumed to have run with their eyes open, since the coming termination of the League, by one means or another, *was a political aim and intention of all those Members of the League (including the Applicant States) who were present at San Francisco.*

(7) There was a sufficient discussion of the whole question of Mandates (as also at Geneva in April 1946, to which we shall come) to make it legitimate, and indeed necessary, to assume that those concerned were familiar with the various instruments of Mandate, and were aware that certain clauses of these instruments could not, *according to their terms*, function or remain operative on the same basis after the termination of the League, *and the termination of League membership*, unless express provision were made to meet the case; and accordingly that such express provision would have to be made, or else any consequences involved would have to be accepted. But, amongst other omissions, no provision was made to meet the fact that, after the termination of the League there would be no Members of the League at all, and therefore no States which could invoke Article 7 according to its terms, if the right to do so was (as in principle it must be) confined to States of the class specified in it.

interdit à notre avis de prétendre qu'il y ait eu un malentendu ni de soutenir pour ce motif que, par voie d'acte judiciaire, la Cour devrait prendre des dispositions à propos d'un cas pour lequel les rédacteurs de la Charte n'ont pas jugé nécessaire d'en prendre eux-mêmes — sans doute parce qu'ils espéraient qu'il ne se produirait pas ou parce que, s'il se produisait, ils étaient prêts à s'en remettre à l'application de l'article 73 de la Charte. Le fait qu'en fin de compte le Sud-Ouest africain a été le seul territoire sous Mandat qui n'ait pas été placé sous tutelle ne saurait évidemment fournir de motifs *juridiques* pour traiter ce territoire sur une autre base que celle qui aurait été applicable si son cas avait été conforme à la règle, au lieu d'être une exception. En droit, il ne saurait être question d'imposer une sanction au Mandataire pour n'avoir pas suivi la même attitude que les autres Mandataires, quand il n'était nullement dans l'obligation juridique de le faire. La seule question qui se pose est de déterminer les conséquences *juridiques* de ce fait, eu égard à la dissolution de la Société des Nations. Cela nous amène au point suivant.

6) La possibilité que certains territoires sous Mandat ne fussent pas placés sous tutelle n'est pas la seule qui ait été acceptée par ceux qui ont participé à la conférence de San Francisco — ils ont aussi accepté le risque qu'*à moins de prendre des dispositions précises pour cela* la fin de la Société des Nations portât atteinte au maintien en vigueur de clauses particulières des Mandats, clauses qui, d'après leurs termes, se rattachaient à l'existence de la Société des Nations et à la qualité de Membre de la Société. Il faut présumer qu'ils ont couru ce risque les yeux ouverts, puisque la dissolution de la Société des Nations, d'une manière ou d'une autre, *était un but et une intention politique de tous ceux des Membres de la Société des Nations qui étaient présents à San Francisco (y compris les demandeurs)*.

7) Toute la question des Mandats a été suffisamment discutée (de même qu'à Genève en avril 1946, comme nous allons y venir) pour permettre et même pour imposer d'admettre que les intéressés connaissaient bien les divers actes de Mandat et savaient que, *d'après leurs termes*, certaines clauses de ces actes ne pouvaient fonctionner ou rester en vigueur sur la même base après la fin de la Société des Nations *et la fin de l'appartenance à la Société des Nations*, à moins que des dispositions expresses ne fussent prises pour faire face à la situation; et par conséquent que ces dispositions expresses devaient être prises, faute de quoi il faudrait accepter toutes les conséquences qui en découleraient. Mais, entre autres omissions, aucune disposition n'a été prise pour remédier au fait qu'après la fin de la Société des Nations il n'y aurait plus de membres de celle-ci et, par conséquent, plus d'États en mesure d'invoquer l'article 7 selon ses termes, si (comme cela devait être en principe) le droit de le faire était limité aux États de la catégorie définie dans cet article.

(8) If June 26, 1945, the date of the signature of the Charter, represented in practice the last occasion on which, under the Charter itself, any provision could be made for the case of a mandated territory not being placed under trusteeship, or for meeting any problems that might be created by the coming dissolution of the League, it was by no means the last occasion of any kind on which something could have been done about these things. There was still the occasion of the dissolution of the League itself. Since a large proportion of the Members of the League (including the Applicant States) were also Members of the United Nations, and vice-versa, the basis for a concerted policy existed. There was equally the occasion of the adoption of the United Nations Resolution XIV (I) of February 12, 1946, already referred to, stating the terms on which the United Nations would be prepared to take over political functions from the League, such as those relating to mandates. These terms, as we have seen, were not encouraging—a fact significant in itself. But it remained open to the League (not dissolved until April 1946) or to the parties to any “international instrument” to make a formal request to the United Nations to assume the exercise of any such functions. No such request was ever made.

(9) It was not only *not* made, but when, at Geneva in April 1946, the representative of China presented a draft Resolution (quoted in full in a footnote on p. 538 below) the effect of which would have been to request the United Nations to take over the supervisory functions of the League Council in respect of the conduct of the Mandates, this draft was not proceeded with. Instead, the Resolution which we have considered under sub-section (c) immediately preceding this one, was adopted (for text, see the same footnote on p. 538)<sup>1</sup>. The question of the United Nations taking over functions from the League Council is of course not the same one as that of the right of former Members of the League to go on invoking the adjudication clause of the Mandate. But they are closely related. Both hinged on the dissolution of the League, and the two Assemblies appear to have been equally indifferent to both. The one question was at least raised by the original Chinese resolution. The other was never raised at all, and there is no indication that anyone was interested in raising it; yet it is impossible (and it really has to be excluded in point of law) that those concerned were unaware of the terms of provisions such as Article 7, or of the

---

<sup>1</sup> The contrast between the original Chinese draft and the one eventually adopted constitutes an additional reason why we find it impossible to accept the view taken by the Court in 1950, that the functions of the League Council in respect of Mandates had passed to the United Nations; for this was the very thing which the original Chinese draft proposed but which was not adopted.

8) Si le 26 juin 1945, date de la signature de la Charte, représentait en pratique la dernière occasion à laquelle, selon la Charte elle-même, il fût possible d'insérer dans la Charte une disposition en vue de régler le cas où un territoire sous Mandat ne serait pas placé sous tutelle ou de résoudre tous les problèmes susceptibles d'être soulevés par la dissolution imminente de la Société des Nations, ce n'était nullement la dernière occasion de faire quelque chose en ces matières. La possibilité existait encore à l'occasion de la dissolution de la Société des Nations elle-même. Puisque la plupart des Membres de la Société des Nations (y compris les États demandeurs) étaient aussi Membres des Nations Unies et vice-versa, la base d'une politique concertée existait. De même, il y a eu l'occasion de l'adoption de la résolution XIV (I) des Nations Unies du 12 février 1946, déjà citée, énonçant les conditions selon lesquelles les Nations Unies seraient disposées à reprendre les fonctions politiques de la Société des Nations, dont celles relatives aux Mandats. Comme nous l'avons vu, ces conditions n'étaient pas encourageantes — fait significatif en lui-même. Mais il restait la possibilité pour la Société des Nations (dissoute seulement en avril 1946) ou pour les parties à un « acte international » de présenter aux Nations Unies une demande formelle d'assumer l'exercice de toutes fonctions de ce genre. Aucune demande de cet ordre n'a jamais été présentée.

9) Non seulement aucune demande n'a été présentée mais, lorsqu'en avril 1946 à Genève le représentant de la Chine a présenté un projet de résolution (cité intégralement en note à la p. 538 ci-dessous) tendant à inviter les Nations Unies à reprendre les fonctions de surveillance du Conseil de la Société des Nations en matière d'administration des Mandats, il n'a pas été donné suite à ce projet. En revanche, la résolution que nous avons examinée à la section c) immédiatement ci-dessus a été adoptée (pour son texte, voir même note au bas de la p. 538)<sup>1</sup>. Certes, la question de la reprise par les Nations Unies des fonctions du Conseil de la Société des Nations est distincte de la question du droit qu'auraient encore les anciens Membres de la Société d'invoquer la clause de règlement judiciaire du Mandat. Mais ces deux questions sont étroitement liées. Elles dépendaient l'une et l'autre de la dissolution de la Société des Nations et les deux assemblées se sont montrées aussi indifférentes dans un cas que dans l'autre. La première question a, du moins, été soulevée par le projet de résolution chinois. L'autre n'a jamais été soulevée et rien n'indique que personne tînt à le faire; or, il est impossible (et, du point de vue juridique, cela doit être

<sup>1</sup> La différence entre le projet chinois original et la résolution finalement adoptée constitue à nos yeux une raison de plus de ne pas accepter l'opinion énoncée par la Cour en 1950 selon laquelle les fonctions du Conseil de la Société en ce qui concerne les Mandats seraient passées aux Nations Unies, car c'était exactement ce que proposait le projet chinois original qui n'a pas été adopté.

effect that the dissolution of the League would have on these provisions, if no counter-action was taken.

(10) We have already drawn attention to, and cited, the very general and guarded types of statement made about the Mandates at Geneva. But even before that, the matter had been further discussed in the Preparatory Commission of the United Nations set up at the close of the San Francisco Conference to function during the interim period before the Charter would come into force, and before the first part of the first United Nations Assembly would be held in January 1946, and to prepare for this. In this Commission, most of those who met at Geneva to dissolve the League were represented. They were therefore aware of what had taken place in the Preparatory Commission. The Commission set up an Executive Committee. This Committee prepared a Report in view of the first session of the United Nations Assembly. Part III of Chapter IV of this Report proposed the setting up of a Temporary Trusteeship Committee to carry out, in the intervening period, certain of the functions that would eventually fall to the United Nations Trusteeship Council<sup>1</sup>. One of the functions the Executive Committee proposed for such a Trusteeship Committee—and we draw particular attention to this—was to

“advise the General Assembly on any matters that might arise with regard to the transfer to the United Nations of any functions and responsibilities hitherto exercised under the Mandate System”.<sup>2</sup>

Amongst the responsibilities which, according to the argument of the Applicants in this case, was essentially necessary for the functioning of the Mandates System, was the function of “judicial supervision” of the Mandate. It is therefore instructive to note what happened to this proposal. *It was not adopted by the Preparatory Commission*, and was replaced by a recommendation to the United Nations Assembly that it should adopt a resolution calling on Member States administering Mandates, to submit trusteeship agreements in respect of them for consideration at the second part of the first Assembly in the autumn of 1946<sup>3</sup>, a recommendation eventually adopted by the Assembly, in Resolution XI of February 9, 1946.

(11) Yet in the discussions in the Preparatory Commission in December 1945, which preceded the formulation of this recommen-

<sup>1</sup> Document PC/EX/113/Rev. 1, Chapt. IV, Sec. 2, para. 3, p. 55. A Sub-Committee of the Executive Committee included in its report to the latter (*inter alia*) the following observation: “Since the questions arising from the *winding up of the Mandates System* are dealt with in Part III, Chapter IV, no recommendation is included ...” *Ibid.*, Chapt. IX, Sec. 3, paras. 1, 2 and 5, p. 110.

<sup>2</sup> *Ibid.*, para. 4 (IV), p. 56.

<sup>3</sup> Document PC/20, Chap. IV, Sec. 1, p. 49.

exclu) que les intéressés n'aient pas eu connaissance des termes de dispositions telles que l'article 7, ni de l'effet que la dissolution de la Société des Nations aurait sur ces dispositions si aucune contre-mesure n'était prise.

10) Nous avons déjà évoqué et cité les déclarations de caractère très général et prudent faites à Genève à propos des Mandats. Mais même auparavant la question avait été débattue en détail par la Commission préparatoire des Nations Unies créée à la fin de la conférence de San Francisco pour la période intérimaire précédant l'entrée en vigueur de la Charte et la première partie de la première session de l'Assemblée des Nations Unies en janvier 1946, en vue de préparer cette session. La plupart de ceux qui se sont réunis à Genève pour dissoudre la Société des Nations étaient représentés à la Commission préparatoire. Ils savaient donc bien ce qui s'y était passé. Elle institua un Comité exécutif. Ce Comité prépara un rapport en vue de la première session de l'Assemblée des Nations Unies. Le chapitre IV de la partie III de ce rapport proposa la création d'un Comité temporaire de tutelle chargé d'exercer pendant la période intérimaire certaines fonctions qui reviendraient par la suite au Conseil de tutelle des Nations Unies<sup>1</sup>. L'une des fonctions proposée par le Comité exécutif pour ce Comité de tutelle — et sur laquelle nous attirons particulièrement l'attention — était de :

« donner des avis à l'Assemblée générale sur les questions que pourrait soulever le transfert à l'Organisation des Nations Unies de toutes fonctions et responsabilités assumées jusqu'ici en vertu du régime des mandats »<sup>2</sup>.

L'une des responsabilités qui, selon la thèse des demandeurs en l'espèce, aurait été essentielle au fonctionnement du système des Mandats était la « surveillance judiciaire » du Mandat. Il est donc instructif de noter ce qui est advenu de cette proposition. *Elle n'a pas été adoptée par la Commission préparatoire* et a été remplacée par une recommandation à l'Assemblée des Nations Unies d'adopter une résolution demandant aux États Membres administrant des Mandats de soumettre à leur égard des accords de tutelle pour examen pendant la deuxième partie de la première Assemblée à l'automne 1946<sup>3</sup>; c'est cette recommandation qui a été finalement adoptée par l'Assemblée dans sa résolution XI du 9 février 1946.

11) Les discussions de la Commission préparatoire en décembre 1945 qui ont précédé l'élaboration de la recommandation indiquent

<sup>1</sup> Document PC/EX/113/Rev. 1, chap. IV, sect. 2, par. 3, p. 55. Un sous-comité du Comité exécutif a fait figurer notamment dans son rapport à ce dernier l'observation suivante: « Étant donné que les questions soulevées par la *terminaison du régime des Mandats* sont traitées au chapitre IV de la Partie III, on ne trouvera ici aucune recommandation à cet égard. » *Ibid.*, chap. IX, sect. 3, par. 1, 2 et 5, p. 110.

<sup>2</sup> *Ibid.*, par. 4 (IV), p. 56.

<sup>3</sup> Document PC/20, chap. IV, sect. 1, p. 49.

dation, there were further indications that no automatic transfers of Mandated territories into the trusteeship system could be expected. Speaking on December 20, 1945, the representative of Australia, while expressing sympathy with the aims involved, denied that there was any obligation to bring mandated territories into trusteeship, and insisted that in this respect there was no difference between these territories and any other form of dependent territory<sup>1</sup>. The representative of South Africa on the same occasion<sup>2</sup> and again three days later<sup>3</sup> once more made the most explicit reservations.

(12) When the Assembly itself met in January 1946, all this was repeated. The representative of South Africa made further similar statements (January 17 and 22)<sup>4</sup>. The representative of the United Kingdom (same day) announced a decision to start negotiations in respect of Tanganyika, the Cameroons and Togoland, but expressed willingness actually to bring them into trusteeship only if satisfactory terms could be negotiated, and reserved the case of Palestine entirely, for special reasons<sup>5</sup>. The representative of France (19 January) said that the French Government intended "to carry on with the work entrusted to it by the League of Nations", but believing that a transfer into trusteeship "would be in the spirit of the Charter", it was prepared to "study" the matter, subject to certain reservations<sup>6</sup>. More than one statement referred to the necessity for obtaining the approval of the peoples of the mandated territories. Other statements of willingness in principle to place mandated territories under trusteeship were made on behalf of Australia, Belgium and New Zealand.

(13) In its resulting Resolution XI of 9 February, the Assembly in "inviting" the negotiation of trusteeship agreements, welcomed

"the declarations *made by certain States* administering territories now held under Mandate, of an intention to negotiate trusteeship agreements in respects of *some of these territories...*" (italics ours<sup>7</sup>).

Even if one attributes the wording of the italicised passages partly to the existence of special cases such as those of Palestine

<sup>1</sup> U.N.P.C. Committee 4, Summary Records, p. 39.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>3</sup> U.N. P.C. Journal, p. 131.

<sup>4</sup> G.A.O.R., First Session, First Part, 12th plenary meeting, pp. 185-6; and *ibid.*, Fourth Comm., 3rd meeting, p. 10.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 11th Plenary, pp. 166-167.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 16th plenary, p. 231.

<sup>7</sup> U.N. Document A/64, p. 13.

déjà qu'on ne s'attendait pas à un transfert automatique des territoires sous Mandat dans le régime de tutelle. Dans son intervention du 20 décembre 1945, le représentant de l'Australie, tout en exprimant sa sympathie envers les objectifs prévus, a dit qu'il n'existait pas d'obligation de mettre sous tutelle les territoires sous Mandat et a souligné qu'il n'y avait à cet égard aucune différence entre lesdits territoires et les autres formes de territoires dépendants<sup>1</sup>. Le même jour<sup>2</sup> et encore trois jours plus tard<sup>3</sup>, le représentant de l'Afrique du Sud a formulé de nouveau les plus explicites réserves.

