

OPINION INDIVIDUELLE DE M. DILLARD

[Traduction]

Dans la présente opinion, je me propose de formuler certaines observations générales à l'appui de la clause 1 du dispositif de l'avis, compte tenu de la façon dont j'interprète les faits et dont je comprends la jurisprudence de la Cour. Je ferai aussi certaines observations au sujet de l'effet de la clause 2 du dispositif. Pour commencer, je traiterai brièvement de diverses questions préliminaires et j'exposerai les raisons pour lesquelles je ne puis partager les vues de la majorité de la Cour en ce qui concerne la désignation d'un juge *ad hoc*.

Il n'est peut-être pas inutile de préciser dès l'abord que, selon moi, l'avis de la Cour (ci-après dénommé « l'avis ») n'a pas un certain nombre d'objets:

1) Ce n'est pas parce que les articles 24 et 25 de la Charte sont invoqués dans l'avis que celui-ci doit être interprété comme reconnaissant aux Nations Unies de larges pouvoirs d'un caractère législatif ou quasi législatif. L'avis concerne une situation très particulière, je dirai même unique, relative à un territoire ayant un *statut international*, dont l'administration met en jeu la fonction de surveillance des Nations Unies.

2) L'avis ne cherche pas non plus à justifier la « révocation » du mandat par une analyse des motifs qui ont inspiré la politique d'*apartheid* dans le territoire ou des objectifs et effets de son application. Malgré le volumineux dossier qui s'est accumulé à ce sujet en l'espace de vingt et un ans, un tribunal n'a jamais statué sur ce point et une décision judiciaire n'était pas demandée à ce propos au cours de la présente procédure, comme cela aurait pu être le cas si on l'avait assimilée à une procédure contentieuse, ainsi que le proposait l'Afrique du Sud. La Cour n'aurait pas correctement exercé ses fonctions judiciaires si elle avait tenté de trancher la question des violations commises à ce titre sans tirer au clair tous les faits pertinents. Les passages de l'avis (par. 129-131) qui font allusion aux « lois et décrets appliqués par l'Afrique du Sud en Namibie, qui sont de notoriété publique » répondent à la demande introduite par l'Afrique du Sud en vue de fournir des preuves supplémentaires sur les faits. Comme il est indiqué dans l'avis (par. 104), la révocation du mandat était fondée sur d'autres motifs.

3) Limitée, comme elle l'est, au plan des relations intergouvernementales, la clause 2 du dispositif ne prend pas en considération les transactions privées ni l'activité directe des institutions spécialisées.

* * *

Prise à la lettre, la résolution 284 du Conseil de sécurité ne semble pas inviter la Cour à examiner la validité de sa résolution 276, ni de la résolution 2145 de l'Assemblée générale, mais seulement à indiquer les « conséquences juridiques » qui en découlent. La Cour n'a pas cru pouvoir limiter ainsi le champ de son enquête. Voici quels sont, pour moi, les motifs de cette décision.

On peut difficilement demander à un tribunal de se prononcer sur des conséquences juridiques si les résolutions dont découlent ces dernières renferment elles-mêmes des conclusions juridiques affectant ces conséquences. Relever cela ne signifie aucunement que la Cour conteste l'application des principes de San Francisco relatifs à l'interprétation de la Charte. Les résolutions des organes des Nations Unies méritent la plus grande déférence. Il n'y a évidemment rien dans la Charte qui oblige ces organes à demander un avis consultatif ou qui donne à la Cour (comme c'est le cas dans de nombreuses juridictions nationales) un droit de contrôle, dont l'exercice pourrait être déclenché par ceux qui se jugeraient injustement lésés.

Mais quand ces organes jugent bon de demander un avis consultatif, ils doivent s'attendre à ce que la Cour agisse strictement en conformité de sa fonction judiciaire. Celle-ci lui interdit de faire sienne, sans autre examen, une conclusion juridique qui conditionne par elle-même la nature et la portée des conséquences juridiques qui en procèdent. La situation serait différente si les résolutions invitant la Cour à donner son avis étaient juridiquement neutres, comme ce fut le cas pour les trois précédentes demandes d'avis consultatifs concernant le mandat.

La conclusion énoncée ci-dessus peut être étayée par toute une série d'autres considérations que je me contenterai, pour être bref, de signaler sans les analyser. *Primo*, elle est compatible avec la jurisprudence de la Cour elle-même, comme le montre notamment l'avis relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies* (C.I.J. Recueil 1962, p. 156, 157, 216, 217); *secundo*, les débats qui ont précédé l'adoption de la résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité révèlent qu'il s'est trouvé seulement cinq Etats pour estimer que la Cour ne devrait pas mettre en question la validité des résolutions pertinentes, tandis que dix Etats exprimaient soit une opinion contraire, soit des doutes d'ordre constitutionnel, ou encore, s'abstenaient d'avancer une opinion quelconque sur la question; *tertio*, le représentant du Secrétaire général a battu en retraite à ce sujet pendant la procédure orale et a renoncé à défendre une position rigide sur ce point (audience du 8 mars 1971); *quarto*, sur le plan purement pratique, si la Cour s'était abstenue de procéder à une telle enquête et si un raisonnement dissident fortement charpenté avait fait peser de sérieux doutes sur la validité des résolutions, cela aurait rendu l'avis consultatif beaucoup moins probant; enfin, il n'est peut-être pas outrecaudant d'émettre l'opinion que, sur le plan politique, il n'est pas dans l'intérêt à long terme de l'Organisation des Nations Unies de paraître peu désireuse de laisser

apprécier la validité juridique de ses résolutions quand elle demande à un tribunal de trancher des questions qui en dépendent ¹.

* * *

Par son ordonnance du 29 janvier 1971, la Cour a rejeté la requête par laquelle le Gouvernement sud-africain demandait à être autorisé à désigner un juge *ad hoc*. De même que M. Onyeama, je ne puis souscrire à la décision de la Cour, et je crois devoir expliquer ici pourquoi. Dans notre déclaration commune, jointe à l'ordonnance, nous disions :

« Tout en n'estimant pas que la République sud-africaine ait établi son droit de désigner un juge *ad hoc* en vertu de l'article 83 du Règlement de la Cour, nous sommes convaincus que le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour en vertu de l'article 68 de son Statut lui permet d'approuver une telle désignation et qu'il aurait été approprié d'exercer ce pouvoir discrétionnaire vu l'intérêt particulier de la République sud-africaine dans la question dont la Cour est saisie. »

Si la Cour décide qu'il s'agit d'une « question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats » au sens de l'article 83 de son Règlement, qu'il convient de rapprocher de l'article 82, force lui est d'appliquer l'article 31 de son Statut, qui reconnaît à l'Etat qui en fait la requête le *droit* de nommer un juge *ad hoc*. L'article en question assimile la procédure consultative à une affaire contentieuse. La décision relative à l'existence d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats a une incidence directe sur le point de savoir s'il s'agit, oui ou non, d'un « différend » au sens de l'article 32 de la Charte des Nations Unies. Je n'ai pas voulu préjuger la solution de ce problème dès le début de notre examen. Il semblait toutefois évident que les intérêts de l'Afrique du Sud étaient vitalement affectés.

