

## OPINION DISSIDENTE DE M. GROS

Je regrette de ne pouvoir me rallier à l'avis de la Cour, tant en ce qui concerne certains problèmes de caractère préliminaire que sur le fond et j'indiquerai les motifs de ce désaccord.

1. La Cour a rendu quatre ordonnances, de manière préliminaire, sur des questions concernant la composition de la Cour; ayant voté contre deux de ces ordonnances, je dois exposer les raisons de ce vote. Il s'agit en premier lieu d'une ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971 visant l'article 48 du Statut et rejetant une objection soulevée contre un membre de la Cour, par dix voix contre quatre, sans indication de motifs. La deuxième ordonnance sur laquelle je ferai des observations est celle du 29 janvier 1971, visant les articles 31 et 68 du Statut et l'article 83 du Règlement et rejetant une demande de désignation de juge *ad hoc* par le Gouvernement sud-africain, par dix voix contre cinq, sans indication de motifs et accompagnée de deux déclarations communes, l'une de trois juges, l'autre de deux juges.

2. La Cour a dit: « c'est à la Cour elle-même et non aux Parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Même si l'un des gouvernements représentés dans la procédure n'avait pas soulevé le problème tranché par l'ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971, l'application de son Statut eût obligé la Cour à l'examiner. Le respect des dispositions de son propre Statut est une obligation rigoureuse, comme le souligne la décision de la Cour en 1963.

3. A la séance du Conseil de sécurité du 4 mars 1968 (S/PV. 1395), le représentant du Pakistan, parlant au nom des coauteurs du projet de résolution S/8429 concernant la Namibie, qui devint la résolution 246 (1968) du Conseil de sécurité, a déclaré:

« Les sept coauteurs reconnaissant avec gratitude la coopération constructive qui leur a été accordée par les ambassadeurs ... et ... l'importante contribution qu'ils ont fournie à l'élaboration de ce projet de résolution. » (P. 33-35.)

La première personne mentionnée est devenue depuis membre de la Cour; or, la résolution 246 (1968) du 14 mars 1968, dans son préambule, tient compte de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale « par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a mis fin au Mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain et a assumé la responsabilité directe au (*sic*) Territoire jusqu'à son indépendance » (S/PV. 1397 du 14 mars 1968, p. 6-10). Les procès-verbaux contiennent également des résu-

més de plusieurs interventions de cette même personne, certaines fort développées, sur le problème de fond aujourd'hui réglé par la Cour (voir S/PV. 1387, p. 61 à 67; S/PV. 1395, p. 43 et 47; S/PV. 1397, p. 16-20).

4. Tels sont les faits. La pratique de la Cour était, jusqu'alors, d'examiner dans chaque cas de ce genre si l'article 17 du Statut était applicable et de rechercher s'il s'agissait d'une participation active d'un juge, avant son élection, dans une question dont la Cour était saisie (cf. Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale*, 1934, p. 76, qui cite une décision de la Cour, à sa vingtième session, retenant qu'un juge n'avait pas pris une « part active » au traitement de l'affaire par le Conseil de la SdN). C'est en application de ce principe qu'un juge décida de ne pas siéger dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co.*, ayant représenté son pays au Conseil de sécurité lorsque celui-ci avait été saisi de la réclamation du Royaume-Uni contre l'Iran, et que la Cour s'est déclarée d'accord sur cette décision (*C.I.J. Annuaire 1963-1964*, p. 100).

La lecture des procès-verbaux cités au paragraphe 3 ci-dessus ne laisse aucun doute sur le caractère et le fond des positions prises par le représentant aujourd'hui juge quant à la révocation du mandat du fait de la résolution 2145 (XXI); or cette résolution est la question fondamentale de la présente affaire puisqu'il s'agit d'en déterminer les conséquences juridiques. Il faut donc constater que la pratique a été changée par l'ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971 et que le critère de la participation active n'est plus retenu par la Cour.

Dans la présente affaire il s'agit en effet, non pas de participation à la rédaction d'un texte conventionnel de portée générale mais de l'expression d'opinion sur le statut international du mandat après et en fonction de la révocation prononcée dans la résolution 2145 (XXI), ce qui est le point de droit à la base de la présente affaire. Ainsi le représentant au Conseil de sécurité s'est prononcé sur le fond de l'affaire après la date critique d'octobre 1966. Il n'y a donc aucun rapport avec des précédents cités dans l'avis (par. 9) où des juges avaient contribué à la rédaction de traités internationaux applicables dans des affaires nées bien ultérieurement et auxquelles ils n'avaient pris aucune part.

La décision de la Cour contredit le principe formellement exprimé dans l'article 17 du Statut selon lequel le juge ne doit pas prendre part au règlement d'une affaire dans laquelle il est antérieurement intervenu à un autre titre. Cet article applique d'ailleurs un principe généralement admis de l'organisation judiciaire qui répond à un souci évident de bonne justice. La nouvelle interprétation qui lui a été donnée n'est donc pas justifiable.

5. Je dois exposer maintenant les raisons pour lesquelles j'estime que

l'article 68 du Statut et les articles 82 et 83 du Règlement auraient dû être appliqués d'une manière différente de celle que la Cour a adoptée dans son ordonnance du 29 janvier 1971.

L'ordonnance du 29 janvier 1971 rejetant la demande de juge *ad hoc* fut rendue après une audience à huis clos tenue le 27 janvier, où les observations du Gouvernement sud-africain furent entendues. Avec mes collègues sir Gerald Fitzmaurice et M. Petrén, j'avais réservé le droit d'exposer les raisons de notre dissentiment qui, touchant le fond sous certains aspects, ne pouvaient être indiquées au moment où était publiée l'ordonnance qui n'en avait pas tenu compte. La Cour a définitivement, le 29 janvier 1971, matérialisé son interprétation des articles pertinents du Statut et du Règlement par le refus de juge *ad hoc*, question sur laquelle il n'était plus dès lors possible de revenir, mais sans faire connaître de motivation pour l'ordonnance de rejet. Il est nécessaire, s'agissant d'une interprétation de règles obligatoires pour la Cour, d'en examiner les motifs.