12) Tout cela a été répété lorsque l'Assemblée s'est réunie en janvier 1946. Le représentant de l'Afrique du Sud a fait de nouvelles déclarations dans le même sens (17 et 22 janvier)<sup>4</sup>. Le représentant du Royaume-Uni a annoncé (le même jour) que son pays avait décidé de commencer des négociations à propos du Tanganyika, du Cameroun et du Togo, mais ne serait disposé à mettre ces territoires sous tutelle que si les négociations se révélaient satisfaisantes; quant à la Palestine, son cas était entièrement réservé pour des raisons spéciales<sup>5</sup>. Le 19 janvier, le représentant de la France a indiqué que son gouvernement se proposait de « poursuivre l'exécution de la mission qui lui avait été confiée par la Société des Nations » mais, pensant qu'il « serait dans l'esprit de la Charte » que cette mission s'exerçât désormais sous le régime de la tutelle, était prêt à « étudier » la question sous certaines réserves<sup>6</sup>. Dans plus d'une déclaration il a été fait mention de la nécessité d'obtenir l'approbation des peuples des territoires sous Mandat. L'Australie, la Belgique et la Nouvelle-Zélande ont également déclaré qu'elles étaient en principe disposées à placer sous tutelle les territoires qu'elles administraient sous Mandat.

13) Dans la résolution XI adoptée en conséquence le 9 février, l'Assemblée, « invitant » les gouvernements intéressés à négocier des accords de tutelle, a accueilli avec satisfaction

« les déclarations faites par certains États administrant des territoires actuellement sous mandat, de leur intention de négocier des accords de tutelle pour certains de ces territoires... » (les italiques sont de nous)<sup>7</sup>.

Même si l'on attribue en partie le libellé des passages en italiques à l'existence de cas spéciaux comme ceux de la Palestine et de la

<sup>1</sup> Commission préparatoire des Nations Unies, Comité 4, procès-verbal, p. 39.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>3</sup> Commission préparatoire des Nations Unies, Journal, p. 131.

<sup>4</sup> Assemblée générale, documents officiels, première session, première partie douzième séance plénière, pp. 185-186; et *ibid.*, Quatrième Commission, troisième séance, p. 10.

<sup>5</sup> *Ibid.*, onzième séance plénière, pp. 166-167.

<sup>6</sup> *Ibid.*, seizième séance plénière, p. 231.

<sup>7</sup> Document Nations Unies A/64, p. 13.

and Transjordan (about to attain independence), and to the fact that Japan, which administered a number of mandated territories in the Pacific, was then neither a Member of the United Nations, nor present at the Assembly, nor to be present at Geneva in April, this was not the whole picture. There was also the fact that the statements made on behalf of South Africa could not possibly have been construed as "declarations of intention" to negotiate a trusteeship agreement for South West Africa; and it was in any case clear that, both with regard to that territory and other mandated territories, the position was uncertain, and would depend (even in the case of those territories in respect of which declarations of intention had been made) on the negotiation of satisfactory trusteeship agreements.

(14) Such then was the position when the Members of the League of Nations met at Geneva in April 1946, many of them having been represented at the United Nations proceedings above-mentioned, and all of them aware of these. What transpired has already been described under the previous section (c) of this part of our Opinion. The contrast between the original draft Chinese resolution, presented by the representative of China but not proceeded with, and the eventual resolution of the League Assembly is so glaring and revealing, that we set out both resolutions verbatim in a footnote<sup>1</sup>.

\* \* \*

---

<sup>1</sup> The original Chinese draft read as follows:

"The Assembly,

Considering that the Trusteeship Council has not yet been constituted and that all mandated territories under the League have not been transferred into territories trusteeship;

Considering that the League's function of supervising mandated territories should be *transferred* to the United Nations, *in order to avoid a period of interregnum in the supervision of the mandatory regime* in these territories [italics added];

*Recommends* that the mandatory powers as well as those administering enemy mandated territories shall continue to submit annual reports to the United Nations and to submit to inspection by the same until the Trusteeship Council shall have been constituted."

The Resolution finally adopted by the League Assembly was the following:

"The Assembly:

Recalling that Article 22 of the Covenant applies to certain territories placed under mandate the principle that the well-being and development of peoples not yet able to stand alone in the strenuous conditions of the modern world form a sacred trust of civilization:

1. Expresses its satisfaction with the manner in which the organs of the League have performed the functions entrusted to them with respect to the mandates system and in particular pays tribute to the work accomplished by the Mandates Commission;

Transjordanie (qui étaient sur le point d'accéder à l'indépendance) et au fait que le Japon qui administrait un certain nombre de territoires sous Mandat dans le Pacifique n'était alors ni Membre des Nations Unies ni présent à l'Assemblée (pas plus qu'il ne devait l'être à Genève en avril), le tableau n'est pas complet. Il faut ajouter que les déclarations faites au nom de l'Afrique du Sud ne pouvaient certainement pas être interprétées comme « exprimant l'intention » de négocier un accord de tutelle pour le Sud-Ouest africain; et il était clair que la situation était incertaine tant en ce qui concernait ce territoire que d'autres territoires sous Mandat et que tout dépendrait de la négociation d'accords de tutelle satisfaisants (même dans le cas des territoires à propos desquels des « déclarations d'intention » avaient été faites).

14) Telle était donc la situation lorsque se sont réunis à Genève en avril 1946 les Membres de la Société des Nations, dont beaucoup avaient participé aux débats des Nations Unies mentionnés ci-dessus et qui en avaient tous eu connaissance. Nous avons déjà décrit, à la section c) ci-dessus de la présente opinion, ce qui s'est passé. La différence entre le projet de résolution chinois original, présenté par le représentant de la Chine mais auquel il n'a pas été donné suite, et la résolution finalement adoptée par l'Assemblée de la Société est si frappante et si révélatrice que nous citons en note ces deux documents *in extenso*<sup>1</sup>.

\* \* \*

<sup>1</sup> Le projet chinois original était le suivant:

« L'Assemblée,

Considérant que le Conseil de Tutelle n'a pas encore été constitué et que tous les territoires sous mandat de la Société des Nations n'ont pas encore été transformés en territoires sous tutelle;

Considérant qu'il y aurait lieu, *afin d'éviter toute interruption dans la surveillance du régime des mandats* dans ces territoires, de transférer à l'Organisation des Nations Unies les fonctions assumées à cet égard par la Société des Nations (les italiques sont de nous);

*Recommande* que les Puissances mandataires ainsi que les Puissances administrant des territoires sous mandat ex-ennemi continuent à présenter aux Nations Unies des rapports annuels et acceptent que ces Territoires soient inspectés par l'Organisation, jusqu'au moment où le Conseil de Tutelle aura été constitué. »

La résolution finalement adoptée par la Société des Nations est rédigée comme suit:

« L'Assemblée:

Rappelant que l'article 22 du Pacte applique à certains territoires placés sous mandat le principe que le bien-être et le développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne forment une mission sacrée de civilisation:

1. Exprime sa satisfaction pour la manière dont les divers organes de la Société des Nations ont rempli les fonctions qui leur étaient confiées pour l'application du système des mandats et rend tout particulièrement hommage à l'œuvre accomplie par la Commission des mandats;

We shall state presently the reason which we think underlay the attitudes both of the United Nations and of the League Assemblies. Here we will state what appears to us to be the legal significance of these attitudes, so far as the present affair is concerned.

It seems to us impossible, on the facts as we have described them, and looking at the matter as a whole, to take any other view than that both the United Nations and the League Assemblies were fully aware of and alerted to the whole implications of the mandates question, and of the dissolution of the League relative to that; or that alternatively they must, on the facts (and even simply as a presumption of law), be held to have been. *Apart from what was provided for by Article 73 of the Charter* (see next section), they deliberately refrained from making provision for the situation which might arise if any mandated territory was not placed under trusteeship, or if there were long delays—although forewarned that this very situation might arise. They refrained equally from any attempt to adapt the Mandates to the situation arising from the termination of the League and of League membership.

They not only “refrained”, but at least twice (proposal of the Executive Committee of the Preparatory Commission of the United Nations—head (10) above; and original Chinese resolution at Geneva) they *rejected* proposals for a transfer of League functions respecting Mandates to the United Nations. Acceptance of either of these proposals would naturally not, of itself, have got over the difficulty about cessation of League membership. It would probably have brought that question into the open, but this is not the point. Our concern here is simply to show that the two Assemblies were (except for Article 73 of the Charter) unwilling to provide in *any* specific way for the consequences of the termination of the League and its membership, or for a possible eventual failure to bring a mandated territory into trusteeship. In this lies the key to the whole matter.

2. Recalls the role of the League in assisting Iraq to progress from its status under an ‘A’ Mandate to a condition of complete independence, welcomes the termination of the mandated status of Syria, the Lebanon and Transjordan, which have, since the last session of the Assembly, become independent members of the world community;

3. Recognizes that, on the termination of the League’s existence, its functions with respect to the mandated territories will come to an end, but notes that Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the United Nations embody principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant of the League;

4. Takes note of the expressed intentions of the members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them for the well-being and development of the peoples concerned in accordance with the obligations contained in the respective mandates until other arrangements have been agreed between the United Nations and the respective mandatory powers.”

Nous exposerons plus loin le motif qui explique, à notre avis, l'attitude adoptée par l'Assemblée des Nations Unies et celle de la Société des Nations. Pour l'instant, nous relèverons ce qui, dans ces attitudes, nous semble être juridiquement important en ce qui concerne les présentes affaires.

Il nous paraît impossible, étant donné les faits que nous avons décrits et considérant l'affaire dans son ensemble, de penser que l'Assemblée des Nations Unies et celle de la Société des Nations n'aient pas été parfaitement conscientes et averties de l'ensemble des incidences de la question des Mandats et de la dissolution de la Société des Nations à cet égard; ou, en d'autres termes, il faut considérer qu'elles l'étaient, vu les faits (et même simplement à titre de présomption de droit). *En dehors des dispositions de l'article 73 de la Charte* (voir section suivante), elles se sont délibérément abstenues de prendre des dispositions concernant la situation pouvant se présenter si un territoire sous Mandat n'était pas placé sous tutelle ou ne l'était qu'après de longs délais — bien qu'elles eussent été averties qu'une telle situation pourrait se présenter. De même, elles n'ont pas essayé d'adapter les Mandats à la situation découlant de la disparition de la Société et de la qualité de Membre de cette Société.

Non seulement elles ne l'ont pas fait mais, au moins par deux fois, elles ont *rejeté* des propositions en vue de transférer aux Nations Unies les fonctions de la Société des Nations en matière de Mandats (proposition du Comité exécutif de la Commission préparatoire des Nations Unies — paragraphe 10 ci-dessus; et projet de résolution chinois original de Genève). L'acceptation de l'une ou l'autre de ces propositions n'aurait naturellement pas en soi résolu les difficultés concernant la cessation de l'appartenance à la Société. Le problème aurait été probablement mis en évidence, mais cela est en dehors de notre propos. Ce qui nous intéresse ici est simplement de montrer que les deux assemblées ne désiraient (en dehors de l'article 73 de la Charte) prendre *aucune* disposition expresse en vue de faire face aux conséquences de la fin de la Société des Nations et de l'apparte-

2. Rappelle que la Société des Nations a aidé l'Irak à passer de son statut de territoire sous mandat A à l'entière indépendance; se félicite que, depuis la dernière session de l'Assemblée, la Syrie, le Liban et la Transjordanie aient cessé d'être des territoires sous mandat pour devenir des membres indépendants de la communauté internationale;

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. »

It is the key to the whole matter because it is strikingly evident that the two Assemblies (and the Applicant States were Members of both) relied, and *preferred to rely*, on the hope or expectation that the mandated territories would eventually be brought into trusteeship. Whether this was a reasonable assumption in the case of South West Africa, considering the declarations that were made on behalf of the Union Government, is another matter. The fact remains that it *was* relied upon, in the full knowledge of facts from which it was manifest that the expectation might not be realized, and of the fact that the Mandatory was under no legal obligation in the matter.

It seems to us fairly clear as a matter of reasonable inference, that an important part of the reason for this attitude was the desire to avoid even the suggestion that any mandated territory might not be brought into trusteeship; or, by providing for the situation that might arise if that was not done (and if the League had in the meantime been dissolved) to appear to be countenancing such a situation by providing for it, or to be giving grounds on the basis of which any Mandatory could contend that, express provision having been made for continuing the Mandates *as Mandates*; no further action was required.

In short, given the view that they took of the whole matter, those concerned thought it unnecessary to provide for this situation and better policy not to. This course having been chosen, and the possible consequences it entailed accepted, there is no legal principle which would enable a Court of law to put the clock back and, by judicial action, make provision for a case which those concerned elected not to deal with, for reasons which appeared to them good and sufficient at the time.

The fact that subsequent events have shown the policy to be mistaken in the particular case of South West Africa, cannot of course provide any justification for judicial rectification. This would be to apply a principle of "hindsight" which we have already said is not a legitimate one. The fact is that, making the best political judgment they could in the circumstances of the time, the two Assemblies pursued the course they thought was wisest—nor is it certain they were wrong, considering the matter as a whole<sup>1</sup>. It is not for a Judge today, in the light of the greater knowledge granted him by the passage of time, to do more than apply the law as it is, in the light of the facts as they stood when the situation he is dealing with arose.

<sup>1</sup> It may well have resulted in former mandated territories being placed under trusteeship that otherwise might not have been. But if a given course has advantages, its corresponding disadvantages must, in law at any rate, be accepted.

nance à cette Société, ou à l'éventualité d'un échec dans le transfert sous tutelle d'un territoire sous Mandat. C'est là la clé de toute l'affaire.

C'est la clé de toute l'affaire parce qu'il est très évident que les deux assemblées (et les États demandeurs étaient Membres des deux) se sont fondées et *ont préféré se fonder* sur l'espoir ou l'attente que les territoires sous Mandat seraient finalement placés sous tutelle. Autre chose est de savoir si pareille supposition était raisonnable dans le cas du Sud-Ouest africain, vu les déclarations faites au nom du Gouvernement de l'Union. Il n'en reste pas moins qu'on s'est bien fondé sur cet espoir, en pleine connaissance des faits qui montraient manifestement qu'il pourrait ne pas se réaliser et en pleine connaissance de ce que le Mandataire n'était soumis à aucune obligation juridique en la matière.

Il nous paraît assez clair qu'on peut raisonnablement conclure que cette attitude était en grande partie motivée par le désir d'éviter même de suggérer que l'un des territoires sous Mandat pût ne pas être transféré sous tutelle; ou de donner l'impression de sanctionner la situation qui pourrait se présenter si cela se produisait (la Société des Nations étant dissoute entre-temps), en prévoyant cette situation ou en donnant à n'importe quel Mandataire des motifs de prétendre que, une disposition expresse ayant été prise pour la continuation des Mandats en tant que Mandats, il n'y avait pas lieu d'envisager d'autres mesures.

En bref, l'attitude prise par les intéressés sur l'ensemble de cette question indique qu'ils ont pensé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir cette situation et qu'il était même de meilleure politique de ne pas le faire. Cette méthode ayant été adoptée et ses conséquences éventuelles acceptées, aucun principe juridique ne permet à un tribunal de remonter dans le temps et de prendre, par action judiciaire, des dispositions pour un cas que les intéressés avaient choisi d'omettre pour des raisons qui leur semblaient bonnes et suffisantes à l'époque.

Le fait que les événements ultérieurs ont prouvé que cette politique était erronée dans le cas particulier du Sud-Ouest africain ne saurait bien entendu justifier une rectification judiciaire. Cela équivaldrait à appliquer un principe de « *vision a posteriori* » qui, nous l'avons déjà dit, n'est pas légitime. Le fait est qu'en exerçant le meilleur jugement politique possible eu égard aux circonstances de l'époque les deux assemblées ont suivi le cours qui leur paraissait le plus sage — et il n'est pas certain qu'elles aient eu tort, si l'on considère la question dans son ensemble<sup>1</sup>. Il n'appartient pas aujourd'hui à un juge, mieux informé avec le temps, de faire plus que d'appliquer le droit tel qu'il est, à la lumière des faits tels qu'ils se présentaient lorsqu'a surgi la situation dont il est saisi.

<sup>1</sup> Il se peut que cette politique ait eu pour résultat de faire placer sous tutelle d'anciens territoires sous Mandat qui autrement n'auraient pas subi ce transfert. Mais si une attitude a des avantages, il faut accepter les désavantages corrélatifs, en droit du moins.

\* \* \*

But it would be doing an injustice to those concerned to suppose that they were indifferent to their responsibilities. They were not. They knew of the protective cover which was provided by Article 73 of the Charter, and to this we now come.

\* \* \*

(e) *The role of Article 73 of the United Nations Charter*

It must be evident to anyone who reads Article 73 of the United Nations Charter, in conjunction with Article 22 of the League Covenant, that the provisions of the one were fashioned to a major extent upon those of the other. The similarity not only of concept but of language is striking, and in order to show the affinity between the two, we reproduce the text of the first paragraph of each in a footnote<sup>1</sup>.

Article 73 provided for a number of obligations for Members of the United Nations administering non-self-governing territories, to some of which we shall refer, and in particular it provided (by its sub-paragraph (e)) for a reporting obligation to the United Nations which, if less stringent and comprehensive than that provided for under the Mandates (and under Article 6 of the Mandate for South West Africa), was nevertheless far from negligible, as events in the United National Assembly have amply demonstrated. This provision (Article 73) was not in any way confined to the case of Mandated territories, but it undoubtedly covered that case, as we shall show.

Here then was the provision which, though set aside as irrelevant by the Court in 1950, did in fact afford a reasonable measure of coverage (*in so far as it was considered necessary or desirable to provide any*) against the possibility that some Mandated territory

<sup>1</sup> Article 22, paragraph 1, of the League Covenant was as follows:

“To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that the securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant.”

The opening and governing paragraph of Article 73 of the Charter reads:

“Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government, recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and to this end: ...”

\* \* \*

Mais il serait injuste de supposer que les intéressés étaient indifférents à leurs responsabilités. Ils ne l'étaient pas. Ils connaissaient le rôle de protection de l'article 73 de la Charte, auquel nous arrivons maintenant.

