

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. DE CASTRO

Tout en acceptant pleinement le dispositif de l'avis et les motifs sur lesquels il est fondé, je me permets d'utiliser la faculté accordée par l'article 57 du Statut pour exposer plus en détail les raisons juridiques qui ont déterminé mon vote.

### I. POINT PRÉLIMINAIRE: COMPÉTENCE DE LA COUR

#### *A. La requête porte-t-elle sur une question juridique?*

L'article 65 du Statut dit: « La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique ». En conséquence, la Cour ne peut donner un avis sur une question non juridique et doit le refuser sur une question purement politique.

En revanche, la Cour ne peut pas se refuser à donner un avis d'une manière arbitraire; elle peut seulement le faire « si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles doivent la déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72). Il convient de rappeler que, quand la Cour reçoit une demande d'avis, sa réponse « constitue une participation de la Cour, elle-même « organe des Nations Unies », à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée » (*ibid.*, p. 71).

Le refus de rendre un avis est admissible seulement si la question posée à la Cour est essentiellement politique ou non juridique, car ce qui est décisif, semble-t-il, c'est l'élément positif de juridicité et non l'élément négatif constitué par les motivations politiques. Il est difficile que les demandes d'avis de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité, étant donné le caractère de ces organes des Nations Unies, ne touchent pas à des questions d'ordre politique, et cela « par la nature des choses » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 155).

La requête pour avis consultatif (résolution 284 du Conseil de sécurité en date du 29 juillet 1970) soumet à la Cour la question des conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. On est donc devant une question de nature purement juridique et la Cour n'a pas à tenir compte de ses motivations politiques possibles (*C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61). Il est vrai que la question posée concerne un cas

particulier mais on ne doit pas oublier que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander un avis « sur toute question juridique », c'est-à-dire aussi sur des cas qui touchent les intérêts d'Etats déterminés ou certaines situations concrètes. (Il en a été ainsi non seulement dans les trois avis sur le Sud-Ouest africain, mais aussi dans les avis concernant l'*Interprétation des traités de paix*, l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies' accordant indemnité*, la *Composition du Comité de sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime* et même les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.)

Que la question porte sur les conséquences juridiques pour les Etats ne prive pas la demande de son caractère juridique et de son intérêt pour les Nations Unies. Elle fait référence à la conduite qu'on peut espérer en droit des Etats, ou que le Conseil peut le cas échéant exiger.

### B. Y a-t-il un différend entre Etats?

#### a) Jurisdiction de la Cour

1. On a nié la *compétence de la Cour* parce qu'il y avait un différend entre Etats, et affirmé l'existence d'une question préliminaire.

A ce propos il est peut-être utile de rappeler quelques notions élémentaires.

La Cour est ici devant deux interrogations — *préliminaire* sur sa compétence, *préalable* sur la procédure à suivre — qui ont un point commun, l'existence ou inexistence d'un différend ou d'une question juridique pendante entre Etats. Aucune des deux ne se pose *s'il n'y a pas* de différend ou de question pendante.

2. Dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* (C.P.J.I. série B n° 5, p. 29), la Cour permanente de Justice internationale s'est déclarée incompétente, l'affaire ayant pour objet un différend entre Etats, ce qui est le propre d'une procédure contentieuse.

La décision de la Cour s'explique par les circonstances bien connues de l'espèce.

La Cour s'est trouvée devant une difficulté insurmontable. Pour donner son opinion, elle avait besoin de connaître la vérité des faits contestés, ce qui n'était pas possible en l'absence de l'une des parties.

Une autre difficulté, de caractère général, résidait dans les règles de procédure en vigueur à l'époque. A la date de l'avis (23 juillet 1923), le Règlement de la Cour n'offrait pas aux Etats de garanties suffisantes quand un avis était requis sur un différend né entre deux ou plusieurs Etats. Ce n'est que par la révision de l'article 71 du Règlement en 1927 et l'adjonction d'un deuxième alinéa à cette disposition que la désignation

de juges *ad hoc* a été admise lorsque l'avis était demandé sur une question relative à un différend né entre deux ou plusieurs Etats. C'est seulement en 1929, lors de la revision du Statut, qu'un nouveau pas a été franchi avec l'adoption de l'article 68, encore en vigueur aujourd'hui, permettant à la Cour de s'inspirer des dispositions du Statut qui s'appliquent en matière contentieuse.

Avec ces règles s'est ouverte la voie des avis donnés en matière quasi contentieuse. En effet, après l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale*, plusieurs autres ont été rendus par la Cour permanente sur des questions juridiques pendantes entre Etats<sup>1</sup>.

L'abandon du précédent constitué par l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale* s'est trouvé confirmé avec la nouvelle Cour, et cela pour une double raison.

D'une part, la situation constitutionnelle ou organique de la Cour a changé. La Cour permanente ne faisait pas techniquement partie de la Société des Nations. La Cour internationale de Justice est à la fois une création de la Charte et un organe des Nations Unies (art. 92 de la Charte; art. 1<sup>er</sup> du Statut)<sup>2</sup>. La Cour a le devoir de coopérer avec l'Assemblée et le Conseil de sécurité, comme organes de la même organisation.

« Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.)

Comme dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, la Cour peut dire: « Dans le cas actuel, la Cour se trouve en présence d'une demande d'avis qui ne tend pas à autre chose qu'à éclairer » un organe des Nations Unies (*ibid.*, p. 72). C'est donc aussi parce que, la réponse n'ayant qu'un caractère consultatif, sa force est bien différente de celle d'un arrêt qui met fin à un procès contentieux que le précédent de 1923 a été écarté (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71).

D'autre part et surtout, on peut considérer comme périmée la doctrine énoncée dans l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale* en raison du libellé des articles 82 et 83 du Règlement de la Cour. La Cour doit rechercher si la demande d'avis a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats (art. 82); elle doit le faire, non pour déclarer son incompétence, mais pour tenir compte de cet élément

<sup>1</sup> Voir Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 496.

<sup>2</sup> Sur ces questions, voir l'excellent exposé du représentant du Royaume-Uni, 2 mars 1950, *C.I.J. Mémoires, Interprétation des traités de paix*, p. 305-306. Voir aussi l'exposé du représentant des Etats-Unis, *ibid.*, p. 276; il signale le nouveau membre de phrase introduit dans le texte du Statut de la Cour internationale de Justice (« ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte »).

dans la procédure à suivre et dans l'application des règles sur les juges *ad hoc* (art. 83). On ne peut donc indiquer plus clairement que la Cour a compétence en ce qui concerne une demande d'avis ayant trait une à question actuellement pendante entre Etats (*You could hardly have it put more strongly than that*, exposé du représentant du Royaume-Uni mentionné ci-dessus, *loc. cit.*, p. 308).

On comprend bien les soucis des défenseurs acharnés de l'intangibilité de la souveraineté des Etats, en face de l'abandon de la doctrine énoncée dans l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale*. Mais comme le juge Azevedo le reconnaît dans une opinion individuelle, le Règlement en vigueur impose cette solution et c'est pourquoi il demande l'abrogation des articles 82 et 83 du Règlement (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 86 et 87).

3. La Cour *peut* (*may*) donner un avis (art. 65 du Statut); donc elle *peut* ne pas le donner. Mais, comme organe des Nations Unies (art. 92 de la Charte), elle *doit* collaborer avec les autres organes des Nations Unies. Dans quelle hypothèse la Cour n'a-t-elle pas compétence pour donner un avis? Il semble que ce soit dans le cas d'une question ne méritant pas la qualification de « question juridique ».

Le Conseil de sécurité requiert un avis, parce qu'il « serait utile au Conseil de sécurité pour continuer à examiner la question de Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil » (résolution 284 (1970)). La Cour, comme organe judiciaire des Nations Unies, ne doit donc pas refuser cette collaboration.

4. La situation de la Cour, en tant qu'organe *judiciaire* principal des Nations Unies, a pu entraîner des confusions et amener à croire que toutes ses fonctions sont d'ordre purement juridictionnel ou contentieux. Mais, dans la procédure consultative, même relative à des questions pendantes entre Etats, il n'y a pas de parties — il y a des Etats ou organisations qui informent la Cour, par des communications écrites et orales (art. 66 du Statut). De plus, les avis n'ont pas force obligatoire pour les organes ou organisations qui les demandent, ni pour les Etats et organisations qui informent la Cour.

Un organe peut avoir des fonctions de nature différente, consultative et contentieuse; c'est le cas par exemple d'un conseil d'Etat, d'une cour arbitrale ou d'un tribunal.

La Cour garde en tout cas la haute dignité qu'elle tient de sa constitution et de son indépendance, et son autorité ne peut jamais être comparée à celle d'un consultant ou conseiller juridique; elle doit rester fidèle à son caractère judiciaire.

L'autorité des avis n'est pas moindre que celle des arrêts. Il y a certes une différence, qui tient à la *vis re judicata* des arrêts, mais elle est limitée aux parties au litige (*vis relativa*, art. 59 du Statut).

Au contraire, les motifs des arrêts (art. 56 du Statut), comme ceux des avis, sont considérés *dicta prudentium*, et leur force comme source du

droit (art. 38 du Statut) dérive *non* d'un pouvoir hiérarchique (*tantum valet auctoritas quantum valet ratio*), mais de la valeur des raisonnements (*non ratione imperii, sed rationis imperio*).

La différence essentielle entre arrêts et avis réside dans la force obligatoire des premiers (art. 94 de la Charte) et c'est à cause d'elle qu'on a établi le caractère volontaire de la juridiction de la Cour (art. 36 du Statut) et limité l'effet des arrêts aux parties et aux cas particuliers décidés (art. 59 du Statut). Mais, comme les motifs d'un arrêt, le raisonnement et le dispositif d'un avis ont ou peuvent avoir une autorité générale, même envers des Etats qui n'ont pas participé à l'affaire, de sorte que les uns et les autres peuvent contribuer à la création de nouvelles règles du droit international (art. 38 I *d*) du Statut).

Pour ces raisons le caractère volontaire de la juridiction ne joue pas en ce qui concerne les avis consultatifs.

5. S'agissant d'une demande d'avis, y a-t-il un différend ou une question juridique pendante entre Etats?

Il importe de répondre à cette interrogation, pour pouvoir répondre à d'autres questions.

- a) S'il n'y a pas de question pendante, tout doute sur la compétence de la Cour, sur la base de l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* est dissipé.
- b) L'existence ou inexistence d'une question pendante entre Etats doit être considérée avant tout, pour que, dans l'affirmative, on détermine les règles de la procédure contentieuse applicables et spécialement celles qui pourvoient à l'application de l'article 31 du Statut.

Il y a en effet une relation très étroite entre la tâche de la Cour qui consiste à déterminer la nature de la question posée dans la demande d'avis et la tâche qui consiste à se prononcer sur une demande de nomination de juge *ad hoc*.

On ne peut certainement pas prendre une décision sur l'application de l'article 31 avant de préciser s'il y a ou non une question juridique pendante entre Etats. C'est ce qu'exigent la lettre de l'article 82 du Règlement et le bon sens. La situation des juges soumis à une condition résolutoire serait surprenante.

6. Pour qu'il y ait un différend ou une question juridique entre Etats, de telle sorte que la Cour déclare son incompétence (art. 65 du Statut, doctrine énoncée dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*) ou bien applique par analogie les dispositions concernant la procédure contentieuse (art. 82 et 83 du Règlement; art. 68 du Statut), il faut que la question ou le différend puisse par nature relever du contentieux, qu'il soit apte à tomber sous la juridiction de la Cour, qu'on puisse lui appliquer le chapitre II du Statut et qu'il puisse être tranché par un arrêt.

b) *Procédure à suivre*

La Cour recherche avant tout si la demande d'avis a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats (art. 82 du Règlement) pour déterminer la procédure à suivre (art. 83 du Règlement; art. 68 du Statut).

Pour qu'il existe une question juridique pendante entre Etats comme pour qu'un différend soit pendant, il faut une identité entre l'objet de la question et l'objet de la demande d'avis; il faut des Etats qui aient la qualité de parties, et il faut que la question soit actuellement pendante.

1. L'Afrique du Sud a défini de plusieurs manières l'objet de la question pendante. Il s'agit, a-t-on dit, de ce sur quoi les arrêts de 1962 et 1966 ont porté (question de l'*apartheid* et existence de normes et standards le condamnant). On a dit aussi que, pour répondre à la demande d'avis, la Cour doit se prononcer sur la validité et sur l'interprétation des résolutions, à propos desquelles l'Afrique du Sud et d'autres Etats ont des opinions divergentes. Enfin, on a signalé l'existence d'un différend sur l'adhésion de l'Afrique du Sud à la convention internationale des télécommunications adoptée à Montreux en 1965.

Il faut faire un effort d'imagination pour voir quelque ressemblance entre ces questions et celle qui est l'objet de la demande d'avis et qui a trait seulement aux conséquences juridiques pour les Etats de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité.

2. Les observations de l'Afrique du Sud trouvent un autre obstacle juridique dans l'indétermination des autres Etats et le fait qu'ils n'ont pas qualité de parties.

Entre l'Afrique du Sud et qui une question est-elle pendante? Selon les occasions, ce sera le Libéria et l'Ethiopie, l'Organisation de l'unité africaine, les Etats qui ont voté en faveur des résolutions, les Nations Unies.

Comment expliquer l'existence d'une question de nature quasi contentieuse, à laquelle l'article 83 du Règlement puisse s'appliquer? Comment expliquer que ces Etats ou organisations aient la qualité de parties opposées à l'Afrique du Sud? Dans ses observations, l'Afrique du Sud a tâché de le faire en invoquant la doctrine de l'arrêt de 1962 sur les affaires du *Sud-Ouest africain* (discussions et négociations aux Nations Unies), mais on doit noter que la qualité de l'Ethiopie et du Libéria est fondée sur la règle spéciale de l'article 7 du mandat, et que cette clause juridictionnelle jouait en faveur des Membres de la Société des Nations. On doit surtout tenir compte de la doctrine de l'arrêt de 1966 relatif aux affaires du *Sud-Ouest africain*. Pour être partie à un différend, chaque Etat doit avoir un droit ou intérêt juridique quant à l'objet de la demande, « ce qui diffère d'un intérêt politique » (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 22). Dans l'opinion individuelle de M. Morelli, il est précisé: « Par qualité on n'entend pas autre chose ... que l'appartenance à un sujet plutôt qu'à un autre sujet du droit substantiel invoqué dans le procès » (*ibid.*, p. 65).

Comme on voit, il n'y a pas d'autre Etat ayant la situation juridique de partie, avec lequel l'Afrique du Sud ait une question juridique pendante au sens de l'article 82 du Règlement.

D'autre part, on ne peut pas concevoir qu'il puisse exister une question ou un différend entre les Etats qui ont voté une résolution et un Etat qui nie sa validité. En droit public et privé, une résolution adoptée par la majorité des membres d'une organisation est considérée comme une résolution de cette organisation, et si un membre désire contester sa validité, il doit s'adresser à l'organisation, et ne peut pas, à cet effet, s'adresser aux autres membres. Dans cette affaire, s'il y a une question pendante, ce sera entre l'Afrique du Sud et les Nations Unies — autrement dit, il n'existera pas de question entre Etats.

Une divergence d'opinions entre Etats aux Nations Unies, une division d'opinions ou une opposition entre majorité et minorité, ne constituent donc pas un différend ou une question juridique pendante entre Etats, au sens des articles 82 et 83 du Règlement. Les organes des Nations Unies demandent des avis quand il y a diversité d'opinions et la fonction principale des avis est d'éclairer les questions discutées, de dissiper des doutes soulevés par l'opposition d'une minorité<sup>1</sup>.

Une divergence entre un Etat et l'Organisation des Nations Unies n'est pas un différend ou une question juridique *entre Etats*, seule considérée par les textes juridiques applicables (art. 34 du Statut; art. 82 et 83 du Règlement).

3. La qualification de « pendante » appliquée à une question exige que la question déjà existante soit *la même* que la question objet de la demande d'avis — identité nécessaire qui ferait que, si la question avait été tranchée par un arrêt, on pourrait opposer à une nouvelle demande l'*exceptio res judicata*.

Les questions entre l'Ethiopie et le Libéria d'une part et l'Afrique du Sud de l'autre sont-elles identiques à celle que pose la demande d'avis? Pour qu'une telle identité existe, il faudrait identité de la chose demandée, même cause, même parties agissant en la même qualité (art. 1351 du code civil français), c'est-à-dire, selon la formule classique: *eadem persona, eadem res, eadem causa petendi*.