Un refus de juge *ad hoc* n'est justifié que si les conditions juridiques mises à l'exercice de la faculté de demander une telle désignation ne sont pas réunies. La Cour n'a pas en effet, en cette matière, une liberté de choix et l'article 83 du Règlement est formel; s'il y a, dans une procédure, d'avis consultatif, « question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats », la Cour doit appliquer l'article 31 du Statut concernant la désignation d'un juge *ad hoc* demandé par un Etat non représenté sur le siège. Et la Cour devait « avant tout » (art. 82) se prononcer sur ce problème juridique, ce qui n'a pas été fait, la question n'ayant pas été traitée comme une question préliminaire à débattre et à trancher dans la pleine connaissance de tous ses éléments, y compris ceux qui se rattachaient à des questions de fond. Il suffira de rappeler que la notion de question préliminaire n'est pas nouvelle dans la procédure consultative et qu'il eût été naturel, vu les circonstances particulières de l'affaire, d'adopter sur ce point une approche analogue à celle de la procédure contentieuse, recommandée par l'article 68 du Statut. C'est un point que la Cour a rencontré notamment dans l'avis sur les *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requête contre l'Unesco* (C.I.J. Recueil 1956, p. 77); l'objection à la juridiction de la Cour soulevée par la Pologne dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain* (C.I.J. Mémoires, p. 153, par. 2) avait un caractère préliminaire comme celle de la Tchécoslovaquie dans l'affaire de *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (C.I.J. Mémoires, p. 204), où le Gouvernement tchécoslovaque invoque précisément l'article 68 du Statut et l'article 82 du Règlement pour demander à la Cour d'appliquer la procédure des exceptions préliminaires. (Voir l'ordonnance de la Cour permanente de Justice internationale en date du 20 juillet 1931 sur la désignation de juges *ad hoc* dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, décidant de façon préliminaire sur l'application de l'article 71 du Règlement de la Cour permanente (actuellement art. 82)

et de l'article 31 du Statut, *C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 89; ainsi que l'avis consultatif sur la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre, 1935, C.P.J.I. série A/B n° 65*, p. 69, et l'explication qu'en donne mon collègue sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion dissidente, annexe, par. 24). Aucun retard n'eût résulté d'un examen préliminaire complet de la question, le délibéré pouvant se faire en quelques séances et le délai qui eût séparé l'ordonnance de la plaidoirie sur ce point, qui fut de deux jours, n'eût guère été prolongé. Traiter le problème par ce rejet non motivé et sans l'examen adéquat est confondre la notion de préliminaire et celle de *prima facie*. Une question préliminaire est l'objet d'un examen complet et d'une décision finale; un examen *prima facie* n'est jamais approfondi, par définition, et n'est l'objet que d'une décision provisoire. Les articles 82 et 83 entraînent des décisions irrévocables, comme on le voit dans la présente affaire.

6. Le fait que la Cour n'ait pas avant tout recherché s'il y avait ou non question juridique pendante constitue un refus d'application d'une disposition formelle du Règlement sur un problème de composition de la Cour. Ce n'est pas une réponse de soutenir (par. 36 de l'avis) que, de toute manière, la décision de refus de juge *ad hoc* réservait la question de compétence de la Cour sur les points de fond; ce que l'article 82 interdit de faire, en exigeant l'examen « avant tout » du point de droit, est de fixer la composition de la Cour autrement que l'article 83 le prévoit et ce n'est qu'en tranchant le point de droit par un examen juridique et une motivation adéquate qu'il peut s'ensuivre un refus de juge *ad hoc*; non pas l'inverse.

7. La manière dont le problème a été tranché constitue donc, à mon sens, une violation du système général établi dans le Statut et le Règlement, quel que soit l'avis qu'on puisse avoir sur la notion de question juridique actuellement pendante. Mais je considère, en plus, que la présente affaire porte sur une question juridique actuellement pendante (voir par. 37-45 *infra*), ce qui aurait dû ouvrir une délibération sur la désignation d'un juge *ad hoc* — ou éventuellement de plusieurs.

L'avis affirme l'existence d'une obligation juridique à l'égard d'Etats qui n'ont jamais cessé d'affirmer que cette obligation n'existait pas. L'existence ou l'inexistence d'obligations juridiques *pour les Etats* est la question posée à la Cour; ce fut l'objet même de vives contestations dans les débats à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité, d'après le dossier de cette affaire (cf. par. 20-21 *infra*). D'après les déclarations des Etats on constate qu'il y avait opposition de vues et forte hésitation sur le droit applicable.

8. La Cour considère, dans l'avis, que la question n'est pas un différend entre des Etats ni même entre l'Organisation et un Etat. C'est une vue purement formelle des faits de la cause qui ne me paraît pas conforme aux réalités. S'il est vrai qu'un avis est donné à l'organe qui a qualité pour le demander et non pas aux Etats (*Interprétation des traités de paix, pre-*

*mière phase*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 71), la présente demande d'avis a été rédigée de telle manière qu'on demandait un avis sur « les conséquences juridiques pour les Etats » et dans la réponse qu'elle apporte la Cour n'a pas cherché à modifier cette formule, malgré son ambiguïté par rapport à la règle indiquée par la Cour dans l'avis ci-dessus rappelé. Le déroulement du débat oral devant la Cour comme le texte de l'avis de la Cour placent l'Afrique du Sud dans la position de défendeur d'une manière difficile à distinguer d'une procédure contentieuse. (Voir par. 133, sous-par. 1, et les par. 118 et 129 rédigés comme des prononcés judiciaires en forme de décision.)