\* \* \*

e) *Le rôle de l'article 73 de la Charte des Nations Unies*

Lorsqu'on lit l'article 73 de la Charte des Nations Unies en corrélation avec l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, il est évident que les dispositions de l'un ont été largement inspirées par celles de l'autre. L'analogie des concepts aussi bien que de la rédaction est frappante et, pour montrer les affinités entre les deux articles, nous reproduisons en note le texte du premier paragraphe de chacun d'eux<sup>1</sup>.

L'article 73 fixe un certain nombre d'obligations incombant aux Membres des Nations Unies chargés d'administrer des territoires non autonomes, dont nous mentionnerons quelques-unes, et établit en particulier (à l'alinéa e)) une obligation de soumettre des rapports aux Nations Unies qui, bien que moins sévère et générale que pour les Mandats (Mandat pour le Sud-Ouest africain: article 6), n'était nullement négligeable, comme l'a amplement démontré l'attitude de l'Assemblée des Nations Unies. Cette disposition (article 73) ne se limitait nullement au cas des territoires sous Mandat mais elle l'englobait sans aucun doute, comme nous allons le montrer.

Telle était donc la disposition qui, bien qu'écartée par la Cour en 1950 comme non pertinente, offrait un degré raisonnable de protection (*pour autant qu'il fût jugé nécessaire ou souhaitable de prévoir une telle protection*) contre la possibilité qu'un territoire sous

<sup>1</sup> Le paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations était le suivant:

« 1. Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des États qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission. »

Le paragraphe déterminant de l'article 73 est son paragraphe introductif:

« Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes, reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure du possible leur prospérité, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte et, à cette fin: ... »

might remain outside the trusteeship system or remain outside for a prolonged period<sup>1</sup>.

That Article 73 would not, in respect of such a provision as Article 7 of the Mandate for South West Africa, have served in itself to cure the defect arising from the termination of all League Membership can only afford further evidence of, and confirm the fact that the Members of the United Nations never attached any particular importance to the adjudication provisions of the Mandates, a view equally confirmed in respect of the League Assembly by the character of its final resolution on Mandated territories of April 18, 1946, already considered.

The view that Article 73 does not apply to Mandated territories is, we think, legally untenable, at any rate as regards any territories under "B" or "C" Mandate, having regard to the affinities of Article 73 with Article 22 of the Covenant. The former was clearly intended to apply to a much larger range of territories than the relatively small class of the Mandated territories; but it would be a strange consequence if a concept devised expressly to relate to that class should, when extended to other territories, thereby be held to have ceased to apply to the class it was originally devised for, especially given that the States administering territories in this class were under no obligation to bring them into the trusteeship class. This would indeed have been to leave them high and dry in a sort of international no-man's land.

We do not believe this was the intention of the Charter, and the reference to Chapter XI (containing Article 73) made in paragraph 3 of the League Resolution of April 18, 1946 (see pp. 538-539) shows that the view we have expressed was equally the view taken at the time. The reference to Chapter XI would otherwise be meaningless.

Article 73 declares itself to relate to "territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government"—a definition precisely covering Mandated territories of the "B" and "C" class. In almost the language of Article 22 of the Covenant, its major obligation is "to promote to the utmost ... the well-being of the inhabitants of these territories", and to assure "their political, economic, social and educational advancement". Again, the reference it contains to the "sacred trust" constitutes the very hall-mark of the whole Mandates concept. These affinities cannot be ignored, nor is their legal import open to serious question we think.

---

<sup>1</sup> The striking thing is that from early in its existence the United Nations Assembly was unwilling to allow that Article 73 related to Mandated territories. It is easy to see why: to have received them might to some extent have weakened the case for insisting that the Mandated territories must be brought into trusteeship, and must not be dealt with like other non-self-governing territories. This is a matter of opinion: but as a matter of law, it can only confirm us in the view that the Assembly's attitude in respect of Mandated territories was throughout based on a policy of "trusteeship only", and this has extended even to denying the applicability of Article 73 to Mandated territories not placed under trusteeship.

Mandat pût rester en dehors du régime de tutelle, soit tout à fait, soit pendant une longue période <sup>1</sup>.

Le fait que l'article 73 n'aurait pas suffi à lui seul à combler, pour l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, la lacune causée par la disparition de la qualité de Membre de la Société des Nations ne peut que prouver encore mieux et confirmer que les Membres des Nations Unies n'ont jamais attaché d'importance particulière aux clauses de règlement judiciaire des Mandats, opinion également confirmée en ce qui concerne l'Assemblée de la Société des Nations par le caractère de sa résolution finale du 18 avril 1946 relative aux territoires sous Mandat qui a été examinée plus haut.

Nous pensons qu'il est juridiquement impossible d'affirmer que l'article 73 ne s'applique pas aux territoires sous Mandat, du moins en ce qui concerne les Mandats « B » et « C », étant donné les affinités de l'article 73 et de l'article 22 du Pacte. Le premier devait certainement s'appliquer à une catégorie de territoires beaucoup plus vaste qu'au groupe relativement réduit des territoires sous Mandat; mais il serait étrange qu'une notion expressément destinée à s'appliquer à ce groupe ait cessé de les concerner lorsqu'elle a été étendue à d'autres territoires, d'autant que les États administrant les territoires de ce groupe n'étaient pas obligés de les transférer sous tutelle. Cela serait revenu en fait à les laisser échouer dans une sorte de *no man's land* international.

Nous ne pensons pas que telle était l'intention de la Charte, et la référence au chapitre XI (qui contient l'article 73) figurant au paragraphe 3 de la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946 (voir pp. 538-539) prouve que notre opinion correspond à celle de l'époque. Sinon, la mention du chapitre XI n'aurait pas de sens.

L'article 73 énonce qu'il se rapporte aux « territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes », définition qui couvre précisément le cas des territoires sous Mandats « B » et « C ». Reprenant presque les termes de l'article 22 du Pacte, son obligation majeure est « de favoriser dans toute la mesure du possible la prospérité » des habitants de ces territoires et d'assurer « leur progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de leur instruction ». En outre, la mention d'une « mission sacrée » constitue la marque de toute la notion de Mandat. On ne saurait ignorer ces affinités et on ne peut guère douter de leur portée juridique.

<sup>1</sup> On est frappé de voir que, dès le début de son existence, l'Assemblée des Nations Unies n'était pas disposée à accepter l'application de l'article 73 aux territoires sous Mandat. On comprend facilement pourquoi: cela aurait rendu par la suite plus difficile d'insister pour que les territoires sous Mandat fussent placés sous tutelle et ne fussent pas traités comme les autres territoires non autonomes. C'est là une question d'opinion: mais, du point de vue juridique, cela ne peut que confirmer que l'attitude de l'Assemblée à l'égard des territoires sous Mandat a reposé de bout en bout sur une politique de « tutelle exclusivement », allant jusqu'à refuser d'appliquer l'article 73 aux territoires sous Mandat non placés sous tutelle.

*It is quite clear that their import was not doubted at Geneva in April 1946, and that the decision of the League Assembly to make no specific provision in respect of Mandated territories was in part based on this.* Nothing could in fact be clearer on the basis of the very Resolution of April 18, 1946, on which the Judgment of the Court relies in order to reach a different conclusion. This Resolution recited, *inter alia*, that "*Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the United Nations*" (italics ours) embodied "principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant of the League"; and this was one of the grounds on which the League Assembly was content merely to "take note of the expressed intentions" of the Mandatory Powers to continue to administer "for the well-being and development of the peoples concerned", etc.

Exactly the same point was made by the representative of Australia on the same occasion when, after saying that the Australian Mandated territories would eventually be brought into trusteeship, and would in the meantime be administered in accordance with the Mandates, he continued:

"Until then the ground is covered not only by the pledge which the Government of Australia has given to the Assembly today, *but also by the explicit international obligations laid down in Chapter XI of the Charter... There will be no gap, no interregnum to be provided for*" (italics ours) <sup>1</sup>

The point made in this statement about there being "no gap, no interregnum" may be compared with the language of the original Chinese draft resolution reproduced in the footnote on p. 538 above.<sup>2</sup> The same point was repeated by the representative of Australia in the General Assembly of the United Nations in November 1947, even more explicitly, as follows:

"... we have put into the Charter a special Chapter dealing with non-self-governing territories. This was in order to meet the position of territories such as mandated territories which are not placed under the trusteeship system—a territory like South West Africa... Therefore there is no gap in the Charter of the United Nations."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> L. of N. O. J., Special Supplement No. 194 at page 47.

<sup>2</sup> It is evident, we think, that at least some of the Mandatory Powers did not share the view of the representative of China as indicated in his original resolution, that there was an interregnum; and this explains the fact that another and quite different resolution was introduced. It explains also the significance of the reference to Chapter XI in the League Assembly resolution, a reference which was disregarded by the Court in 1950 and continues to be disregarded by it.

<sup>3</sup> UN. Records General Assembly (2nd Sess. Plenary Vol. 1, 1947 at 587-588).

*Il est tout à fait clair qu'à Genève, en avril 1946, on n'a pas douté de cette portée juridique et que la décision de l'Assemblée de la Société des Nations de ne pas prendre de dispositions spéciales pour les territoires sous Mandat repose en partie sur ce fait.* En réalité, cela est absolument clair si l'on considère la résolution du 18 avril 1946 sur laquelle s'appuie l'arrêt de la Cour pour aboutir à une conclusion différente. Cette résolution indique *notamment* que « les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies » (les italiques sont de nous) comprennent « des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte ». C'est une des raisons pour lesquelles l'Assemblée de la Société des Nations s'est contentée de prendre simplement « note que [les Puissances mandataires...] ont exprimé leur intention » de continuer à administrer les territoires « en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés », etc.

A cette occasion, le représentant de l'Australie avait parlé exactement dans le même sens; après avoir dit que les territoires sous Mandat australien seraient, en fin de compte, placés sous tutelle et qu'entre-temps ils seraient administrés selon le système des Mandats, il avait continué:

« Dans l'intervalle, toutes garanties sont fournies non seulement par l'engagement que le Gouvernement australien prend aujourd'hui devant l'Assemblée, mais aussi par les obligations internationales précises figurant au chapitre XI de la Charte... Il n'y aura donc aucun vide, aucun interrègne à combler entre les deux régimes » (les italiques sont de nous)<sup>1</sup>.

L'allusion de l'orateur au fait qu'il n'y aurait « aucun vide, aucun interrègne » peut être comparée aux termes du projet original de résolution chinois, reproduit en note au bas de la page 538 ci-dessus<sup>2</sup>. Le même argument a été répété par le représentant de l'Australie à l'Assemblée générale des Nations Unies de novembre 1947, en des termes encore plus explicites:

« ... Nous avons inséré dans la Charte un chapitre traitant en particulier des Territoires non autonomes. Nous l'avons fait afin de couvrir le cas de territoires, tels que les Territoires sous mandat, qui ne sont pas placés sous le Régime de tutelle, comme c'est le cas par exemple pour le Sud-Ouest africain... Par conséquent, la Charte de l'Organisation des Nations Unies ne laisse subsister aucune solution de continuité. »<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Société des Nations, Journal officiel, *Supplément spécial* n° 194, p. 47.

<sup>2</sup> Il nous semble évident qu'au moins certaines des Puissances mandataires n'ont pas partagé l'opinion du représentant de la Chine énoncée dans sa résolution primitive selon laquelle il y aurait un interrègne; c'est ce qui explique le fait qu'une autre résolution, tout à fait différente, ait été présentée. Cela explique également l'importance de la référence au chapitre XI figurant dans la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations, référence dont la Cour n'a pas tenu compte en 1950 et dont elle continue à ne pas tenir compte.

<sup>3</sup> Assemblée générale des Nations Unies, documents officiels, deuxième session, Séances plénières, vol. I, 1947, pp. 587-588.

Indeed at San Francisco in 1945 the President of Commission II, Field Marshall Smuts had stated that Chapter XI

"... applies the trusteeship principle to all dependent territories whether they are mandates, whether they are territories taken from defeated countries, or whether they are existing colonies of Powers. The whole field of dependent peoples living in dependent territories is now covered."<sup>1</sup>

That this view was commonly held in 1946/1947 and immediately thereafter appears from the Written Statement of the United States presented to the Court in 1950 (1950 *Pleadings, Oral Arguments, Documents* at pp. 124 *et seq.*); of the Government of the Philippines (at pp. 249 *et seq.*); and from the statement made to the Court on behalf of the Secretary-General of the United Nations on the same occasion<sup>2</sup>.

\*

It seems to us that the conclusion, and the only conclusion, that can be drawn from all this is the following. First, there is absolutely no warrant for implying from anything that was said or done at Geneva in April 1946, any undertaking, express or implied, by the Mandatory, or any general agreement, in relation to Article 7. The indications are quite to the contrary. Article 7 and its subject-matter was far removed from the minds of the Members

<sup>1</sup> Doc. 1144 II/16 U.N.C.I.O. Vol. 8, at p. 127.

<sup>2</sup> *Ib.* at 224. We also quote more fully from the statement made by the representative of Australia to the Assembly of the League on April 11, 1946, as follows (*italics ours*):

"The Charter of the United Nations has now extended its basic paragraphs in two directions. First, the Charter applies to *every* dependent territory administered by Members of the United Nations the principle that the primary object of administration must be to promote the welfare and development of the inhabitants of dependent territories, and that the administering authority should render to an international authority an account of its administration. *This is laid down in Chapter XI of the Charter.* Amongst other things, each administering authority under that Chapter undertakes to supply to the United Nations information concerning economic, social and educational conditions in its dependent territories.

Secondly, the Charter provides in Chapters XII and XIII for the establishment in relation to certain categories of dependent territories of an international trusteeship system. *The basic objectives are the same as in Chapter XI* for dependent territories generally, but, under the International Trusteeship System, a further step is taken with power not merely to consider reports made by administering authorities but to visit trust territories and examine at first hand the manner in which the administering authorities are discharging their trust. These powers of inspection go *beyond what the Covenant permitted to the Permanent Mandate Commission.* The trusteeship system, strictly so called, will apply only to such territories as are voluntary brought within its scope by individual trusteeship agreements." (L. of N. O.S. Special Supplement No. 194, p. 47.)

A San Francisco, en 1945, le maréchal Smuts, président de la Commission II, a même dit que le chapitre XI :

« ... s'applique à tous les territoires non autonomes; il s'agit à la fois des territoires qui sont sous Mandat, des territoires conquis sur les pays vaincus et des actuelles colonies des Puissances. Il s'agit maintenant de l'ensemble des peuples non autonomes vivant dans des territoires non autonomes. »<sup>1</sup>

C'était l'opinion commune en 1946/1947 et immédiatement après, ainsi qu'il ressort de l'exposé écrit présenté à la Cour par les États-Unis en 1950 (*Mémoires, plaidoiries et documents*, 1950, pp. 124 et ss.); de l'exposé écrit du Gouvernement des Philippines (pp. 249 et ss.); et de l'exposé présenté à la Cour au nom du Secrétaire général des Nations Unies à la même occasion<sup>2</sup>.

\*

Il nous semble que la seule et unique conclusion que l'on puisse en tirer est la suivante. Premièrement, absolument rien ne permet de déduire de tout ce qui a été dit ou fait à Genève en avril 1946 l'existence d'un engagement exprès ou tacite du Mandataire ou d'un accord général au sujet de l'article 7. Les indices sont en sens contraire. L'article 7 et son objet étaient bien éloignés de la pensée des Membres de la Société des Nations (et des Nations Unies). Tout

<sup>1</sup> Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, document 1144 II/16, vol. VIII, p. 127. [Traduction du Greffe.]

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 224. Nous citons également un extrait plus développé de la déclaration faite par le représentant de l'Australie à l'Assemblée générale de la Société des Nations le 11 avril 1946 (les italiques sont de nous):

« Il en a été ainsi du système des mandats. La Charte des Nations Unies a développé dans deux directions les principes qui étaient à la base de ce système. En premier lieu, elle applique à tout territoire dépendant administré par les Membres des Nations Unies le principe d'après lequel le but essentiel de toute administration doit être d'accroître le bien-être et de favoriser le développement de la population des territoires dépendants, et l'autorité chargée de l'administration doit rendre compte à une autorité internationale de sa gestion: *une disposition à cet effet est inscrite au chapitre XI de la Charte*. L'autorité chargée de l'administration s'engage notamment à communiquer aux Nations Unies des renseignements relatifs aux conditions d'ordre économique, social et éducatif existant dans les territoires dont elle est responsable.

En second lieu, la Charte prévoit, aux chapitres XII et XIII, un régime international de tutelle pour certaines catégories de territoires dépendants. *Les buts essentiels sont identiques à ceux que le chapitre XI assigne pour les territoires dépendants en général*. Mais, sous le régime international de tutelle, on fait un pas de plus en établissant un Conseil de tutelle spécialisé, qui a le pouvoir non seulement d'examiner les rapports des autorités chargées de l'administration, mais encore de faire procéder à des visites dans les territoires sous tutelle, pour se rendre compte sur place, de la façon dont lesdites autorités s'acquittent de leur mission. Ces pouvoirs d'inspection vont *au-delà de ceux que le Pacte conférait à la Commission permanente des mandats*. Le régime de tutelle, au sens strict du terme, ne s'appliquera cependant qu'aux territoires qui auront été volontairement placés sous ce régime à la suite d'accords particuliers de tutelle. » (Société des Nations, *Journal officiel, supplément spécial* n° 194, p. 47.)

of the League (and of the United Nations). There was during the course of the whole debate not one word about judicial supervision or adjudication. An examination of the record of the debates together with the text of the resolution of the Assembly makes it clear that the subject matter to which alone they related was the obligations of the Mandatory Powers to the indigenous peoples—the substantive obligations, which are those to be found in Article 22 of the Covenant and repeated in the different Mandates.