L'article 68 du Statut autorise la Cour, dans l'exercice de ses attributions consultatives, à s'inspirer des dispositions du Statut qui s'appliquent en matière contentieuse « dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ».

La latitude donnée par cet article ne concerne pas uniquement la forme sous laquelle une question est posée à la Cour. Au contraire, la Cour elle-même a déclaré que tout dépend des circonstances particulières à chaque espèce et qu'elle possède à cet égard un large pouvoir d'appréciation (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72 et *C.I.J. Recueil 1951*, p. 19).

La Cour a donc le droit de nommer un juge *ad hoc* même sans invoquer l'article 83 de son Règlement. Il m'a semblé que, s'il n'était pas indispen-

¹ Bien entendu, ces considérations sont entièrement subordonnées à la considération principale, qui concerne l'intégrité de la fonction judiciaire.

sable d'exercer ce pouvoir pour que la Cour soit régulièrement composée, il eût tout de même été opportun de le faire en l'espèce ¹.

Les intérêts de l'Afrique du Sud étant en jeu d'une façon aussi critique, la nomination d'un juge *ad hoc* aurait permis à la Cour d'être assurée que ces intérêts auraient été examinés avec la participation de quelqu'un qui les connaîtrait à fond. De plus, si l'avis de la Cour devait se révéler défavorable aux intérêts de l'Afrique du Sud, la présence d'un juge *ad hoc*, même dissident, aurait renforcé plutôt qu'affaibli le caractère probant de l'avis.

Quoi qu'on puisse penser en général de l'institution des juges *ad hoc* — et les avis diffèrent à ce sujet — il me semble que l'un des motifs qui la justifient, à savoir le fait qu'il importe non seulement que justice soit faite mais aussi qu'on le sache, aurait permis à la Cour d'user de son pouvoir discrétionnaire tout en évitant les difficultés théoriques et pratiques qu'aurait soulevées une assimilation plus complète à la procédure contentieuse.

* * *

L'Afrique du Sud a contesté la validité formelle des résolutions du Conseil de sécurité pour toute une série de motifs qui sont mentionnés dans l'avis. Il me suffira d'apporter quelques arguments supplémentaires pour appuyer celui-ci.

Dès l'origine, l'Afrique du Sud a soutenu que les mots « dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents », qui figurent à l'article 27, paragraphe 3, de la Charte, ôtent toute validité aux décisions prises lorsqu'un ou plusieurs membres permanents s'abstiennent volontairement de voter. La résolution 276 (1970) a été adoptée malgré les abstentions de la France et du Royaume-Uni (S/PV. 1529 (1970), par. 184) et la résolution 284 (1970) a été adoptée malgré les abstentions de la Pologne, du Royaume-Uni et de l'URSS (S/PV. 1550 (1970), par. 160).

Cette thèse se fonde sur une analyse historique et sur la théorie selon laquelle le libellé de l'article 27, paragraphe 3, serait tellement limpide et dépourvu d'ambiguïté qu'il n'admettrait aucune interprétation, par la pratique ultérieure ou autrement.

Or, cet argument fait apparaître la faiblesse de l'application mécanique de la méthode textuelle, jointe à la règle de l'interprétation selon le sens naturel et ordinaire des mots. Si la disposition qui nous intéresse avait été rédigée comme suit: « dans lequel sont comprises les voix *des cinq* membres permanents, *qui doivent être présents et exprimer leur vote...* » la thèse précitée aurait peut-être été justifiée. En l'absence d'une stipulation

¹ Ayant examiné avec soin l'ordonnance rendue le 31 octobre 1935 en l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre* (C.P.J.I. série A/B n° 65, ann. 1, p. 69-71), je ne suis pas convaincu de sa pertinence, étant donné que le problème en jeu était totalement différent et que le Statut et le Règlement alors en vigueur n'étaient pas les mêmes qu'aujourd'hui.

aussi précise, le comportement ultérieur des parties constitue manifestement un moyen légitime d'attribuer à cet article un sens qui soit conforme à l'attente des parties, et notamment des membres permanents.

Que leur interprétation de cet article ne coïncide pas avec celle de l'Afrique du Sud, c'est ce que démontre à suffisance la pratique constante du Conseil de sécurité. Les documents et les autorités invoqués par les représentants du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et des Etats-Unis au cours de la présente instance (audiences du 8 février et du 9 mars 1971) sont concluants sur ce point ¹.

* * *

Un problème plus fondamental et plus difficile à résoudre que le précédent est celui qui concerne l'existence, ou l'inexistence, d'un « différend » au sens des articles 27 et 32 de la Charte. Il a été affirmé qu'en vertu du premier de ces articles le principe de l'abstention obligatoire aurait dû s'appliquer et qu'en vertu du second l'Afrique du Sud aurait dû être conviée à participer aux discussions relatives au prétendu différend. Je me bornerai à examiner ce dernier point.

Aucune signification unique et absolue ne saurait être attribuée au terme et au concept de « différend ». Cette notion doit être considérée compte tenu du contexte et du but de l'article 32. Comme l'indiquent les discussions du Conseil de sécurité, il s'agissait de mettre les deux parties sur un pied d'égalité ou de quasi-égalité, qu'elles fussent membres du Conseil ou non, ou même qu'elles fussent Membres des Nations Unies ou non. (Voir Goodrich, Hambro et Simons, *Charter of the United Nations*, 3^e éd., p. 254.) Si l'on considère que le différend oppose l'Afrique du Sud aux cent quatorze Etats Membres qui ont voté pour la résolution 2145 de l'Assemblée générale, il est difficile de voir comment on pourrait atteindre ce but dans la pratique.

La thèse de l'Afrique du Sud repose en grande partie sur l'arrêt de 1962 qui considérerait, aux fins d'établir la compétence de la Cour, qu'il y avait un « différend » entre l'Afrique du Sud et les Etats demandeurs. Il faut rappeler toutefois que cette affirmation se situait dans le contexte de l'article 7 du mandat qui concerne « tout différend, quel qu'il soit » et

¹ L'explication sommaire ci-dessus ne doit pas donner l'impression que seule la constatation préalable d'une « ambiguïté » peut légitimer un examen de la pratique ultérieure comme moyen de déterminer la signification d'un texte. Comme on l'a dit, le mot « ambigu » lui-même n'est pas sans ambiguïté. Bien des choses dépendront de la nature de la question à interpréter (document constitutionnel, traité multilatéral, traité bilatéral, type de contrat, etc.), du caractère des normes applicables (s'agit-il d'un principe exprimé en termes vagues ou d'une règle précise?) et de ce que l'on peut attendre compte tenu du contexte global et des intérêts sociaux en cause. Comme nous l'a rappelé M. le juge Holmes, dans l'affaire *Towne c. Eisner* (1918, 245 U.S., p. 425), « un mot n'est pas un cristal transparent et immuable. C'est l'enveloppe d'une pensée organique, et sa tonalité et son contenu dépendent des circonstances et du moment où il est employé ».

toutes les « dispositions » du mandat. Il est dit dans l'arrêt de 1962 que « les termes employés sont larges, clairs et précis: ils ne donnent lieu à aucune ambiguïté et n'autorisent aucune exception » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 343). Cette assertion a néanmoins été vigoureusement contestée dans l'opinion dissidente commune de MM. Spender et Fitzmaurice (*ibid.*, p. 547-548).