9. La Cour a dit dans son arrêt du 21 décembre 1962 :

« La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 328.)

Il suffit de mettre, à la place de « différend », « question juridique actuellement pendante » pour établir que la Cour avait l'obligation d'approfondir la question au-delà de la seule affirmation que les questions litigieuses mettent bien en cause des Etats mais qu'il s'agit comme dans les avis de 1950, 1955 et 1956, de divergences de vues sur des points de droit, comme dans presque toutes les procédures consultatives (par. 34).

10. Plutôt que des généralisations, il faut appliquer à la présente affaire le critère adopté par la Cour en 1950 lorsqu'elle a déclaré que l'application des dispositions du Statut relatives à la procédure contentieuse à une procédure consultative « dépend des circonstances particulières à chaque espèce et que la Cour possède à cet égard un large pouvoir d'appréciation » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72).

Quelles sont donc les circonstances particulières de l'espèce qui auraient pu déterminer la Cour à exercer ce « large pouvoir d'appréciation »? La demande d'avis porte sur un problème de fond sur lequel s'opposent l'Afrique du Sud et d'autres Etats; le fait que, parmi ces autres Etats, il y ait des nuances sur certains points est sans pertinence, la question juridique fondamentale pour tous, sans exception, étant la révocation du mandat, opposée en tant que décision obligatoire à l'Afrique du Sud par certains Etats, objet d'hésitations et de doutes pour d'autres; le but de la demande d'avis est de faire connaître à la communauté internationale quelle est la situation juridique actuelle du territoire de la Namibie (Sud-Ouest africain), donc de déterminer le contenu d'un certain statut international. C'est une autre façon de poser à nouveau la question portée devant la Cour en 1950: « Quel est le statut international du territoire? » Telle aurait pu être la demande, en précisant « après la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ».

Or toute réponse qui donne connaissance — aux Etats — de l'étendue de leurs obligations à la suite de la résolution 2145 (XXI) règle non seulement l'opposition de vues qui existe entre le titulaire du mandat

révoqué et les Etats qui ont provoqué, puis prononcé cette révocation, mais elle tend à imposer certaine conduite à tous les Etats.

11. Il ne suffit pas que le problème soit qualifié de « situation » pour que les difficultés cessent. Comme la Cour l'a dit pour le différend, « la simple affirmation ne suffit pas ». En droit, la qualification « situation » par le Conseil de sécurité est sans effet pour la Cour. Sans contester que l'affaire de la Namibie soit et demeure pour le Conseil de sécurité une situation, la Cour devait rechercher, pour décider de sa propre compétence si, en dehors de ce qu'en a pensé le Conseil de sécurité, la demande d'avis du 29 juillet 1970 porte sur une question juridique actuellement pendante entre Etats, ou non, au sens du Règlement de la Cour (ce que la Cour avait fait dans son avis sur l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, C.I.J. Recueil 1950*, p. 72-74). Toute autre thèse ferait des organes politiques des Nations Unies l'interprète, sans appel, du Règlement de la Cour.

12. La Cour était en présence d'une question juridique, à forte configuration politique, ce qui est fréquent mais ne suffit pas pour écarter l'argument que le débat est fondamentalement juridique. L'objet du différend est l'opposition de vues entre les Etats qui, par les procédures ouvertes aux Nations Unies, ont poursuivi et ont obtenu la révocation du mandat de l'Afrique du Sud sur le territoire du Sud-Ouest africain, d'une part, et l'Afrique du Sud, d'autre part, qui s'oppose à cette révocation et aux effets qu'elle pourrait avoir. La manière dont la demande d'avis a été formulée ajoute à cette question fondamentale celle des effets pour tous les Etats, c'est-à-dire même pour des Etats qui n'ont pas pris une part active au développement de l'action au sein des Nations Unies; mais il s'agit là de conséquences, comme le dit la demande, non de la question juridique essentielle. Ceci apparaît de manière frappante dans la procédure écrite et orale où le Gouvernement sud-africain a agi en défendeur, répondant à des demandes et à de véritables conclusions présentées par d'autres gouvernements (à l'exception de l'exposé écrit du Gouvernement français qui s'apparente à une intervention d'*amicus curiae*).

13. Il existe une « opposition de thèses juridiques et d'intérêts entre le défendeur et les autres Membres des Nations Unies... » disait la Cour en 1962 (affaires du *Sud-Ouest africain*, arrêt du 21 décembre 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 345) et cette constatation n'est pas modifiée dans l'arrêt de 1966 qui n'a pas rejeté les requêtes par le motif qu'il n'y aurait pas de différend, mais uniquement sur la question de l'intérêt juridique des demandeurs en matière de dispositions du mandat « relatives à la gestion ». Il est donc impossible d'en déduire un refus de la Cour de se prononcer en aucun cas sur des violations du mandat (on pourrait, au contraire, remarquer l'allusion faite dans l'arrêt de 1966, paragraphes 11 et 12, à l'article 5 du mandat pour le Sud-Ouest africain et au droit pour chaque Etat Membre de la Société des Nations d'agir pour en obtenir le respect,

ce qui reconnaît un intérêt juridique à prouver certaines violations du mandat). L'avis répond, comme cela est montré par son contenu, au souci exprimé, dans les débats au Conseil de sécurité précédant la demande d'avis, de prouver que le mandat a été légalement révoqué, c'est-à-dire, selon l'avis, une question juridique remontant aux origines du mandat, apparue en tout cas devant la Cour dès 1950 comme nous le verrons plus loin (*infra*, par. 25).