Secondly, it is clear that all concerned decided to rest content with what they had done, namely with creating the trusteeship system, into which Mandated territories could be brought (but without any legal obligation to do so); with establishing the régime of Chapter XI for non-self-governing territories, which included Mandated territories not brought into trusteeship, but did not include provision for compulsory adjudication; and with taking note of the declarations of intention made by the Mandatories to continue (pending other arrangements) to administer the territories in general accordance with the Mandates, for the well-being of the peoples of the territories.

Beyond this, those concerned were not prepared to go and did not go. In particular they neither made, nor intended to make—except as just stated—any provision to meet the situation resulting from the termination of the League and of Membership of the League; or any provision to meet the situation which would or might arise if, such termination having taken place, a Mandated territory was not brought into trusteeship.

\* \* \*

The onus of proving the existence of an agreement entered into by the Mandatory Powers in relation to Article 7 lies upon the Applicants. In our view this onus has not been discharged.

\* \* \*

*Conclusion on the Second Preliminary Objection:* in final conclusion on this part of the case, we revert to that aspect of the matter which must be relevant to all arguments and counter arguments as to the Respondent State's obligation under Article 7—and that is the fundamental principle of consent, given generally or *ad hoc*, as being the essential foundation of the jurisdiction of an international tribunal. This principle is not any the less applicable to an obligation to have recourse to judicial settlement contained in an instrument such as the Mandate, than it is in the case of a similar obligation arising under other instruments; indeed, there are two reasons,

au long des débats, on n'a pas parlé une seule fois de surveillance ni de règlement judiciaire. L'examen des comptes rendus des débats et du texte de la résolution de l'Assemblée montre bien qu'ils portaient uniquement sur les obligations des Puissances mandataires envers les populations indigènes — c'est-à-dire les obligations de fond que l'on trouve à l'article 22 du Pacte et qui sont répétées dans les différents Mandats.

Deuxièmement, il est clair que tous les intéressés avaient décidé de se contenter de ce qu'ils avaient fait, c'est-à-dire d'avoir créé le régime de tutelle dans le cadre duquel les territoires sous Mandat pourraient être placés (mais sans qu'il y eût d'obligation juridique à cet égard); d'avoir établi pour les territoires non autonomes le régime du chapitre XI, qui englobait les territoires sous Mandat non placés sous tutelle, mais ne comprenait pas de clause de règlement judiciaire obligatoire; et d'avoir pris note des déclarations d'intention selon lesquelles les Mandataires acceptaient (en attendant d'autres arrangements) de continuer à administrer les territoires pour le bien-être des populations de ces territoires, en se conformant en général aux termes des Mandats.

Les intéressés n'étaient pas disposés à dépasser ce point et ne l'ont pas dépassé. En particulier — à l'exception de ce que nous venons de mentionner —, ils n'ont pris aucune disposition, et n'avaient pas l'intention d'en prendre, pour faire face à la situation résultant de la dissolution de la Société des Nations et de la cessation de la qualité de Membre de la Société; ni pour faire face à la situation qui se présenterait ou pourrait se présenter si, après la disparition de la Société des Nations, un territoire sous Mandat n'était pas placé sous tutelle.

\* \* \*

C'est aux demandeurs qu'incombait la charge de prouver l'existence d'un accord auquel auraient participé les Puissances mandataires au sujet de l'article 7. A notre avis ils ne se sont pas acquittés de cette tâche.

\* \* \*

*Conclusion sur la deuxième exception préliminaire:* pour conclure sur cette partie de l'affaire, nous en revenons à l'un de ses aspects qui concerne tous les arguments et contre-arguments relatifs à l'obligation du défendeur aux termes de l'article 7 — c'est-à-dire au principe fondamental du consentement, donné généralement ou spécialement, comme fondement essentiel de la compétence d'un tribunal international. Ce principe est tout aussi applicable au cas d'une obligation de recours au règlement judiciaire figurant dans un acte tel que le Mandat qu'à celui d'une obligation analogue découlant d'autres instruments; nous avons même déjà fait état de

which we have already mentioned, why it applies with even greater force; namely, *first*, that in the case of the Mandates, the Mandatory alone undertook, and was obliged to submit to adjudication at the instance of other Members of the League, and could not itself compel a similar submission; and *secondly*, the different consequences of a judgment of the present Court, due to the existence of Article 94 of the Charter. The unilateral character which Article 7 possesses, obviously makes it all the more necessary to interpret it strictly when it is invoked against the Mandatory, and not to extend its scope beyond what the Mandatory may fairly be held to have agreed to.

It would seem that, in implying the consent of the Mandatory to submit to compulsory adjudication at the instance of former Members of the League, the argument based on hindsight is again being used. It is almost conclusively demonstrable that the Mandatory, in 1920, could not have been contemplating the eventual dissolution of the League, and that if it had done so, it would certainly have refused to agree to any adjudicatory obligations continuing after such an occurrence.

The *scope* of any consent given, must necessarily be assessed in the light of the circumstances as known and existing at the time when the consent was given. Equally, if that consent is to be related to future events, then it must be assessed in the light of what could reasonably have been foreseen at the time, as to those events. Even if there is any basis upon which a dissolution of the League could have been predicted in 1920, that basis would necessarily have been taken to be a break-up of world order—a situation in which no State would be willing to undertake a perpetual obligation to submit to compulsory adjudication—in which indeed, the whole processes of such adjudication might have foundered. Briefly, therefore, if anything could have been foreseen, it would not have been what actually occurred, but its exact opposite.

This is not a reasonable basis upon which consent can be predicated in relation to something which the Mandatory could never have foreseen, and therefore clearly can not be held to have consented to.

\*

For all the above reasons, we hold that the Second Preliminary Objection must succeed, because the Applicant States, by their own act in terminating the class concerned, have ceased to belong to the class of State entitled to invoke Article 7 of the Mandate, and because no provision was made to substitute for this class (nor did the Mandatory ever consent, or give an undertaking, nor was there any agreement, to regard it as replaced by) any other class to which the Applicant States do belong.

deux motifs nous permettant de dire que ce principe s'applique ici avec encore plus de force: *premièrement*, dans le cas des Mandats, seul le Mandataire s'était engagé à se soumettre au règlement judiciaire, il était obligé de s'y soumettre sur l'instance d'autres Membres de la Société des Nations et il ne pouvait, pour sa part, imposer une obligation similaire; *deuxièmement*, un arrêt de la présente Cour a des conséquences différentes à raison de l'article 94 de la Charte. Le caractère unilatéral de l'article 7 constitue un motif de plus de l'interpréter restrictivement lorsqu'il est invoqué contre le Mandataire et de ne pas étendre sa portée au-delà de ce que le Mandataire peut justement être tenu pour avoir accepté.

En inférant que le Mandataire aurait consenti à se soumettre au règlement judiciaire obligatoire sur l'instance d'anciens Membres de la Société des Nations, on semble de nouveau faire appel à l'argument fondé sur une vision des choses *a posteriori*. On pourrait démontrer de façon presque concluante que le Mandataire ne peut avoir envisagé en 1920 la dissolution de la Société des Nations et que, s'il l'avait fait, il aurait certainement refusé d'accepter une obligation de règlement judiciaire persistant après cette dissolution.

La *portée* de tout consentement doit être nécessairement évaluée à la lumière des circonstances telles qu'elles étaient connues et telles qu'elles existaient au moment où le consentement a été donné. De même, si ce consentement avait trait à des événements futurs, il doit être évalué en fonction de ce que l'on pouvait raisonnablement prévoir à l'époque. Même s'il y avait eu en 1920 un événement sur la base duquel on eût pu prédire la dissolution de la Société des Nations, cet événement aurait nécessairement été considéré comme impliquant un écroulement de l'ordre mondial — situation en vue de laquelle aucun État n'aurait été disposé à contracter une obligation perpétuelle de se soumettre au règlement judiciaire obligatoire — situation dans laquelle tout le processus du règlement judiciaire pouvait même s'écrouler. En résumé, si l'on avait pu prévoir quoi que ce fût, cela n'eût pas été ce qui s'est réellement produit, mais exactement le contraire.

Ce n'est pas là une base raisonnable pour présumer un consentement se rapportant à quelque chose que le Mandataire n'a jamais pu prévoir; c'est pourquoi il est évident qu'on ne saurait considérer qu'il ait donné son accord.

\*

Pour toutes les raisons mentionnées ci-dessus, nous estimons que la deuxième exception préliminaire doit être retenue, parce que les États demandeurs, en y mettant fin de leur propre fait, ont cessé d'appartenir à la catégorie d'États habilitée à invoquer l'article 7 du Mandat, parce qu'aucune disposition n'a été prise pour remplacer cette catégorie d'États par une autre à laquelle appartiendraient les États demandeurs (et parce que le Mandataire n'a jamais consenti à pareille substitution, qu'il ne s'est jamais engagé à l'admettre et qu'il n'y a pas eu d'accord en ce sens).

## VI

## THIRD PRELIMINARY OBJECTION

Under this head the Respondent State denies that there is any dispute between itself and the Applicant States, substantively of the kind to which Article 7 of the Mandate was intended to relate, and it accordingly claims that the condition that there should be a "dispute" within the intention of Article 7 is not fulfilled.

Before we consider this contention, we must deal with a related point. Article 7 requires not only that there should be a dispute, but also that this dispute should be between the Mandatory and "another Member of the League of Nations". For the purposes of this Third Objection it has of course to be assumed that, contrary to the conclusions we have come to on the First and Second Preliminary Objections, the Applicants must be deemed to fulfil the condition of League Membership, or alternatively that the Applicants are entitled to invoke Article 7 despite the termination of their League Membership.

The question still remains however, before we consider the character of the disputes Article 7 was intended to relate to, is there in the present case *any dispute at all*, properly speaking, between the Applicant and the Respondent States? Both on the language of Article 7, and that of the Statute of the Court, and equally as a matter of general principle, what is necessary is that the dispute in respect of which the jurisdiction of the Court is invoked should be a dispute between the actual parties to the proceedings before the Court.

Clearly, a dispute is not created or constituted merely by bringing proceedings, putting in an Application or invoking a compulsory adjudication clause—for otherwise the requirement in the clause (and there always is such a requirement) that there should be a dispute would be redundant. In the present case, is there in the proper sense, any dispute between the *Applicant States* and the Respondent, other than such as arises out of the mere fact that proceedings have been instituted by the Applicants against the Respondent?

It seems to us that there is not. It is common knowledge that the present case finds its whole *fons et origo* in, and springs directly from, the activities of the United Nations Assembly relative to the Mandated territory and the Mandatory. No one who studies the record of the proceedings in the Assembly, and of the various Assembly Committees and Sub-Committees which have been concerned with the matter, and especially the Assembly Resolutions on South West Africa which directly led up to the institution of the present proceedings before the Court, can doubt for a moment that the real dispute over South West Africa is between the Respondent State and the United Nations Assembly, and that the Applicant

## VI

## TROISIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Sous ce chef, l'État défendeur nie qu'il existe entre les États demandeurs et lui-même un différend quelconque qui soit en substance du genre de ceux que prévoit l'article 7 du Mandat et il prétend qu'en conséquence la condition touchant l'existence d'un « différend » au sens prévu par l'article 7 n'est pas remplie.

Avant d'examiner cette prétention nous devons traiter d'un point connexe. L'article 7 n'exige pas seulement qu'il y ait différend mais encore que ce différend sépare le Mandataire d'« un autre Membre de la Société des Nations ». Pour les besoins de cette troisième exception, il faut admettre évidemment, au contraire des conclusions auxquelles nous sommes parvenus sur les première et deuxième exceptions préliminaires, que les demandeurs doivent être considérés comme satisfaisant à la condition de l'appartenance à la Société des Nations ou, subsidiairement, qu'ils ont le droit d'invoquer l'article 7 bien qu'ils ne fassent plus partie de la Société.

La question ne s'en pose pas moins, avant d'examiner le caractère des différends que l'article 7 entendait viser, de savoir si dans les présentes affaires il existe bien, à proprement parler, *un différend quelconque* entre les États demandeurs et l'État défendeur. Aux termes de l'article 7 comme aux termes du Statut de la Cour et même en vertu d'un principe plus général, il faut que le différend à l'égard duquel on invoque la compétence de la Cour soit un différend opposant les parties mêmes à la procédure engagée devant la Cour.

Il est évident qu'un différend n'est pas créé ou constitué uniquement par l'introduction d'une instance, par la présentation d'une requête ou par le fait d'invoquer la clause de règlement judiciaire obligatoire — sinon l'obligation figurant (comme toujours) dans une telle clause et imposant qu'il y ait différend serait superflue. En l'espèce, existe-t-il à proprement parler entre les *États demandeurs* et le défendeur un différend d'une autre nature que celui qui découle du simple fait que les demandeurs ont introduit une instance contre le défendeur ?

Il nous apparaît que non. On sait du reste que les présentes affaires trouvent tout leur *fons et origo* dans les activités de l'Assemblée des Nations Unies relatives au territoire sous Mandat et au Mandataire et qu'elles en découlent directement. Quiconque étudie le compte rendu des travaux de l'Assemblée ou des divers comités ou sous-comités de l'Assemblée qui se sont occupés de la question, et notamment les résolutions de l'Assemblée touchant le Sud-Ouest africain qui ont directement entraîné l'ouverture de la présente procédure devant la Cour, ne peut douter un instant que le vrai différend touchant le Sud-Ouest africain n'existe qu'entre l'État défendeur et l'Assemblée des Nations Unies et que les États

States are in fact appearing in a representational capacity to bring proceedings which the Assembly cannot bring for itself because, under Article 34 of the Statute, only States can appear in contentious proceedings before the Court.

On this ground alone therefore, we consider we would be justified in holding that, there being no real dispute between the Respondent State and the Applicant States in their individual capacities, this condition of Article 7 is not fulfilled.

It is admitted that the Applicants have no direct material interests involved in this case. Neither their own national interests nor those of any of their nationals under the Mandate instrument or in the Mandated territory are affected. They are appearing—and this is admitted—solely for the purpose of defending or upholding the Mandate, in the interest not of themselves, but of the inhabitants of the Mandated territory, and this they are doing at the instance of the Assembly, as clearly appears from the Assembly Resolutions of 1361 (XIV) of November 1959, and 1565 (XV) of December 1960.

It is not for us to comment on this process, except in so far as we have to consider what the legal consequences are. We realise that States, parties to a treaty or convention, or who have third-State rights under it, may in certain types of cases be held to have a legal interest in its due observance, even though the alleged breach of it has not, or not yet, affected them directly. But since we do not regard the Mandate as being a treaty or convention, or the Applicant States as being parties to it as such (if it were one) and since we consider them to have lost the capacity under which they might have been able to claim any rights on a third State basis, we could not regard them as having any legal interest in the matter by virtue of any direct participation in the Mandate.

Even if we should be wrong as to that, however, the plain fact is that the real, present interest of the Applicant States in these proceedings is as Members of the United Nations, as participators in the activities of the United Nations Assembly relative to South West Africa, and because of the interest which, on the basis of the Opinion given by the Court in 1950, the Assembly considers itself to have in the question of the conduct of the Mandate. It is well established in international jurisprudence that it is the situation as it stood immediately prior to the commencement of proceedings to which regard must be had. Any “dispute” which the Applicant States then had with the Respondent State was in the United Nations, in their capacity as Members of it, and was conducted within the framework of the Assembly, again as Members of it.

demandeurs n'agissent en réalité qu'à titre représentatif dans une procédure que l'Assemblée ne peut introduire elle-même, puis qu'aux termes de l'article 34 du Statut seuls les États ont qualité pour se présenter au contentieux devant la Cour.

Pour ce seul motif, nous estimons donc que nous serions justifiés à affirmer que cette condition de l'article 7 n'est pas remplie, puisqu'il n'existe aucun différend véritable entre l'État défendeur et les États demandeurs à titre individuel.

Il est reconnu que les demandeurs n'ont en l'espèce aucun intérêt matériel direct. Ne sont affectés ni leurs propres intérêts nationaux, ni ceux d'aucun de leurs ressortissants aux termes de l'acte du Mandat ou dans le territoire sous Mandat. Ils ont engagé cette procédure — le fait est reconnu — dans le seul dessein de défendre ou de maintenir le Mandat, non dans leur propre intérêt mais dans celui des habitants du territoire sous Mandat, et c'est sur l'instance de l'Assemblée qu'ils le font, ainsi qu'il ressort clairement des résolutions de l'Assemblée 1361 (XIV) de novembre 1959 et 1565 (XV) de décembre 1960.

Il ne nous appartient pas de commenter cette façon d'agir, si ce n'est dans la mesure où nous devons examiner quelles en sont les conséquences juridiques. Nous nous rendons compte que l'on peut fort bien admettre que des États parties à des traités ou conventions, ou jouissant des droits d'États tiers découlant de traités ou conventions, ont dans certains genres d'affaires un intérêt juridique à ce que ces instruments soient dûment observés, même si l'infraction alléguée ne les a pas, ou ne les a pas encore, affectés directement. Mais, puisque nous ne considérons pas le Mandat comme un traité ou une convention, ni les États demandeurs comme des parties au Mandat en tant que traité ou convention (à supposer qu'il le soit), et puisque nous estimons que les demandeurs ont perdu la qualité en vertu de laquelle ils auraient pu faire valoir des droits d'États tiers, nous ne saurions considérer qu'ils détiennent en l'espèce un intérêt juridique quel qu'il soit en vertu d'une participation directe quelconque au Mandat.