Dans les affaires contentieuses relatives au *Sud-Ouest africain*, les Parties opposées à l'Afrique du Sud étaient deux Etats, anciens membres de la Société des Nations, agissant en application de l'article 7 du mandat, en raison de l'infraction aux obligations de ce mandat que constitue l'introduction de l'*apartheid* dans le Sud-Ouest africain.

La requête pour avis provient du Conseil de sécurité, comme organe de

<sup>1</sup> Il en a été ainsi dans l'affaire *Certaines dépenses des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1962)*; la Cour a donné son avis sur une question àprement discutée au sein de l'Organisation.

la communauté internationale; il demande à la Cour quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la conduite de l'Afrique du Sud (son maintien en Namibie), contrairement à une de ses résolutions, la résolution 276 (1970).

Cette absence d'identité se retrouve aussi en ce qui concerne les questions préalables que l'Afrique du Sud a soulevées quant à la demande d'avis.

4. S'il n'y a pas identité entre la question objet des arrêts de 1962 et 1966 et celle sur laquelle porte l'actuelle demande d'avis, on ne peut pas se dissimuler que celle-ci a la même nature que la question à laquelle la Cour a répondu dans l'avis de 1950, et coïncide en partie avec son objet.

Invitée à donner son opinion sur le régime juridique du Sud-Ouest africain, sur son *status*, la Cour a dû se prononcer sur le titre juridique de l'Afrique du Sud et sur le titre juridique des Nations Unies à l'égard de ce territoire, et aussi sur les conséquences juridiques pour les Etats de l'existence de ces titres, parce que le *status*, comme les *jura in re* — avec lesquels on le confond —, a une efficacité *inter omnes* ou *erga omnes*.

Demander un avis sur les conséquences pour les Etats de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), c'est une autre manière de demander quel est, en ce moment et dans la présente situation (*hic et nunc*), après la résolution 276 (1970), le *status* juridique du Sud-Ouest africain. C'est du *status* juridique de ce territoire que découlent des conséquences juridiques pour les Etats et seulement de lui.

Cette coïncidence quant à la nature de l'objet fait que la compétence de la Cour aujourd'hui a le même fondement que dans la procédure de 1950.

### C. Les questions de fait

La demande de l'Afrique du Sud tendant à ce que la Cour examine les questions de fait exige que l'on réfléchisse sur la compétence de la Cour à cet égard et sur la pertinence de l'invitation qui lui est adressée.

#### a) Compétence de la Cour pour connaître des questions de fait

- i) Vu les termes de la requête pour avis, la demande de l'Afrique du Sud est-elle ou non *ultra vires*? La requête part d'un fait — la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité — et invite la Cour à donner un avis sur les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant ladite résolution. La demande de l'Afrique du Sud a pour but que la Cour admette des moyens de preuve sur *un autre fait*, ou *une autre question*, celle de savoir si l'Afrique du Sud a failli ou non à son obligation de promouvoir le bien-être moral et matériel du Sud-Ouest africain.



Admettre la demande de l'Afrique du Sud serait donc, semble-t-il, *changer l'objet* même de la requête pour avis; ce serait prier la Cour de donner son avis sur un sujet tout à fait *différent* de celui qu'a sollicité le Conseil de sécurité; en d'autres termes, ce serait admettre quelque chose comme une demande reconventionnelle d'avis ou avis reconventionnel.

On peut se demander si la Cour est fondée à admettre cela, alors que cette invitation émane non pas d'un organe ou d'une institution autorisée par la Charte, mais de l'un des Etats admis à fournir des renseignements. La Cour agirait-elle dans ce cas conformément à la lettre et l'esprit des articles 96 de la Charte et 65 du Statut? La Cour pourrait-elle méconnaître ces dispositions en faisant jouer l'article 68 du Statut? Cela me semble, soit dit avec respect, bien difficile.

- ii) Compte tenu des observations de l'Afrique du Sud, la Cour est-elle compétente pour procéder à l'examen des questions de fait?

On sait, et l'Afrique du Sud le rappelle, que selon la Cour permanente « dans des circonstances ordinaires, il serait ... utile que les faits sur lesquels l'avis de la Cour est demandé fussent constants » (*Statut de la Carélie orientale, C.P.J.I. série B n° 5, p. 28*). Au surplus, les avis ont pour objet des questions juridiques (art. 96 de la Charte; art. 65 du Statut) et non des questions portant sur des faits d'*importance primaire*, comme ceux que l'Afrique du Sud voudrait justement qu'on établisse.

- b) *Pertinence de l'invitation faite à la Cour de connaître des questions de fait*

- i) L'argument de l'Afrique du Sud sur la nécessité d'examiner les questions de fait, et donc, toujours selon elle, l'obligation pour la Cour de déclarer sa propre incompétence, si elle estime indispensable un examen des faits, est le suivant: la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité et la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ont comme fondement le fait que l'Afrique du Sud n'a pas assuré le bien-être moral et matériel des autochtones du Sud-Ouest africain. L'Afrique du Sud conteste ce fait et offre de prouver sa fausseté, la conséquence étant que, si la preuve qu'elle a assuré ce bien-être est faite, les deux résolutions sont dépourvues de fondement et pour cette raison invalides et nulles.

Ce raisonnement serait valide si le seul et unique fondement des résolutions était la conduite de l'Afrique du Sud en ce qui concerne le bien-être des indigènes. Mais il n'en est pas ainsi. Il y a d'autres fondements possibles, aussi importants ou plus importants que la question du bien-être, à la déclaration prononçant la cessation du mandat.

La résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée souligne que l'Afrique du Sud a refusé de continuer à remplir ses obligations en vertu du mandat, et de reconnaître que l'Organisation des Nations Unies a des pouvoirs de contrôle sur le Sud-Ouest africain, et fait état aussi de ce que l'Afrique du Sud a poursuivi la politique d'*apartheid*, malgré sa condamnation. Ce sont là des faits incontestés et notoires. La résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité réaffirme la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée, et a la même base dans les faits.

C'est une doctrine générale et ferme que, pour déclarer la nullité d'un acte ou d'une concession, comme pour déclarer sa terminaison, une seule cause est suffisante et nécessaire (*ex una causa, nullitas*); on n'a pas besoin de plusieurs des preuves ou de toutes les preuves mentionnées.

Donc, si la Cour décide de considérer les observations de l'Afrique du Sud sur l'invalidité des résolutions, elle le fera en tenant compte de l'existence des faits incontestés, qui sont le fondement possible de ces résolutions.

- ii) Les considérations déjà présentées sur l'inexistence d'une question pendante entre Etats et sur l'objet de la demande d'avis, imposent aussi l'exclusion des questions de fait: c'est en effet l'existence d'une question pendante qui pourrait donner lieu à l'ouverture d'une procédure quasi contentieuse avec production de preuves. Et même dans le cadre d'une telle procédure, il est difficile de voir comment on pourrait remédier à l'absence d'une autre partie et d'un juge instructeur, si l'on veut que la procédure de preuve s'accompagne des garanties nécessaires.

#### *D. La question du plébiscite*

La Cour ne doit pas entrer dans des considérations sur le but, les possibilités pratiques et les résultats d'un tel plébiscite; ce sont des aspects politiques hors de la compétence de la Cour.

Mais elle aurait pu signaler immédiatement l'impossibilité procédurale, dans une procédure d'avis consultatif, d'intervenir dans un plébiscite auquel l'Afrique du Sud participerait.

En outre, on peut remarquer le manque de pertinence juridique du plébiscite et de ses résultats pour la réponse à donner à la demande d'avis. Un vote de la population en faveur de l'administration de l'Afrique du Sud ou de celle des Nations Unies<sup>1</sup> n'a pas de signification pour la question posée dans la demande d'avis, et n'en a pas non plus pour ce qui est de décider des problèmes soulevés par l'Afrique du Sud dans ses exposés écrits et oraux.

<sup>1</sup> Il ne s'agit pas d'un plébiscite concernant l'indépendance de la Namibie ou un changement d'administration mais seulement d'un plébiscite à des fins d'information.

## II. ANTÉCÉDENTS: QUESTIONS RELATIVES À LA VALIDITÉ DES RÉOLUTIONS

### A. Compétence de la Cour

La Cour a-t-elle le pouvoir de se prononcer sur l'invalidité ou la nullité des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité?

Il est difficile de répondre à la question par oui ou non. On doit tenir compte du jeu de deux principes, qu'on pourrait croire contradictoires.

1. Le principe de la division des pouvoirs. — La Charte a établi trois organes dotés chacun de pouvoirs souverains dans la sphère de sa compétence: Assemblée générale, Conseil de sécurité et Cour internationale de Justice. Les deux premiers ont des facultés analogues à des chambres législatives, la troisième a des pouvoirs judiciaires.

Chacun d'entre eux a le pouvoir d'interpréter les dispositions de la Charte, *verbis et factis*. Cette interprétation doit être respectée par les autres organes, si elle ne touche pas à leur propre compétence. Toute autre solution irait à l'encontre de l'indépendance ou de la souveraineté de chaque organe. Conformément à ce point de vue, la Cour n'a pas les pouvoirs d'une cour constitutionnelle de juger de la validité des résolutions de l'Assemblée et du Conseil <sup>1</sup>.

Naturellement elle pourrait le faire si l'Assemblée ou le Conseil demandait d'une manière explicite ou implicite (affaire *Certaines dépenses des Nations Unies*) un avis sur l'interprétation de la Charte et sur la conformité des résolutions avec la Charte.

Ce respect mutuel fait que ni l'Assemblée ni le Conseil ne peuvent déclarer invalide un arrêt de la Cour, même s'il est contraire aux vœux de la majorité desdits organes.

2. Le principe de la juridicité. — La Cour comme organe juridique ne peut pas collaborer à une résolution manifestement nulle, contraire aux règles de la Charte ou aux principes du droit <sup>2</sup>.

De plus, la Cour doit agir comme un organe judiciaire, de sorte qu'on ne peut lui assigner aucune limite en ce qui concerne le procédé logique à suivre pour résoudre la question (opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 217).

<sup>1</sup> On a dit que tout oblige « d'interpréter d'une façon très restrictive les règles par lesquelles les conditions de validité des actes de l'Organisation sont fixées et, par conséquent, de considérer, dans une large mesure, la non-conformité de l'acte avec la règle de droit comme une simple irrégularité », et aussi que « chaque organe des Nations Unies est juge de sa propre compétence ». Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 223 et 224.

<sup>2</sup> « On pourrait faire l'exemple d'une résolution qui n'aurait pas obtenu la majorité requise ou d'une résolution entachée d'excès de pouvoir évident (telle, notamment, une résolution ayant un objet tout à fait étranger aux buts de l'Organisation). » Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 223.

3. Dans les tribunaux ordinaires de droit interne, le jeu de ces deux principes aboutit à ce qu'ils s'abstiennent de juger de la validité des lois, à la seule exception du cas où, de façon évidente et indiscutable, la prétendue loi n'a pas le caractère de loi, où elle en a seulement l'apparence. En tout autre cas, en général, ou bien les tribunaux s'abstiennent d'examiner la question de la validité des lois, ou bien ils croient devoir indiquer les raisons de sa validité; il existe toujours une présomption en faveur de la validité des lois.

La Cour peut s'inspirer de cet exemple. Doit-elle se refuser à donner un avis sur la validité des résolutions? Elle n'est pas un super-organe dans le cadre des Nations Unies et elle n'est pas autorisée à rendre une espèce d'avis reconventionnel.

4. L'avis sur *Certaines dépenses des Nations Unies* a pu donner à croire que la Cour aurait le pouvoir de statuer dans tous les cas et sans limite sur la validité des résolutions de l'Assemblée et du Conseil de sécurité. Mais on demandait alors à la Cour de donner son avis sur la question de savoir si les dépenses autorisées par une série de résolutions de l'Assemblée étaient des « dépenses de l'Organisation au sens du paragraphe 2 de l'article 12 de la Charte des Nations Unies » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 152), donc de dire si ces dépenses avaient été valablement autorisées. On a pu dire avec raison que dans ce cas on ne pouvait « poser à la Cour aucune limite pour ce qui concerne le procédé logique à suivre pour ... résoudre » la question, même lorsque celle-ci touche à la validité des résolutions. Affirmation que l'on a nuancée en ajoutant :

« Mais une telle liberté [celle de la Cour] ne peut être entendue que comme liberté subordonnée, non seulement aux règles du droit et de la logique par lesquelles la Cour est liée, mais aussi au but que la Cour doit poursuivre et qui consiste dans la solution à donner à la question qui lui est soumise. » (Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 217-218.)

La Cour, dans le même avis, a dit que « chaque organe [des Nations Unies] doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence » (*ibid.*, p. 168).

Dans sa résolution 284 du 29 juillet 1970, le Conseil de sécurité ne met pas en cause, implicitement ou explicitement, la validité de la résolution 276 (1970) et aucune règle de la logique n'oblige à traiter de cette validité pour répondre à la question posée à la Cour.

C'est en raison d'autres considérations que la Cour examine la validité de la résolution 276 (1970) du Conseil et celle de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée. La Cour a le devoir de coopérer au bon fonctionnement des autres organes des Nations Unies. L'avis a été sollicité car il serait utile au Conseil « pour continuer à examiner la question de Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil ». Pour cet

examen et pour que ces objectifs soient atteints, il conviendra de dissiper les doutes accumulés depuis de longues années sur une série de questions juridiques, préalables à celle qui est l'objet de l'avis. Ces doutes se sont manifestés au cours des débats du Conseil et de l'Assemblée, et leur importance ressort de l'attention qui a été portée à la question de la validité des résolutions, non seulement par les représentants de l'Afrique du Sud mais aussi par le représentant du Secrétaire général, les représentants des Etats qui ont fourni des renseignements, sous forme d'exposés écrits et oraux, et par le représentant de l'Organisation de l'unité africaine.

En tout cas, les considérations sur la validité des résolutions ont leur place dans les motifs de l'avis et non dans son dispositif. (Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 216-217; opinion dissidente de M. Bustamante, *ibid.*, p. 288. C'est aussi la solution de la Cour dans l'avis sur *Certaines dépenses des Nations Unies*, *ibid.*, p. 155-181.)

### B. Méthode d'interprétation

Dans ses écritures et dans son exposé oral, l'Afrique du Sud a développé amplement sa théorie de l'interprétation des textes juridiques et elle l'a fait à juste titre, parce que la méthode par elle choisie est le fondement des solutions proposées. Elle défend l'interprétation littérale des textes, l'interprétation restrictive des pouvoirs accordés aux organisations internationales et elle condamne avec force les méthodes téléologiques.

Sans présenter ici une étude théorique de l'interprétation, il n'en semble pas moins utile de formuler quelques observations à son sujet, ce qui permettra d'éviter des répétitions.

1. Il semble que l'on doit distinguer avant tout entre les divers types de textes juridiques. Pour notre objet, il sera utile de tenir compte des caractéristiques que présentent: *a)* les traités dans lesquels le marchandage domine, chacune des parties cherchant son propre profit, obtenir le plus et donner le moins; *b)* les accords par lesquels une organisation concède certains pouvoirs ou privilèges à un Etat, et que celui-ci accepte; *c)* les traités par lesquels on constitue une organisation internationale et les résolutions de cette organisation.

2. La règle prudente qui consiste à considérer *prima facie* la lettre des conventions et traités s'est pervertie dans un littéralisme qui condamne tout élément étranger au texte (*quod non est in Codice non est in mundo*).

Grotius avait déjà signalé la vanité de cette tendance, comme celle du soi-disant principe de la contemporanéité. Il montre qu'à côté de ce qui est dit, il y a la force de développement (*potentia moraliter considerata*) de la convention (*De jure belli ac pacis*, II, 16, 25).

S'il est vrai qu'on doit tenir compte des intentions communes des parties, il est vrai aussi que, dans tous les droits, on a dû envisager les *lacunae*. Il existe des règles pour compléter les déclarations de volonté des parties, et la jurisprudence des tribunaux prend en considération à cet effet ce que les parties peuvent avoir voulu rationnellement; c'est ainsi que l'on s'est efforcé de combler les lacunes des textes.

A cette fin, on tient compte de l'objet et du but de la convention. La règle *in claris non fit interpretatio* a été bien commentée par Anzilotti, qui fait remarquer qu'il n'est pas possible de dire si un article est clair tant qu'on ignore son objet; on ne connaît la volonté des parties que quand on sait le but proposé (C.P.J.I. série A/B n° 50, opinion dissidente, p. 383; idée acceptée par le American Law Institute, *Restatement* 1965, par. 147, p. 455). Bien avant, Vattel avait signalé l'importance de la raison de l'acte: « Dès que l'on connaît certainement la raison qui seule a déterminé la volonté de celui qui parle, il faut interpréter ses paroles et les appliquer d'une manière convenable à cette raison unique » (livre 2, chap. 17, par. 287). En conclusion, on a pu dire que c'est grâce au but indiqué par les déclarations de volonté que toute la convention prend une unité de sens objectif (*objektive Sinnlichkeit*) (Dahm, *Völkerrecht*, III, p. 50).