La Cour aurait pu être encouragée à admettre l'existence d'un véritable différend entre Etats par la constatation que l'Assemblée générale elle-même s'est prononcée dans sa résolution 1565 (XV) du 18 décembre 1960 sur « le différend qui oppose l'*Ethiopie, le Libéria et d'autres Etats Membres à l'Union sud-africaine* » (c'est moi qui souligne). Ne suffit-il pas en reprenant cette constatation de se demander, selon la formule de la Cour dans l'avis du 30 mars 1950 sur l'*Interprétation des traités de paix*, si la position juridique des Parties « ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72)? Dans le même sens, M. Koretsky disait dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, à bien des égards comparable, que c'était « une espèce d'arrêt, comme si [la Cour] était saisie d'un cas concret » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 254).

14. Le fait qu'un organe politique des Nations Unies se saisit d'une situation ne peut avoir pour effet juridique la disparition d'un différend entre deux ou plusieurs Etats intéressés au maintien ou à la modification de la situation. Ce sont deux plans différents et parallèles; l'un est la manifestation d'un intérêt politiques des Nations Unies à faciliter le règlement d'une situation d'intérêt général pour la communauté des Etats, l'autre est la constatation de l'existence entre certains Etats d'intérêts juridiques opposés qui leur donnent une place particulière dans l'appréciation de la situation d'intérêt général. Naturellement le fait qu'il y ait une opposition de vues juridiques ne dessaisit jamais le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale des droits qu'ils tiennent de la Charte de prendre en considération la situation telle qu'elle se présente. Mais, de la même manière, il est impossible d'admettre que la seule évocation d'une situation générale par les organes politiques des Nations Unies fasse disparaître l'élément-différend entre Etats, s'il en existe un à la base de cette situation générale, alors précisément que ce cas est prévu par le Règlement de la Cour. C'est pourquoi, dans chaque cas, se pose la question de savoir si l'on est en présence ou non d'un véritable différend. Sinon l'article 82 et l'article 83 du Règlement sont dépourvus de sens, alors que leur but est d'assurer les Etats que, si un avis est demandé à propos d'une question juridique les opposant, ils bénéficieront du droit de

présenter leurs vues dans les mêmes conditions et avec les mêmes garanties que dans une procédure contentieuse, notamment quant à la composition de la Cour.

15. En conclusion sur ce point, dire comme le fait l'avis, qu'il n'y a pas de différend et que l'application des articles 82 et 83 du Règlement ne se pose pas, c'est supposer que la Cour a pu résoudre, dès le premier jour du procès, la question de fond, c'est-à-dire l'existence de la compétence des Nations Unies pour révoquer le mandat, en tant qu'organisation internationale. Or, le moins qu'on ait pu dire, le jour de l'ordonnance du 29 janvier 1971, avant tout débat et délibéré sur le fond, est que cela était encore un point à établir. C'est une question si importante pour toute la suite de l'examen de l'affaire que la Cour devait la trancher « avant tout », ce qu'elle n'a pas fait. L'argument selon lequel ce serait l'ordonnance du 29 janvier 1971 qui a établi qu'il n'y avait pas de question juridique pendante entre l'Afrique du Sud et d'autres Etats mais simplement un avis à donner à un organe politique sur les conséquences et les incidences de ses décisions revient à dire que, avant tout débat oral sur le fond, la Cour a pu judiciairement décider le problème de fond sur lequel la demande d'avis porte. Refuser le juge *ad hoc* demandé par l'Afrique du Sud avant d'avoir élucidé cette question de fond c'était irrémédiablement préjuger celle-ci. Les questions d'existence, de consistance d'un différend, de parties intéressées, tout a été résolu *in limine litis* par le seul effet du rejet de la demande de juge *ad hoc*, car il était désormais impossible de revenir en arrière et de modifier ce refus, même dans l'hypothèse où l'examen du fond aurait amené la Cour à conclure qu'il y avait bien une question juridique pendante entre plusieurs Etats. Le fait que la Cour ait confirmé la décision de refus de juge *ad hoc* dans l'étude du fond ne la relève pas du grief de ne pas avoir étudié le point de droit « avant tout ».

16. J'ajouterai que, même si la Cour n'avait pas admis, après examen préliminaire et complet du point de droit, que l'article 83 lui faisait obligation d'accepter la demande de désignation de juge *ad hoc*, l'article 68 du Statut lui en laissait la faculté et je me réfère à la déclaration de mes collègues M. Onyeama et M. Dillard à ce sujet sur l'ordonnance du 29 janvier 1971. Lorsqu'il s'agit de décider si un Etat a légalement été déchu d'un titre juridique et de déterminer les conséquences juridiques de cette révocation, la Cour a intérêt à appliquer la disposition de son Statut qui prévoit le rapprochement de la procédure consultative et de la procédure contentieuse. La thèse soutenue au paragraphe 39 de l'avis selon laquelle la seule hypothèse où la Cour peut accepter un juge *ad hoc* dans une procédure consultative est celle de l'article 83 du Règlement ne me semble pas acceptable (cf. l'argumentation de sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, annexe, par. 25, et de M. Onyeama, opinion individuelle).



17. Les deux décisions de la Cour concernant sa composition affectent la règle, constamment suivie, selon laquelle la Cour, lorsqu'elle donne un avis, exerce une fonction judiciaire (*Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, C.I.J. Recueil 1960, p. 153: « en tant que corps judiciaire, la Cour doit dans l'exercice de sa fonction consultative rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire »; formule reprise dans l'affaire du Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963, p. 30). Il est certain en effet que, si les arrêts et les avis constituent deux formes de décision pour la Cour, ils sont toujours l'expression de la conviction du juge sur des règles de droit international. Il n'y a pas deux façons de dire le droit. Pour les motifs exposés dans les paragraphes précédents, les ordonnances du 26 janvier 1971 n° 3 et du 29 janvier 1971 ne me paraissent pas remplir les exigences d'une bonne administration de la justice que les dispositions statutaires et réglementaires ont pour but d'assurer.