Aurions-nous même tort sur ce point, le fait est que l'intérêt véritable actuel des États demandeurs en l'espèce tient à leur qualité de Membres des Nations Unies, à leur participation aux activités de l'Assemblée des Nations Unies concernant le Sud-Ouest africain et à l'intérêt que l'Assemblée, se fondant sur l'avis de la Cour de 1950, estime avoir dans l'administration du Mandat. La jurisprudence internationale établit en effet que c'est de la situation telle qu'elle existait immédiatement avant l'introduction de l'instance qu'il convient de faire état. Tout « différend » qui pouvait alors séparer les États demandeurs de l'État défendeur était un différend au sein des Nations Unies, en leur qualité de Membres des Nations Unies, et dans le cadre de l'Assemblée, là encore en leur qualité de Membres de l'Assemblée.

Nor has what has taken place in the Assembly been strictly in the nature of a dispute, properly so-called, so much as a political conflict of views. The Applicant States have not had, and do not have any conflict of view with the Respondent State over and above, or different from, that which a great many of the other States represented in the Assembly have, equally as Members of it; and their interest in the matter is equally no different from or greater than that of many other Members. In particular, they have no specific individual ground of dispute with the Respondent State outside the Assembly, as is shown by their failure to open, or attempt to conduct, any direct negotiations with the Respondent State through the diplomatic channel.

Throughout, up to the time of bringing these proceedings, the Applicants have acted in their capacity as Members of the United Nations; and for all the difference it would have made to the essential character of the present proceedings, these might just as well have been brought by any other States coming within the category of ex-Members of the former League of Nations. *The pleadings could have been identical*, apart from the name of the plaintiffs.

We do not consider that a dispute which has been conducted by a State (if "conducted" is the proper term at all) solely within the framework of an international organization, in its capacity as a member of the organization, and by simple participation in its activities, without the dispute ever having been taken up directly with the defendant State outside the organization, can constitute a dispute between States of the kind envisaged by the normal adjudication clause.

We must therefore conclude that prior to the bringing of the present proceedings (which was not *per se* enough) there was not, properly speaking, a dispute between the Respondent State and the Applicant States as such, within the normal intention of a jurisdictional clause such as Article 7 of the Mandate, and that accordingly the requirement that there should be a dispute between the Mandatory and the Applicant States is not fulfilled.

\* \* \*

The defect to which we have just drawn attention is in a certain sense a technical one, though the technicality is far from being unimportant. But it could be cured by time and appropriate action. We have a more fundamental reason for holding that the dispute, or rather ground of complaint involved in the present case, is not one contemplated by Article 7.

The Mandate (and this is still more so in the case of other categories of Mandates) has two main classes of substantive provisions. The first (which might be called the "conduct of the Mandate" class)

Ce qui s'est fait jour à l'Assemblée n'est pas non plus, au sens strict du terme, un différend à proprement parler mais bien plutôt une opposition de vues politique. Les États demandeurs n'ont avec l'État défendeur aucune opposition de vues passée ni présente qui dépasse celles qui séparent le défendeur d'un grand nombre d'autres États représentés à l'Assemblée, eux aussi à titre de Membres de l'Assemblée, ou qui en diffère; l'intérêt des demandeurs en la matière n'est pas non plus différent de celui de beaucoup d'autres Membres, ni plus important. Ils n'ont, notamment, aucun sujet de différend individuel ni spécifique les séparant de l'État défendeur en dehors de l'Assemblée, ainsi qu'il ressort du fait qu'ils n'ont ni entamé ni tenté d'entamer de négociations directes avec l'État défendeur par les voies diplomatiques.

Jusqu'au moment où ils ont introduit les présentes instances, les demandeurs ont toujours agi en leur qualité de Membres des Nations Unies; et, quant à la différence que cela aurait fait pour leur caractère essentiel, les présentes instances auraient fort bien pu être introduites par tout autre État de la catégorie des ex-Membres de l'ancienne Société des Nations. *Les écritures et les plaidoiries auraient pu être identiques*, au nom près des demandeurs.

Nous estimons qu'un différend qui n'a été conduit par un État (si le mot « conduit » convient ici) que dans le seul cadre d'une organisation internationale, en sa qualité de Membre de l'organisation, et par simple participation à ses activités, sans que le différend ait jamais été soulevé directement hors de l'organisation avec l'État défendeur, ne saurait constituer un différend entre États, du type de ceux qui sont prévus par la clause normale de règlement judiciaire.

Nous sommes ainsi portés à conclure que, avant l'institution de la présente procédure (laquelle n'était pas en soi suffisante), il n'y avait pas à proprement parler différend entre l'État défendeur et les États demandeurs comme tels répondant à l'intention normale d'une clause juridictionnelle comme l'article 7 du Mandat, et que par conséquent la condition touchant l'existence réelle d'un différend entre le Mandataire et les États demandeurs n'est pas remplie.

\* \* \*

La carence que nous venons de signaler est en un certain sens d'ordre technique, encore que sa technicité soit loin d'être sans importance. Mais le temps et une action adéquate pourraient y remédier. Nous avons une raison beaucoup plus fondamentale de juger que le différend, ou plutôt le motif de plainte allégué en l'espèce, n'est pas ce que prévoit l'article 7.

Les dispositions de fond du Mandat (et plus encore des autres espèces de Mandats) appartiennent à deux catégories principales. La première (qu'on pourrait appeler la catégorie touchant « l'ad-

comprises the provisions inserted for the benefit of the peoples of the territory. The other (which might be called the "State rights and interests" class) comprises those which were inserted for the national benefit of the Members of the League and their nationals (commercial rights, open door, freedom for missionary activities, etc.).

The question is whether Article 7 of the Mandate (this was a common clause in all the Mandate), relates to both these classes of provision, or only to the latter. At first sight, on a literal reading of Article 7, the answer might appear clear: it specifies "any dispute whatever ... relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate". Since we believe in the principle of interpreting provisions according to their natural and ordinary meaning in the context in which they occur, and (in the absence of any ambiguities or contradictions) without reference to *travaux préparatoires*, we must state why we feel unable to take the above passage at its face value, and why we consider a reference to the *travaux préparatoires* to be justified in this case, quite apart from the fact that these have in any event been so extensively relied upon in connection with the First and Second Preliminary Objections, that it would hardly be possible to exclude them from consideration of the third, which is definitely related to the others.

The phrase we have just cited from Article 7 does not give the full sense of the relevant passage, and to obtain this a fuller citation is required, as follows: "any dispute whatever ... between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or application of the provisions of the Mandate". Having regard to the view we take as to the meaning of a "dispute", and the necessity for a direct dispute between the parties to the proceedings, in which they have an interest in their own capacity, and not merely as Members of an international organization, the above passage, in the context of this case, conceals an ambiguity. The words could be read as meaning any dispute whatever having the character just mentioned. In our view the Applicants had not, at the critical date (that of the Applications), any interest in the matter (*even in the conduct of the Mandate*) except in their capacity as Members of the United Nations. On that ground alone we should not regard the case as covered.

\*

There is however another much more important ambiguity which makes it necessary to enquire whether "any dispute whatever" means any dispute about the provisions of the Mandate generally, or whether it must be regarded as being confined to any dispute whatever about those provisions of the

ministration du Mandat ») comprend les dispositions insérées au bénéfice des populations du territoire. L'autre (qu'on pourrait appeler la catégorie des droits et intérêts des États) comprend celles qui ont été insérées au profit des Membres de la Société et de leurs ressortissants (droits commerciaux, clause de la porte ouverte, liberté pour les missionnaires d'exercer leurs activités, etc.).

La question est de savoir si l'article 7 du Mandat (clause commune à tous les Mandats) intéresse ces deux catégories de dispositions ou seulement la dernière. Il peut sembler à première vue qu'au sens littéral de l'article 7 la réponse soit claire: cet article spécifie qu'il s'agit de « tout différend quel qu'il soit ... relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat ». Convaincus de la nécessité d'interpréter les dispositions suivant leur sens naturel et ordinaire dans le contexte et (en l'absence de toutes ambiguïtés ou contradictions) sans référence aux travaux préparatoires, nous devons indiquer pourquoi nous ne saurions donner au passage ci-dessus le sens qu'il paraît avoir à première vue et pourquoi nous estimons qu'en l'espèce la référence aux travaux préparatoires se justifie, en dehors même du fait qu'en tout état de cause on s'en est si largement servi au sujet des première et deuxième exceptions préliminaires qu'il ne serait guère possible de ne pas en tenir compte dans l'examen de la troisième exception, incontestablement liée aux autres.

L'extrait de l'article 7 que nous venons de citer n'indique pas tout le sens du passage pertinent, qui est à rappeler en entier: « Tout différend quel qu'il soit ... entre (le Mandataire) et un autre Membre de la Société des Nations relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat ». Étant donné le sens que nous donnons au mot « différend » et étant donné qu'il est indispensable qu'il existe entre les parties à la procédure un différend direct opposant leurs intérêts en leur propre qualité, et non pas seulement à titre de Membres d'une organisation internationale, le passage ci-dessus, dans le contexte de la présente affaire, recèle une ambiguïté. Les termes pourraient en être interprétés comme signifiant tout différend quel qu'il soit, ayant le caractère que nous venons de mentionner. Nous tenons que les demandeurs n'avaient à la date critique (celle des requêtes) aucun intérêt en l'affaire (*même dans l'administration du Mandat*), si ce n'est en leur qualité de Membres des Nations Unies. Pour ce seul motif, nous ne pourrions considérer le cas comme prévu.

\*

Mais il existe une autre ambiguïté, bien plus grave, qui nous oblige à rechercher si l'expression « tout différend quel qu'il soit » désigne tout différend relatif aux dispositions du Mandat en général ou s'il faut considérer que le texte ne porte que sur un différend, quel qu'il soit, relatif aux dispositions du Mandat affectant les droits ou les

Mandate which affect State or national rights or interests. This arises because of the immediately following requirement that the dispute shall be one that "cannot be settled by negotiation".

The implications of this phrase are, in our view, the key to the whole question of what is covered by Article 7. "Negotiation", we think, as contemplated by such a provision as Article 7, means negotiation between the parties to the proceedings before the Court. Under the head of the fourth preliminary objection we shall give our reasons for so thinking. For the moment we will assume, what would certainly have been assumed by anyone dealing with the matter at the time when the Mandate was drafted, namely that negotiation means negotiation between, or directly for and on behalf of the actual parties to the proceedings before the Court.

Now a requirement that a dispute must be such as "cannot" be settled by negotiation, necessarily implies that it be of a type *capable* of being so settled, and of being so settled by negotiation between parties competent for that purpose. If a dispute *could* not be settled (i.e. is inherently incapable of settlement) by any kind of negotiation at all between the parties before the Court, then clearly a requirement that the dispute be one that "cannot" be settled by negotiation would be meaningless.

By 'settlement', we understand final settlement, and a final settlement to us means a settlement negotiated between parties having competence to settle the particular dispute in a final manner. The question therefore arises, could the Applicant and Respondent States, by negotiation *inter se*, settle in any way whatever a dispute not relating to their own State or national rights or interests, but belonging to the "conduct of the Mandate" type—the sacred trust—could any settlement negotiated between single States, such as the Applicant States and the Mandatory, settle any question relating to the general conduct of the Mandate itself? Could any such settlement, arrived at between the Applicants and the Respondent alone, bind any other State conceiving itself to have an interest in the conduct of the Mandate—or bind the United Nations Assembly? Obviously not—such a settlement might be wholly unacceptable to these other entities.

It is not, in our view, a sufficient answer to say that a settlement between the Applicant and Respondent States would have been *a* settlement, inasmuch as it would have precluded the *Applicants* from bringing any proceedings under Article 7. Such a settlement would have settled nothing vis-à-vis any other

intérêts des États ou de leurs ressortissants. La question se pose en raison de la condition qui suit immédiatement, à savoir qu'il s'agit obligatoirement d'un différend « qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations ».

Les implications de cette phrase constituent, selon nous, la clé de toute la question de la portée réelle de l'article 7. Le mot « négociation », au sens prévu par une disposition telle que l'article 7, désigne, à notre sens, des négociations entre les parties aux instances introduites devant la Cour. Nous exposerons dans la partie consacrée à la quatrième exception préliminaire les raisons que nous avons d'en tenir pour cette façon de voir. Nous supposerons pour l'instant ce qu'assurément quiconque traitant de la question au moment où le Mandat a été rédigé aurait supposé, à savoir que ce mot de négociation désigne une négociation menée soit entre les véritables parties à la procédure soumise à la Cour, soit directement pour leur compte et en leur nom.

Or, le fait qu'un différend doit être tel qu'il « ne soit pas susceptible » d'être réglé par des négociations implique nécessairement qu'il soit de ceux qui *pourraient* être réglés par voie de négociation, et ce entre les parties compétentes à cette fin. Si un différend *n'était pas susceptible* d'être réglé (c'est-à-dire, par définition, impossible à régler) par toute négociation quelle qu'elle fût entre les parties devant la Cour, il est évident que la condition posée, à savoir que le différend doit être de ceux qui ne sont pas « susceptibles d'être réglés » par des négociations, serait absurde.

Par « règlement », nous entendons règlement définitif et, selon nous, un règlement définitif est un règlement négocié entre des parties compétentes pour régler définitivement le différend dont il s'agit. La question se pose dès lors : si les États demandeurs et l'État défendeur pouvaient en négociant entre eux régler d'une façon quelconque un différend sans rapport avec leurs propres droits ou intérêts étatiques ou nationaux, mais relevant du genre de dispositions relatives à l'« administration du Mandat » — la mission sacrée —, un règlement quelconque négocié entre des États individuels tels que les États demandeurs et le Mandataire pourrait-il régler aucune question relative à l'administration générale du Mandat même ? Un tel règlement, négocié entre les demandeurs et le défendeur seul, pourrait-il lier tout autre État estimant avoir un intérêt dans l'administration du Mandat — ou lier l'Assemblée des Nations Unies ? Il est évident que non — un règlement de ce genre pourrait être entièrement inacceptable pour ces autres entités.

Il ne suffit pas, selon nous, de répondre qu'un règlement entre les États demandeurs et l'État défendeur eût été *un* règlement en ce sens qu'il aurait empêché les *demandeurs* d'engager une action quelconque en vertu de l'article 7. Un règlement de ce genre n'aurait rien réglé du tout à l'égard de tout autre État qui s'en serait déclaré

State dissatisfied with it, or in the United Nations Assembly<sup>1</sup>, and would not, from the point of view of the Respondent, have genuinely settled anything.

It is common knowledge that the present proceedings have been brought because the decision of the Court would be *binding* on the Mandatory. Elementary principles of justice and good faith therefore require that if the Mandatory should be able to achieve a settlement of the dispute directly with the Applicant States (which it has never yet been asked to do) such a settlement should be final, and good *erga omnes*. But obviously any such settlement could not have this effect.

Again, let it be assumed, since that contingency may not be excluded, that, on the merits, the Court found *in favour of* the Respondent. Such a decision would be *res judicata* only for the Applicant States (Article 59 of the Statute). It would not bind the United Nations Assembly, nor would it bind any States except the Applicants. Any other State dissatisfied with it could, at some future time, bring fresh proceedings on exactly or substantially the same grounds, with results that might be the same, or again might not. From the Mandatory's point of view there could be no finality. On the other hand a decision given against the Respondent would be binding on it, and would enable Article 94 of the Charter to be invoked if necessary by the other Party.

The evident disparity between these two situations is not easy to reconcile with normal principles of justice, and we do not believe that anything so lop-sided could have been in contemplation when Article 7 was drafted. We consider that, as its wording clearly implies, this provision was only intended to relate to disputes of a kind which are capable of being settled by negotiation, and of which therefore, in the given case, it can legitimately be held (if the facts so warrant) that the dispute "cannot" be so settled; and we consider further, that the only kind of dispute of that character, is one involving the national rights or interests of the States concerned. These they are competent to settle in a final manner by negotiation. Disputes about the general conduct of the Mandate, in relation to the inhabitants of the territory, are disputes which, in principle, are not capable of being so settled merely by a negotiation between the Mandatory and another State. The obligations of the Mandatory in relation to the "sacred trust" are of their nature not negotiable as between the Mandatory and another State Member of the League. The present dispute is of the latter kind, and therefore we do not consider that it comes under Article 7.

---

<sup>1</sup> It is of course no answer to say that in practice the Applicants would not have negotiated any settlement they did not know would be acceptable to the Assembly; or if it is an answer, it is a revealing one which can only bear out our view that the dispute in this case is not really with the Applicants.

mécontent, ni à l'égard des Nations Unies<sup>1</sup>, et n'aurait rien réglé véritablement pour le défendeur.

Chacun sait que, si les présentes instances ont été introduites, c'est que la décision de la Cour serait *obligatoire* pour le Mandataire. Les principes élémentaires de justice et de bonne foi exigent donc, si le Mandataire peut parvenir à régler directement le différend avec les États demandeurs (ce qui ne lui a jamais encore été demandé), que ce règlement soit définitif et valable *erga omnes*. Mais il va de soi que cet effet ne saurait être obtenu par un tel règlement.