Il est intéressant en ce qui concerne la question étudiée de relever que, pour arriver à ce résultat, on tient compte, dans toutes les législations internes, de la nature des contrats et accords. « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135 du code civil français; pour le droit de la *common law*, voir *Windfield on Contracts*, p. 38). On doit signaler aussi que les *termini technici*, comme *mandate* ou *trust*, doivent être interprétés conformément à leur signification technique (Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 60). On doit conclure qu'une clause même raisonnablement claire ne peut pas être interprétée à la lettre, si de cette manière on arrive à un résultat contraire au propos du traité (C.P.J.I. série A/B n° 64, p. 19; *contra*, opinion dissidente de trois juges, p. 26). En l'occurrence, si la Cour avait procédé conformément à l'opinion minoritaire, elle aurait consacré la fraude à la loi préparée par le Gouvernement albanais. *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (*Digeste* 1, 3, 29). Tous les traités doivent être interprétés de telle manière que la fraude soit éliminée et que leur exécution soit compatible avec la bonne foi (Oppenheim, éd. Lauterpacht, vol. 1, par. 544, point 13).

Enfin, on peut noter qu'un auteur moderne et dont les observations de l'Afrique du Sud font grand cas affirme et souligne la nécessité d'utiliser la méthode téléologique (Dahm, *Völkerrecht*, III, p. 43 et suiv.).

3. Les traités multilatéraux, les conventions qui ont créé une organisation et surtout la Charte sont soumis à des règles propres d'interprétation.

La Charte ne semble pas se situer dans le cadre de la convention sur le droit des traités. Pour l'interpréter, on ne doit pas appliquer par analogie les règles de droit interne sur les contrats, mais plutôt les règles sur l'interprétation des lois et *statutes* (*Restament, loc. cit.*, par. 146, p. 1965; Dahm, *loc. cit.*, III, p. 55).

On ne doit pas oublier que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ont la responsabilité de promouvoir les buts énoncés dans la Charte. Ils ne peuvent pas rester liés par les intentions possibles des rédacteurs, non seulement parce qu'il est difficile de connaître ces intentions (si l'on connaît les intentions de ceux qui parlent, on ignore les intentions de ceux qui se taisent et votent), mais aussi parce que l'interprétation subit une évolution nécessaire qui, comme dans le droit interne, doit s'adapter aux circonstances du moment et aux exigences prévisibles de l'avenir. Le texte se sépare de ses auteurs et vit de sa propre vie (opinions dissidentes d'Alvarez dans *C.I.J. Recueil 1950*, p. 18, et *C.I.J. Recueil 1951*, p. 53; Dahm, *loc. cit.*, III, p. 55).

Aux Nations Unies « chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 168). Quand un organe prend une résolution, « il existe au moins une forte présomption *prima facie* de validité et de régularité » (opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *ibid.*, p. 204). On a été jusqu'à penser que les résolutions de l'Assemblée et du Conseil, la pratique de l'un et de l'autre, *facta concludentia*, pouvaient être considérées comme une interprétation authentique (comp. Dahm, *loc. cit.*, p. 50), ayant en tout cas un caractère obligatoire pour ce qui est des questions qui touchent le « maintien de la paix, le règlement des conflits et même la plupart des activités de l'Organisation » (opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 213).

Sur l'Organisation des Nations Unies, la Cour a dit :

« On doit admettre que ses Membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179);

« les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 180).

Sur l'interprétation de la Charte, on a dit ceci :

« On peut affirmer en toute confiance que les dispositions particu-

lières de la Charte doivent recevoir une large et libérale interprétation, à moins que le contexte d'une disposition particulière n'exige le contraire, ou qu'il ne se trouve ailleurs dans la Charte quelque chose qui impose une interprétation plus étroite et plus limitée » (opinion individuelle de sir Percy Spender, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 185).

En effet, la Cour enseigne que, pour l'interprétation de la Charte, on doit tenir compte de ses buts fondamentaux, et admettre qu'elle a les pouvoirs nécessaires pour les accomplir, « par une conséquence nécessaire » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 182; opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 208-215); « lorsque l'Organisation prend des mesures ... appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'Organisation » (*ibid.*, p. 168). On peut donc tenir pour un critère autorisé la conclusion suivante: « Le sens du texte en question sera élucidé par les buts énoncés en vue desquels les termes de la Charte ont été rédigés » (opinion individuelle de sir Percy Spender, *ibid.*, p. 187).

### III. LA VALIDITÉ DES RÉSOLUTIONS

#### A. Observation générale

Etant donné la nature de la Charte et les pouvoirs des principaux organes de l'ONU, on doit considérer que la présomption en faveur de la validité des résolutions de ces organes est fondée sur leur faculté d'interpréter la Charte, et de la faire *ex factis*, c'est-à-dire par le fait même qu'ils ont adopté une résolution.

Pour contester la validité d'une résolution, on ne peut se borner à soutenir qu'il est possible de trouver une meilleure interprétation; on ne pourra la critiquer que si l'on montre l'impossibilité absolue de trouver une raison quelconque, même discutable, sur laquelle fonder l'interprétation favorable à la validité.

#### B. L'abstention des membres permanents

On a dit:

« Il est déjà bien connu qu'un amendement coutumier de la Charte est intervenu dans la pratique du Conseil de sécurité, en ce sens que l'abstention d'un Membre permanent présent à la séance n'est pas assimilée à l'exercice du droit de veto » (opinion dissidente de M. Bustamante, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 291; voir aussi *ibid.*, p. 172, 175, 176; avec certaines réserves, opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *ibid.*, p. 210).



En vérité cette appréciation de l'abstention n'est pas seulement basée sur une pratique incontestée<sup>1</sup>, elle résulte aussi forcément de la nature du silence et du but du droit de veto<sup>2</sup>.

Le silence doit être interprété; selon la situation et les circonstances, il peut signifier une négation, mais aussi une acceptation. D'après l'interprétation coutumière, dans un scrutin au Conseil, l'abstention d'un membre peut signifier que ce membre a un doute sur le bien-fondé de la résolution, mais qu'il ne veut pas empêcher son adoption. Il s'agit non pas d'un simple silence mais d'une abstention dont on sait qu'elle sera considérée comme une intention de ne pas empêcher l'adoption de la résolution.

En outre, la condition du « vote affirmatif » exigée par l'article 27 de la Charte peut s'appliquer aussi bien au contenu de la résolution qu'à l'adoption de la résolution. Au dernier moment, sauf réserve expresse d'un membre, un vote affirmatif intervient sur la validité de la résolution. Les membres permanents ne sont pas obligés de voter d'une manière déterminée et ils peuvent se prononcer en s'abstenant.

On ne peut pas oublier non plus que le droit de veto est un privilège, qu'on peut donc y renoncer et le modifier *in meius*; et, en tout cas, qu'on ne doit pas l'interpréter extensivement (*privilegia restringenda sunt*).

L'amendement apporté à la Charte en 1965 confirme cette interprétation. La pratique du Conseil sur les abstentions étant connue des rédacteurs, si l'on n'a pas changé le texte sur cette question, c'est semble-t-il parce qu'on n'a pas voulu changer la pratique antérieure.

### C. Les résolutions du Conseil de sécurité

#### a) L'article 24 de la Charte

L'interprétation restrictive proposée par l'Afrique du Sud ne peut pas être acceptée.

Le Conseil a « la responsabilité principale du maintien de la paix ». On ne peut pas nier, semble-t-il, que l'occupation illégale d'un territoire

<sup>1</sup> Stavropoulos, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council under Article 27, Paragraph 3, of the Charter of the United Nations » (*The American Journal of International Law*, vol. 61, n° 3, juillet 1967, p. 737-752).

<sup>2</sup> Déjà à la Société des Nations, l'article 19, paragraphe 5, du Règlement intérieur de l'Assemblée disposait que les représentants s'abstenant de voter devaient être considérés comme non présents. Rolin l'explique en disant qu'on ne désire pas que l'indifférence ou les doutes de certains Membres sur une question à propos de laquelle l'unanimité des autres Membres est certaine puisse empêcher le vote; si l'un des Membres ne se considère pas fondé à user de son droit d'opposition quand l'unanimité est requise, il peut s'abstenir sans invalider le vote. Interprétation selon laquelle, d'après Riches, on considère que ceux qui s'abstiennent ont donné leur approbation tacite à l'action de l'Assemblée. *The Unanimity Rule and the League of Nations*, Baltimore, 1933, p. 43.

envers lequel les Nations Unies ont accepté « une mission sacrée » soit un acte contraire au maintien de la paix.

La Cour a dit qu'on doit reconnaître que la Charte, en confiant à un organe certaines fonctions, avec les responsabilités et les devoirs corrélatifs, a donné à l'organe la compétence nécessaire pour s'en acquitter dûment (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179 et 182; *C.I.J. Recueil 1954*, p. 57).

Le paragraphe 2 de l'article 24 n'impose pas une interprétation restrictive<sup>1</sup>. La référence aux « pouvoirs spécifiques accordés au Conseil » par les chapitres VI, VII, VIII et XII ne veut pas dire qu'il possède uniquement ces pouvoirs. Non seulement il peut avoir ceux que prévoient d'autres règles de la Charte, mais encore il doit avoir ceux qui lui sont nécessaires pour accomplir ses devoirs. Les mots « pouvoirs spécifiques accordés » signifient simplement que, dans les chapitres en question, ces pouvoirs sont réglés d'une manière particulière pour l'accomplissement des devoirs et responsabilités dont il s'agit.

Pour examiner la compétence du Conseil de sécurité à l'égard des mandats, la mention du chapitre XII faite à l'article 24 de la Charte présente une grande importance.

L'article 80, comme on aura l'occasion de le montrer, a pour but principal d'éviter que les droits des peuples sous mandat soient modifiés directement ou indirectement de quelque manière que ce soit. Lorsque la Société des Nations s'est éteinte, les Nations Unies ont assumé la responsabilité qui incombait à la SdN envers ces peuples. La mention du chapitre XII dans l'article 24 fait penser que le Conseil a les pouvoirs spécifiques nécessaires pour s'acquitter de ses devoirs envers les peuples sous mandat.

Il est fort possible que les rédacteurs de l'article 24 n'aient pas pensé à l'article 80 mais il est probable aussi que les rédacteurs de l'article 80, ou la plupart d'entre eux, auraient accepté cette interprétation, étant donné leur intérêt pour le maintien des droits des peuples sous mandat.

Quoi qu'il en soit, la lettre de l'article 24 ne permet pas d'exclure, sans une raison spéciale, l'article 80 du chapitre XII; l'objet de l'article 24, qui est de maintenir la paix et la sécurité internationales dans le respect des buts et principes des Nations Unies, invite à tenir compte de l'article 80. L'objet de l'article 80 en ce qui concerne la conservation des droits des peuples sous mandat ne peut être atteint que si le Conseil de sécurité a la compétence voulue.

Cela étant, s'il n'y a pas une raison convaincante de donner à l'article 24 une interprétation restrictive et contraire à ses termes clairs, on est obligé

---

<sup>1</sup> La responsabilité principale confiée au Conseil impose qu'on lui reconnaisse des pouvoirs généraux, une *residual competence*. Voir Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, 1969, p. 72.

d'interpréter l'article 24 en ce sens que l'Organisation a confié au Conseil les pouvoirs suffisants pour que les Nations Unies s'acquittent de leurs devoirs, selon l'article 80.

b) *La non-abstention des membres parties à un différend (art. 27, par. 3, de la Charte)*

L'argument tiré de cette observation par l'Afrique du Sud est sans force du moment que l'on ne peut pas qualifier de différend son refus de remplir ses obligations de mandataire, comme on vient de le voir.

c) *L'Afrique du Sud n'a pas été conviée à participer aux discussions du Conseil (art. 32 de la Charte)*

L'argument tiré de cette observation tombe dès lors qu'il n'y a pas de différend. L'Afrique du Sud avait un intérêt dans les discussions; non seulement elle n'était pas partie à un différend, mais encore elle ne s'est pas préoccupée de se faire convier, ce qui est un indice qu'elle ne se considérait pas, à ce moment-là, comme partie à un différend au sens juridique.

*D. La résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale*

On a mis en doute la validité de cette résolution de l'Assemblée, en soutenant que la compétence de l'Assemblée est limitée à des recommandations (art. 10 et art. 11, par. 2 de la Charte). La Cour a déjà essayé de dissiper ce doute. « 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 Cour estime que la sorte d'action dont il est question à l'article 11, paragraphe 2, est une action coercitive » (*ibid.*, p. 164).

On ne doit pas oublier que l'article 18 parle indistinctement des recommandations et des décisions de l'Assemblée. Parmi les recommandations sur les « questions importantes », il y en a qui ont « un effet de caractère impératif » (*ibid.*, p. 163).

Parmi ces « questions importantes » sont mentionnées « les questions relatives au fonctionnement du régime de tutelle », c'est-à-dire celles qui relèvent du chapitre XII de la Charte (« Régime international de tutelle »). Une des règles en cause est l'article 80, qui a établi le régime des mandats jusqu'au moment où les territoires sous mandat seraient placés sous le régime de tutelle <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Lors de la 37<sup>e</sup> séance du Comité de coordination on a dit: « L'examen du nouveau membre de phrase proposé par le Comité II/1 « Les questions relatives au fonctionnement du système de tutelle » amène le Comité à conclure que ces questions comprennent les accords de tutelle, les décisions relatives au rapport et tout ce qui a trait au régime de tutelle. » (UNCIO, vol. XIX, p. 324, citation de *C.I.J. Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 49.)

Si l'on admet que les Nations Unies ont accepté de recevoir de la Société des Nations la « mission sacrée » de veiller à ce que les droits d'aucun peuple sous mandat ne soient modifiés, et si l'on admet que c'est là un des buts de la Charte, on doit aussi reconnaître que l'Assemblée a les pouvoirs nécessaires pour remplir ses devoirs (voir opinion individuelle de sir Percy Spender, *ibid.*, p. 186-187).

Les termes de la résolution, en déclarant que l'Afrique du Sud « a failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire », qu'elle « a, en fait, dénoncé le mandat », et que le mandat est « terminé », montrent clairement le caractère et le but de la résolution.

La résolution n'impose par elle-même aucune obligation spéciale ou charge aux Etats, hormis l'Afrique du Sud. Elle se limite à constater et à déclarer la déchéance du mandat<sup>1</sup>. Depuis la résolution, le mandat, seul titre qui pouvait légitimer la possession du territoire du Sud-Ouest africain, a perdu son apparence d'existence. Situation nouvelle et qui doit être respectée par tous, étant donné la compétence des Nations Unies à cet effet.

La résolution 2145 (XXI) n'a certainement pas un caractère judiciaire, elle n'empiète ni ne suppose un empiètement sur la compétence de la Cour. Les Nations Unies ont estimé le moment venu de s'acquitter de leurs devoirs envers le peuple de Namibie, en retirant solennellement tout semblant de légalité à l'occupation de son territoire par l'Afrique du Sud.

La résolution « appelle l'attention du Conseil de sécurité sur la présente résolution ». Cela montre que l'Assemblée se limite à sa fonction déclaratoire, en conformité avec les articles 80 et 18 de la Charte et qu'elle demande la coopération du Conseil pour que celui-ci détermine la sorte d'action appropriée à la situation.

Le Conseil de sécurité a réaffirmé la responsabilité spéciale des Nations Unies à l'égard du peuple namibien (résolution 264 (1969)), a demandé à l'Afrique du Sud de retirer son administration du territoire de la Namibie (résolution 269 (1969)) et a réaffirmé la résolution 2145 (XXI). Autrement dit, il a fait siennes les résolutions de l'Assemblée, il les a affirmées à nouveau, et s'est engagé dans la voie des mesures coercitives.

<sup>1</sup> La résolution 2145 (XXI) est la manifestation de l'exercice d'un pouvoir-devoir (*officium*) de l'Assemblée, en vue d'accomplir la « mission sacrée » que l'Organisation lui a confiée. Par elle, l'Assemblée a la possibilité et le devoir de déclarer terminée l'administration que la communauté internationale a confiée au mandataire, pour qu'il l'exerce en son nom, quand le mandataire s'est révélé indigne de cette confiance. Par la résolution 2145 (XXI), l'Assemblée a modifié la situation juridique du territoire sous mandat, et avec elle a disparu le titre juridique de l'ancien mandataire à la possession du territoire du Sud-Ouest africain ou Namibie. C'est un changement dans le statut du territoire qui doit être respecté par tous.