\* \* \*

18. Un autre revirement de jurisprudence de la Cour est notable dans la manière dont la Cour hésite à examiner la légalité de l'acte juridique qui a provoqué la question sur laquelle il lui est demandé de se prononcer, à savoir la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale. Dans les paragraphes 88 et 89 de l'avis, la Cour déclare que la demande d'avis ne porte pas sur la validité de la résolution 2145 (XXI) ou des résolutions du Conseil de sécurité, ni sur leur conformité avec la Charte. Ce n'était pas l'habitude de la Cour de tenir pour acquises les prémisses d'une situation juridique dont on lui demandait de dire les conséquences; dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a déclaré:

« Le rejet de l'amendement français ne constitue pas une injonction pour la Cour d'avoir à écarter l'examen de la question de savoir si certaines dépenses ont été « décidées conformément aux dispositions de la Charte », si la Cour croit opportun de l'aborder. On ne doit pas supposer que l'Assemblée générale ait ainsi entendu lier ou gêner la Cour dans l'exercice de ses fonctions judiciaires; la Cour doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif. » (C.I.J. Recueil 1962, p. 157.)

La situation est semblable dans les deux affaires; dans *Certaines dépenses des Nations Unies*, comme dans l'affaire actuelle, on s'était demandé s'il convenait de préciser que la Cour devait examiner l'ensemble de la situation juridique et notamment la validité d'actes de l'Assemblée générale.

Mais, à la différence de l'affaire actuelle, et bien que la thèse de l'examen le plus large ait été rejetée par l'Assemblée générale avec un amendement français présenté à cet effet, la Cour avait alors estimé de sa compétence et de son devoir de faire cet examen, pour remplir pleinement sa tâche de juge. Comment, en effet, un juge peut-il déduire une obligation d'une situation quelconque sans avoir d'abord éclairci la question de la légalité des origines de cette situation? Entre le prononcé de la Cour en 1962 et le présent avis il y a changement d'attitude.

19. Dans la présente affaire où la Cour a fondé son avis sur une interprétation des articles 24 et 25 de la Charte sur les pouvoirs du Conseil de sécurité aussi bien que sur une interprétation de la nature juridique des pouvoirs de l'Assemblée générale, il eût semblé particulièrement opportun d'exercer sans ambiguïté le pouvoir de la Cour d'interpréter la Charte que l'Assemblée générale elle-même lui a formellement reconnu dans la résolution 171 (II) du 14 novembre 1947. Cette résolution recommande le renvoi à la Cour des points de droit « relatifs à l'interprétation de la Charte ».

20. Je dois donc indiquer brièvement les raisons pour lesquelles je suis en désaccord avec la Cour en ce qui concerne la nature juridique de la résolution 2145 (XXI) et ses effets.

C'est le contenu de la résolution 2145 (XXI) qui détermine la portée de cet acte; il comporte divers énoncés :

- a) sur le droit du peuple du Sud-Ouest africain à la liberté et à l'indépendance, fondé sur la Charte, la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale et ses résolutions antérieures concernant le territoire (par. 1 et 7 du préambule, par. 1 de la résolution 2145 (XXI));
- b) sur le rappel des obligations du mandat et des pouvoirs de contrôle des Nations Unies, en tant que successeur de la SdN (par. 2 du préambule, par. 2 de la résolution);
- c) sur l'administration du territoire considérée comme contraire au mandat, à la Charte et à la Déclaration des droits de l'homme (par. 5 du préambule, par. 3 de la résolution);
- d) sur la condamnation de l'*apartheid* et de la discrimination raciale comme crime contre l'humanité (par. 6 du préambule);
- e) sur le droit de reprendre l'administration du territoire sous mandat (par. 11 du préambule, par. 4, 5, 6 et 7 de la résolution).

21. Il est important également de rappeler que la quasi-unanimité invoquée fréquemment comme un argument en faveur de certains effets juridiques à reconnaître à la résolution 2145 (XXI) recouvre de sérieuses divergences de vues.

- a) L'URSS et neuf autres Etats (Albanie, Biélorussie, Cuba, Hongrie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Ukraine, Yougoslavie) ont exprimé des réserves (voir second exposé écrit du Secrétaire général, par. 30-39) sur la constitution d'un organisme des Nations Unies pour administrer le territoire de la Namibie, qui est l'un des objets essentiels de la résolution 2145 (XXI) (cf. dernier par. du préambule et par. 4 et 5 de la résolution).
- b) L'Australie et le Japon ont fait état des problèmes juridiques complexes en cause et rappelé la nécessité pour l'Assemblée générale de « s'en tenir strictement aux limites que lui tracent la Charte et le droit international » (même exposé écrit, par. 49 pour l'Australie et par. 57 pour le Japon).
- c) Le Canada a dit que « l'Assemblée générale n'était pas appelée à trancher sur le plan juridique la question de savoir si, d'une façon ou d'une autre, le Gouvernement sud-africain avait failli aux obligations découlant du mandat... » (*eod. loc.*, par. 50), alors que, on l'a vu au paragraphe 20 ci-dessus, les paragraphes 5 et 6 du préambule et le paragraphe 3 de la résolution se prononcent formellement sur ce sujet.
- d) La Belgique a expliqué que « l'adhésion de la délégation belge [à la résolution 2145 (XXI)] n'impliquait pas pour autant qu'elle l'approuvait sans nuances ni réserves ». La délégation belge eût préféré que « le point de droit relatif à la compétence de l'Assemblée générale eût été clarifié avec toute la précision souhaitable » (*eod. loc.*, par. 40).  
Le Brésil a de même déclaré que la décision de révocation du mandat et de prise d'une responsabilité directe des Nations Unies pour le territoire « reposerait sur des bases juridiques contestables » et il a « exprimé un certain nombre de réserves ». Par exemple: « l'Assemblée générale n'avait pas le droit de décider de révoquer le Mandat » (*eod. loc.*, par. 60).
- e) L'Italie et les Pays-Bas ont formellement réservé leur position sur le paragraphe 4 concernant ce point essentiel de la résolution 2145 (XXI) qu'est la prise de responsabilité directe de l'ONU en Namibie (*eod. loc.*, par. 45 et 46). La Nouvelle-Zélande a réservé sa position sur les modalités d'exécution.
- f) Israël a estimé que « l'aspect politique de la question du Sud-Ouest africain l'emportait sur les éventuels problèmes juridiques et que le respect le plus scrupuleux des subtilités juridiques pouvait en l'occurrence céder le pas à la sagesse politique de la majorité de l'Assemblée générale » (*eod. loc.*, par. 51).
- g) On sait que deux Etats ont voté contre la résolution 2145 (XXI) et que trois se sont abstenus en manifestant dans chaque cas leurs réserves formelles.