L'article 32 ne vise pas un « différend » opposant essentiellement les Nations Unies en tant qu'organisation et l'un de leurs Etats Membres, mais plutôt le cas où le Conseil de sécurité sert de tribune neutre utilisée par deux ou plusieurs de ses membres pour exprimer leurs divergences. L'article 32 évoque davantage l'image d'un parent arbitrant une controverse entre deux ou plusieurs membres de la famille, que celle d'un participant à cette controverse. Telle semble avoir été la conception des juges dissidents en 1962. Etant admis que les citations hors de contexte sont dangereuses, ce qu'ils ont dit paraît néanmoins pertinent:

« 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'Etat défendeur et l'Assemblée des Nations Unies...* » (*Loc. cit.*) (Les italiques sont de nous.)

Evidemment, il n'est pas douteux qu'il y ait *dans un sens* un différend pendant entre l'Afrique du Sud et les autres Etats. C'est d'ailleurs ce que révèle l'attitude de nombreux Etats devant l'adhésion de l'Afrique du Sud à la convention de l'UIT (audience du 27 janvier 1971). Les intérêts de l'Afrique du Sud sont certainement affectés et il serait sûrement possible de définir le mot « différend » de manière qu'il s'applique à la controverse actuelle. Mais, comme il a été dit plus haut, il faut considérer le contexte et le but. C'est ainsi que la définition, aux termes soigneusement pesés, donnée par sir Gerald Fitzmaurice en l'affaire du *Cameroun septentrional*, dans un contexte d'ineffectivité, est bien différente de celle qu'appelle l'article 32 (voir *C.I.J. Recueil 1963*, p. 110).

Il appartient au Conseil de décider d'abord s'il existe un « différend » plutôt qu'une « situation ». L'argument selon lequel les termes de l'article 32 seraient impératifs ne tient pas suffisamment compte des problèmes qu'implique cette décision préalable. Le Conseil de sécurité et les Etats Membres ne sont jamais partis de l'idée que la question de la Namibie constituait autre chose qu'une « situation ». De plus, l'Afrique du Sud, quoique parfaitement au courant de la nature des discussions envisagées,

n'a à aucun moment exprimé le désir d'y participer. Si cette considération ne répond pas précisément à l'argument tiré du caractère impératif de l'article 32, elle indique clairement que l'Afrique du Sud ne s'estimait pas sérieusement lésée du fait qu'elle n'avait pas été conviée.

Enfin, il ne faut pas oublier que la plupart des demandes d'avis consultatif trouvent leur origine dans une controverse entre Etats.

On peut donc conclure que sur ce plan la compétence de la Cour n'est pas ébranlée.

* * *

L'article 65 du Statut confère à la Cour un ample pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser de rendre un avis consultatif. Il n'y a donc aucune incompatibilité logique à considérer que, s'il n'y avait pas de différend au sens de l'article 32, tel qu'il est appliqué, il peut néanmoins exister des éléments de controverse et des questions de fait suffisamment complexes pour que la Cour soit justifiée à refuser, pour des motifs d'opportunité, de donner suite à la demande d'avis. La jurisprudence de la Cour, telle qu'elle ressort notamment des avis relatifs aux *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* (C.I.J. Recueil 1956, p. 86) et à *Certaines dépenses des Nations Unies* (C.I.J. Recueil 1962, p. 155), semble indiquer que la Cour s'abstient d'exercer son pouvoir discrétionnaire, à moins qu'il n'y ait des « raisons décisives » de le faire. Les raisons en l'espèce ne sont pas suffisamment décisives.

L'Afrique du Sud fait grand cas de l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* (1923, C.P.J.I. série B n° 5). Il semble inutile d'alourdir le présent exposé en reprenant l'analyse déjà faite par maints auteurs de la question de savoir si l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* a affaibli l'autorité de la décision relative au *Statut de la Carélie orientale* et en examinant la relation doctrinale qui existe entre chacun de ces avis et celui qui a été rendu dans l'affaire de l'*Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne* (affaire de Mossoul)¹. On pourrait dire que la différence la plus simple qu'on puisse établir entre l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* et la présente espèce réside dans le fait que, dans la première, le prononcé d'un avis aurait abouti, sous une forme déguisée, à conférer à la Cour compétence obligatoire à l'égard d'un Etat non membre de la Société des Nations — pour ne rien dire de la difficulté pratique qu'il y aurait eu à aborder l'examen de faits controversés en l'absence de l'une des parties. Dans l'affaire actuelle, si l'Afrique du Sud a soulevé des objections, elle a néanmoins plaidé sa cause avec énergie et coopéré pleinement avec la Cour.

¹ Pour une analyse de l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, voir les exposés complets de M. Cohen (Etats-Unis) et de M. Fitzmaurice (qui n'était pas encore sir Gerald Fitzmaurice) (Royaume-Uni) dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix* (C.I.J. Mémoires, p. 272-276, 303-312).

* * *

Pour en venir aux questions de fond, je tenterai maintenant d'expliquer, en me plaçant dans une perspective large, les raisons pour lesquelles j'approuve la clause 1 du dispositif de l'avis.

Je me rends compte que, quand on essaie de pénétrer le sens, la portée juridique, et les espoirs éventuellement suscités par des déclarations et événements passés, on s'expose à de grandes difficultés d'interprétation. Ces difficultés sont multipliées lorsque les obligations assumées à l'origine souffrent des perturbations causées par des événements imprévus — ici la deuxième guerre mondiale, la dissolution de la Société des Nations et la naissance des Nations Unies.

Des généralisations trop absolues ne remplacent pas un raisonnement analytique serré; je me risquerai néanmoins à dire que, lorsqu'un engagement à long terme, de quelque nature que ce soit, se trouve ainsi perturbé, il faut alors, pour arriver à une interprétation raisonnable du sens de cet engagement et des obligations qu'il entraîne, s'appuyer moins sur l'analyse textuelle que sur l'examen des objectifs et des buts de cet engagement, replacé dans son contexte global¹. Cette généralisation est amplement confirmée par « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » tels qu'ils se manifestent dans l'application aux engagements à long terme des doctrines de l'impossibilité d'exécution et de la frustration des intentions des parties.