On peut citer des résolutions antérieures qui changent une situation juridique, et font naître aussi des conséquences juridiques (obligations, droits), sur la base d'autres dispositions de la Charte ou d'autres résolutions (émanant par exemple du Conseil); voir sur ce point Castañeda, *loc. cit.*, p. 121.

#### IV. LA TRANSMISSION DES POUVOIRS DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS AUX NATIONS UNIES

##### A. L'article 80 de la Charte

1. L'Afrique du Sud est le seul de tous les Etats mandataires à avoir posé la question. Selon sa thèse, le mandat pour le Sud-Ouest africain s'est éteint avec la dissolution de la Société des Nations ou, en tout cas, l'obligation d'envoyer des rapports annuels concernant le territoire a pris fin. De son côté la Cour affirme, dans son avis de 1950, que ce territoire est soumis au mandat et que l'Afrique du Sud est assujettie aux obligations du mandat, les Nations Unies exerçant les fonctions de surveillance.

MM. McNair et Read ont exprimé une opinion contraire. Ils croient que la surveillance de la Société des Nations sur le mandataire a cessé, parce que les organes destinés à recevoir les rapports n'existant plus, il est ainsi devenu impossible de remplir cette obligation (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 159 et 169; opinion dissidente de M. van Wyk, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 648)<sup>1</sup>.

Cette interprétation étroite a été clairement repoussée par la Cour. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)* s'est posée la question de la juridiction de la Cour, sur la base d'un traité possédant une clause qui conférait juridiction à la Cour permanente. On a dit que la dissolution de la Cour permanente rendait impossible l'application de cette clause (opinion dissidente de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 95-96). Mais la Cour a déclaré au contraire que la Cour permanente «était simplement un moyen d'atteindre cet objet», c'est-à-dire «le règlement judiciaire»; il est vrai que l'ancienne Cour n'existe plus, mais l'obligation «survit en substance, bien qu'elle ne puisse être exécutée fonctionnellement»; et «si un autre tribunal est fourni par le jeu automatique d'un autre instrument liant les deux parties», la clause entre à nouveau en vigueur (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 38-39). Ce qui importe, c'est le but et non l'instrument. Le consentement à la transmission de pouvoirs résulte de la condition de Membre des Nations Unies (*ibid.*, p. 35).

L'autorité de l'avis de 1950 est bien établie. Elle a été confirmée non seulement par les avis de 1955 et de 1956, mais aussi par l'arrêt de 1962 sur les affaires du *Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 333-334). Au surplus, la Cour a rejeté nettement les arguments de MM. McNair et Read (affaire de la *Barcelona Traction*).

L'opinion dissidente commune de sir Percy Spender et sir Gerald Fitzmaurice dans les affaires du *Sud-Ouest africain* rouvre le problème

<sup>1</sup> McNair et Read ont estimé non pas que l'Afrique du Sud était libérée de ses obligations de mandataire, mais que leur mise en œuvre pouvait être exigée seulement par les anciens Membres de la Société des Nations et devant la Cour internationale de Justice.

de la transmission des pouvoirs, en rejetant l'opinion de 1950 comme « certainement erronée » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 532, note 2). Attendu que la critique porte sur l'interprétation de l'article 80 et sur ses antécédents (*ibid.*, p. 516, note 1), il semble nécessaire de les étudier avec d'autant plus d'attention que la Cour a dit en 1966 ne pas vouloir préjuger la question (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 19).

On ne saurait bien interpréter l'article 80 sans considérer ses buts et les circonstances historiques de sa rédaction. Les auteurs de la Charte avaient le ferme propos non seulement de maintenir les progrès faits par la Société des Nations sous le régime des mandats, pour la protection des peuples indigènes, mais aussi de les accroître grâce au régime de tutelle.

La Charte, et notamment son article 80, est signée le 26 juin 1945. La Société des Nations existe encore. Mais avant sa dissolution, le régime de tutelle et l'article 80 ne pourront pas être appliqués. Comme les Etats et les experts qui s'occupent de la création des Nations Unies et de la liquidation de la Société des Nations sont pratiquement les mêmes, il est possible de rédiger la Charte en envisageant la liquidation prochaine de la Société des Nations.

L'article 80 ne pouvait pas être appliqué immédiatement. Jusqu'au moment de la liquidation de la SdN, il n'a aucune fonction. Les mandats sont encore exercés au nom de la Société des Nations, et jusqu'à la liquidation ils ne peuvent être convertis en tutelles ou passer sous le contrôle des Nations Unies. L'action de l'article 80 est soumise à une condition suspensive. C'est en prévision du moment où il jouera qu'on établit la clause qu'on a cru pouvoir qualifier de « conservatoire ». Celle-ci précise que les dispositions du chapitre XII (spécialement les art. 75 et 77) ne modifieront pas les régimes existants des mandats. Mais on prévoit en outre un régime transitoire, pour la période qui doit s'écouler entre la liquidation de la Société des Nations et la conclusion des accords de tutelle. Ce régime transitoire vise seulement les territoires soumis au système des mandats, c'est-à-dire les « territoires actuellement sous Mandat », parce qu'on n'avait pas la possibilité de soumettre au régime transitoire, par la simple application des dispositions de la Charte, les autres territoires énumérés dans l'article 77.

Pour ces territoires encore sous mandat, on stipule que les nouvelles dispositions de la Charte ne modifieront « directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun Etat ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties ». Ces territoires restent donc, jusqu'au moment de la conclusion des accords de tutelle, « sous Mandat » (art. 80; art. 77).

2. L'interprétation proposée semble être bien dans la ligne de l'avis de 1950. Il ne faut pas oublier néanmoins que l'avis a été critiqué par des autorités. On a soutenu que l'article 80 n'est plus qu'une « clause de

sauvegarde», destinée à empêcher que les dispositions du chapitre XII «soient interprétées de façon à avoir des effets dépassant leur objectif», et que son «seul but» est d'empêcher une interprétation permettant de «modifier des droits existant antérieurement à un certain événement» (opinion dissidente commune Spender et Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 516, note).

Ces affirmations s'appuient sur un membre de phrase de l'article («ne sera interprétée comme modifiant...»), mais elles ne donnent d'explication ni sur l'objet de l'article ni sur les droits qu'il vise à conserver. Or on ne peut accepter sans explication que la seule fonction de l'article 80 soit celle d'une clause interprétative au sens technique.

C'est pourquoi des explications ont été proposées. On a dit que l'article 80 concernait les droits conférés par les mandats, mais seulement pour la période allant de l'entrée en vigueur de la Charte à la liquidation de la Société des Nations. On a pensé aussi qu'il visait les droits qui dérivent des accords de tutelle.

Ces efforts se sont révélés inutiles. Ils ne tiennent pas compte de ce que la règle de l'article 80 est applicable seulement «jusqu'à ce que ces accords [les accords particuliers de tutelle] aient été conclus». Donc, elle est applicable *après la liquidation* de la Société des Nations *et jusqu'à la conclusion* des accords, et elle *n'est pas applicable après la conclusion des accords*.

L'interprétation proposée par l'avis de 1950 semble donc la seule conforme au but et à la lettre de l'article 80. Il est vrai que le libellé de cette disposition n'est pas très clair, mais la lecture des travaux préparatoires donne l'impression qu'il résulte du souci des rédacteurs de tenir compte de plusieurs buts et de les harmoniser dans cet article.

Il convient de ne pas oublier les desiderata du régime international de tutelle. Son établissement dépend des accords de tutelle et jusqu'à la conclusion de ces accords on veut maintenir le *statu quo*. Il est déclaré dans la Charte (art. 76) que les fins essentielles du régime de tutelle sont conformes aux buts des Nations Unies, énoncés à l'article premier. Cette déclaration affecte-t-elle les droits des Etats mandataires? Pour lever les doutes, on dira qu'aucune disposition du chapitre XII ne sera interprétée comme modifiant les droits quelconques d'aucun Etat (la réserve finale de l'article 76 *d*) a le même but). Pour conserver dans son intégrité le régime des mandats, on croit nécessaire de dire aussi que les dispositions du chapitre qui concernent la fin des mandats ne peuvent être interprétées comme modifiant les droits des peuples. Enfin, pour éviter toute phrase qui fasse penser à une survivance prolongée des mandats, on ne s'occupe pas d'eux, sauf pour rappeler qu'ils doivent être remplacés par des accords de tutelle. Utilisant le mot «interprétée» dans le sens peu technique où il est employé au paragraphe 1 (le texte anglais dit: *construe*), le paragraphe 2 de l'article 80 dit que le paragraphe 1 ne doit pas être «inter-

prété » comme motivant un retard ou un ajournement de la négociation et de la conclusion d'accords de tutelle.

Il y a aussi d'autres raisons de tenir pour fondée l'interprétation faite par l'avis de 1950.

Interprété comme une simple « clause de sauvegarde », l'article 80 est en réalité réduit à néant, à l'inutilité absolue. Si l'on considère que la liquidation de la Société des Nations avait mis fin aux mandats ou aux obligations des mandataires, l'article est privé de toute signification pratique. Dans ce sens McNair avait raison de dire « qu'il est difficile d'apercevoir la pertinence de cet article » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 160). Mais est-ce une bonne méthode d'interprétation d'arriver à la conclusion absurde qu'un article de la Charte présente une inutilité totale?

3. Les antécédents de l'article 80 ont été bien étudiés, comme on peut le voir dans les publications de la Cour sur les affaires du *Sud-Ouest africain*. Les examiner à nouveau serait alourdir inutilement cette opinion. Mais il pourra être utile de reproduire quelques textes déjà connus de la Cour en 1950.

Le 14 mai 1945, à San Francisco, au comité 4 de la Commission II, le délégué de l'Afrique du Sud a dit que « les conditions des mandats actuels ne pourraient être modifiées sans le consentement de la Puissance mandataire ». Son souci était la défense des droits des Etats, dans la période antérieure aux accords de tutelle. Le délégué de l'Egypte s'est intéressé à la sauvegarde des droits des peuples sous mandat. De là, la proposition du délégué des Etats-Unis d'après laquelle tous les droits existants « demeurent exactement tels qu'ils sont » — « ils ne sont ni augmentés ni diminués » — (*UNCIO*, vol. X, p. 442 et 491 ; citations dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 98). Dans le même sens, Stassen a dit que le but est « de protéger les droits pendant la période transitoire qui s'écoulera entre l'adoption de la Charte et la négociation et la conclusion de nouveaux accords » (8 juin 1945, n<sup>os</sup> 24, 25, UN Arch., vol. 70, citation dans *C.I.J. Mémoires, ibid.*, p. 217).

A la Commission II de la conférence de San Francisco, Fraser (premier ministre de Nouvelle-Zélande), président du comité de tutelle, dit à propos du rapport de ce comité: « Le mandat n'appartient pas à mon pays ou à un autre pays. On le tient en *trust* pour le monde. » Il a déclaré aussi:

« L'œuvre qui s'impose immédiatement à nous consiste à rechercher comment ces mandats, qui étaient précédemment placés sous la surveillance de la commission des mandats de la Société des Nations, pourront maintenant être placés sous la surveillance du Conseil de tutelle. »

Fraser est le dernier à parler sur le rapport. Après son intervention, le



maréchal Smuts, président de la Commission II, déclare le rapport accepté intégralement (UNCIO, doc. 1144, séance du 21 juin 1945; doc. 1208, séance du 27 juin 1945; citations dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 108).

Le maréchal Smuts, premier ministre de l'Union sud-africaine, interrogé sur la signification de l'article 80, paragraphe 2, répond en ces termes :

« Ceci était destiné à prévenir une situation dans laquelle le mandataire dirait : « Je ne tiens à conclure aucun accord ». Il adopte cette manière de voir que, la Société des Nations ayant disparu, nous sommes maintenant libres, nous pouvons faire ce que nous voulons. » (Union of South Africa House of Assembly, 13 mars 1946, citation dans l'exposé de M. Ingles (Philippines), *C.I.J. Mémoires, ibid.*, p. 242.)

4. L'article 80 est aussi la base de référence ou l'appui de la résolution de la Société des Nations en date du 18 avril 1946<sup>1</sup>. La Société des Nations peut mourir tranquille, parce que les principes de la Charte sont les mêmes que ceux de l'article 22 du Pacte et que subsiste le principe du bien-être et du développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes. Ayant fait leur, en signant la Charte, l'article 80, les mandataires manifestent leur volonté de continuer à administrer les territoires en conformité avec l'article 22 du Pacte et les instruments de mandat.

La conclusion selon laquelle l'Afrique du Sud est restée soumise aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte et selon laquelle les fonctions de contrôle sur leur accomplissement doivent être exercées par les Nations Unies, a donc comme fondement : l'acceptation par le mandataire de l'article 80 (du fait qu'il a signé la Charte), la résolution du 18 avril 1946 (qui déclare la fin des fonctions de la Société des Nations et son agrément aux dispositions de la Charte) et les déclarations par lesquelles les mandataires ont annoncé leur intention de continuer à administrer les territoires sous mandat conformément aux obligations contenues dans les divers mandats.

5. Ces conclusions ont été durement critiquées et l'autorité de l'avis de 1950 a été mise en doute sur la base de ce qu'on appelle « les faits nouveaux » — faits qui, prétend-on, n'auraient pas été connus de la Cour en 1950. Mais l'étude de ces précédents, vus sans parti pris, semble mener au résultat contraire<sup>2</sup>. La préoccupation fondamentale de la plupart des rédacteurs de la Charte et des liquidateurs de la Société des Nations a

<sup>1</sup> Sur la conscience de ce que les Nations Unies allaient continuer l'œuvre de la SdN, voir le préambule de la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations en date du 18 avril 1946; voir aussi les observations de Bourquin et Bailey (citations dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 209 et note 1, p. 210).

<sup>2</sup> Voir sur ce point un excellent exposé dans l'opinion dissidente de M. Jessup, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 339-351.

été de préserver les droits des peuples et leur garantie, et c'est seulement en second lieu qu'ils ont eu le souci de maintenir les droits des Etats (question de la porte ouverte).

Des renseignements mêmes fournis par l'Afrique du Sud à l'audience du 15 mars 1971 sur les antécédents concernant la rédaction de l'article 80, il ressort que, dans le texte proposé par le comité technique, il est prévu que les droits des Etats et des peuples ou « les termes d'un mandat quelconque » ne seront modifiés ni directement ni indirectement, et l'Egypte fait référence aussi aux « termes d'un mandat quelconque ». Les Etats-Unis parlent d'une clause « conservatoire ou de sauvegarde », par laquelle tous les droits restent les mêmes et ne sont « ni augmentés ni diminués ». Dans la proposition de la Syrie, on mentionne aussi les termes « d'un Mandat quelconque ». Le groupe consultatif propose de ne pas modifier les droits quels qu'ils soient ... « ou les termes des actes internationaux existants ». Les Etats-Unis demandent que, dans les actes officiels, on consigne que, parmi « les droits quels qu'ils soient », sont compris tous les droits stipulés à l'article 22, paragraphe 4, du Pacte. Le comité de coordination signale que l'intention du comité 4 de la Commission II est de « respecter le *statu quo* ».

Dans ces discussions, l'Union soviétique déclare craindre que le maintien sans changement de l'ancien régime des mandats ne soit l'occasion de retarder la conclusion des accords de tutelle et de perpétuer indéfiniment les mandats.

Une fois la Charte signée<sup>1</sup>, la Société des Nations se préoccupe d'assurer la poursuite de son œuvre concernant la protection des peuples sous mandat. M. Liang propose à la Première Commission, qui discute la transmission des fonctions de la Société des Nations, une recommandation tendant à ce que les Etats administrant des mandats soumettent des rapports annuels aux Nations Unies, jusqu'à la constitution du comité de tutelle. Ce projet n'est pas accepté car il se situe hors de la compétence de la commission. Plus tard, le moment venu de traiter des mandats, M. Liang présente un autre projet dans lequel on ne mentionne pas les rapports annuels et qui sera la base de la résolution du 18 avril 1946. On a considéré le retrait du premier projet et la nouvelle rédaction du projet de M. Liang comme une raison de ne pas accepter l'opinion émise dans l'avis de 1950 selon laquelle les fonctions de la Société seraient passées aux Nations Unies (opinion individuelle de M. van Wyk, citant l'opinion dissidente de sir Percy Spender et de sir Gerald Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 112). Mais si le projet Liang a été abandonné, ce n'est pas parce qu'il prévoyait la transmission des fonctions; c'est parce qu'il manquait de réalisme en ce sens que des rapports ne pouvaient pas être envoyés simplement à l'Assemblée générale, qu'un organisme bureau-

<sup>1</sup> Il est à noter qu'aux neuvième et dixième séances du comité 4 de la Commission II, l'Argentine, l'Ethiopie et le Guatemala ont fait des réserves à l'article 80, mais non l'Afrique du Sud.

cratique spécialisé était nécessaire, ce qui, selon l'Union soviétique, était anticonstitutionnel et pourrait être un prétexte pour retarder la mise en train du régime de tutelle.