22. Ainsi, ce sont vingt-quatre Etats qui, d'une manière ou d'une autre, ont formulé opposition, réserve ou doute. Le fait que dix-neuf de ces Etats aient voté pour la résolution 2145 (XXI) n'enlève rien à la portée de leurs observations et réserves faites sur ce texte car, en le votant, ces Etats ne les retiraient pas; leur vote avait donc la signification d'une acceptation d'une solution politique dont certains caractères demeuraient, pour chacun d'eux, l'objet des opinions exprimées. Ce n'est donc pas dans une quasi-unanimité d'intentions que la résolution 2145 (XXI) fut votée, mais à une très forte majorité, visiblement dominée par le sentiment qu'on ne faisait pas du droit.

Le Secrétaire général a exposé à la Cour que la notion de réserve était inapplicable au vote des actes des organes des Nations Unies (audience du 8 mars 1971). Comme l'avis ne s'est pas prononcé sur ce point, il suffira de rappeler que la pratique est constante et qu'elle a été rendue nécessaire par la nécessité pour des Etats qui veulent se désolidariser d'une certaine action de manifester clairement leur attitude (sur l'utilité et le sens de ces réserves, voir l'opinion de M. Koretsky dans *Certaines dépenses des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1962*, p. 279). Le refus de cette pratique et de ses effets aurait pour conséquence de présenter les organes politiques des Nations Unies comme des organes de décision, semblables à ceux d'un Etat ou d'un super-Etat, ce que les Nations Unies ne sont pas, comme la Cour l'a déclaré dans une formule souvent citée. Si, en effet, une minorité d'Etats qui ne sont pas d'accord avec un acte proposé devaient être liés, quels que soient leur vote et leurs réserves, l'Assemblée générale serait un parlement fédéral. Quant au Conseil de sécurité, l'affirmation de l'inexistence du droit de réserve ou d'abstention serait, pour les membres permanents, un simple encouragement à l'exercice du veto. Toute la souplesse permise par l'énoncé de réserves et par l'abstention serait retirée dans la vie quotidienne des Nations Unies, comme le disait M. Koretsky:

« L'abstention au cours du vote de résolutions relatives à telles ou telles mesures proposées par l'Organisation doit plutôt être considérée comme l'expression d'un désir de ne pas participer à l'exécution de ces mesures (ni éventuellement à leur financement) en même temps que de ne pas empêcher leur mise en œuvre par ceux qui ont voté pour. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 279.)

23. La résolution 2145 (XXI) est une recommandation de l'Assemblée générale concernant un territoire sous mandat. Sauf exception, les recommandations n'ont pas de force obligatoire à l'égard des Etats Membres de l'Organisation. C'est donc, soit dans le droit des mandats, soit dans la Charte qu'il faut découvrir la justification de l'exception.

24. Reprenons en premier lieu la question de la révocation dans

le système des mandats tel qu'il fut établi à l'origine. Le statut international du territoire sous mandat a été défini par l'avis de la Cour en 1950 et « il est conforme aux principes d'une saine interprétation que la Cour protège la mise en œuvre de son avis du 11 juillet 1950, non seulement dans ses clauses individuelles mais encore par rapport à son but principal » (opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht, avis du 1<sup>er</sup> juin 1956, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 45). C'est dans cet esprit qu'il faut rechercher si le pouvoir de révocation du mandat a été considéré comme un élément du statut international défini par la Cour, soit dans l'avis de 1950 qui constitue le plus large exposé des principes en la matière, soit dans la procédure et les débats annexes à cet avis.

25. Il faut rappeler le texte de la demande d'avis faite dans la résolution du 6 décembre 1949 de l'Assemblée générale, sur le point c) :

« L'Union sud-africaine a-t-elle compétence pour modifier le statut international du Territoire du Sud-Ouest africain ou, dans le cas d'une réponse négative, qui a compétence pour déterminer et modifier le statut international du Territoire? »

La question était posée de façon assez générale pour que, soit dans l'avis, soit dans les opinions, le problème de la modification unilatérale du statut par les Nations Unies ait pu être évoqué; « déterminer et modifier le statut » est la compétence la plus large, puisqu'elle permet à la fois de définir et délimiter les obligations actuelles, et aussi de les « modifier ». Il est donc important de constater que le seul prononcé de la Cour, en termes identiques dans la motivation et dans la réponse à la demande d'avis sur le point c), a été :

« que la compétence pour déterminer et modifier le statut international du territoire du Sud-Ouest africain appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies ».

Si la conclusion de la Cour répondait, à l'époque, à une prétention du mandataire de modifier unilatéralement le statut, la formule de l'avis est absolue et elle ne comporte aucune indication visant des exceptions pour le cas de révocation unilatérale du mandat, ou de modification partielle, moins importante, du statut par les Nations Unies. Il faut reconnaître que ni la Cour, ni aucun juge participant à la procédure de 1950 n'ont envisagé l'existence d'un pouvoir de révocation appartenant aux Nations Unies en cas de violation des obligations du mandataire.