La définition juridique exacte de l'acte de mandat constitue un difficile exercice d'analyse, comme le montre abondamment la jurisprudence de la Cour. Cet acte comporte à tout le moins un double aspect. D'une part, il présente « le caractère d'un traité ou d'une convention » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 330) et, comme tel, ouvre une possibilité d'abrogation pour cause de violation substantielle, comme l'affirme l'avis et comme les conseils de divers Etats l'ont plaidé.

D'autre part, il instaure aussi un statut, c'est-à-dire qu'il constitue « un acte d'un type spécial, de nature composite, instituant un régime international nouveau » (*ibid.*, p. 331).

Il ne présentait évidemment pas le caractère d'un engagement personnel

¹ Mon interprétation du dossier m'incline à penser que M. Lauterpacht avait raison quand, en l'affaire concernant l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, il commentait ainsi l'avis de 1950:

« A première vue, l'avis, dans la mesure où il a reconnu que les Nations Unies doivent être substituées à la Société des Nations comme organe de surveillance, a apporté une modification par rapport à la lettre du Pacte. En fait, l'avis s'est borné à donner effet au but principal des instruments juridiques qui lui étaient soumis. Telle est la véritable fonction de l'interprétation. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 56.)

Il faut comprendre cette observation en tenant compte de la nature des instruments en question et du contexte général. (Voir *ibid.*, p. 44 et 48.)

de prestation de service, pour la persistance duquel l'identité de l'une des parties peut être un élément essentiel ¹.

Même sous l'angle plus étroit d'un engagement à long terme de droit interne, tel qu'un bail ou un *trust* (auxquels il a été fait allusion au cours de la procédure), il ne faut pas forcément conclure qu'un événement imprévu, par exemple une guerre ou un changement intervenu dans la direction d'une institution, entraînerait la disparition des obligations essentielles de l'instrument. La question serait alors de savoir si celui-ci a pris fin ou s'il peut demeurer en vigueur sans imposer aux parties un fardeau excessif, non seulement compte tenu de la lettre de l'accord mais aussi, et c'est plus important, de son objet et de son but. Considéré dans une perspective large, l'avis consultatif de 1950 a énoncé que l'Afrique du Sud n'aurait pas eu à supporter un fardeau excessif si elle avait accepté la surveillance de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Cette conclusion se trouve renforcée par les analogies (à manier toujours avec prudence) qu'on peut tirer des principes de droit généralement reconnus applicables aux cessions ou transferts de titres, à l'échelon national, par opposition à des principes analogues à ceux de la novation, laquelle, pour l'Afrique du Sud, serait en fait ce dont il s'agit en l'espèce. Chaque fois qu'une entreprise est liquidée et que l'on essaie de transférer ses droits et obligations à un cessionnaire le problème essentiel n'est pas celui du *consentement* du débiteur des obligations (comme dans le cas d'une novation) mais celui qui consiste à déterminer quel est l'effet de la cession sur lesdites obligations. Je répète que l'avis consultatif de 1950 a déclaré en fait que le transfert aux Nations Unies n'imposait aucun fardeau excessif à l'Afrique du Sud. Les précédents justifiant l'idée que c'est là le point essentiel à considérer ne se comptent plus ². La jurisprudence protège ainsi l'intérêt de la société à l'intégrité et à la durée des engagements à long terme, sans pour autant perdre de vue l'intérêt de celui qui s'oblige.

D'ailleurs, si le mandat était devenu caduc, comme l'Afrique du Sud l'a soutenu en 1950 et continue à le soutenir, il est difficile de croire que dans ce cas l'annexion eût été une solution juridique. Comme l'a déclaré la Cour, dans un passage maintes fois cité de son opinion de 1950 (p. 133) et repris avec approbation dans l'arrêt de 1962 (p. 333):

« L'autorité que le Gouvernement de l'Union exerce sur le terri-

¹ Voir notamment l'analyse de M. Jessup, dans son opinion dissidente de 1966 (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 353 et suiv.). Même si cela n'a été qu'en passant, l'Afrique du Sud, dans son exposé écrit (chap. VII, par. 52-53) a paru présenter les choses sous l'angle d'un contrat de prestation de service, conclu à titre personnel, et ne pouvant faire l'objet d'aucun transfert.

² En Angleterre, les principaux sont: *The British Waggon Co., etc. c. Lea and Co.*, 5 Q.B.D. 149 (1880) et *Tollhurst c. Associated Portland Cement Co.* (1903) A.C. (H.L.) 414. Dans chacune de ces affaires, le débiteur de l'obligation prétendait que la cession avait mis fin au contrat. Le tribunal a repoussé chaque fois cette thèse, au motif que la cession n'imposait au débiteur aucune charge excessive. Des décisions analogues sont intervenues aux Etats-Unis. Voir *Meyer c. Washington Times Co.* 76 F (2d) 988 (1935). Il en ressort que le problème central n'est pas celui du « consentement ».

toire est fondée sur le Mandat. Si le Mandat avait cessé d'exister, comme le prétend le Gouvernement de l'Union, l'autorité de celle-ci aurait également cessé d'exister. Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat tout en répudiant les obligations qui en découlent.»

Au cours de la présente procédure, l'Afrique du Sud a pourtant soutenu que « Le Gouvernement sud-africain est d'avis qu'aucune disposition juridique ne l'empêche d'annexer le Sud-Ouest africain » (audience du 15 mars 1971).

En 1950 la Cour a dit non seulement que l'acceptation de la surveillance de l'Assemblée générale des Nations Unies n'imposerait pas de charge supplémentaire à l'Afrique du Sud, mais qu'elle ouvrirait à l'Afrique du Sud une solution moins radicale que celle qu'elle-même proposait — et une solution qui lui était d'ailleurs très favorable.

Je fais allusion à la conclusion à laquelle la Cour était arrivée (malgré six opinions dissidentes y compris l'opinion logiquement convaincante de M. De Visscher), selon laquelle « la Charte n'impose pas à l'Union l'obligation de placer le Sud-Ouest africain sous le régime de tutelle ». De plus, la Cour a déclaré qu'elle ne saurait déduire de diverses considérations générales une obligation juridique, pour les Etats mandataires, de négocier de tels accords. (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 140.)

Elle avait précédemment affirmé que :

« Le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait ... dépasser celui qui a été appliqué sous le Régime des Mandats et devrait être conforme, autant que possible, à la procédure suivie en la matière par le Conseil de la Société des Nations. » (*Ibid.*, p. 138.)

Le dilemme qui se pose ici n'a peut-être pas été suffisamment souligné au cours de la présente procédure.