Aux Nations Unies, on a aussi la préoccupation de disposer d'un organisme bureaucratique chargé de surveiller l'administration des mandataires, d'où l'idée d'un comité temporaire de tutelle, proposé par les Etats-Unis. Si elle n'a pas réussi, c'est à cause de l'opposition de l'Union soviétique qui voit dans toutes ces propositions une manière de prolonger le système des mandats et d'éviter le régime de tutelle.

Aucune référence n'est faite ni à la non-transmission des fonctions aux Nations Unies ni à l'extinction des obligations des mandataires. Au contraire, les Etats se déclarent disposés à s'acquitter de leurs obligations comme mandataires, dans l'esprit des mandats. L'intérêt général semble être de chercher à assurer le transfert aux Nations Unies des fonctions et responsabilités du système des mandats (exposé écrit sud-africain, chap. VIII, par. 13).

La Belgique pour sa part affirme qu'elle est « pleinement consciente de toutes les obligations qu'imposent aux Membres des Nations Unies les dispositions de l'article 80 de la Charte » (11 avril 1946).

L'Afrique du Sud affirme qu'elle est disposée à appliquer les principes de la Charte (23 décembre 1945), qu'elle est consciente de ses obligations et responsabilités comme signataire de la Charte (17 janvier 1946), et que, « en vertu du paragraphe 1 de l'article 80, aucun droit ne sera modifié jusqu'au moment où les différents accords de tutelle seront conclus » (22 janvier 1946). L'Afrique du Sud reconnaît aussi la transmission aux Nations Unies des pouvoirs concernant les mandats puisqu'elle demande à l'Assemblée générale de consentir à l'annexion du Sud-Ouest africain. Enfin dans la lettre du 23 juillet 1947 elle envisage de continuer à présenter des rapports.

La résolution de l'Assemblée en date du 18 avril 1946 est d'une grande importance. Elle est basée sur le projet de M. Liang. Celui-ci indique dans la présentation de son texte que les fonctions de la Société des Nations ne sont pas transmises automatiquement à l'Organisation des Nations Unies. Il manque l'organe administratif adéquat. La Société des Nations doit s'assurer « de la continuité d'application des principes du système des mandats ». Il cite les mots du professeur Bailey, « la Société des Nations désire être assurée de l'avenir des territoires sous Mandat ». En appuyant la proposition de M. Liang, la France dit qu'on ne regarde pas la dissolution de la Société comme affaiblissant les obligations des Etats mandataires.

6. La résolution du 18 avril 1946 rappelle le principe fondamental du régime des mandats, qui est d'assurer le bien-être et la protection des peuples sous mandat (art. 22 du Pacte). Elle reconnaît la fin des fonctions de la SdN tout en admettant son remplacement par les Nations Unies (dont la Charte contient des dispositions qui pourraient s'appliquer dès

la dissolution de la Société des Nations), et en notant que les principes de l'article 22 ont été incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte. On remarquera la concordance avec l'article 80. La Société des Nations est satisfaite de ce que la protection des peuples sous mandat sera assurée par les Nations Unies, comme elle l'était en vertu de l'article 22 du Pacte.

Pour plus de certitude, la résolution fait solennellement état des déclarations par lesquelles les Membres mandataires de la Société ont annoncé leur intention de continuer à administrer les territoires, conformément aux obligations contenues dans les divers mandats.

Une fois la Société des Nations dissoute, la préoccupation de tous — excepté de l'Afrique du Sud — est la conclusion rapide d'accords de tutelle. L'absence d'organismes auxquels présenter des rapports résulte de la crainte de retarder la conclusion des accords de tutelle. Rien néanmoins ne laisse penser qu'on a des doutes sur la transmission à l'Organisation des Nations Unies des pouvoirs concernant les mandats. Au contraire, on attend d'elle (même l'Afrique du Sud) sa décision pour pouvoir déclarer que les mandats ont pris fin.

7. Pour dissiper des équivoques, il semble utile de préciser la signification du chapitre XI de la Charte et de son article 73.

C'est obscurcir le sens de la déclaration relative aux territoires non autonomes que de la considérer comme limitée aux territoires qui ne sont soumis ni au régime de tutelle ni au régime des mandats. La lettre et les antécédents de l'article 73 montrent qu'elle a une application générale.

Dans les premières étapes de la rédaction de la Charte, les dispositions du chapitre XI se trouvaient dans le même chapitre que les articles de l'actuel chapitre XII. Si la section A est devenue un chapitre indépendant (aujourd'hui chapitre XI), c'est parce que l'on a cru inapproprié d'insérer une déclaration générale dans le chapitre régissant le régime de tutelle. Mais cela n'a rien ôté de son caractère général à l'article 73.

En présentant le rapport du comité 4 à la Commission II, le maréchal Smuts a expliqué la portée de la section A (devenue le chapitre XI) en disant qu'elle applique le principe de la mission (des *trustees*) à tous les territoires non autonomes, qu'ils soient territoires sous mandat, qu'ils soient territoires pris aux pays vaincus ou qu'ils soient colonies des puissances. Toute la matière des territoires non autonomes est à présent couverte. (UNCIO, vol. VIII, p. 160 et suiv.) M. van der Plas a fait observer que la déclaration de l'article 73 s'applique à tous les territoires non autonomes, qu'elle revêt un caractère d'adhésion volontaire en ce qui concerne les territoires coloniaux et, pour ce qui est des territoires sous tutelle, un caractère contractuel qui entre dans le cadre des obligations contractées à leur égard. (Comité de coordination, 37<sup>e</sup> séance, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 39).

Le texte de l'article 73 montre que la déclaration sur les territoires non autonomes s'applique aux « territoires dont les populations ne s'ad-

ministrent pas encore complètement elles-mêmes», sans mentionner aucune exception. Il ne semble pas que l'interprète ait le droit d'excepter des territoires non autonomes comme les territoires sous mandat et sous tutelle.

Certes les obligations imposées aux Etats administrant des territoires sous mandat ou sous tutelle ont une ampleur que n'ont pas celles qui sont prévues pour les autres territoires non autonomes, mais la déclaration de l'article 73, étant générale et complémentaire, s'applique à tous les territoires non autonomes.

L'article 73 a recueilli de l'article 22 du Pacte le principe de la « mission sacrée » et du caractère temporaire de l'administration des territoires (« territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes »). Ce qui explique bien la référence faite par la résolution du 18 avril 1946 de la Société des Nations au chapitre XI de la Charte.

L'Afrique du Sud a soumis pendant les premières années des rapports aux Nations Unies. Elle a dit parfois qu'il s'agissait de renseignements fournis conformément à l'article 73. Mais de ce que l'Afrique du Sud a donné des interprétations à posteriori et s'est référée expressément à l'article 73, il ne résulte pas qu'elle ait dénoncé sa condition et ses obligations de mandataire; elle s'acquittait des devoirs imposés généralement aux mandataires.

8. On a cru trouver une autre preuve contre la transmission des pouvoirs dans la résolution XIV du 12 février 1946 sur le « transfert de certaines fonctions et activités ». Elle ne contient pas de référence aux mandats, et de cette omission on tire la conséquence qu'il n'y a pas eu de transmission. Raisonement sans explication; le sous-comité du Comité exécutif qui s'est occupé du transfert éventuel des fonctions et activités de la SdN déclare expressément que la question des mandats est hors de sa compétence. Cela est naturel car la question a déjà été tranchée par l'article 80 de la Charte, du côté des Nations Unies, et par la résolution du 18 avril 1946, du côté de la Société des Nations <sup>1</sup>.

9. L'avis de 1950 trouve aussi un appui puissant dans les principes de droit interne.

Lauterpacht rappelle que l'essence du régime des mandats est l'administration du territoire dans l'intérêt des peuples indigènes; concevoir qu'il puisse être assuré sans la surveillance serait réduire à des mots la décision de la Cour. Il existera rarement, ajoute-t-il, une plus forte raison d'appliquer — comme l'a fait la Cour — la doctrine de « cy-près » (*The*

---

<sup>1</sup> On ne doit pas oublier que la césure entre la SdN et l'ONU est politique et non pas fonctionnelle; voir les observations de Bailey et Bourquin et le préambule de la résolution de la SdN en date du 18 avril 1946 dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 209 et note 1.

*Development of International Law by the International Court*, p. 279).

Selon cette doctrine, on doit décider «cy-près que possible», spécialement dans le cas des *charitable trust*, en changeant le *trustee* ou la méthode d'administration, dans l'intérêt du bénéficiaire, quand cela est nécessaire, étant donné les circonstances. (Bogert, *Handbook of the Law of Trusts*, 1952, p. 568; Keeton, *Law of Trusts*, 1939, p. 148-149; Hanbury, *Modern Equity*, 1946, p. 227; Keeton, *Social Change in the Law of Trusts*, 1958, p. 96.)

Dans les autres droits, il n'y a pas de doute que si l'on supprime l'organe existant de tutelle et si l'on en établit un autre (si on remplace par exemple le conseil de famille par le contrôle judiciaire), le tuteur aura à rendre compte au nouvel organe.

10. En vérité, l'interprétation de l'article 80 faite par la Cour en 1950 a le mérite d'empêcher qu'on utilise le mandat pour créer un titre d'annexion; elle a le mérite d'éviter une fraude à la loi.

### *B. La règle de l'unanimité dans le Pacte de la Société des Nations*

1. Une manière indirecte mais effective de nier la transmission de pouvoirs aux Nations Unies en ce qui concerne les mandats consiste à signaler son impossibilité pratique, du fait que la règle de l'unanimité jouait dans les votes intervenant au Conseil de la Société, et que le mandataire assistait aux séances soit comme Membre soit comme invité au Conseil parce que la question l'intéressait (art. 5, par. 1 et art. 4, par. 5, du Pacte). Un droit de veto était donc attribué au mandataire, qui vidait de toute substance les droits et devoirs de surveillance et de contrôle de la Société, laquelle n'a donc pu les transmettre; aucun pouvoir, aucune faculté pratique n'aura pu passer aux Nations Unies.

2. Il importe donc d'étudier la règle de l'unanimité et la possibilité de son application à un mandataire Membre de la Société des Nations.

A l'occasion de l'avis demandé à la Cour sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, l'Afrique du Sud a soutenu énergiquement et avec force arguments que le mandat était éteint, mais elle n'a pas fait mention de la règle de l'unanimité. Ce n'est qu'après l'avis de 1950 et la constitution du Comité du Sud-Ouest africain, dans les discussions du comité et de l'Assemblée consacrées à la mise en œuvre de l'avis, que le Gouvernement de l'Union sud-africaine s'est opposé aux propositions du comité en alléguant qu'elles «ne permettraient pas notamment de sauvegarder la règle de l'unanimité consacrée par le Pacte de la Société des Nations»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Lettre adressée au président du Comité du Sud-Ouest africain, le 25 mars 1954,

L'argument a impressionné le Comité dont les membres se sont divisés. L'Assemblée générale s'est trouvée devant deux propositions. Selon l'une, les résolutions devaient être prises « sous réserve de l'approbation de l'Union sud-africaine »; elle n'obtint pas la majorité nécessaire. L'autre a abouti à la résolution 844 (IX) du 11 octobre 1954, par laquelle on a demandé à la Cour un avis sur la procédure de vote applicable aux questions relatives au Sud-Ouest africain, notamment sur le point de savoir si l'application de l'article 18, paragraphe 2, de la Charte est conforme à l'avis de 1950 et, dans l'affirmative, sur la procédure de vote que l'Assemblée générale devrait suivre. (Voir dossier transmis par le Secrétaire général de l'ONU, *C.I.J. Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 21 et suiv.) Le Gouvernement de l'Union n'a pas participé à la procédure; mais dans les notes complémentaires du dossier transmis par le Secrétaire général (*ibid.*, p. 38-48) et dans l'exposé écrit des Etats-Unis (*ibid.*, p. 57-60), la question de la règle de l'unanimité a été étudiée.

Dans l'avis de 1955, la Cour considère que, malgré les arguments sur la règle de l'unanimité produits devant l'Assemblée générale et les commissions des Nations Unies, il n'est pas nécessaire de « traiter les problèmes posés par ces arguments ou d'examiner l'étendue et la portée de l'application de la règle de l'unanimité sous le régime du Pacte de la Société des Nations », parce que la question du degré de surveillance ne s'étend pas ou ne se rapporte pas au système de vote (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 74). L'avis déclare :

« Le système de vote est lié à la composition et aux fonctions de cet organe. Il est l'une des caractéristiques de la constitution de l'organe. Prendre des décisions à la majorité des deux tiers ou à la majorité simple est l'un des traits distinctifs de l'Assemblée générale, tandis que la règle de l'unanimité était l'un des traits distinctifs du Conseil de la Société des Nations. » (*Ibid.*, p. 75.)

En conséquence la Cour écarte la thèse de l'Afrique du Sud selon laquelle il existe une incompatibilité entre le système de vote envisagé par l'Assemblée générale et la règle de l'unanimité.

L'avis de 1950 reconnaît à l'Assemblée générale le droit d'exercer les fonctions de contrôle. L'avis de 1955 lui reconnaît la faculté de prendre des décisions relatives au mandat à la majorité des deux tiers des Membres présents et votants. M. Lauterpacht aurait souhaité que la Cour examine le problème de la règle de l'unanimité sous tous ses aspects

---

par le représentant permanent de l'Union sud-africaine, annexe I au rapport du Comité du Sud-Ouest africain (*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, supplément n° 14 (A/2666)*, p. 7).

(*ibid.*, p. 98). La Cour ne l'a pas fait et la question de l'application aux mandats de la règle de l'unanimité, prévue par le Pacte, reste ouverte.

La Cour n'en a pas moins considéré dans deux arrêts successifs que, selon le Pacte et dans le cadre de la Société des Nations, la règle de l'unanimité était applicable aux mandats, sans avoir soumis la question à une étude spéciale.

L'arrêt de 1962 s'efforce de prouver que la protection judiciaire de la mission sacrée contenue dans chaque mandat constitue un aspect essentiel du système des mandats; il souligne la raison d'être et la nécessité de cette garantie évidente, en disant que sans elle la surveillance de la Société des Nations, les mesures à prendre par le Conseil, ne pouvaient être efficaces, « en tout cas, l'approbation exigeait l'unanimité de tous les représentants y compris celui du Mandataire » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 336).

Plus tard la Cour tire argument de la règle de l'unanimité, mais pour contredire l'argument de la nécessité. Le fonctionnement du système des mandats était autre, étant donné la règle de l'unanimité (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 44-47); « le Conseil n'avait aucun moyen d'imposer son point de vue au mandataire », « l'intention n'a jamais été que le Conseil puisse imposer son point de vue aux mandataires au sujet des dispositions des mandats relatives à la gestion ». « Le risque que les mandataires agissent d'une manière contraire non seulement à l'opinion des autres membres du Conseil mais encore aux dispositions mêmes des mandats a, de toute évidence, été consciemment accepté » (*taken with open eyes*) (*ibid.*, p. 46).

L'autorité des arrêts de 1962 et 1966 paraît assez faible. Ils sont en évidente contradiction l'un avec l'autre et les références à la règle de l'unanimité sont des *obiter dicta*, qui visent à renforcer l'argumentation mais ne procèdent pas d'une étude spéciale et approfondie de la question <sup>1</sup>.

On ne peut pas pour autant les négliger. L'arrêt de 1966 revient à dire que la règle de l'unanimité énoncée dans le Pacte n'est pas seulement une règle de procédure de vote, mais qu'elle touche aussi à l'essence des mandats. Il amène à se demander si les mandats ne seraient pas des cessions déguisées. Les mandataires n'ont-ils pas d'obligations juridiques et n'ont-ils que des obligations morales? Le Conseil de la Société des Nations ne pouvait-il rien faire contre l'annexion d'un territoire sous mandat?

Il semble donc que l'on doive suivre le conseil de sir Hersch Lauterpacht et examiner sous tous ses aspects la question de la règle de l'unanimité.