Supposons donc, puisque cette possibilité n'est peut-être pas exclue, que, sur le fond, la Cour se prononce *en faveur* du défendeur. Cette décision ne deviendrait *res judicata* que pour les États demandeurs (article 59 du Statut). Elle ne lierait pas l'Assemblée des Nations Unies et elle ne lierait aucun État à part les demandeurs. Tout autre État qui en serait mécontent pourrait, un jour ou l'autre, introduire une nouvelle instance pour des motifs soit exactement, soit en substance identiques et les résultats pourraient en être ou non les mêmes. Pour le Mandataire, rien ne serait donc jamais définitif. En revanche une décision prise à l'encontre du défendeur serait obligatoire pour lui et l'article 94 de la Charte pourrait être invoqué, au besoin, par l'autre partie.

L'évidente disparité entre ces deux situations ne se concilie pas facilement avec des principes de justice normaux, et nous ne pouvons croire qu'on ait eu à l'esprit une situation aussi mal équilibrée lors de la rédaction de l'article 7. Nous estimons que cette disposition, comme il ressort clairement de ses termes, ne devait s'appliquer, dans l'esprit de ses rédacteurs, qu'à des différends du genre de ceux qui peuvent être réglés par voie de négociation et dont, par conséquent, dans le cas présent, on peut légitimement penser (si les faits le démontrent) que le différend « n'est pas susceptible » d'être ainsi réglé; nous estimons en outre que le seul genre de différend qui présente ce caractère est celui qui concerne les droits ou les intérêts nationaux des États intéressés. Les États ont compétence pour régler définitivement de tels différends par voie de négociation. Mais les différends touchant l'administration générale du Mandat, au point de vue des habitants du territoire, sont de ceux qui, en principe, ne peuvent pas être réglés tout simplement par négociations entre le Mandataire et un autre État. Les obligations du Mandataire à l'égard de la « mission sacrée » ne sauraient, par leur nature, faire l'objet de négociations entre le Mandataire et un autre État Membre de la Société des Nations. Le présent

<sup>1</sup> Ce n'est pas répondre, évidemment, que de dire qu'en pratique les demandeurs n'auraient négocié aucun règlement dont ils n'auraient pas su que l'Assemblée l'accepterait ou, si l'on veut absolument y voir une réponse, elle est assez révélatrice en ce qu'elle confirme ce que nous pensons, à savoir que le présent différend ne se pose pas en fait entre le défendeur et les demandeurs.

\*

We now wish to refer briefly to a further point that seems to us of hardly less importance. We find it impossible to reconcile the view that Article 7 relates to disputes about the general conduct of the Mandate, with the supervisory functions given to the Council of the League under Article 6 of the Mandate. The conjunction would mean that although the League Council might have been perfectly satisfied with the Mandatory's conduct of the Mandate, or might even have made suggestions to the Mandatory about that, which the latter was complying with and carrying out, any Member of the League not satisfied with the Mandatory's conduct, or not agreeing with the Council's views, could have brought proceedings before the Permanent Court under Article 7.

There would have been an even more extraordinary possibility. A Member of the League might, on some point relative to the conduct of the Mandate, have obtained from the Permanent Court a decision which was not in fact in the best interests of the peoples of the mandated territory—due, say, to lack of sufficient technical data before the Court. Yet under Article 59 of the Statute, the Mandatory would have been bound by the decision, and obliged to apply it vis-à-vis the inhabitants, although the Council of the League might have been wholly opposed to it and itself not bound by it.

We cannot believe it was ever intended that it should be possible for such situations to arise, and in estimating this, one must, for reasons we have given earlier in this Opinion, place oneself at the point in time when these provisions, Articles 6 and 7, were being drafted as designed portions of a coherent and integrated whole, which the Mandate certainly would not have been if Article 7 had had the meaning attributed to it by the Court.

The situations we have described as capable of arising if Article 7 is regarded as relating to disputes about the conduct of the Mandate are in no way fanciful or hypothetical. One of them has actually arisen in another case, with reference to a provision substantially the same as Article 7 in a United Nations trusteeship agreement.

It is in our opinion hardly conceivable that those who created a system according to which the Mandates were to be exercised "on behalf of the League", and the Mandatory was to be responsible, and solely responsible, to the Council of the League, should have been willing so far to dilute the Council's authority (especially when

différend appartenant à cette catégorie, nous estimons qu'il ne relève pas de l'article 7.

\*

Nous voudrions invoquer maintenant brièvement un autre point qui ne nous paraît guère moins important. Nous ne pouvons concilier la thèse selon laquelle l'article 7 concerne des différends touchant l'administration générale du Mandat avec les fonctions de surveillance attribuées au Conseil de la Société par l'article 6 du Mandat. Cette conjonction signifierait que, si le Conseil de la Société des Nations s'était déclaré parfaitement satisfait de l'administration du Mandat telle que le Mandataire la pratiquait, ou même s'il avait fait au Mandataire certaines suggestions à ce sujet, suggestions auxquelles celui-ci se serait rangé et qu'il aurait appliquées, tout Membre de la Société qui n'eût pas été satisfait de l'administration du Mandataire ou n'eût pas partagé les vues du Conseil aurait pu introduire une instance devant la Cour permanente en vertu de l'article 7.

Quelque chose de plus extraordinaire encore aurait pu se produire. Un Membre de la Société des Nations aurait pu, sur quelque point touchant l'administration du Mandat, obtenir de la Cour permanente une décision qui n'eût pas, en fait, été la plus favorable aux intérêts des populations du territoire sous Mandat — en raison par exemple de l'insuffisance de la documentation technique soumise à la Cour. Pourtant, aux termes de l'article 59 du Statut, le Mandataire aurait été lié par cette décision et obligé de l'appliquer aux habitants, alors que le Conseil de la Société y aurait peut-être été absolument opposé et n'aurait lui-même pas été lié par elle.

Nous ne saurions croire qu'on ait jamais souhaité que de telles situations pussent se produire et, en en jugeant, il convient, pour les raisons que nous avons indiquées ci-avant dans la présente opinion, de se reporter à l'époque à laquelle ces dispositions — l'article 6 et l'article 7 — ont été rédigées comme parties intégrantes d'un ensemble cohérent et complet, ce que le Mandat n'aurait certainement pas été si l'article 7 avait eu le sens que la Cour lui attribue.

Les situations que nous venons de décrire comme pouvant se produire si l'on estime que l'article 7 porte sur des différends relatifs à l'administration du Mandat ne sont aucunement d'ordre fantaisiste ou hypothétique. L'une d'elles s'est produite effectivement dans une autre affaire au sujet d'une disposition, semblable en substance à l'article 7, figurant dans un accord de tutelle des Nations Unies.

Nous avons peine à imaginer que ceux qui ont créé le système dans lequel les Mandats devaient être exercés « au nom de la Société des Nations » et dans lequel le Mandataire devait être responsable et seul responsable devant le Conseil de la Société auraient accepté de diluer l'autorité du Conseil (et notamment quand le Conseil

the Council could itself go to the Permanent Court for an Advisory Opinion), as to give a wholly independent right of recourse to the Court to Members of the League, not merely for the protection of their own individual rights and interests, but in the very field of the general conduct of the Mandate which was peculiarly the Council's.

\* \* \*

These various considerations lead us to hold that, despite the apparently plain language of Article 7 of the Mandate, on a literal interpretation of the words "any dispute whatever", analysis shows its real meaning and intention to be different, and to exclude disputes about the general conduct of the Mandate. If there is any room for doubt, then this is a case in which reference to the *travaux préparatoires* is justified, in order to see whether they confirm the foregoing interpretation, and to this we shall now proceed.

\* \* \*

Before the end of the Paris Peace Conference of 1919, a Mandates Commission was established to consider possible draft terms for the various Mandates<sup>1</sup>. At its first meeting on June 28, 1919, a draft "C" Mandate in the form of five suggested articles was submitted for discussion. *This draft contained no adjudication clause.* Nor did it contain any clause dealing with freedom of worship or the provisions in relation to missionaries, nationals of any State Member of the League, to enter and reside in the territory, etc., as was subsequently to be set forth in Article 5 of the "C" Mandate instruments.

At its next meeting on July 8, the Commission had before it not only the draft "C" Mandate, but also two draft "B" Mandates, one proposed by the representative of France which was to form the basis of discussion, and another presented by the United States. The French "B" draft was brief, and contained eleven comparatively short articles. *It contained no adjudication clause.* The United States draft, on the other hand, contained apart from certain clauses dealing the conduct of the Mandate in relation to the peoples of the Mandated territory, a number of clauses which provided in considerable detail for rights to be accorded to States Members of the League, and their subjects or nationals, in respect of a number of different matters. This United States draft contained an adjudication clause, and it is clear from the record—and this is what we draw attention to—that the discussion on this adjudica-

<sup>1</sup> *Conférence de la Paix 1919-1920; Recueil des Actes de la Conférence, Partie VI, Paris 1934, at page 327.*

pouvait lui-même demander à la Cour permanente un avis consultatif) au point d'accorder aux Membres de la Société des Nations un droit de recours absolument indépendant, non seulement pour protéger leurs propres droits et intérêts individuels mais encore dans le domaine même de l'administration générale du Mandat, qui était spécialement du ressort du Conseil.

\* \* \*

Ces diverses considérations nous amènent à dire que, en dépit du sens apparemment simple de l'article 7 du Mandat d'après l'interprétation littérale de l'expression « tout différend quel qu'il soit », une analyse plus attentive montre que le sens et l'intention véritables sont autres et excluent les différends relatifs à l'administration générale du Mandat. Si quelque doute subsiste, c'est alors que le recours aux travaux préparatoires se justifie, pour rechercher s'ils confirment l'interprétation que nous venons de donner; c'est ce que nous allons faire à présent.

\* \* \*

Avant la fin de la conférence de la paix de Paris de 1919, une Commission des Mandats avait été créée en vue de s'occuper de la rédaction de divers modèles de mandats<sup>1</sup>. A sa première séance, le 28 juin 1919, un projet de mandat « C » composé de cinq articles a été proposé comme base de discussion. *Ce projet ne contenait aucune clause de règlement judiciaire.* Il ne contenait non plus aucune clause concernant la liberté des cultes ni les dispositions assurant aux missionnaires sujets ou citoyens de tout Membre de la Société des Nations la faculté de pénétrer et de résider dans le territoire, etc. énoncées plus tard à l'article 5 des actes de Mandat « C ».

A sa séance suivante, le 8 juillet, la Commission a examiné non seulement le projet de Mandat « C » mais encore deux projets de Mandat « B », l'un proposé par le représentant de la France et qui devait servir de base de discussion et l'autre présenté par les États-Unis. Le projet « B » français était bref et comprenait onze articles assez courts. *Il ne contenait pas de clause de règlement judiciaire.* En revanche, le projet des États-Unis comportait, à côté de certaines clauses relatives à l'administration du Mandat concernant les peuples du territoire sous Mandat, un certain nombre de dispositions très détaillées touchant les droits à accorder aux États Membres de la Société et à leurs sujets ou citoyens sur un certain nombre de sujets divers. Ce projet américain contenait une clause de règlement judiciaire et il ressort très clairement des procès-verbaux — c'est sur quoi nous voulons insister — que la discussion de cette

<sup>1</sup> Conférence de la paix 1919-1920, Recueil des actes de la conférence, Partie VI, Paris, 1934, p. 327.

tion clause, appearing in the United States draft only, centred round these detailed rights to be accorded to Members of the League and their nationals under that draft. The adjudication clause read as follows:

“If any dispute should arise between the Members of the League of Nations regarding the interpretation or application of the present Convention and the dispute cannot be settled by negotiation, it will be referred to the Permanent Court of Justice...

The subjects or citizens of the States Members of the League of Nations may *also* refer claims relating to breaches of *their* rights conferred upon *them* by Articles 5, 6, 7, 7a and 7b of the Mandate to the Court for decision. The judgment given by the Court will be without appeal in the *two* above mentioned cases and will have the same effect as an *arbitral award* rendered pursuant to *Article 13* of the Covenant.” (Italics ours.)

The articles of the United States “B” draft, as above indicated provided for what may conveniently be described as an “open door” to carry on trade and commerce, etc., accorded to subjects and nationals of States Members of the League (Article 5); religious freedom, and provision for missionaries (Article 6); equality of opportunity for the commerce and navigation for all States, Members of the League and provision against discrimination between subjects and nationals of State Members of the League (Article 7); concessions in respect of railways, post offices, telegraphs, radio stations and other public works or services without distinction, etc., between subjects or nationals of States, Members of the League (Article 7 *a*); and a kind of most-favoured-nation provision in favour of States, Members of the League (Article 7 *b*) and their nationals.

These clauses thus provided for a series of rights to be conferred both upon States, Members of the League, and upon their subjects and citizens. The wording of the adjudication clause itself was somewhat peculiar and not very good. The second paragraph appeared to confer some kind of direct right of action on the nationals of the Members States—an idea which did not last. Looking at the clause as a whole, and at the words we have italicized in it, and considering the context in which it was proposed and discussed, it appears clear that the first paragraph of it was intended to relate to the rights and interests of the Member States under the Mandate, and the second to those of their nationals under certain specified articles, some of which covered both rights of nationals as well as State rights.

Briefly, the position appears to have been that no one thought of having a provision for compulsory adjudication until the United States made detailed proposals for commercial and other State rights for Members of the League and their nationals, and it was

clause de règlement judiciaire, qui ne figurait que dans le projet des États-Unis, s'est concentrée sur les droits détaillés à accorder d'après ce projet aux Membres de la Société et à leurs ressortissants. La clause de règlement judiciaire était la suivante :

« Si un différend s'élève entre les Membres de la Société des Nations en ce qui concerne l'interprétation ou l'application de la présente Convention et que ce différend ne puisse être réglé par les négociations, il sera porté devant la Cour permanente de Justice internationale...

Les sujets ou citoyens des États membres de la Société des Nations peuvent également porter des réclamations en ce qui concerne des infractions aux droits qui leur sont conférés par les articles 5, 6, 7, 7a, et 7b de ce Mandat devant ladite Cour pour décision. Le jugement rendu par cette Cour sera sans appel dans les deux cas précédents et aura le même effet qu'une *sentence arbitrale* rendue en application de l'article 13 du Pacte » (les italiques sont de nous).

Les articles du projet « B » des États-Unis mentionnés ci-dessus visaient ce qu'on pourrait appeler la « porte ouverte » aux échanges commerciaux, etc. en faveur des sujets ou citoyens des États Membres de la Société (article 5) ; la liberté des cultes et des dispositions concernant les missionnaires (article 6) ; l'égalité de traitement pour le commerce et la navigation de tous les États Membres de la Société des Nations, et certaines dispositions à l'encontre de toute discrimination entre les sujets ou citoyens des États Membres de la Société (article 7) ; l'octroi des concessions de chemins de fer, postes, télégraphes, stations radio-électriques et tous autres travaux publics sans distinction d'aucune sorte aux sujets ou citoyens des États Membres de la Société (article 7 a) ; et une sorte de clause de la nation la plus favorisée en faveur des États Membres de la Société des Nations (article 7 b) et de leurs ressortissants.

Ces clauses préoyaient donc une série de droits qui seraient conférés tant aux États Membres de la Société qu'à leurs sujets et citoyens. Le texte de la clause de règlement judiciaire était assez curieux et n'était pas très heureux. Le second alinéa semblait conférer quelque droit d'action directe aux ressortissants des États Membres — idée qui n'a d'ailleurs pas été retenue. Si l'on considère cette clause dans son ensemble, ainsi que les mots que nous avons soulignés, et si l'on examine le contexte dans lequel elle a été proposée et discutée, il apparaît nettement que le premier alinéa devait concerner les droits et intérêts des États Membres en vertu du Mandat et le second les droits et intérêts des ressortissants des États Membres en vertu de certains articles particuliers, dont un certain nombre portait à la fois sur les droits des ressortissants et sur ceux des États.

En bref le fait est qu'il semble que personne n'ait pensé à introduire une disposition touchant le règlement judiciaire obligatoire avant que les États-Unis n'eussent fait des propositions détaillées touchant certains droits, commerciaux et autres, des États Membres

in this context and in no other that the adjudication clause was discussed. The matter progressed on this footing.

At its next meeting on 9 July, the Commission continued its examination of both the French and United States draft "B" Mandates; but the French draft was taken as the basis of discussion, article by article. The first four Articles dealt with the kind of thing that appears in the first four Articles of the Mandate for South West Africa and these were, with certain amendments, provisionally adopted.

The Commission then took up Article 5 of the French 'B' draft. The first paragraph, which was very short, provided for equal rights for citizens of States Members of the League in relation to residence, protection of their persons and property, the acquisition of fixed and movable property and the exercise of their callings, all on the same basis as that accorded to nationals of the Mandatory Power. This was accepted after amendment.

The remaining part of the French clause 5, which—again in brief terms, and in principle only—dealt with equality of commercial opportunity for nationals of State Members of the League, freedom of navigation and transit, and protection against discriminatory duties on merchandise, was examined in conjunction with Article 7 of the United States draft.

The Commission then proceeded to consider whether there would be any advantages in inserting, in this French clause 5, detailed stipulations such as the United States 'B' draft provided. The representative of the United States contended that they were necessary in order to ensure satisfactory execution by the Mandatory. The record then reads:

*"Lord Robert Cecil (British Empire) thought that that question was linked with the right of recourse to the International Court. If the right of recourse were to be granted, it would be preferable merely to lay down the principle of equality and leave it to the Court to apply the principle to particular cases. He thought however it would be desirable to replace the words 'commercial equality' ('égalité commerciale')—which appeared in the French draft—by the words 'commercial and industrial equality'. If on the other hand, no right of recourse to the Court was to be given, it would be necessary to elaborate stipulations in detail."*

The morning session concluded with this observation. This discussion, we think, shows very clearly that the purpose of the adjudication clause, and the sole context in which it was considered, was the protection of the commercial and other rights of States Members of the League, and those of their nationals, as intended to be conferred on them by the Mandate instruments.