Je songe aux *négociations* qui ont suivi la dissolution de la Société des Nations. Bien que l'Afrique du Sud n'eût aucune obligation d'accepter le régime de tutelle ou de négocier un accord de tutelle spécifique, elle avait assurément le devoir, en sa qualité de Membre des Nations Unies, d'entamer de bonne foi et même sur une base raisonnable, des négociations avec les Nations Unies en vue d'arriver à une solution viable dans le cadre du régime de tutelle ou en dehors de celui-ci. Ce devoir découlait de l'ensemble des obligations qui lui incombaient aux termes du Pacte, du mandat et de la Charte des Nations Unies, vu les objectifs et les buts du mandat et les dispositions de l'article 2, paragraphe 2, de la Charte ¹.

¹ Dans l'opinion individuelle qu'il a exprimée dans l'affaire de la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 88) M. Klaestad a considéré qu'en tant que Membre des Nations Unies l'Afrique du Sud avait « le devoir d'examiner de bonne foi » une recommandation adoptée par l'Assemblée générale, mais il concluait qu'un devoir de cette nature, quelque sérieux qu'il soit, n'impliquait pas une « véritable obligation juridique ». Je ne puis faire mienne cette conclusion. Le pouvoir

Il est évident qu'aucune négociation ne saurait aboutir si les parties sont en désaccord total sur son point de départ. Le dossier montre que l'Assemblée générale et ses diverses commissions partageaient du principe que l'Assemblée était dotée de pouvoirs de surveillance suffisants. Cette opinion était confirmée par la jurisprudence générale de la Cour, non seulement telle qu'elle s'exprime dans l'avis de 1950, mais aussi par ce qu'impliquent ses avis de 1955 et de 1956 et son arrêt de 1962¹. En bref, l'attitude de l'Assemblée à l'égard des négociations reposait sur une analyse de ses pouvoirs de surveillance, qui non seulement était honnête mais aussi avait un caractère raisonnable.

Le Gouvernement sud-africain, quant à lui, a paru admettre la légitimité de ce point de départ en 1946 et 1947, mais son attitude a changé par la suite.

Prenant comme prémisse de son raisonnement que les avis consultatifs de la Cour n'ont pas force obligatoire (ce qui est vrai) et que l'arrêt de 1962 ne portait que sur une question préliminaire (ce qui l'est aussi), l'Afrique du Sud semble avoir considéré que toute négociation devait partir de l'idée que l'Assemblée générale ne possédait aucune espèce de pouvoir de surveillance. Il est bien évident que des négociations fondées sur des prémisses aussi contradictoires devaient constituer, au mieux, une manière solennelle de perdre son temps et, au pire, un dialogue de sourds.

discrétionnaire et les possibilités de discussion qu'admet le système n'impliquent pas le droit de s'arroger une liberté d'action illimitée, qui reviendrait à sortir en fait du système (voir *C.I.J. Recueil 1955*, p. 120). L'arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ne suppose-t-il pas que les trois gouvernements intéressés étaient *juridiquement* tenus de négocier de bonne foi selon les directives indiquées dans l'arrêt (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 47)?

¹ Il convient de rappeler que l'arrêt de 1962 représente le dernier état de la jurisprudence sur deux points: a) l'obligation de se soumettre à une surveillance internationale a survécu à la Société des Nations; b) «exclure les obligations liées au Mandat reviendrait à exclure l'essence même du Mandat» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 333, 334).

Je m'associe sans réserve à l'interprétation que M. Jessup a donnée de l'arrêt de 1966 dans son opinion dissidente soigneusement motivée et renforcée par une analyse historique d'ensemble, quand il a dit:

«Ni dans ses trois avis consultatifs, rendus respectivement en 1950, 1955 et 1956, ni dans son arrêt du 21 décembre 1962, la Cour ne s'est jamais écartée de sa conclusion selon laquelle le Mandat a survécu à la dissolution de la Société des Nations et selon laquelle le Sud-Ouest africain demeure un territoire soumis au Mandat.» (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 327.)

Et plus loin, à propos des effets de l'arrêt de 1966:

«En outre la Cour n'a pas décidé ... que les obligations incombant antérieurement au Mandataire et consistant à faire rapport et à rendre compte ont pris fin lors de la dissolution de la Société des Nations.» (*Ibid.*, p. 331.)

Je ne vois pas non plus en quoi il serait illogique d'identifier surveillance internationale et surveillance par les *Nations Unies*, vu ce à quoi l'on pouvait raisonnablement s'attendre à la dissolution de la Société des Nations et le choix qui s'offrirait alors. Les problèmes de logique, y compris celui des hypothèses empiriques que suppose le choix de prémisses, débordent le cadre de la présente opinion.

A mon sens, vu les obligations qui lui incombait aux termes du Pacte, du mandat et de la Charte (telles qu'elles sont analysées dans l'avis), l'Afrique du Sud n'était pas juridiquement fondée à prétendre négocier sur cette base, pas plus, nous l'avons déjà dit, qu'elle n'était juridiquement fondée à déclarer: «Le Gouvernement sud-africain est d'avis qu'aucune disposition juridique ne l'empêche d'annexer le Sud-Ouest africain».

Dire que les avis consultatifs de la Cour n'ont pas, techniquement parlant, force obligatoire, est une chose. Affirmer qu'ils n'affectent pas le statut juridique du mandat et les pouvoirs de surveillance de l'Assemblée en est une autre, toute différente.

L'histoire des nombreux et vains efforts déployés pour amener l'Afrique du Sud à négocier sous l'égide des Nations Unies, y compris même les solutions qui ont été proposées à la place de la mise sous tutelle, est retracée brièvement dans l'avis et il est inutile d'y revenir ici. Il suffit de rappeler, sans mettre en cause la bonne foi de l'Afrique du Sud, que sa persistance à vouloir négocier à partir d'une position qui rejetait le point de départ raisonnable de l'Assemblée générale a renforcé chez celle-ci la conviction que l'Afrique du Sud avait en fait répudié le mandat, d'autant que la fonction de surveillance et l'envoi de rapports constituaient sans conteste des éléments essentiels du système.

A vrai dire, les efforts persistants et répétés des Nations Unies pour négocier avec l'Afrique du Sud ne traduisaient pas simplement l'action politique de l'Assemblée. Ils représentaient, dans la conception que se faisait la communauté internationale des obligations de l'Afrique du Sud et des responsabilités des Nations Unies, le sentiment d'une continuité. Ce sont sans aucun doute des considérations de cet ordre qui ont incité lord Caradon (Royaume-Uni) à déclarer, dans une intervention d'une importance spéciale et dont les termes étaient soigneusement pesés:

« Pendant plus de quinze ans, nous avons attendu que le Gouvernement sud-africain respecte ses obligations, qui sont claires; il ne l'a pas fait. Il a nié celles-là, comme il a nié l'existence de toutes les autres qu'il a contractées en vertu du Mandat. Il a contesté l'obligation essentielle de responsabilité internationale.