<sup>1</sup> Ne sont pas pris en considération les arguments et faits tirés de la pratique indiqués dans *C.I.J. Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 38-48, p. 57-60; *C.I.J. Recueil 1955*, p. 98-106, et par les auteurs: J. F. Williams, « The League of Nations and Unanimity », *American Journal of International Law*, vol. 19, p. 475 et suiv.; C. A. Riches, *The Unanimity Rule and the League of Nations*, Baltimore, 1933.



3. Si des difficultés naissent de la règle de l'unanimité pour qui veut comprendre le système des mandats, cela tient en premier lieu à une erreur de perspective. Doit-on voir la question sous l'angle de l'article 22? C'est cet article que l'on essaie d'interpréter. Selon ses dispositions, le but du mandat est la mission sacrée envers les indigènes; le mandataire est l'instrument par lequel la Société des Nations accomplit sa tâche civilisatrice, la conséquence reconnue étant l'exclusion de toute possibilité d'annexion ouverte ou déguisée, de la part du mandataire.

Pour apprécier la signification de l'article 22, on doit rappeler son origine. Les mandats ont leur base dans le traité de Versailles. L'Allemagne cède ses colonies d'Afrique à condition qu'elles deviennent des territoires sous mandat. Les Puissances alliées et la Société des Nations acceptent les territoires, à charge de veiller à ce que les mandataires auxquels on confie les territoires accomplissent dûment leur mission sacrée de civilisation.

L'Allemagne, comme partie au traité de Versailles, a un intérêt juridique à ce que la Société des Nations observe l'article 22. L'Allemagne n'a pas le droit de surveiller l'administration des territoires<sup>1</sup>, mais elle peut se plaindre si le système des mandats est transformé en un autre régime, si un territoire sous mandat devient une colonie ou est annexé.

L'article 22 joue un rôle tout à fait particulier dans le Pacte. Il crée une situation ou institution indépendante de la volonté des Membres de la Société. On peut changer les dispositions du Pacte par un vote majoritaire (art. 26); on peut modifier le mandat pour le Sud-Ouest africain avec le consentement du Conseil (art. 7 du mandat). Mais on ne peut pas abroger ou modifier l'article 22. Le régime est établi en faveur des peuples des territoires et ces territoires sont cédés à charge de respecter l'article 22.

Ce statut spécial de l'article 22 est visible si l'on envisage la structure du Pacte. L'article est un corps normatif indépendant, étranger même au reste des règles du Pacte. Ses rédacteurs avaient d'ailleurs pensé que les conventions sur les mandats seraient insérées dans le traité de paix (rapport Hymans, cité dans l'opinion individuelle de M. Jessup, *C.I.J. Recueil* 1962, p. 391).

4. La relation entre un mandataire et le Conseil n'est pas la même que celle d'un Membre de la Société par rapport au Conseil. Selon l'instrument de mandat pour le Sud-Ouest africain, le mandataire exerce l'administration au nom de la Société des Nations (préambule du mandat); il est autorisé à appliquer sa législation (art. 2); il prend à sa charge une série d'obligations (art. 2-5); il doit envoyer au Conseil un rapport annuel satisfaisant le Conseil avec toute information intéressant le territoire et

---

<sup>1</sup> C'est pour cette raison que la protestation de l'Allemagne contre la Belgique à propos du Ruanda-Urundi fut rejetée.

indiquant les mesures prises pour assurer les engagements pris suivant les articles 2, 3, 4 et 5 (art. 6).

Le mandataire descend donc du « podium » de la souveraineté. L'administration d'un territoire sous mandat n'est pas une affaire qui relève essentiellement ou accidentellement de la compétence nationale propre des Etats. La relation entre mandat (Société des Nations) et mandataire (Afrique du Sud) ou, si l'on préfère, entre le tuteur et l'autorité chargée de veiller à sa gestion n'est pas une relation d'égalité, *inter aequales*, mais de subordination dans le domaine des mandats. Le mandataire n'a ni à administrer ni à présenter des rapports à la satisfaction du Conseil en qualité de Membre, avec les conditions et prérogatives que cela comporte; il le fait comme mandataire ayant à rendre compte de son mandat.

Le mandataire ne peut pas jouer deux rôles différents et contraires. Il ne peut jouir des avantages liés à l'administration du territoire dans la robe de mandataire puis, après s'en être dépouillé et avoir revêtu la robe de Membre de la SdN, user du droit de veto et se soustraire à ses obligations de mandataire.

5. L'article 5, paragraphe 1, du Pacte établit la règle de l'unanimité d'une manière générale « sauf disposition expressément contraire du présent Pacte ». Règle tranchante et qui semble exclure la possibilité d'une dérogation implicite ou par analogie s'il n'existe pas une disposition expressément contraire à la règle.

Mais l'interprétation ne mérite pas son nom si elle s'en tient à l'écorce des mots, en sacrifiant superstitieusement les autres règles du droit — en l'occurrence, en négligeant l'article 22 du Pacte et les principes qui l'inspirent.

a) Pour connaître la signification des articles 4 et 5 du Pacte, il faut d'abord examiner leur but propre.

Lors de la rédaction du Pacte, la règle de l'unanimité était fondamentale comme expression et garantie de la souveraineté et de l'indépendance des Etats. A la naissance de la Société des Nations, on a éprouvé le besoin de rassurer les gouvernements. On a dit « aucune nation, grande ou petite, n'a à craindre l'oppression des organes de la Société des Nations » (lord Cecil, cité par Riches, *loc. cit.*, p. 22); et l'on a dit aussi que serait écarté tout projet par lequel « notre propre pays [le Royaume-Uni] serait exposé à ce qu'une recommandation soit adoptée contre lui par le vote d'une majorité, dans une matière qui affecte vitalemment son intérêt national » (rapport intérimaire du Comité pour la Société des Nations présidé par sir Walter Phillimore, 1918, Riches, *loc. cit.*, p. 3).

Tel étant le but, et le but unique de la règle, il est logique que la Première Commission de la Deuxième Assemblée ait accepté le

rapport du comité de Londres, lequel après avoir précisé que la règle de l'unanimité est une garantie de la souveraineté des Etats, en déduit que l'unanimité n'est pas nécessaire, exception faite des cas où la souveraineté est en péril (Riches, *loc. cit.*, p. 98). La Deuxième Assemblée « explique à nouveau que l'adoption de la règle de l'unanimité est en premier lieu un moyen de protéger « les droits de souveraineté des Etats » et établit aussi qu'elle doit être gardée seulement là où elle sert à cette fin » (Riches, *loc. cit.*, p. 117).

Cette règle de l'unanimité protège non seulement les Membres de la Société, mais tous les Etats. Dans la pratique du Conseil, il est d'usage de considérer que le droit de « siéger en qualité de membre » impliquant un droit de vote, doit s'appliquer aussi par analogie aux pays qui ne sont pas membres de la Société.

On connaît, à côté de cela, la raison du décalage entre la forme absolue de la règle et le caractère limité de son objet et de son but.

En 1930, au moment où l'on envisageait d'apporter un amendement à l'article 13, deux des auteurs du Pacte, lord Cecil of Chelwood et M. Scialoja exprimèrent l'avis que c'était uniquement par inadvertance qu'une disposition relative à l'unanimité « relative » avait été insérée dans certains articles visant les différends et omise dans d'autres <sup>1</sup>.

b) La Cour permanente a dit :

« Il en résulte que, d'après le Pacte lui-même, dans certains cas et spécialement lorsqu'il s'agit du règlement d'un différend, la règle de l'unanimité s'applique avec cette limitation, que les votes donnés par les représentants des Parties intéressées n'ont pas l'effet d'exclure l'unanimité requise.

Il s'agit toujours de la règle bien connue d'après laquelle nul ne peut être juge dans sa propre cause.

A un point de vue pratique, exiger que les représentants des Parties acceptent la décision du Conseil équivaldrait à leur donner un droit de *veto* pouvant empêcher toute décision... » (C.P.J.I. série B n° 12, p. 31-32.)

<sup>1</sup> Lord Cecil: « a toujours été d'avis que c'est probablement par accident que la règle du Pacte de la SdN suivant laquelle l'unanimité ne doit pas comprendre les parties au différend n'a été spécifiée que dans certains cas. Evidemment, si c'est une règle juste, elle doit s'appliquer à tous les différends. »

M. Scialoja: « Il n'y a pas de doute que ... c'est simplement par oubli que l'on n'a pas dit que les voix des parties intéressées ne figuraient pas dans le calcul de l'unanimité. » (Dossier transmis par le Secrétaire général de l'ONU, C.I.J. *Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 41.)

En conséquence, on a pu dire que :

« La condition d'unanimité, si expresse que soient les termes qui la posent, est implicitement limitée par ce dernier principe [une partie ne peut être juge dans sa propre cause] et il ne faudrait rien de moins que son exclusion expresse pour autoriser un Etat à prétendre qu'en agissant comme juge dans sa propre cause il possède le droit de priver de tout effet une obligation internationale solennelle à laquelle il a souscrit. » (Opinion individuelle de M. Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 104.)

- c) Dans une étude sur la règle de l'unanimité, on a dit que « le droit est l'expression de la volonté d'un organisme vivant », et que « la continuité de l'organisme exige qu'il soit adapté aux conditions de sa vie » (Williams, *loc. cit.*, p. 475, 485). C'est ce qu'a fait la Société des Nations.

Déjà en 1921 on recommande dans une résolution que « en attendant la ratification de l'amendement [sur l'article 16], les votes des parties soient exclus pour déterminer s'il y a eu unanimité » (Riches, *loc. cit.*, p. 141).

De la même manière, et pour éviter aussi le résultat absurde que la règle de l'unanimité empêche l'application de l'article 26 du Pacte, on considère que, pour proposer des modifications au Pacte, l'unanimité n'est pas nécessaire et la majorité requise pour les modifications est suffisante (Riches, *loc. cit.*, p. 109, 115).

On peut citer aussi quatre différends dans lesquels le Conseil considère ses résolutions comme obligatoires, malgré le vote contraire de l'une des parties (opinion individuelle de M. Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 101; Riches, *loc. cit.*, p. 145)<sup>1</sup>. On peut citer enfin toutes les résolutions sur des questions dans lesquelles la Société avait à remplir des fonctions administratives (Riches, *loc. cit.*, p. 161, 166).

- d) Après une étude consciencieuse de la pratique de la Société on a pu conclure « qu'elle montre une disposition décidée de la part des Membres à ne pas permettre que la règle de l'unanimité rende impuissante la Société, et cela malgré les règles explicites de l'instrument juridique qui est sa loi fondamentale » (Riches, *loc. cit.*, p. 117).

- e) La contradiction apparente entre l'article 22 et les articles 4 et 5 du Pacte doit être surmontée compte tenu de la valeur relative de ces dispositions.

Les articles 4 et 5 sont des règles d'une nature abstraite et générale; leur but est étranger à la relation du mandataire avec le mandant au

---

<sup>1</sup> Naturellement pour des raisons politiques, le Conseil pouvait considérer comme non obligatoires des résolutions auxquelles une partie s'est opposée — cas de la Lituanie et du Japon (Riches, *loc. cit.*, p. 148-152).

nom (*on behalf*) duquel il exerce l'administration. Donc, la non-application de la règle de l'unanimité aux fonctions du Conseil concernant le mandat ne contredit pas l'objet et la fin des articles 4 et 5, à savoir le respect de la compétence exclusive des Etats. Au contraire, l'article 22 donne naissance à une institution dont la nature est incompatible avec la possibilité de l'exercice d'un veto par le mandataire.

Il est si contraire à la notion de mandat, de tutelle et à la bonne foi d'établir et de réglementer la surveillance sur le mandataire tout en rendant « cette surveillance nominale et inopérante », tout en laissant à la seule bonne volonté du mandataire l'accomplissement de ses obligations, que cela « ne peut être déduit de façon concluante du seul fait que la constitution prévoit la règle de l'unanimité » (voir opinion individuelle de M. Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 99).

D'un autre côté, le principe *nemo iudex in re sua* interdit que l'administrateur, le tuteur ou le mandataire soit celui qui décide ou juge s'il a lui-même rempli ou non ses obligations comme tel — « il n'existe pas de motif valable permettant de distinguer entre les organes judiciaires et les organes de surveillance, du point de vue de l'applicabilité du principe selon lequel nul ne peut être juge en sa propre cause » (opinion individuelle de M. Lauterpacht, *ibid.*, p. 100).

La question soulevée par la règle de l'unanimité est la même que celle qui se présente dans la pratique du droit interne, et à laquelle on répond en faisant appel à la notion de fraude à la loi. Celle-ci se caractérise par le fait qu'on demande la protection d'une règle abstraite et générale, pour éviter l'application d'une autre règle visant à régler un fait concret. Dans les cas où la règle abstraite n'a pas pour but de régler le fait concret, on applique la règle qui vise directement ce fait.

La demande de l'Afrique du Sud tendant à ce qu'on applique la règle de l'unanimité peut donc être qualifiée d'*agere in fraudem legis*. Une interprétation des articles 22, 4 et 5 du Pacte justifiant le refus du mandataire d'accomplir les obligations qu'il a acceptées par l'instrument de mandat, et par la signature du Pacte, pourrait être qualifiée d'*interpretatio in fraudem legis*.

On doit ajouter dans le même sens que l'idée de l'application de la règle de l'unanimité aux mandats ne fut pas généralement admise par la doctrine contemporaine à la Société. Wright la rejette d'une manière décidée sur la base de l'avis rendu dans l'affaire dite de *Mossoul*, et des articles 15 et 16 du Pacte (*Mandates Under the League of Nations*, p. 132, 522). A l'Institut de droit international (session de Cambridge, 1931, sur les mandats internationaux), à propos de la révocation des mandats, Borel soulève la question de la règle de l'unanimité; Sefériades oppose que bien que le Conseil décide à l'unanimité, on ne tient pas compte du vote du mandataire. Rolin affirme que l'unanimité n'est pas nécessaire mais que

ce n'est pas le moment de traiter de la question. La discussion ne fut pas poursuivie mais le vote favorable à la révocation implique le rejet de l'application de la règle de l'unanimité aux mandats (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. II, p. 58). Les nombreux auteurs qui affirment le droit pour la Société de révoquer les mandats paraissent implicitement partager le même avis. Récemment encore, Dugard soutient la non-application de la règle de l'unanimité aux mandats (« The Revocation of the Mandate for South West Africa », *The American Journal of International Law*, 1968, p. 89 et suiv.).

#### V. POSSIBILITÉ DE DÉCHÉANCE DU MANDATAIRE — LA NATURE DU MANDAT

Il convient de rappeler les caractéristiques du régime des mandats, car ce n'est qu'en tenant compte de sa nature que l'on pourra répondre à la question relative aux pouvoirs que possédait la Société des Nations, puis, à sa place, l'Organisation des Nations Unies.

Les mandats ne sont pas une simple concession des Principales Puissances alliées et associées aux Etats mandataires. Le mandat est une institution très complexe.

Elle est basée sur la cession faite par l'Allemagne de ses colonies en Afrique (art. 118, 119 du traité de paix). Cette cession n'est pas pure et simple, elle est faite *sub modo*. Ces territoires ne passent pas sous la souveraineté des Etats mandataires. Dans le traité, l'Etat mandataire est désigné comme « le gouvernement qui exercera l'autorité sur ces territoires » (art. 127); le transfert des territoires est lié « à la Puissance mandataire prise en cette qualité »; et les territoires sont « administrés par mandataire d'après l'article 22 de la partie I (la Société des Nations) du présent traité » (art. 257); on parle aussi des puissances « administrant d'anciens territoires allemands en tant que mandataires, en vertu de l'article 22 de la partie I (la Société des Nations) » (art. 312). C'est cet article 22 qui fixe les principes de la nouvelle institution.

La Société des Nations assume la responsabilité d'une « mission sacrée de civilisation »<sup>1</sup>, « dans l'intérêt de la population indigène », jusqu'au moment où les peuples en question seront « capables de se diriger eux-mêmes ». Dans le Pacte on relève ainsi la nature temporaire du mandat; il doit finir quand la population indigène sera apte à se gouverner par elle-même. Le général Smuts s'est efforcé de faire supprimer cette référence au caractère limité dans le temps des mandats, et a proposé à

<sup>1</sup> Fraser (Nouvelle-Zélande), président du comité 4, achève en ces termes son rapport à la Commission II: « Le mandat n'appartient pas à mon pays ou à un autre pays. On le tient en *trust* pour le monde. » (UNCIO, vol. VIII, doc. 1144, séance du 21 juin 1945, p. 154; citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 222.)

cette fin de biffer le mot « encore » (*yet* en anglais) dans l'expression « non encore capables de se diriger eux-mêmes »; mais cette proposition fut rejetée.