It was in consequence of this discussion that the first matter taken up by the Commission at its afternoon session on the same

de la Société et de leurs ressortissants; c'est dans ce contexte, et nul autre, que la clause de règlement judiciaire a été discutée. C'est sur cette base que la question a été traitée.

Au cours de la séance suivante, le 9 juillet, la Commission a poursuivi son examen des deux projets de Mandat « B », celui de la France et celui des États-Unis; mais le projet français a été pris comme base de discussion article par article. Les quatre premiers articles, qui traitaient du genre de questions faisant l'objet des quatre premiers articles du Mandat pour le Sud-Ouest africain, ont été provisoirement adoptés, avec certains amendements.

La Commission a abordé alors l'article 5 du projet français de Mandat « B ». Le premier alinéa, très court, établissait l'égalité des droits entre les citoyens des États Membres de la Société quant à leur résidence, à la protection de leurs personnes et de leurs biens, à l'acquisition de biens immobiliers et mobiliers et à l'exercice de leurs professions, sur la même base que les droits accordés aux nationaux de la Puissance mandataire. Ces dispositions ont été acceptées après amendement.

Le reste de l'article 5 du projet français qui — là encore, en termes brefs, et seulement en principe — traitait de l'égalité commerciale à accorder aux ressortissants des États Membres de la Société, de la liberté de navigation et de transit et de la protection à l'encontre de tout droit différentiel sur les marchandises, a été examiné en même temps que l'article 7 du projet des États-Unis.

La Commission a examiné ensuite s'il y avait avantage à insérer dans cet article 5 du projet français des stipulations détaillées comme celles du projet américain de Mandat « B ». Le représentant des États-Unis a affirmé que celles-ci étaient indispensables pour assurer la bonne exécution du Mandat par le Mandataire. On lit ensuite dans le procès-verbal:

« Lord Robert Cecil (*Empire britannique*) pense que cette question est liée au droit d'appel devant la Cour Internationale. Si cet appel est autorisé, il est préférable de poser seulement le principe d'égalité et de laisser à la Cour le soin de l'appliquer aux cas particuliers. Il pense néanmoins qu'il y aurait lieu de remplacer les mots: « égalité commerciale » [qui figurent dans le projet français] par: « égalité commerciale et industrielle ». Si, au contraire, aucun appel devant la Cour Internationale n'est autorisé, il sera nécessaire d'élaborer des stipulations détaillées. »

La séance du matin s'est terminée sur cette observation. Cette discussion indique clairement, selon nous, que l'objectif de la clause de règlement judiciaire, et le seul contexte dans lequel elle a été examinée, était la protection des droits commerciaux et autres qu'on avait l'intention de conférer dans les actes de Mandat aux États Membres de la Société et à leurs ressortissants.

C'est à la suite de cette discussion que le premier point examiné par la Commission à sa séance de l'après-midi du même jour a été

day was Article 15 of the United States draft, which contained the adjudication clause above quoted. The Commission proposed to continue its discussion of Article 5 of the French draft, but on the suggestion of the Representative of the United States, agreed first to examine this adjudication clause.

The Representative of France said that he had no objection in principle to resort to an international Court, but he thought that if that procedure were open to private individuals, any sort of administration would become impossible. The President agreed. Recourse to the Court should be the responsibility of a Government. He thought there would certainly be some advantage in transferring from the political to the legal plane *the settlement of questions such as those concerning property rights* ("*le règlement des questions comme celle du droit de propriété*"), but asked whether Governments should not assume the responsibility for deciding whether a claim should be referred to the Court (*si la réclamation doit être portée devant la Cour*).

To meet this position, Lord Robert Cecil then proposed that the second paragraph of the adjudication clause should read:

"The Members of the League of Nations will *also* be entitled on behalf of their subjects or citizens to refer claims for breaches of *their rights*", etc.

This met the various points of view. It was accepted by the Representative of the United States, and was adopted, apparently without further discussion.

The next step was the omission of the last sentence of the United States adjudication clause, namely that which provided that the judgment of the Court in each case should be final and have the same effect as an award under Article 13 of the Covenant. This sentence became superfluous if all claims had to be referred to the Court by *Governments*, whether in respect of their own rights under the Mandates, or of those of their nationals.

The Commission then returned to the examination of the final part of Article 5 of the French 'B' draft, and since it was this draft which was the basis of all further consideration, not the United States draft with its detailed provisions for rights to be accorded to States or their nationals, the reference to "Articles 5, 6, 7, 7 *a* and 7 *b*" in the adjudication clause was omitted. Article 5 of the French draft was then tentatively approved with some amendments.

The Commission then took up a fresh draft of the "C" Mandates. This draft now contained a new article, the final form of which appears as Article 5 of the Mandate for South West Africa, guaranteeing freedom of worship in the mandated territory, and freedom for missionary activities on the part of nationals of Members of the League. *In this same draft* there appeared, *equally for the first*

l'article 15 du projet des États-Unis, qui contenait la clause de règlement judiciaire ci-dessus mentionnée. La Commission se proposait de poursuivre la discussion de l'article 5 du projet français, mais, sur la suggestion du représentant des États-Unis, elle a accepté d'examiner d'abord la clause de règlement judiciaire.

Le représentant de la France a déclaré qu'il ne faisait aucune objection au principe de l'appel devant une Cour internationale, mais qu'il estimait que, si des particuliers pouvaient avoir recours à cette procédure, toute administration deviendrait impossible. Le président était de cet avis: la responsabilité du droit d'appel ne devait appartenir qu'à un gouvernement. Il estimait qu'il y aurait certainement avantage à faire passer de la sphère politique dans la sphère juridique *le règlement des questions comme celle du droit de propriété*, mais il demandait que le gouvernement qui déciderait si la réclamation devait être portée devant la Cour en assumât la responsabilité.

C'est pour répondre à ce souci que lord Robert Cecil a proposé alors de rédiger comme suit le second alinéa de la clause d'appel:

« Les Membres de la Société des Nations pourront également, pour le compte de leurs sujets ou citoyens, porter des réclamations pour infraction à leurs droits etc. »,

cela répondait aux divers points de vue. La formule a été acceptée par le représentant des États-Unis et adoptée, semble-t-il, sans autre discussion.

Il a été procédé alors à la suppression de la dernière phrase de la clause de règlement judiciaire du projet américain, à savoir celle qui disposait que le jugement rendu par la Cour serait dans les deux cas sans appel et aurait le même effet qu'une sentence arbitrale rendue en application de l'article 13 du Pacte. Cette phrase devenait superflue si toutes les réclamations devaient être présentées à la Cour par les *gouvernements*, qu'il s'agit de leurs propres droits découlant des Mandats ou de ceux de leurs ressortissants.

La Commission a repris ensuite l'examen de la dernière partie de l'article 5 du projet français; comme c'est ce projet qui devait constituer la base des discussions ultérieures plutôt que le projet américain et ses dispositions détaillées touchant les droits à accorder aux États et à leurs ressortissants, la référence aux « article 5, 6, 7, 7 a et 7 b » a été supprimée de la clause de règlement judiciaire. L'article 5 du projet français a été alors approuvé à titre provisoire, avec quelques amendements.

La Commission a abordé ensuite un nouveau projet de Mandat « C ». Ce projet contenait à présent un nouvel article qui, sous sa forme définitive, est devenu l'article 5 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, garantissant la liberté des cultes dans le territoire sous Mandat et, pour les missionnaires ressortissants des États Membres de la Société des Nations, la liberté d'exercer leur ministère. *Dans*

*time*, an adjudication clause in broadly the same terms as were eventually submitted to the Council of the League on December 14, 1920, and adopted by it after amendment in its resolution of December 17, 1920, promulgating the Mandate.

It seems to us therefore that the record could hardly make it plainer than it does that the drafting of what might for convenience be called the national rights clauses of the Mandates, and the drafting of the adjudication clause, went hand in hand, each reacting on the other, and that the adjudication clause was never discussed in the context of the obligations of the Mandatories relative to the peoples of the mandated territories. To borrow the words of Lord Finlay in one of the *Mavrommatis* cases (P.C.I.J. Series A, No. 2, at p. 43) in relation to the Palestine Mandate: "Under these heads [i.e. of the commercial, etc., rights of States and their nationals] there are endless possibilities of dispute between the Mandatory and other Members of the League of Nations, and it was highly necessary that a Tribunal should be provided for the settlement of such disputes".<sup>1</sup> Never at any time during the settlement of the drafts was there the slightest suggestion that the adjudication clause was intended to serve quite a different purpose, namely the policing of the sacred trust.

It is evident that it had no relation to the trust obligations of the Mandatory to the peoples of the territories. It was designed to serve a less lofty purpose. It is quite inconceivable that if Article 7 was of the fundamentally essential character stated by the Court; created as one of the securities for the performance of the Covenant, providing the Court as the final bulwark to secure the performance of the sacred trust, that not one word is to be found in the records which gives support to the Court's view<sup>2</sup>.

To sum up, our study of the record confirms the view which we had antecedently and independently formed, on the basis of the language of Article 7, and in the context of the Mandate as a whole. This view is, *first*, that Article 7 must be understood as referring to a dispute in the traditional sense of the term, as it would have been understood in 1920, namely a dispute between

<sup>1</sup> We cite Lord Finlay. We do not cite other juristic authority, but we draw attention to the exactly similar view to our own, expressed as representing the general opinion of international lawyers, by Mr. Feinberg in his Hague Academy course of 1937, quoted in full in the Dissenting Opinion of the President of the Court in the present case.

<sup>2</sup> The degree of importance which the United States in 1920 placed upon the equality of commercial and industrial opportunity in the mandated territories is to be seen in the correspondence which passed between it and the Council of the League and the British Secretary of State for Foreign Affairs between November 1920 and March 1921. Annexes 154 and 154*a*, *b*, and *c*, Minutes 12th Session Council of League.

ce même projet apparaît, pour la première fois aussi, une clause de règlement judiciaire rédigée *grosso modo* dans les mêmes termes que ceux qui devaient être soumis le 14 décembre 1920 au Conseil de la Société des Nations et que celui-ci devait adopter, après l'avoir amendée, dans sa résolution du 17 décembre 1920 promulguant le Mandat.

Il nous semble donc que les procès-verbaux ne pourraient indiquer plus clairement que la rédaction de ce qu'on peut appeler pour plus de simplicité les clauses des droits nationaux des Mandats et la rédaction de la clause de règlement judiciaire allaient de pair, chacune exerçant un effet sur l'autre, et que la clause de règlement judiciaire n'a jamais été discutée dans le contexte des obligations des Mandataires touchant les peuples des territoires sous Mandat. Pour reprendre les propres termes de lord Finlay, parlant du Mandat pour la Palestine, dans l'une des affaires *Mavrommatis* (C. P. J. I., série A n° 2, p. 43) : « Toutes ces clauses [c'est-à-dire celles qui concernent les droits commerciaux et autres des États et de leurs ressortissants] offrent d'infinies possibilités de conflits entre le Mandataire et d'autres Membres de la Société des Nations, et il était au plus haut point nécessaire qu'un tribunal fût prévu pour régler ces conflits »<sup>1</sup>. A aucune époque durant la rédaction des projets, personne n'a le moins du monde suggéré que la clause de règlement judiciaire eût été conçue dans un autre dessein, c'est-à-dire pour régler l'accomplissement de la mission sacrée.

Il est évident qu'elle était sans rapport avec les devoirs fiduciaires du Mandataire à l'égard des peuples des territoires. Elle ne visait pas si haut. Il est tout à fait inconcevable, si l'article 7 a eu le caractère fondamental et essentiel que la Cour lui attribue, s'il a été conçu comme l'une des garanties de l'application du Pacte et pour faire de la Cour le suprême garant de l'accomplissement de la mission sacrée, qu'il ne se puisse trouver dans les procès-verbaux un seul mot à l'appui de l'opinion de la Cour<sup>2</sup>.

En résumé, l'étude des procès-verbaux confirme l'opinion que nous sommes faite antérieurement et indépendamment, en nous fondant sur les termes de l'article 7 et sur le contexte du Mandat dans son ensemble. Cette opinion, en premier lieu, que l'article 7 doit être entendu comme désignant un différend au sens traditionnel du mot, comme il aurait été compris en 1920, à savoir un différend

<sup>1</sup> Nous citons lord Finlay: nous ne citons aucune autre autorité juridique, mais nous signalons une opinion tout à fait semblable à la nôtre qu'en sa qualité de représentant de l'opinion des juristes internationaux M. Feinberg a exprimée à l'Académie de La Haye en 1937 et qui est citée intégralement dans l'opinion dissidente du Président de la Cour en l'espèce.

<sup>2</sup> L'importance que les États-Unis attachaient en 1920 aux clauses touchant l'égalité commerciale et industrielle dans les territoires sous Mandat apparaît dans la correspondance échangée par les États-Unis, le Conseil de la Société et le secrétaire d'État britannique aux Affaires étrangères entre le mois de novembre 1920 et le mois de mars 1921. Procès-verbaux de la 12<sup>me</sup> session du Conseil de la Société des Nations, annexes 154 et 154 a, b, c.

the actual parties before the Court about their own interests, in which they appear as representing themselves and not some other entity or interest; and *secondly*, that Article 7 in the general context and scheme of the Mandate, was intended to enable the Members of the League to protect their own rights and those of their nationals, and not to enable them to intervene in matters affecting solely the conduct of the Mandate in relation to the peoples of the mandated territory.

In this last connection we consider that the record completely confirms the view we have taken in rejecting the argument that Article 7 was introduced, and was essential, in order to compensate for the fact that, by reason of Article 34 of the Statute of the Court (which incidentally had not been drafted in 1919 when the Mandates Commission held its deliberations), the Council of the League could not appear in contentious proceedings, but could only request advisory opinions, and could not therefore, in the last resort, obtain any binding decision against the Mandatory. We have expressed the view that it was foreign to the climate of opinion of 1919-20 to insert an adjudication provision with such a purpose in mind, and the record confirms this. It was not to enable Members of the League to assist the Council in upholding the Mandate that Article 7 was introduced, but to enable them to protect their own national rights which the Council would have no special interest in doing.

A further point, confirming the same view, is that the key provision as regards the interests of the peoples of the mandated territory, which appears in the "C" Mandates (Article 2) as an obligation for the Mandatory to promote to the utmost the peoples' material and moral well-being and social progress, and in a somewhat different form in the "B" Mandates, does not figure in the "A" Mandates at all. Yet an adjudication clause similar to Article 7 does figure there—evidently because the "A" Mandates contained (as they did) provisions concerning the rights and interests of Members of the League and their nationals in the mandated territory and for no other reason.

\* \* \*

There is only one further point we need deal with under this head, namely the argument sought to be drawn from the existence of what is known as the "Tanganyika Clause".

As has been seen, in the course of the drafting, the original division of the adjudication clause into two parts (State rights; rights of nationals) was eliminated, because once it had been agreed that all proceedings of whatever character must be brought by *governments*, whether on their own behalf or that of their nationals, the *raison d'être* for this division disappeared. In only one Mandate

entre les parties présentes devant la Cour concernant leurs propres intérêts, dans lequel ces parties agissent en leur nom propre et non pas pour le compte de quelque autre entité ou intérêt; et, *en second lieu*, que l'article 7, dans le contexte et dans le schéma général du Mandat, visait à permettre aux Membres de la Société de protéger leurs propres droits et ceux de leurs ressortissants, mais non pas d'intervenir dans des questions intéressant uniquement l'administration du Mandat à l'égard des peuples du territoire sous Mandat.

Sur ce dernier point, nous estimons que les procès-verbaux confirment absolument l'opinion que nous avons adoptée en rejetant l'argument selon lequel l'article 7 a été introduit, et était indispensable, pour compenser le fait qu'en raison de l'article 34 du Statut de la Cour (qui n'avait d'ailleurs pas encore été rédigé en 1919, lorsque la Commission des Mandats délibérait) le Conseil de la Société n'était pas habilité à participer à une procédure contentieuse, mais seulement à demander des avis consultatifs et ne pouvait donc, en dernier ressort, obtenir une décision obligatoire contre le Mandataire. Nous avons exprimé l'opinion qu'en 1919-1920 l'ambiance n'aurait pas été favorable à l'insertion d'une clause de règlement judiciaire qui eût visé cet objectif, et les procès-verbaux le confirment. L'article 7 n'a pas été introduit pour permettre aux Membres de la Société d'aider le Conseil à faire exécuter le Mandat, mais pour leur permettre de protéger leurs propres droits nationaux que le Conseil, pour sa part, n'avait aucun intérêt spécial à protéger.

Un autre point, qui confirme cette même opinion, est que la disposition essentielle touchant l'intérêt des peuples du territoire sous Mandat qui, dans les Mandats « C » (article 2), imposait au Mandataire l'obligation d'accroître par tous les moyens en son pouvoir le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants, se retrouvait sous une forme un peu différente dans les Mandats « B », mais était totalement absente des Mandats « A ». Or, une clause de règlement judiciaire semblable à l'article 7 figurait dans les Mandats « A » — évidemment parce qu'ils contenaient (comme c'était le cas) certaines dispositions concernant les droits et intérêts des Membres de la Société et de leurs ressortissants dans les territoires sous Mandat, et pour cette raison seulement.