Qu'allons-nous faire devant son refus? *Les multiples tentatives faites par l'Assemblée générale pour convaincre le Gouvernement sud-africain d'adopter une attitude de coopération se sont toutes soldées par des échecs.* Non seulement le Gouvernement sud-africain a refusé de se soumettre au contrôle des Nations Unies, mais, malgré les déclarations réitérées de la Cour internationale, il persiste à nier que le Mandat soit toujours en vigueur.

Que devons-nous conclure de l'intransigeance de l'Afrique du Sud? Par ce qu'il a dit, autant que par ce qu'il a fait, le Gouvernement sud-africain a bien montré qu'il était absolument résolu à nier et à répudier des obligations essentielles auxquelles il est pourtant

tenu par le Mandat. En répudiant ces obligations que la Cour internationale a si nettement affirmées, l'*Afrique du Sud a, en fait, perdu toute qualité pour administrer le Mandat.*¹ »

Si cette question particulière soulevée par les négociations n'a pas été analysée en profondeur, cela n'infirme pas à mon avis la conclusion exprimée à la clause 1 du dispositif, étant donné que fondamentalement les faits ne sont pas contestés².

Les raisons qui militent en faveur de la conclusion exprimée à la clause 1 du dispositif sont, me semble-t-il, confirmées par des faits de caractère historique, juridique et logique, sans compter ceux qui sont indiqués dans l'avis. Les documents retraçant l'histoire du système des mandats sont des plus complets et ont fait l'objet d'une analyse approfondie dans les trois avis consultatifs précédents ainsi que dans les deux arrêts rendus au cours de la longue controverse relative à l'administration du mandat par l'Afrique du Sud. Beaucoup dépend de la façon dont on interprète ces documents et événements. Ma propre interprétation me porte à croire que le pouvoir juridique de « révoquer » le mandat pour cause de violation substantielle était inhérent au système; que la règle de l'unanimité appliquée au Conseil de la Société des Nations n'était pas absolue; qu'il ne faut attacher aucune signification au fait que la proposition « chinoise » a été repoussée, et qu'une interprétation restrictive de l'article 80 de la Charte des Nations Unies n'est pas fondée. Ces questions sont traitées dans l'avis et il serait oiseux d'épiloguer encore à ce sujet³.

* * *

¹ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, 1448^e séance plénière*, 19 octobre 1966, point 65 de l'ordre du jour, p. 5. Il convient d'ajouter que la déclaration citée n'apporte son appui qu'à la notion de violation. Lord Caradon a contesté la sagesse de la révocation du mandat qui était alors proposée et a mis en doute certains de ses aspects juridiques. On se rappellera que la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale a été adoptée par 114 voix contre 2 avec 3 abstentions. Le Botswana et le Lesotho étaient absents, l'Afrique du Sud et le Portugal ont voté contre et la France, le Malawi et le Royaume-Uni se sont abstenus.

² La déclaration faite par M. Lauterpacht onze ans avant l'adoption de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale revêt un caractère presque prophétique. Dans un passage maintes fois cité de son opinion individuelle en l'affaire de la *Procédure de vote*, il avait dit, à propos du pouvoir discrétionnaire exercé en ce qui concerne les territoires sous tutelle et les territoires assimilés:

« Ainsi, l'Etat mandataire qui persiste à ne pas tenir compte de l'avis de l'Organisation solennellement exprimé et réitéré, et plus particulièrement dans le cas où l'expression de cet avis se rapproche de l'unanimité, peut finir par dépasser la limite imperceptible entre l'impropriété et l'illégalité, entre la discrétion et l'arbitraire, entre l'exercice de la faculté juridique de ne pas tenir compte de la recommandation et l'abus de cette faculté, et il s'est ainsi exposé aux conséquences qui en découlent légitimement sous forme d'une sanction juridique. » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 120.)

³ La publication de la Société des Nations intitulée *Le système des mandats: Origine, principes et application*, dont le chapitre III est reproduit (en anglais) dans

La conclusion suivant laquelle l'Assemblée générale, dans sa résolution 2145 (XXI), a valablement mis fin au mandat peut se justifier de deux façons, et comme les deux démonstrations procèdent de raisonnements différents, je vais indiquer rapidement la portée de chacun.

Selon la première conception, s'il faut admettre que dans l'ensemble l'Assemblée générale ne peut que formuler des recommandations, il est pourtant clair que dans certains domaines *limités* elle possède un pouvoir de décision. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies*:

« Ainsi, tandis que c'est le Conseil de sécurité qui possède le droit exclusif d'ordonner une action coercitive, les fonctions et pouvoirs de l'Assemblée générale selon la Charte ne sont pas limités à la discussion, à l'examen, à l'étude et à la recommandation; ses attributions ne sont pas simplement de caractère exhortatif. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 163.)

La révocation du mandat se situe dans l'un de ces domaines limités. Il s'agit d'un domaine *sui generis*. L'exercice de ce pouvoir ne s'accompagnait nullement d'un empiètement sur le domaine de la souveraineté nationale puisqu'il visait un territoire et un régime dotés d'un statut international. Le pouvoir était conféré à l'Assemblée générale indépendamment de la Charte tant en raison du problème unique en son genre que créait le mandat que du pouvoir attribué par l'article 80 de la Charte, qui établissait une continuité entre la Société des Nations et l'Organisation des Nations Unies dans le cas des mandats.

L'exercice de ce pouvoir n'est pas sans précédents, témoin les décisions adoptées par l'Assemblée générale en vertu de l'annexe XI du traité de paix avec l'Italie et à propos du mandat pour la Palestine, et l'on pourrait citer d'autres exemples.

C.I.J. Mémoires, Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, p. 28-35, montre que l'on entendait que le contrôle de la Commission des mandats fût « un contrôle effectif et sérieux ... et non pas un contrôle purement théorique ou fictif ».

Evidemment personne, en 1920, n'envisageait qu'un mandataire pût commettre une violation substantielle et il aurait été surprenant de prévoir expressément la « révocation » pour une éventualité qui était passée sous silence. C'est d'ailleurs vrai de la plupart des engagements à long terme. Il semble bien cependant que la Commission des mandats et d'éminents juristes considéraient que le droit de révocation était un droit inhérent (*C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 230). Aux diverses autorités favorables à cette manière de voir qui ont été citées par le représentant des Etats-Unis et qui comprenaient l'Institut de droit international et son rapporteur, le professeur Rolin (exposé écrit des Etats-Unis d'Amérique, deuxième partie, section V), il convient d'ajouter l'important témoignage de Bonfils-Fauchille qui, après un examen approfondi, déclare à la page 887 de son *Traité de droit international public*, I, 1925:

« un mandat international est susceptible d'être révoqué lorsque le mandataire se rend coupable d'un manquement grave à ses obligations, et c'est le Conseil qui ... prendra à cet égard une décision ».