La Société des Nations confie « la tutelle de ces peuples aux nations développées », qui « exerceraient cette tutelle en qualité de mandataires et au nom de la Société »<sup>1</sup>. La Société confie les pouvoirs d'administration au mandataire « sous réserve des garanties prévues plus haut dans l'intérêt de la population indigène ». Plus spécialement on établit une commission permanente chargée de recevoir et d'examiner les rapports des mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats. Dans le mandat pour le Sud-Ouest africain, à côté de la référence à l'article 22 du Pacte, il est prévu que le mandataire devra envoyer au Conseil des rapports satisfaisant celui-ci et contenant toute information intéressant le territoire et indiquant les mesures prises pour s'acquitter de certains engagements spécifiques (art. 6).

La surveillance par l'organe de la communauté internationale est une caractéristique distinctive du mandat (Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930, p. 64), conforme à sa nature même (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133, 136). « En fait, exclure les obligations liées au Mandat reviendrait à exclure l'essence même du Mandat » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 334)<sup>2</sup>. C'était une responsabilité grave de la Société des Nations, à présent des Nations Unies, que la « mission sacrée » envers les peuples indigènes, et qui ne peut être assurée qu'au moyen du contrôle et des possibilités qu'il offre<sup>3</sup>.

La tâche que les Etats mandataires doivent remplir « au nom » (*on behalf*) de la Société est qualifiée de fonction de « mandataire » (*mandatory*) et consiste à exercer une « tutelle » (*tutelage*). Elle est marquée, comme ces termes mêmes l'indiquent en droit interne, par le désintéressement. Celui-ci a été solennellement proclamé par les Puissances alliées

<sup>1</sup> Le gouverneur de la Nouvelle-Zélande a dit en 1926: « Le Samoa occidental ne fait pas partie intégrante de l'Empire britannique: c'est un enfant dont nous avons accepté la tutelle » (Commission permanente des mandats, procès-verbaux de la dixième session, 1926, p. 24, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 203).

<sup>2</sup> « La surveillance internationale prévue par les paragraphes 7 et 9 de l'article 22 du Pacte est la pierre angulaire de tout le système des mandats »; des décisions du Conseil il résulte « que c'est un contrôle effectif et sérieux qui est visé et non pas un contrôle purement théorique ou fictif ». (*Le système des mandats: Origine, principes et application*, citations dans *C.I.J. Mémoires, Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, p. 28.)

<sup>3</sup> « En ce qui concerne le devoir qui incombe à la Société d'assurer l'observation des termes des mandats, le Conseil envisage ses attributions en l'espèce dans le sens le plus large » (rapport présenté par le Conseil à l'Assemblée le 6 décembre 1920, document de l'Assemblée de la SdN, 20/48, 161, citation dans *C.I.J. Mémoires, ibid.*, p. 29).

(16 juin 1919) en réponse à une protestation du Gouvernement allemand à la conférence de la paix : « Les Puissances mandataires qui, étant constituées fidéicommissaires par la Société des Nations, ne tireront aucun bénéfice de ce fidéicommissis ». Cette conception se traduit à l'article 257 du traité de paix, où il n'est pas tenu compte de la valeur des possessions allemandes cédées pour le calcul des indemnités à payer par l'Allemagne (van Rees, *Les mandats internationaux*, 1927, p. 18, 19). Ce même argument du désintéressement fut utilisé par les Principales Puissances alliées et associées en face de l'Italie qui réclamait des compensations territoriales sur la base des promesses faites par la France et par la Grande-Bretagne :

« les territoires qui furent confiés à leur Mandat ne constituent aucun agrandissement de leurs possessions coloniales; les territoires en question ne devant appartenir, en vertu du système des Mandats, qu'aux peuples qui les habitent » (Stoyanovski, *La théorie générale des mandats internationaux*, 1925, p. 18).

Les droits du mandataire, en conséquence, « ne sont pour ainsi dire que de simples instruments lui permettant de remplir ses obligations » (*C.I.J. Recueil* 1962, p. 329).

Cette conception a d'importantes conséquences pratiques. Le mandataire n'a pas le pouvoir de transmettre, céder ou louer une partie quelconque du territoire sous mandat (rapport de Sjöberg, cité par Wright, *loc. cit.*, p. 122). La Commission permanente des mandats a protesté contre le fait que, dans l'accord sur les frontières entre l'Afrique du Sud et le Portugal (1926), l'Afrique du Sud ait indiqué qu'elle possède la souveraineté (*possesses sovereignty*) dans le territoire sous son mandat (Wright, *loc. cit.*, p. 121, 201-202, 446)<sup>1</sup>; la même commission insiste là-dessus en soutenant que « comme corollaire direct de l'absence de souveraineté, le mandataire ne peut tirer aucun profit direct du territoire » (*ibid.*, p. 214), et que, « même dans les territoires sous Mandat « C », il y a lieu d'examiner si la discrimination économique n'est pas contraire aux intérêts des habitants du territoire » (*ibid.*, p. 215).

Selon van Rees, les territoires sous mandat ont une individualité marquée; les puissances mandataires sont des gérants obligés de respecter rigoureusement l'intégrité des territoires; les terres vacantes ou sans maître font partie du domaine du territoire (*Les mandats internationaux*, p. 22). La Commission permanente des mandats a dit aussi, en 1925, que des contributions ou donations des territoires sous mandat en faveur de l'Etat mandataire ne sont admissibles que si elles concernent des institutions et des œuvres dont le territoire sous mandat peut tirer un

<sup>1</sup> A cette occasion, M. Smit, représentant de l'Afrique du Sud, a dit: « l'Union sud-africaine exercera et possédera cette souveraineté [sur le territoire du Sud-Ouest africain] au nom d'une tierce partie non définie. Telle est sa manière de voir; il ne peut être question d'annexion. » (Commission permanente des mandats, procès-verbaux de la onzième session, 1927, p. 92, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 197.)



avantage matériel ou moral (Bentwich, *The Mandates System*, p. 106, 107); en 1927, elle a dit que les chemins de fer et ports construits par les Allemands dans le Sud-Ouest africain ne pouvaient pas être considérés comme relevant du *dominium* de l'Afrique du Sud et elle a exigé qu'on proclame leur appartenance au territoire administré par l'Union; en 1929, l'Afrique du Sud a donné des explications conformément à la demande qui lui était faite (*ibid.*, p. 96).

L'instrument de mandat pour le Sud-Ouest africain allemand en date du 17 décembre 1920 a la forme d'une déclaration adoptée par le Conseil de la Société des Nations. Sa nature a été discutée par la doctrine qui n'a pu le faire entrer dans aucune des notions juridiques connues. Sa gestation, comme celle des autres mandats, a été la suivante: l'Allemagne a cédé aux Principales Puissances alliées et associées le Sud-Ouest africain allemand, pour qu'il soit administré par le mandataire conformément à l'article 22 du Pacte. Les Principales Puissances conviennent qu'un mandat soit conféré à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par l'Union de l'Afrique du Sud, conformément à l'article 22 du Pacte. Sa Majesté britannique, agissant pour l'Afrique du Sud, s'engage à accepter le mandat et à l'exercer au nom de la Société des Nations. Le Conseil de la SdN, considérant l'article 22, paragraphe 8, a statué sur les points mentionnés dans cette disposition, et confirmé le mandat.

Elaboration compliquée, marquée d'interventions aux significations diverses. Celle de l'Afrique du Sud est la plus passive: Sa Majesté britannique s'est engagée à accepter pour elle le mandat. De cette manière prend naissance une institution internationale dont l'essence est dans l'article 22 du Pacte — ce qui ressort d'ailleurs de la continuelle référence faite à cet article dans le traité de Versailles et dans l'instrument de mandat. C'est en vérité aux principes fondamentaux de l'article 22 que se réfère aussi la résolution testamentaire de la Société des Nations du 18 avril 1946; ce sont ces principes qui donnent sa signification au régime des mandats.

La mission sacrée envers les peuples indigènes des territoires sous mandat est une responsabilité directe de la communauté internationale organisée. La Société des Nations et, depuis le 18 avril 1946, l'Organisation des Nations Unies, a le devoir de garantir à ces peuples que cette mission ne sera pas trahie par la conduite des mandataires agissant précisément en son nom. C'est de ces principes que naissent des obligations bien définies à la charge des Nations Unies et des mandataires.

## VI. POSSIBILITÉ DE RETRAIT DU MANDAT

### A. La révocabilité des mandats

La question préalable clé, compte tenu des antécédents, pour répondre à la demande d'avis, est celle de savoir si l'Assemblée générale a pris une

décision *ultra vires*, en déclarant « terminé » le mandat confié à l'Afrique du Sud. Même en admettant que les Nations Unies ont succédé à la Société des Nations dans ses pouvoirs de surveillance, il est clair que si la Société des Nations ne pouvait pas retirer le mandat à l'Afrique du Sud, les Nations Unies n'ont pas pu recevoir des pouvoirs que la Société n'avait pas. Il faut donc considérer si la Société des Nations avait le pouvoir de mettre fin aux mandats.

La lutte entre les colonialistes et les progressistes n'a pas fini avec la signature du Pacte. Il est normal que les colonialistes pensent et disent que le système des mandats est une forme voilée d'annexion, que la souveraineté sur les territoires sous mandat appartient aux mandataires et que la concession d'un mandat est définitive et irrévocable. Les défenseurs des intérêts coloniaux ont à surmonter l'obstacle que constitue l'expression des buts du régime des mandats dans l'article 22 du Pacte. Pour y parvenir, ils font valoir les arguments suivants : l'article 22 ne mentionne pas le droit de révocation ; or si l'on avait voulu le conférer à la Société des Nations, on l'aurait stipulé expressément dans le Pacte. Les Etats mandataires, ou la plupart d'entre eux, ont manifesté franchement le désir d'obtenir l'annexion pure et simple, dans les discussions antérieures à la rédaction de l'article 22. Les mandats ont été attribués aux Etats par les Principales Puissances alliées et associées et non par la Société des Nations et comme les Principales Puissances avaient acquis ces territoires par conquête, seules elles auraient pu garder la faculté de révoquer le mandat, à l'exclusion de la Société.

Ces arguments semblent assez faibles. La règle *inclusio unius exclusio alterius* est sans application quand le but d'une norme montre qu'une interprétation conforme à la *ratio juris* est nécessaire si l'on veut lui donner effet. Il n'y a pas lieu de prendre en considération les désirs et les espoirs de certaines parties au Pacte, pas plus que toute *reservatio mentalis*, dès lors que les autres parties n'en ont pas tenu compte lors de la signature, même si l'Afrique du Sud les invoque. Les Principales Puissances n'ont pas acquis les territoires par voie de conquête (il n'y a pas eu *debellatio*), et si l'Allemagne cède des territoires dans le traité de Versailles, c'est pour qu'ils soient placés sous mandat, conformément à l'article 22 du Pacte.

Vu la faiblesse de l'argumentation ci-dessus commentée, c'est la position contraire, favorable au droit de la Société des Nations de mettre fin au mandat, qui doit l'emporter. Mais les tenants de cette opinion sont eux-mêmes divisés sur le fondement de ce droit.

Il est évident que l'idée originale du système des mandats englobait la possibilité d'une révocation. Pour le général Smuts qui la formule, l'attribution du mandat constitue une preuve de grande confiance et un honneur, et le mandat ne doit pas être une source de profits ou d'avantages personnels pour les nationaux du mandataire (*The League of*

*Nations: A Practical Suggestion*, 1918, p. 21-22); il ajoute que la Société se réservera « le droit absolu d'exercer en dernier ressort son contrôle ou sa surveillance, de même qu'elle réservera au territoire ou au peuple intéressé le droit d'en appeler à la Société contre toute violation flagrante de son mandat par l'Etat mandataire » (*ibid.*, p. 23). Mais c'est à des territoires européens que le général Smuts pense comme éventuels mandats, et c'est lui qui plus tard demandera l'annexion pour les territoires de l'Afrique. C'est Wilson qui fera étendre l'application du système des mandats aux territoires africains, en conservant les principes formulés par le général Smuts.

On peut expliquer le silence de l'article 22 sur la révocation par les circonstances de sa rédaction. Contrairement aux autres articles du Pacte, il ne fut pas rédigé par des experts connaissant les finesses de l'interprétation juridique; on sait qu'il fut mis au point par des hommes politiques, sans être révisé par les experts. La société internationale de la belle époque n'aimait pas mentionner les choses désagréables et préférait les laisser sous-entendues. Il aurait été de mauvais goût de parler de la possibilité qu'une des Principales Puissances trahisse la mission sacrée qu'on lui aurait confiée. Ce risque lointain était cependant couvert grâce aux termes employés.

Que telle ait été la situation à ce moment-là semble confirmé par ce qu'on connaît des discussions préalables à la rédaction du Pacte et ce que l'on sait de l'opinion des membres de la Commission permanente des mandats.

Dans les réunions préalables à la rédaction du Pacte, certains gouvernements se montrèrent soucieux des conditions applicables aux mandats; un mandat pouvait ne pas présenter d'intérêt s'il était révocable du jour au lendemain. On les a tranquilisés en leur disant qu'une telle révocation était pratiquement impossible. On n'a pas nié la possibilité juridique d'une révocation, mais on a essayé de dissiper leurs craintes en précisant qu'une telle possibilité n'était pas à prévoir, étant donné les puissances auxquelles il avait été convenu d'accorder des mandats, et celles qui composaient le Conseil de la Société des Nations.

Les membres de la Commission permanente des mandats ont eu à discuter la question de la révocabilité. Le devoir s'imposait à eux de favoriser le développement économique des territoires sous mandat. Or d'aucuns avaient émis la crainte que l'éventualité d'une révocation n'effraie les investisseurs. Quoi faire pour les tranquilliser? Des rapports des discussions on retire l'impression que l'on n'a pas voulu donner une réponse négative tranchante, mais que l'on n'a pas ménagé les efforts pour fortifier l'assurance qu'une révocation est inconcevable en pratique. Seul van Rees croit avoir trouvé un appui juridique dans l'opinion de Rolin; mais on peut lui opposer que cet auteur considère la révocation possible en cas de grave abus du mandat<sup>1</sup>. L'opinion des hommes con-

<sup>1</sup> Après avoir dit que le mandat est une aliénation irrévocable, il ajoute: « elle ne serait sujette à révocation à charge de ce dernier [le mandataire] que pour un

naissant le mieux les territoires sous mandat et des administrateurs des colonies paraît assez défavorable à l'irrévocabilité. Van Rees, qui tient tant à donner des assurances aux entrepreneurs, énumère parmi les questions que l'article laisse sans réponse: le mandat est-il révocable et dans l'affirmative quelle autorité est compétente pour prendre une telle décision? Il laisse lui-même la question sans réponse (*Les mandats internationaux*, 1927, p. 14). Sir Frederick Lugard, qui avait souligné à la Commission le caractère inconcevable de l'hypothèse de la révocation, admet la révocabilité sans le moindre doute dans son livre fondamental. Il le fait en considérant la situation juridique des personnes sous mandat: « la personne « protégée en vertu d'un mandat » partage avec celui qui possède le territoire (*the owner of the estate*) un titre précaire, sous réserve de l'éventualité que le mandat soit révoqué ou abandonné » (*The Dual Mandate in British Tropical Africa*, 2<sup>e</sup> éd., 1923, p. 56; 5<sup>e</sup> éd., 1965, p. 56) <sup>1</sup>.

Les auteurs qui soutiennent la thèse de la révocabilité la défendent avec des arguments divers concernant: le caractère foncièrement temporaire des mandats, la nécessité de la cessation dans le cas d'un peuple mûr pour l'indépendance, la souveraineté de la Société des Nations, la sanction résultant d'un manquement aux devoirs, les principes généraux régissant mandats, tutelle et *trust*, la manifestation des pouvoirs de surveillance et de contrôle, l'impossibilité de coopération et la nécessité de protéger les peuples. Cette abondance de motifs n'est pas la preuve de la faiblesse de la thèse, c'est la conséquence de la variété des aspects de l'institution du mandat et de la possibilité d'envisager des causes diverses de terminaison.