\* \* \*

Nous n'avons plus à traiter sous ce chef qu'un seul point, à savoir l'argument que l'on essaie de tirer de l'existence de ce qu'on appelle la « clause du Tanganyika ».

On a vu que, pendant les travaux de rédaction, la division primitive de la clause de règlement judiciaire en deux parties (droit des États; droit des ressortissants) a été éliminée; en effet, du moment où il a été admis que toutes les instances, quel qu'en fût le caractère, devaient être présentées par des *gouvernements*, soit en leur nom propre, soit pour le compte de leurs ressortissants, la raison d'être

was it unaccountably preserved, that for British East Africa, the adjudication clause of which has a first paragraph in Article 7 terms, and a second providing that Members of the League could *also* bring before the Court complaints on behalf of their nationals<sup>1</sup>. From this it has been sought to draw the conclusion that the first paragraph of the Tanganyika clause (and hence any provision such as Article 7 having similar terms to this first paragraph) must have related to disputes about the conduct of the Mandate.

Even as a matter of interpretation pure and simple, we regard this as too slender a foundation on which to seek to erect such a conclusion. The second part of the clause is quite redundant, as the *Mavrommatis* case bears witness. Moreover the Belgian Mandate for East Africa was on all fours with that of the British Mandate for Tanganyika. It would be quite absurd to suggest that the second paragraph was designed to create a difference between the one Mandate and the other. No reason has ever been advanced why this should have been so. In any case the record shows that all that happened was that the Tanganyika clause simply retained the original form of the adjudication clause introduced and discussed in connection with the statal rights of Members of the League, and rights reserved for their nationals, and that in this form the first part was intended to cover the statal rights of the Members, and the second the rights of their nationals. All that happened in the Tanganyika case was that these two parts were never merged, as happened in all the other cases; or rather that there was simply a failure to drop the second part, as being superfluous. From this, no useful information as to the meaning of the first part can be derived. In the circumstances, therefore, no deduction contrary to the view we hold can legitimately be drawn.

\* \* \*

*Conclusion:* we consider that the third preliminary objection is good and should be upheld.

## VII

### FOURTH PRELIMINARY OBJECTION

Having regard to our view, stated under the preceding head, that the matters involved by the present Application are not of a kind

<sup>1</sup> The reason for the failure to draft the Tanganyika clause in the same form as the others has not been established with any certainty. It was one of those drafting quirks that constantly occur at international conferences, and probably arose from differences of view as to whether, if a clause is superfluous, it is better to omit it or, *ex abundanti cautela*, to let it remain.

de cette division disparaissait. Elle n'a été maintenue, et pour une raison qu'on ignore, que dans l'un des Mandats, le Mandat britannique sur l'Est africain, dont la clause de règlement judiciaire contient un premier alinéa rédigé dans les mêmes termes que l'article 7, et un second alinéa disposant que les États Membres de la Société des Nations pourront également soumettre à la Cour toute plainte émanant de leurs ressortissants<sup>1</sup>. On a voulu en conclure que le premier alinéa de la clause du Tanganyika (et par conséquent toute disposition comme l'article 7 dont les termes sont les mêmes que ceux de ce premier alinéa) devait obligatoirement se rapporter à des différends relatifs à l'administration du Mandat.

Ne serait-il même question que d'interprétation pure et simple, nous estimons que c'est là une base trop fragile pour étayer semblable conclusion. La seconde partie de la clause est tout à fait superflue, comme en témoigne l'affaire *Mavrommatis*. Au surplus, le Mandat belge sur l'Est africain est analogue au Mandat britannique sur le Tanganyika. Il serait tout à fait absurde de prétendre que le second alinéa avait pour but d'établir une différence entre ces deux Mandats. On n'a jamais avancé aucune raison à l'appui de cette vue. En tout cas les procès-verbaux montrent que ce qui s'est passé, c'est tout simplement que la clause du Tanganyika a conservé la forme primitive de la clause de règlement judiciaire introduite et discutée en relation avec les droits des Membres de la Société des Nations en tant qu'États et les droits réservés à leurs ressortissants et que, sous cette forme, la première partie devait couvrir les droits des Membres en tant qu'États et la seconde les droits de leurs ressortissants. Ce qui s'est passé dans le cas du Tanganyika, c'est tout bonnement que les deux parties n'ont jamais été amalgamées comme dans tous les autres textes; ou plutôt qu'on a simplement négligé d'omettre la seconde partie, comme superflue. On ne saurait en déduire aucune notion utile quant au sens de la première partie. Dans ces conditions, on ne peut donc légitimement en tirer aucune déduction contraire à l'opinion qui est la nôtre.

\* \* \*

*Conclusion*: nous estimons que la troisième exception préliminaire est valable et doit être retenue.

## VII

### QUATRIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Eu égard à l'opinion que nous venons d'exposer sous le chef précédent et selon laquelle les problèmes posés dans les présentes

<sup>1</sup> La raison pour laquelle la clause du Tanganyika n'a pas été rédigée sous la même forme que les autres n'a pu être établie avec certitude. C'est un de ces caprices rédactionnels qui se produisent constamment lors des conférences internationales; il est né probablement du fait que l'opinion était divisée sur le point de savoir si, une clause étant superflue, il valait mieux l'omettre ou, *ex abundantia cautela*, la laisser subsister.

that are capable of settlement on the basis of a negotiation between the Applicants and the Respondent State, since these parties lack competence to settle such matters by a negotiation purely between themselves, the question of whether the present dispute is one that "cannot" be settled by negotiation hardly arises for us. We will consider it nevertheless, because certain points of principle are involved which seem to us important.

The Respondent has not denied that discussions have taken place in the United Nations, but has confined itself to contending that they did not take place in conditions that gave them any real chance of success, so that it cannot be said that the dispute is one that under no circumstances could be settled by negotiation.

This contention involves questions of fact into which we do not propose to go because, in our opinion, there has not, properly speaking, been *any negotiation at all* in this case of the kind contemplated by Article 7.

Under Article 7, the dispute that cannot be settled by negotiation must be the dispute between the Mandatory and the other Member of the League concerned, i.e., the actual dispute between the Parties to the proceedings before the Court, as such. This means that the negotiation required by Article 7 must relate to that dispute and no other. Now the Applications in this case were filed in November, 1960, and it is quite clear therefore that, up to that date, the Assembly proceedings on which the Applicants rely (even if they can be called negotiation at all) had nothing whatever to do with the actual dispute between the Applicant States and the Respondent State, since this dispute did not then exist *as such*<sup>1</sup>. All that existed up to that date was a disagreement between the Assembly (as an entity) and one of its Members—the Respondent State; and all that had taken place up to that date were sundry proceedings in the Assembly and its Committees, in which indeed the Applicants participated, but simply as Members of the Assembly. To attribute to these antecedent discussions the character of a negotiation *relative to the present dispute* (which only arose in November 1960, if even then<sup>1</sup>)—a negotiation conducted by the Applicants in and through the Assembly, or by the Assembly itself on behalf of the Applicants, seems to us wholly unrealistic.

We would not wish to exaggerate the extent of negotiation that may be required to establish that there has been the minimum

---

<sup>1</sup> Nor strictly does it exist now, since, as we pointed out under the preceding head, it cannot have been created merely by the institution of proceedings; and no other interchanges, outside the Assembly, or directly between the parties as such, have ever taken place.

requêtes ne sont pas de ceux qui puissent être réglés par des négociations entre les demandeurs et l'État défendeur, ces Parties n'étant pas compétentes pour régler des problèmes de ce genre par une négociation où elles seraient seules en jeu, la question de savoir si le présent différend est « susceptible » ou non d'être réglé par des négociations se pose à peine pour nous. Nous l'examinerons néanmoins, parce qu'elle touche certains points de principe qui nous paraissent importants.

Le défendeur n'a pas nié que des discussions aient eu lieu aux Nations Unies, mais il s'est borné à affirmer qu'elles ne sont pas tenues dans des conditions offrant de véritables chances de succès, de sorte que l'on ne saurait dire que le différend soit de ceux qui ne sont en aucune circonstance susceptibles d'être réglés par des négociations.

Cette thèse touche certaines questions de fait dans lesquelles nous ne proposons pas d'entrer, puisque, selon nous, il n'y a eu, en l'espèce, à proprement parler, *aucune négociation* du genre prévu à l'article 7.

Aux termes de l'article 7, le différend qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations doit être le différend entre le Mandataire et l'autre Membre de la Société des Nations intéressé, c'est-à-dire le véritable différend entre les parties à la procédure soumise à la Cour, comme telles. Cela signifie que les négociations requises par l'article 7 doivent porter sur ce différend à l'exclusion de tout autre. Or, en l'espèce, les requêtes ont été déposées en novembre 1960 et il est par conséquent tout à fait évident que, jusqu'à cette date, les débats de l'Assemblée sur lesquels se fondent les demandeurs (pût-on même les qualifier de négociations) n'ont rien eu à voir avec le véritable différend entre les États demandeurs et l'État défendeur, puisque ce différend n'existait pas alors *comme tel*<sup>1</sup>. La seule chose qui ait existé jusqu'à cette date est un désaccord entre l'Assemblée (en tant que personne morale) et l'un de ses Membres — l'État défendeur; tout ce qui s'est passé jusque là a consisté en diverses démarches au sein de l'Assemblée et de ses commissions, auxquelles les défendeurs ont en effet participé, mais simplement à titre de Membres de l'Assemblée. Attribuer à ces discussions antérieures le caractère d'une négociation *relative au présent différend* (qui n'a surgi qu'en novembre 1960, et encore<sup>1</sup>), d'une négociation menée par les demandeurs au sein de l'Assemblée et par l'intermédiaire de l'Assemblée, ou par l'Assemblée elle-même au nom des demandeurs, nous paraît absolument arbitraire.

Nous ne voudrions pas exagérer le degré d'importance des négociations nécessaires pour établir qu'un minimum a été fait, dans les

<sup>1</sup> Il n'existe d'ailleurs pas encore à présent, au sens strict du mot, puisque, ainsi que nous l'avons fait observer sous le chef précédent, il ne saurait avoir été engendré *uniquement* par l'introduction de l'instance; et qu'aucun autre échange de vues, ni hors de l'Assemblée, ni directement entre les Parties comme telles, n'a jamais eu lieu.

necessary in the circumstances to make it clear that the parties cannot settle their dispute. But *some* negotiation must, we think, in fact have taken place between the actual Parties to the proceedings before the Court, in their capacity as individual *States*.

Furthermore, the negotiation must relate to the dispute (and no other) alleged to exist between the parties to the proceedings before the Court, which dispute must have existed antecedently to those proceedings. It is not sufficient for the negotiation (supposing it to have been one) to have related to a dispute which, *at the time when this "negotiation" was taking place*, did not exist specifically between the Parties before the Court, but consisted merely in a general all-round controversy pursued on the floor of an international Assembly.

We are not concerned to deny the propriety or utility of discussions in an international forum such as the Assembly of the United Nations. We do not think that, normally, such discussions can be regarded as an actual negotiation taking place between the Parties before the Court, as we think Article 7 contemplated. Such discussions are, and necessarily must be, of too general and diffused a character to constitute a negotiation between the specific parties who eventually come before the Court in relation to a specific dispute between them as States.

Be that as it may, what is clearly apparent to us is that a "negotiation" *confined* to the floor of an international Assembly, consisting of allegations of Members, resolutions of the Assembly and actions taken by the assembly pursuant thereto, denial of allegations, refusal to comply with resolutions or to respond to action taken thereunder, cannot be enough to justify the Court in holding that the dispute "cannot" be settled by negotiation, when no direct diplomatic interchanges have ever taken place between the parties, and therefore no attempt at settlement has been made at the statal and diplomatic level. Since direct negotiations between the actual Parties to a dispute constitute the usual and normally indispensable method of attempting a settlement, we do not see how the Court can hold *and adjudge* that the dispute (that *any* dispute) "cannot" be settled, when no recourse at all has been had to this method. We do not think it should be assumed or postulated that interchanges which have not succeeded in the Assembly or its subsidiary organs, might not, in different conditions, and amongst a restricted number of parties, stand some chance of success—at least a sufficient chance to make it not reasonably possible to affirm the contrary until this method has been attempted. Whether success would be achieved, must be a matter of opinion, but that is not the point; and to us, the failure to conduct, or even attempt, any direct negotiations between the parties to the present dispute in their capacity as such, appears (having regard to the terms of Article 7) to constitute a formal bar to the present proceedings.

circonstances données, afin de prouver que les Parties n'ont pas pu régler leur différend. Mais nous estimons indispensable que *des* négociations aient effectivement eu lieu entre les véritables Parties à l'instance introduite devant la Cour, en leur qualité d'*États* individuels.

En outre, les négociations doivent avoir trait au différend (et à nul autre) dont l'existence est alléguée entre les Parties à l'instance introduite devant la Cour et qui doit être antérieur à l'introduction de l'instance. Il ne suffit pas que la négociation (à supposer qu'elle ait eu lieu) ait concerné un différend qui, à l'époque où cette « négociation » a lieu, n'existait pas spécifiquement entre les Parties devant la Cour et qui ne consistait qu'en une controverse générale poursuivie dans l'enceinte d'une assemblée internationale.

Nous ne prétendons pas nier la pertinence ni l'utilité des discussions poursuivies dans une enceinte internationale telle que l'Assemblée des Nations Unies. Mais nous ne pensons pas que des discussions de ce genre puissent normalement être considérées comme de véritables négociations entre les parties devant la Cour, ni qu'elles répondent à ce que, selon nous, l'article 7 dispose. Ces discussions sont, nécessairement, d'un caractère trop général et trop vague pour constituer des négociations entre les parties mêmes qui se présentent ensuite devant la Cour, au sujet d'un différend déterminé les séparant en tant qu'*États*.

Quoi qu'il en soit, ce qui nous paraît évident c'est qu'une « négociation » qui *se limite* à l'enceinte d'une Assemblée internationale, et qui consiste en allégations formulées par certains Membres, en résolutions de l'Assemblée, en mesures prises par l'Assemblée en vertu de ces résolutions, en dénégations répondant aux allégations et en refus soit d'accepter les résolutions, soit de se conformer aux mesures prises en vertu de ces résolutions, ne suffit pas à justifier une décision de la Cour selon laquelle le différend « n'est pas » susceptible d'être réglé par des négociations, alors qu'aucun échange de vues diplomatique n'a jamais eu lieu entre les parties et que par conséquent aucun effort en vue d'un règlement n'a jamais été fait à l'échelon gouvernemental et diplomatique. Les négociations directes entre les parties mêmes à un différend constituant la méthode usuelle et normalement indispensable pour tenter de parvenir à un règlement, nous ne voyons pas comment la Cour peut dire *et juger* que le différend (ou qu'un différend *quelconque*) « n'est pas susceptible » d'être réglé, alors qu'on n'a jamais eu recours à cette méthode. Nous ne croyons pas que l'on doive présumer ou postuler que des échanges de vues qui ont échoué au sein de l'Assemblée ou de ses organes subsidiaires ne puissent, repris dans des conditions différentes et par des parties moins nombreuses, avoir quelque chance de succès — assez du moins pour interdire d'affirmer raisonnablement le contraire avant que cette méthode n'ait été employée. Évaluer les chances de succès est affaire de jugement personnel, mais là n'est pas la question; à nos yeux, le fait qu'aucune négociation

\*

In our opinion the fourth preliminary objection must accordingly be upheld.

\*

We shall conclude by pointing out that requirements about "disputes" and "negotiations" are not mere technicalities. They appear in one form or another in virtually every adjudication clause that has ever been drafted, and for good reason. They are inserted purposely to protect the parties, so far as possible, from international litigation that is unnecessary, premature, inadequately motivated, or merely specious. Without this measure of protection, countries would not sign clauses providing for compulsory adjudication. This is an aspect of the matter to which we feel insufficient attention has been given.

\* \* \*

Our final conclusion on the whole case is that, for all of the reasons stated, and in relation to each of the objections raised, whether on the grounds actually advanced by the Respondent State or on other grounds, the Court is not competent in this case, and should refuse to assume jurisdiction.

*(Signed)* Percy C. SPENDER.

*(Signed)* G. G. FITZMAURICE.

directe n'ait été engagée, ni même tentée, entre les Parties au présent différend en leur qualité comme telles nous semble constituer (eu égard aux termes de l'article 7) un obstacle formel à la présente procédure.

\*

Il s'ensuit, à notre avis, que la quatrième exception préliminaire doit être retenue.

\*

Nous concluons en faisant observer que les prescriptions touchant les « différends » et les « négociations » ne constituent pas de simples questions d'ordre technique. Elles apparaissent sous une forme ou sous une autre dans presque toutes les clauses de règlement judiciaire qui aient jamais été rédigées, et pour une excellente raison. Elles y sont insérées à dessein pour protéger les parties, dans toute la mesure du possible, contre des litiges internationaux inutiles, prématurés, insuffisamment motivés ou simplement spécieux. Faute de cette mesure de protection, les États n'accepteraient pas de signer de clauses de règlement judiciaire obligatoire. C'est là un aspect de la question auquel il ne nous semble pas qu'on ait accordé assez d'attention.

\* \* \*

Notre conclusion finale sur l'ensemble des présentes affaires est que, pour toutes les raisons exposées et à l'égard de chacune des exceptions soulevées, soit pour les motifs présentés effectivement par l'État défendeur, soit pour d'autres motifs, la Cour n'est pas compétente en l'espèce et devrait refuser d'exercer sa juridiction.

(Signé) Percy C. SPENDER.

(Signé) G. G. FITZMAURICE.