La conclusion qui précède n'est pas non plus forcément incompatible avec les conséquences de l'avis sur la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1955, p. 67). Il s'agissait alors de déterminer quelle procédure de vote devait être utilisée dans l'exercice d'une surveillance normale. La Cour a déclaré que « l'Assemblée générale, en adoptant une méthode pour prendre des décisions à l'égard des rapports annuels et pétitions relatifs au Sud-Ouest africain, doit se fonder exclusivement sur la Charte » (*ibid.*, p. 76). En 1955, la Cour ne se préoccupait pas du cas extrême de la violation substantielle, qui sort du cadre de l'exécution normale d'un mandat et qui, par définition, est contraire à l'exercice licite des pouvoirs discrétionnaires de l'Etat mandataire.

Lorsqu'elle a décidé par un vote que l'Afrique du Sud avait en fait dénoncé le mandat, l'Assemblée générale exerçait un pouvoir hérité du Conseil de la Société des Nations dans le cadre strict de son propre règlement intérieur. Et, comme on l'a vu plus haut, ce pouvoir n'était pas seulement celui de formuler des recommandations au titre de l'article 10 de la Charte puisque l'Assemblée s'occupait d'une violation substantielle sortant du cadre normal de l'exécution d'un mandat.

Dans cette conception, les pouvoirs spéciaux dérivés du mandat revêtent plus d'importance que les pouvoirs généraux conférés par la Charte, notamment ceux que les articles 24 et 25 attribuent au Conseil de sécurité.

* * *

L'autre conception place l'accent sur les obligations contractées en vertu de la Charte. Dans cette optique, la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale était « obligatoire », en ce sens qu'elle enregistrait la volonté collective de tous ceux qui, en votant pour la résolution, se prononçaient pour la cessation du mandat, mais on tient à souligner que les pouvoirs de l'Assemblée générale à l'égard des Etats « non consentants » relèvent de la catégorie des recommandations. Agissant en vertu de son autorité de surveillance et conformément à sa procédure de vote, l'Assemblée pouvait mettre fin au mandat mais elle ne pouvait pas imposer à l'Afrique du Sud l'obligation de se retirer ni engager les Etats Membres à coopérer à la réalisation du retrait.

C'est pour cette raison que l'Assemblée s'est adressée au Conseil de sécurité. Si le Conseil, dans sa résolution 276, et comme il l'avait fait dans les résolutions 264 et 269 qui l'avaient précédée, a fait sienne la résolution 2145 de l'Assemblée générale, il ne l'a pas « validée » puisqu'elle était déjà valide. La résolution 276 du Conseil a servi à transformer une recommandation en une décision obligatoire pour les Etats qui n'avaient pas donné leur consentement.

La Cour fonde principalement son raisonnement sur la théorie qui vient d'être esquissée. J'étais en faveur de l'autre conception mais, que ce soit suivant l'une ou l'autre il a valablement été mis fin au mandat,

ce qui justifie la conclusion énoncée à la clause 1 du dispositif de l'avis. Compte tenu de l'objet, du but et de l'histoire du système des mandats et compte tenu aussi des problèmes exceptionnels que ce système posait, cette conclusion me paraît fondée.

* * *

J'en viens maintenant à la clause 2 du dispositif, à propos de laquelle je me bornerai à présenter quelques observations qui constituent surtout des invitations à la prudence.

La clause en question se fonde sur les décisions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, qu'appuient les dispositions de l'article 25 de la Charte. Mais il traduit aussi, pour une part, les principes généraux de droit international nés de l'obligation qui incombe aux Etats de refuser toute reconnaissance officielle à un gouvernement qui occupe *illégalement* un territoire.

La résolution 2145 de l'Assemblée générale, plus certaines résolutions postérieures du Conseil de sécurité, que couronne la résolution 276 du Conseil, règlent, en même temps que l'avis de la Cour, le problème de la « légalité ».

Il ne faut pas confondre les « conséquences juridiques » découlant de cette constatation avec les mesures d'exécution précises prévues à l'article 41 de la Charte. En effet, non seulement le Conseil de sécurité n'a pas invoqué les dispositions du chapitre VII de la Charte, mais il s'est même très soigneusement abstenu de le faire.

On sait fort bien que le Conseil de sécurité n'a jamais établi la nature et la portée exactes des obligations qui incombent aux Etats Membres des Nations Unies en vertu de l'article 25 de la Charte (*Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, 1956, p. 41-56; 1959, p. 271-280; 1964, p. 295-304 [texte anglais seulement dans ce dernier cas]).

Au paragraphe 113 de l'avis, la Cour déclare que, pour elle, l'article 25 de la Charte ne se limite pas « aux décisions concernant des mesures coercitives » mais s'applique aux « décisions du Conseil de sécurité » adoptées conformément à la Charte. Au paragraphe 114, invitant à la prudence, la Cour précise qu'il convient de déterminer dans chaque cas si les pouvoirs découlant de l'article 25 ont été exercés en fait, « compte tenu des termes de la résolution à interpréter, des débats qui ont précédé son adoption, des dispositions de la Charte invoquées et en général de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les conséquences juridiques de la résolution du Conseil de sécurité ».

Il faut noter que la résolution 276 du Conseil de sécurité n'est pas orientée vers l'action concrète. Elle envisage surtout une obligation négative, celle de s'abstenir, et non une obligation positive d'adopter des mesures concrètes. C'est ainsi qu'au paragraphe 5 du dispositif il est demandé à tous les Etats « de *s'abstenir* de toutes relations avec le Gou-

vernement sud-africain qui sont incompatibles avec le paragraphe 2 du dispositif » (les italiques sont de nous), lequel déclarait que « la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie est illégale ».

Comme on l'a vu plus haut, la clause 2 du dispositif de l'avis paraît se fonder, pour une bonne part au moins, sur les principes de la non-reconnaissance en droit international, et elle est ainsi en harmonie avec la résolution 276 du Conseil de sécurité. Mais, pour éviter tout malentendu, la plus grande prudence s'impose.

Je me réfère ici au fait qu'il convient, à la clause 2 du dispositif, d'interpréter les termes « tous actes », « toutes relations » et « qui constitueraient une aide ou une assistance », sans perdre de vue la réserve fondamentale qui les accompagne, à savoir les mots « *qui impliqueraient la reconnaissance de la légalité* » de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (les italiques sont de nous). C'est cela qui, je le répète, fait entrer en jeu la doctrine de la non-reconnaissance.

Or, il importe de se pénétrer du fait que cette doctrine n'est pas rigide au point d'interdire en toutes circonstances *toutes* relations intergouvernementales. Même lorsqu'il en est fait application à des gouvernements et des Etats non reconnus mais qui administrent en fait le territoire considéré, la doctrine permet une certaine souplesse d'application à certains échelons, là où des relations n'impliquent pas nécessairement que la légitimité soit reconnue.