Il n'est pas juridiquement tout à fait juste de dire que les pouvoirs de la Société des Nations correspondent à l'exercice de l'*exceptio non adimpleti*. C'est une des caractéristiques des contrats synallagmatiques mais c'est aussi la manifestation d'un principe général. Dans les contrats, celui qui remplit les obligations contractuelles fondamentales a la possibilité, en cas de défaillance du cocontractant, non seulement de déclarer la résolution du contrat, mais aussi de demander l'indemnisation des préjudices et la *restitutio* de ce qui est reçu par le contrat (c'est le cas par exemple des cessions de bases militaires: si le traité prend fin en raison de violations commises par le cessionnaire, celui-ci doit restituer). Mais il y a d'autres

---

manquement tellement grave aux conditions de la cession qu'il témoignerait de l'inaptitude foncière du mandataire à administrer le territoire conformément au Pacte». (« Le système des mandats coloniaux », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1920, p. 352-353.)

<sup>1</sup> Rappard, à la Commission permanente des mandats, après avoir dit que la révocabilité des mandats est conforme aux principes généraux ajoute:

« Ce serait, en effet, affaiblir dans l'opinion ce qui fait la valeur propre de l'institution dont nous sommes les défenseurs attitrés que de déclarer que, quelle que puisse être en théorie l'indignité d'une Puissance mandataire, elle ne pourrait jamais, dans aucune hypothèse, donner lieu à la révocation du Mandat. » (Procès-verbaux de la sixième session, 1925, p. 157, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 230, note 3.)

relations dans lesquelles la faculté de mettre fin à la relation contractuelle et de demander la *restitutio* est spécialement énergique. Dans le mandat, dans la tutelle et dans les *trusts*, il est accordé à une partie ou à une autorité un pouvoir particulier de mettre fin à la situation. Celui qui confère le pouvoir d'administrer en son nom et pour lui peut retirer ce pouvoir (et quand il charge autrui de remplir ses propres devoirs envers un tiers il doit le retirer), si celui auquel il l'a confié ne s'acquitte pas des obligations assumées, dit ne pas vouloir s'en acquitter ou nie avoir des obligations. La nature juridique propre des mandats internationaux fait qu'on doit tenir compte de ces considérations.

Il semble bien qu'on a rédigé l'article 22 en s'efforçant de mettre en vedette les buts fondamentaux du mandat. Les termes employés, mandat, tutelle, *trust*, montrent chacun à sa manière le caractère commun d'une mission de confiance (*fides facta*), des fonctions protectrices exercées pour l'organisation internationale et en son nom par le mandataire. Celui-ci est lié par le mandat, et comme l'organisation, avec pouvoir d'*officium*. C'est pour cette raison, semble-t-il, qu'on a choisi le terme « tutelle ». L'une des expressions figurant au paragraphe 1 de l'article 22 est pratiquement la même que la définition d'école concernant la tutelle (*qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit*, *Digeste* 26, 1, 1, pr.). Cela convient aussi à la nature de *trust* attribuée aux mandats. Le tuteur dans la *common law* a la position de *trustee* (*The relation of guardian and ward is strictly that of trustee and* celui que *trust*). Comme ces notions juridiques visent essentiellement la protection des personnes qui ne peuvent pas se gouverner elles-mêmes (ici les peuples), la conséquence nécessaire est l'exercice d'une surveillance sur celui qui est chargé de la tutelle (*supervision of the guardian*), et en cas d'infractions graves à ses devoirs (*fides fracta*), la perte ou déchéance de la tutelle (*forfeiture of guardianship*).

On voit qu'étant donné la rédaction de l'article 22 et les termes employés, il n'était pas nécessaire de parler de la révocation des mandats. L'essence de cette notion implique d'une manière claire et évidente la possibilité de mettre fin au mandat, et même le devoir qui incombe à l'organisation de le faire, en cas de manquements graves à des obligations de la part du mandataire. Un mandat qu'on ne pourrait pas révoquer dans un tel cas ne serait pas un mandat mais une cession de territoire ou une annexion déguisée.

Il est difficile de croire que, d'une part, on a organisé le fonctionnement du mandat, avec une commission permanente pour contrôler l'administration du mandataire et que, d'autre part, on laisse le mandataire libre de faire ce que bon lui semble, à l'encontre de la nature même du mandat, qu'on le mette en possession du territoire sans aucune obligation de sa part. (*Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio*, *Digeste* 44, 7, 8.) Il serait vraiment excessif qu'il soit permis au mandataire de faire ce qu'il veut, de commettre au nom de l'organisation des actes contraires aux fins de l'article 22. Une interprétation qui nierait la possibilité de mettre

fin au mandat en cas de violation flagrante de ses obligations par le mandataire réduirait l'article 22 à un *flatus vocis*, ou plutôt à une « blague sanglante », en donnant une couleur de légalité à l'annexion des territoires sous mandat.

Ces considérations expliquent que la *communis opinio* soit favorable à la faculté de révocation. A la session de Cambridge de l'Institut de droit international (juillet 1931), on a adopté une résolution sur « les Mandats internationaux ». L'article VII dit : « Les fonctions de l'Etat mandataire prennent fin par démission ou révocation du mandataire... ». La révocation de l'Etat mandataire et l'abrogation du mandat sont décidées par le Conseil de la Société des Nations; l'abrogation peut résulter aussi de l'admission de la collectivité sous mandat comme Membre de la Société des Nations. Le mot « révocation » fut accepté par 27 voix contre 15 (*Annuaire* de l'Institut, vol. II, p. 60; pour le texte de la résolution, voir vol. II, p. 233-234). Les objections formulées contre cette expression sont de différentes catégories. Wehberg pense que la Société des Nations peut retirer le mandat unilatéralement, même sans faute grave du mandataire car elle a la souveraineté sur le territoire. Verdross souligne que la fin du mandat doit être basée sur les principes de droit qui permettent l'abrogation pour inobservation des obligations. Gidel cite l'*exceptio non adimpleti contractus*. Mais Rolin, rapporteur, défend le terme « révocation » en disant qu'il est de l'essence du contrôle de comporter les sanctions adéquates : « en acceptant de gérer un territoire sous le contrôle de la Société des Nations, l'Etat mandataire a accepté implicitement la sanction de la révocation de sa charge » (pour la discussion, voir vol. II, p. 54 à 59).

On a observé que la fonction de l'Institut est *de lege ferenda*, et qu'en conséquence on ne peut pas l'invoquer pour l'interprétation de l'article 22 du Pacte. Mais on semble oublier que, dans le vote final, plusieurs membres se sont abstenus et ont expliqué leur abstention en disant que la résolution touchait à l'interprétation du Pacte (ainsi Brown Scott, Huber, Fischer Williams; probablement Diéna, p. 66-67)<sup>1</sup>.

Plus récemment, après la dissolution de la Société des Nations, des auteurs indépendants ont soutenu le caractère temporaire des mandats et la possibilité de leur révocation (Crawford, « South West Africa: Mandate Termination in Historical Perspective », *The Columbia Journal of International Law*, vol. VI, n° 1, 1967, p. 95, 100, 107, 109, 119; Dugard, « The Revocation of the Mandate for West Africa », *The American Journal of International Law*, *in toto*, spécialement p. 85 et suiv.).

On a soutenu que le silence de la Charte sur la possibilité de révoquer

<sup>1</sup> Il y a eu 18 abstentions, 38 votes en faveur de la résolution et aucun vote contraire.

les tutelles est concluant en ce sens qu'il établit leur irrévocabilité. Donc, ajoute-t-on, c'est là un autre argument en faveur de l'irrévocabilité des mandats, étant donné l'analogie entre les deux notions. Mais la non-réglementation de la révocation de la tutelle ne signifie pas son exclusion; le but de l'institution semble au contraire exiger la possibilité de la révocation. Il aurait fallu une déclaration expresse pour entraîner l'irrévocabilité. La Charte ne semble pas avoir voulu laisser la gestion des territoires sous tutelle à la libre volonté des administrateurs, de sorte que l'organisation serait privée de toute autorité pour sanctionner la violation de leurs obligations. L'Afrique du Sud ne paraît pas avoir pensé différemment lorsqu'elle a écarté toutes les demandes des Nations Unies relatives à la signature d'un accord de tutelle.

Dans une étude consacrée à la question des tutelles, il est signalé qu'en vertu de l'article 85, paragraphe 1, et conformément à la procédure établie par l'article 18, paragraphe 2, on peut mettre fin à une tutelle pour violation substantielle (Marston, « Termination of Trusteeship », *International and Comparative Law Quarterly*, XVIII, 1969, p. 18).

#### B. Les faits ayant entraîné le retrait du mandat

Se rattachant aux nombreux renseignements présentés dans les exposés écrits et oraux de l'Afrique du Sud, se trouve l'offre du Gouvernement sud-africain de produire des preuves pour réfuter les accusations dirigées contre lui en raison de ses manquements à ses devoirs de mandataire. Mais il y a tout de même un fait sur lequel l'Afrique du Sud ne sollicite pas l'ouverture de la preuve, un fait dont elle reconnaît et proclame l'existence. C'est son refus de remplir ses obligations comme mandataire envers l'organisation au nom de laquelle elle doit administrer et de laquelle dépend son titre juridique à l'occupation et à l'administration de la Namibie (Sud-Ouest africain).

Cette infraction commise contre le mandat est la plus grave de toutes du point de vue juridique formel. Dans ses conclusions l'Afrique du Sud nie le maintien du mandat qu'elle considère comme caduc ou bien, à titre subsidiaire, soutient la disparition des obligations essentielles du mandat. De cette manière, l'Afrique du Sud empêche les Nations Unies de remplir leur « mission sacrée » envers le peuple de la Namibie.

L'Afrique du Sud a manqué à ses devoirs comme mandataire et elle a déclaré de façon solennelle et insistante sa décision de ne pas les remplir; elle a nié leur existence. La Cour, elle, a déclaré que l'Afrique du Sud est soumise aux obligations internationales qui découlent de son mandat pour le Sud-Ouest africain et que les fonctions qui incombaient à la Société des Nations sont exercées par les Nations Unies, dans les avis de 1950, 1955 et 1956 et dans l'arrêt de 1962. L'Afrique du Sud ne peut pas

alléguer qu'elle ignore l'existence de ses devoirs. Les arguties de plaidoirie ne peuvent pas réduire à néant l'autorité de la Cour.

En vérité on est devant un cas de violation d'obligations, et l'on peut dire, comme l'a fait Rolin dans son étude de jeunesse sur les mandats, à propos des conditions de révocation, que ce manquement témoigne de « l'inaptitude foncière du mandataire à administrer le territoire conformément au Pacte » (*Revue de droit international et de législation comparée*, 1920, p. 353).

D'autre part, l'Afrique du Sud, en appliquant les lois sur l'*apartheid* dans le Sud-Ouest africain (Namibie), viole ses devoirs de mandataire; on ne peut pas administrer le territoire confié à l'encontre des buts et principes de la Charte (art. 1, par. 3; aussi art. 76 c)).

## VII. RÉPONSE À LA DEMANDE D'AVIS

### A. *Les conséquences juridiques*

Avant tout, il semble qu'on doit bien délimiter la portée de la requête. A cet effet, il faut en considérer les termes. On a demandé quelles sont « les conséquences juridiques ». On doit donc laisser de côté tout ce qui tient aux conséquences économiques, sociales, pratiques et politiques. Pour cette raison, il semble que la Cour ne doit pas s'occuper de ce que les Etats ont à faire dans le cadre des organes des Nations Unies pour mettre fin à la situation anormale de la Namibie et permettre ainsi à l'Organisation des Nations Unies de s'acquitter de ses devoirs envers le peuple namibien, selon la « mission sacrée » qui lui est confiée. La mention des conséquences « pour les Etats » implique que la Cour n'aura pas à étudier les conséquences de la résolution 276 (1970) pour les organisations internationales, et même pour les Nations Unies, en relation avec leur responsabilité envers le peuple namibien. Enfin, le fait que cette résolution 276 (1970) est plus particulièrement citée donne à penser que la Cour n'a pas à considérer les conséquences juridiques des autres résolutions du Conseil de sécurité.

La réponse de la Cour doit être rédigée, semble-t-il, en termes généraux, pour l'orientation des Nations Unies, et ne doit pas entrer dans des détails qui prêteraient à confusion.

### B. *Conséquences pour l'Afrique du Sud*

La conséquence immédiate et fondamentale est la perte du titre juridique, qui avait jusqu'à présent pu justifier la possession du territoire du Sud-Ouest africain par l'Afrique du Sud. Certes, depuis qu'elle a déclaré ne pas être liée par les obligations découlant du mandat, on peut considérer qu'elle est déchuë de sa condition de mandataire. Mais, jusqu'à



la résolution 2145 (XXI), la déclaration solennelle visant la cessation du mandat n'a pas été faite, et l'on a pu croire au maintien du titre de mandataire.

La déclaration d'après laquelle le mandat confié à Sa Majesté britannique et en son nom pour l'Afrique du Sud est « terminé » (résolution 2145 (XXI)) entraîne comme conséquence que, dès ce moment-là, l'occupation du territoire de la Namibie s'est trouvée dépourvue de toute justification juridique. Cette résolution dispose que le Sud-Ouest africain relève directement des Nations Unies, de sorte que la présence de l'Afrique du Sud a quelque chose d'une usurpation et d'une occupation *mala fides*. Ces conséquences ont acquis force exécutoire en vertu de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité.

Conséquence immédiate pour l'Afrique du Sud : elle a l'obligation de retirer son administration du territoire namibien et de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en possession l'administration des Nations Unies.

Le Gouvernement sud-africain est responsable, comme possesseur de mauvaise foi, de la restitution des biens et des fruits à l'égard du peuple namibien.

On ne doit pas oublier que, comme l'avait déclaré la Commission permanente des mandats, les biens cédés par l'Allemagne (chemins de fer, tramways, ports, etc.) et les biens publics de toutes catégories (mines, biens sans maîtres, eaux non privées, etc.) sont restés la propriété exclusive du peuple namibien et, en tant que biens du domaine public, imprescriptibles.

Cela étant, le Gouvernement sud-africain est obligé d'indemniser le peuple namibien des dommages subis. L'administration du mandataire doit faire l'objet d'un règlement de comptes dans lequel on doit prendre en considération les investissements effectués au profit du peuple namibien par l'Afrique du Sud.

### *C. Conséquences pour les Etats Membres des Nations Unies*

En donnant son appui à la résolution 2145 (XXI) dans sa résolution 276 (1970), le Conseil de sécurité impose aux Membres de l'Organisation l'obligation d'accepter et d'appliquer ce qui est stipulé dans ces résolutions et de coopérer à leur mise en œuvre la plus complète.

En l'espèce, les actes des autorités occupantes ne peuvent pas être considérés comme ceux d'un gouvernement légitime, mais doivent être assimilés à ceux d'un gouvernement *de facto* et usurpateur.

Il faut distinguer le côté public du côté privé. Il semble qu'on doit considérer comme valides les actes des autorités de fait, qui touchent les actes et droits des particuliers (validité des actes d'état civil, du registre foncier, des mariages, des sentences des tribunaux civils, etc.). Au contraire, les Etats ne doivent pas considérer comme valides les actes et dispositions des autorités en Namibie visant des biens publics, des

concessions, etc. Les Etats ne pourront donc pas exercer la protection de leurs nationaux à l'égard des acquisitions de cette nature.

Dans le domaine des relations internationales, le devoir de coopération des Etats implique qu'ils ont à s'abstenir de toutes relations diplomatiques, consulaires ou autres avec l'Afrique du Sud, qui indiqueraient qu'ils reconnaissent l'autorité du Gouvernement sud-africain sur le territoire de la Namibie — plus spécialement ils ne doivent pas avoir de consuls, d'agents, etc., en Namibie, excepté de la nature adéquate dans les territoires occupés *de facto* (au sens de la résolution 283 (1970)).

Les Etats doivent tenir pour inefficaces les clauses de tout traité admettant l'autorité de l'Afrique du Sud dans le territoire du Sud-Ouest africain. Les nouveaux traités conclus avec l'Afrique du Sud ne peuvent pas contenir de clauses semblables.

Dans les traités sur la double imposition, on pourra ne pas tenir compte des impôts payés en Namibie. Les traités d'extradition ne pourront pas avoir d'effets envers les Namibiens, parce qu'on ne saurait les remettre entre les mains d'autorités illégales, etc.

#### *D. Conséquences pour les Etats non membres des Nations Unies*

Ces Etats n'ont pas d'obligations selon la Charte. Ils doivent néanmoins respecter une déclaration sur la déchéance du titre juridique de possession, prononcée par une autorité légitime à l'encontre de l'Etat qui avait reçu le territoire à administrer au nom de l'Organisation internationale. Cette déclaration doit être respectée, semble-t-il, comme celle du propriétaire qui retire son mandat à l'administrateur de ses biens.

(Signé) F. DE CASTRO.