Ce n'est pas, cependant, que le problème n'ait pas été soulevé devant la Cour à l'époque. Le mémoire du Gouvernement des Etats-Unis avait abordé la question (*Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J.*

*Mémoires*, p. 137-139) et le Secrétaire général, dans son exposé oral, lui avait donné assez d'importance pour en faire l'une de ses conclusions :

« Quatrièmement, la possibilité d'une révocation en cas de violation grave de ses obligations par un Mandataire n'était pas complètement exclue. On avait suggéré que, dans une circonstance exceptionnelle de cette nature, c'était au Conseil, ou à la Cour permanente, ou aux deux, qu'il appartiendrait de décider. » (*Ibid.*, p. 234.)

Puis l'exposé développait la thèse d'« *une solution d'accord entre les Nations Unies et le Mandataire* » (*ibid.*, p. 236, en italiques dans le texte) qui sera confirmée par la Cour dans sa réponse à la question *c*). L'exposé sur ce point se terminait par :

« La Cour internationale de Justice ne pourrait-elle être mise à même de remplir un rôle constructif? » [pour l'interprétation et l'application du mandat] (*ibid.*, p. 237).

Sans tirer un argument décisif de ces faits, ils interdisent cependant de prétendre, à l'inverse, que la question de la révocation unilatérale du mandat est exclue de la réponse de la Cour à la question *c*) parce que le problème n'avait pas été mentionné dans la procédure. Comme on le voit, il avait été posé par les Etats-Unis et par le Secrétaire général.

26. Dès le 14 décembre 1946, l'Assemblée générale avait adopté une résolution 65 (I) invitant l'Union sud-africaine à proposer un accord de tutelle à l'examen de l'Assemblée générale. Et, depuis lors, se succèdent les invitations à négocier, résolution 141 (II) du 1<sup>er</sup> novembre 1947, résolution du 26 novembre 1948, jusqu'à la demande d'avis du 6 décembre 1949. Après l'avis du 11 juillet 1950, l'Assemblée générale a poursuivi ses efforts pour une négociation avec l'Union sud-africaine (résolution 449 A (V) du 13 décembre 1950; résolution 570 A (VI) du 19 janvier 1952 où l'on trouve : « Fait solennellement appel au Gouvernement de l'Afrique du Sud pour qu'il reconsidère sa position et le presse de reprendre des négociations ... en vue de conclure un accord pour la complète exécution de l'avis consultatif »; résolution 651 (VII) du 20 décembre 1952 qui maintient les instructions de négocier données au Comité spécial des Cinq par les résolutions 570 A (VI) du 19 janvier 1952, 749 A (VIII) du 28 novembre 1953, etc.) Jusqu'à la onzième session en 1957, l'Assemblée générale ne semble pas avoir conçu d'autre voie de solution pour le Sud-Ouest africain que celle de la négociation et ce n'est que dans une résolution 1060 (XI) du 26 février 1957 que le Comité du Sud-Ouest africain fut chargé de rechercher les moyens juridiques à la disposition des organes des Nations Unies, des Membres des Nations Unies ou des anciens membres de la Société des Nations; c'est de là que vint l'initiative de deux Etats Membres des Nations Unies et anciens membres de la SdN aboutissant

aux arrêts de la Cour de 1962 et 1966. La question posée au Comité du Sud-Ouest africain était :

« Quelle est l'action juridique dont disposent *les organes de l'Organisation des Nations Unies*, les Membres de l'ONU ou les anciens membres de la SdN ... pour assurer que l'Union sud-africaine s'acquitte des obligations qu'elle a assumées en vertu du Mandat...? » (C'est moi qui souligne.)

La ligne générale adoptée par les Nations Unies était donc d'engager l'Afrique du Sud à négocier un accord de tutelle, avec certaines tentatives d'aménagement d'un statut international d'attente comme le rappelle l'avis dans son paragraphe 84.

27. Il suffira de constater que, entre 1950 et 1960, date des requêtes de l'Ethiopie et du Libéria, lorsqu'il s'agissait de poursuivre l'œuvre accomplie par la Cour dans son avis du 11 juillet 1950, personne n'a soutenu qu'il existait un pouvoir de révocation du mandat par les organes des Nations Unies, ou même un pouvoir de modification des règles du mandat par cette voie unilatérale. Et la preuve se trouve dans les faits; il était connu en 1960 qu'une procédure contentieuse devant la Cour serait longue et comporterait des risques alors que, selon l'avis de la Cour aujourd'hui, il a toujours existé un pouvoir unilatéral de révocation du mandat par l'Assemblée générale, depuis le refus de l'Afrique du Sud de se soumettre à surveillance et de présenter des rapports sur son administration du territoire. Le moins qu'on puisse dire est que l'Assemblée générale n'était certes pas consciente d'avoir ce pouvoir en 1960, lorsqu'elle se contenta de féliciter l'Ethiopie et le Libéria de leur initiative (résolution 1565 (XV) du 18 décembre 1960), et que les Etats opposés aux prétentions de l'Afrique du Sud n'en étaient pas plus avertis car, ainsi qu'on l'a vu en octobre 1966, il eût été infiniment plus simple et plus rapide de « modifier » le mandat par action unilatérale dès 1960, même après consultation de la Cour sur la méthode à employer, par une demande d'avis telle que celle à laquelle la Cour a maintenant répondu *ex post facto*. Or cela ne fut jamais envisagé avant la révocation prononcée en octobre 1966, tellement l'idée d'un pouvoir unilatéral de révocation du mandat apparaissait fragile.