Dans certaines circonstances, il est essentiel de maintenir des relations limitées, comme le droit international coutumier, né de la pratique des Etats, en témoigne abondamment. Voir à ce sujet Hackworth, *Digest of International Law*, volume I, pages 327-364 (1940); Whiteman, *Digest of International Law*, volume 2, pages 524-604 (1963); Oppenheim, *International Law*, pages 146-148 (8^e éd., 1955). Comme l'a dit Lauterpacht:

« normalement, rien dans l'attitude de non-reconnaissance ne fait *nécessairement* obstacle à certaines relations *tant que l'Etat visé n'insiste pas pour que soient pleinement et formellement reconnus les résultats de l'acte illicite* » (*Recognition in International Law* (1947), p. 432 [*traduction du Greffe*] (les italiques sont de nous)).

Si cette limitation joue, s'agissant de gouvernements et d'Etats non reconnus, à plus forte raison jouera-t-elle dans une situation complexe dans laquelle un gouvernement comme celui de l'Afrique du Sud est requis d'évacuer un territoire qu'il administre depuis longtemps. Il est clair qu'interviennent alors des considérations d'ordre pratique et humanitaire tenant à l'interdépendance économique des deux territoires et à l'imbrication de leurs appareils administratifs.

Les exemples ne manquent pas pour étayer cette thèse. Si la famine, ou une épidémie de choléra, devait éclater en Namibie avant que l'Organisation des Nations Unies en ait effectivement pris le contrôle, une certaine coopération intergouvernementale entre l'Afrique du Sud et

d'autres Etats pourrait fort bien devenir nécessaire. De même, si un avion officiel devait faire un atterrissage forcé (comme cela s'est produit en Albanie alors que ce pays n'était pas reconnu par les Etats-Unis), il faudrait bien que certaines relations directes s'établissent entre les représentants officiels des deux Etats intéressés. Nulle reconnaissance implicite ne découle de pareilles relations (Whiteman, *Digest of International Law*, p. 530 (1963)). Il est inutile d'invoquer ici d'autres exemples s'appliquant à toute une gamme de relations.

Il convient de formuler la même mise en garde en ce qui concerne la première partie de la clause 2 du dispositif.

On notera que la disposition selon laquelle les Etats Membres des Nations Unies ont l'obligation de reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et « le défaut de validité des mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne » est moins générale que la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité qui vise « toutes les mesures ».

Cette formulation est conforme au raisonnement présenté par la Cour aux paragraphes 122 et 125.

A mon avis, cependant, cela n'épuise pas la question. Les conséquences juridiques de la constatation de l'illégalité de l'occupation de la Namibie ne comportent pas forcément une application automatique d'une doctrine de la nullité.

Lauterpacht a écrit ¹ que la maxime *ex injuria jus non oritur* n'est pas stricte au point d'ôter à des tiers agissant de bonne foi toute possibilité d'acquérir des droits. S'il en allait autrement, l'intérêt général à la sécurité des transactions en souffrirait beaucoup trop et l'on gênerait les efforts visant à réduire les difficultés et frictions inutiles au lieu de soutenir ces efforts.

C'est ce qu'a reconnu en fait le représentant du Secrétaire général des Nations Unies quand, répondant à une question posée par un juge, il a déclaré que le Secrétaire général « n'a pas pensé exposer une théorie de « la nullité absolue » (audience du 8.mars 1971).

Il n'est pas possible de spécifier d'avance quels actes peuvent être ou ne pas être compatibles avec la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, puisque cela dépend de nombreux facteurs, y compris non seulement l'intérêt de cocontractants ayant agi de bonne foi mais aussi le bien-être présent et futur des habitants de la Namibie.

* * *

Je conclurai sur une autre note. Il est assurément vrai qu'avant que l'Assemblée générale eût mis fin au mandat, il n'avait jamais été judiciairement établi que la chose fût possible en droit. Il est non moins exact que

¹ Lauterpacht, *Recognition in International Law* (1947), p. 420.

l'Assemblée générale, dans l'exercice de ses pouvoirs de surveillance, n'a pas posément et rationnellement analysé l'étendue des pouvoirs qui lui ont été attribués par application de la formule de San Francisco (ce que relève le professeur Katz, avec son acuité habituelle, dans son ouvrage *Relevance of International Adjudication* (1968, p. 69-123)). Le fait est gênant mais on ne peut guère en tirer de conclusion.

Le droit et ce qui est permis en droit, c'est peut-être bien ce qu'un tribunal décide, mais ce n'est pas seulement cela. Le droit est constamment « en marche », même sans décision judiciaire d'aucune sorte. Répondant à une question que lui avait posée un juge au cours de la procédure orale (audience du 9 mars 1971), le conseil des Etats-Unis d'Amérique a déclaré ce qui suit, dans une réponse écrite parvenue au Greffe le 18 mars 1971 :

« Que, dans le système juridique international, contrairement à ce qui se passe en droit interne, la partie lésée ne puisse pas toujours porter une affaire impliquant une violation substantielle devant un tribunal international, sauf lorsque les deux parties en cause ont accepté la juridiction obligatoire d'un tel tribunal, c'est là un problème qui concerne l'efficacité du droit international et des institutions internationales en général et pas particulièrement la doctrine relative à la violation substantielle. »

La faiblesse de l'ordre juridique international tient en partie à ce que le système n'impose pas l'obligation de soumettre les questions juridiques au règlement judiciaire. Cela ne veut pas dire que les décisions des Etats, interprétant de bonne foi ce que permet ou exige le droit international, sortent de tout cadre juridique, et cela même si un autre Etat élève une objection et en l'absence de règlement judiciaire.

La résolution 2145 de l'Assemblée générale est une décision politique d'une très grande portée pratique. Elle ne représente cependant pas l'exercice arbitraire d'un pouvoir politique en dehors de toute référence au droit. Que l'Assemblée générale ait été habilitée à surveiller l'administration du mandat est un fait qui a été confirmé par la jurisprudence de la Cour et, comme il ressort de l'avis, les pouvoirs de surveillance comportaient en dernière analyse celui de mettre fin au mandat en cas de violation substantielle.

Les problèmes juridiques que posait la présente procédure n'étaient ni simples ni faciles à résoudre. En réalité, ils n'ont pu être résolus qu'après des audiences et délibérations qui se sont prolongées bien des mois. Il convient de dire ici que par leurs vastes connaissances et par leur habileté consommée dans l'examen de ces problèmes les représentants de l'Afrique du Sud se sont montrés dignes des plus hautes traditions de la profession juridique.

Il y a lieu d'espérer — et même de compter fermement — que l'Afrique du Sud, qui est une grande nation, respectera le prononcé judiciaire de la Cour et l'opinion presque unanime des Nations Unies suivant laquelle

l'administration sud-africaine en Namibie doit prendre fin. Il faut espérer aussi que, dans les moments délicats et difficiles que l'avenir réserve, et en particulier pendant la période de transition, un esprit de bonne volonté réciproque pourra, le moment venu, se substituer à l'esprit d'incompréhension.

(Signé) Hardy C. DILLARD.