28. En 1955, lors de l'avis sur la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (avis du 7 juin 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 67 et suiv.), M. Lauterpacht étudia de manière exhaustive tous les problèmes soulevés par la mise en œuvre de l'avis du 11 juillet 1950 et, parmi ceux-ci, celui de la situation juridique du mandataire qui refuserait systématiquement de tenir compte des recommandations qui lui sont adressées (cf. opinion individuelle, p. 118, 120-121 et 122). Il est important de noter que, même

lorsqu'il suppose atteinte « la limite imperceptible entre l'impropriété et l'illégalité, entre la discrétion et l'arbitraire, entre l'exercice de la faculté juridique de ne pas tenir compte de la recommandation et l'abus de cette faculté » (p. 120), M. Lauterpacht ne se prononce pas sur la sanction juridique possible et passe sous silence l'idée de révocation pour violation de l'obligation du mandataire d'agir de bonne foi. Le but de sa démonstration est l'affirmation du caractère juridique de cette obligation, l'idée de sanction n'étant invoquée que comme une confirmation de ce caractère.

29. La conclusion à tirer de la conduite des Nations Unies et des Etats les plus directement intéressés à la solution du problème du Sud-Ouest africain est que le pouvoir de révocation n'est pas un élément du système des mandats tel qu'il fut établi à l'origine. Il n'est pas conforme à une interprétation raisonnable des pouvoirs de l'Assemblée générale en matière de mandats de découvrir aujourd'hui qu'elle avait, depuis vingt-cinq ans, ce que le Conseil de la SdN n'avait pas revendiqué pour lui-même et ainsi, non seulement le moyen de révoquer le mandat mais, par la simple évocation de cette compétence, la possibilité de contraindre le mandataire à lui rendre compte, argument qui ne fut jamais employé.

30. Le système décrit dans l'avis du 11 juillet 1950, qui n'allait pas jusqu'à l'affirmation d'une obligation juridique de négocier un accord de tutelle, ne comportait pas, même implicitement, la notion de révocation unilatérale, l'accent ayant été mis de manière exclusive sur l'idée de négociation entre Nations Unies et mandataire. Comme l'arrêt du 21 décembre 1962 (affaires du *Sud-Ouest africain*) l'a exposé ensuite, « le Conseil ne pouvait imposer ses vues au Mandataire ... et le Mandataire pouvait demeurer sourd aux admonestations du Conseil » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 337); l'avis de 1950 (*Statut international du Sud-Ouest africain*) avait dit que « le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait donc dépasser celui qui a été appliqué sous le régime des Mandats ... » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 138).

La preuve de l'existence d'un pouvoir de révocation dans le régime des mandats n'a pas été faite.

31. La seconde justification présentée à l'appui de la révocation du mandat se réfère à un pouvoir particulier des Nations Unies de décider la révocation, même si ce pouvoir n'existait pas à l'origine pour les mandats, par une sorte de transposition d'une règle générale sur la violation des traités. On tente de justifier la résolution 2145 (XXI) dans ses effets, par un appel à la théorie générale de la violation des obligations conventionnelles, en affirmant l'existence d'un droit pour les Nations Unies, comme partie à un traité, le mandat, de dénoncer ce traité comme sanction du refus par l'autre partie, le mandataire, d'exécuter ses obligations.

En premier lieu, l'idée que le régime du mandat est un traité ou résulte



d'un traité n'est pas historiquement exacte, comme le rappelait M. Basdevant :

« La Cour a cru pouvoir se fonder sur le caractère de traité reconnu par elle au Mandat établi par la décision du Conseil de la SdN du 17 décembre 1920. Je ne souscris pas à cette interprétation. Je m'en tiens au caractère de l'acte accompli par le Conseil de la SdN le 17 décembre 1920 ... Il ne m'est pas apparu *qu'à cette époque* le caractère propre de cet acte du Conseil ait été contesté. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 462; c'est moi qui souligne.)

Il faut ajouter que, même si l'on admet que le mandat est un traité, il n'y a pas dans le droit des traités de règle permettant à une partie de mettre fin discrétionnairement à un traité au cas où elle soutient que l'autre partie a commis une violation du traité. Il faut un examen des prétentions contradictoires et l'une ne prévaut pas sur l'autre avant la décision d'un tiers, conciliateur, arbitre ou juge.

32. Le régime du mandat ayant été internationalement établi est devenu obligatoire dans les conditions où il a été établi, c'est-à-dire sans qu'un pouvoir de révocation y ait été inclus. Pour modifier tout statut international de caractère objectif, il faut lui appliquer les règles qui lui sont propres. La thèse de la compétence unilatérale de révocation du mandat par l'Assemblée générale n'est fondée que sur l'idée de la nécessité, quelque apparence qu'on lui donne. Et la fin ne justifie pas les moyens, comme le rappelait M. Koretsky en 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 268). Dire qu'un pouvoir est nécessaire, qu'il découle logiquement d'une certaine situation, est l'aveu de l'inexistence d'une justification juridique. Nécessité n'a pas de loi, dit-on; c'est en effet qu'on sort du droit lorsqu'on invoque la nécessité.

33. Dans ces conditions, le problème des conséquences juridiques de la résolution 2145 (XXI) et des résolutions connexes du Conseil de sécurité se pose pour moi d'une manière très différente de celle que la Cour adopte. Comme l'ont dit M. Lauterpacht en 1955 et M. Koretsky en 1962, je considère que les recommandations de l'Assemblée générale ne créent pas « d'obligation juridique de passer à exécution, bien qu'en certaines circonstances elles constituent une autorisation légale pour les membres décidés à s'y conformer soit individuellement soit collectivement » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 115). En la présente affaire, faute de pouvoir de révocation dans le régime du mandat, ni l'Assemblée générale, ni même le Conseil de sécurité ne peuvent faire naître ce pouvoir *ex nihilo*. Il y a donc des recommandations, hautement respectables, mais qui n'obligent pas juridiquement les Etats Membres à une action communautaire ou individuelle. Cette thèse classique fut exposée à la Cour par le représentant de l'URSS dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* (exposé écrit, *C.I.J.*

*Mémoires*, p. 273; exposé oral, *ibid.*, p. 411-412). En 1962 et en 1970, la France a également soutenu que les Nations Unies ne pouvaient, par la voie des recommandations, légiférer et contraindre les Etats Membres (*C.I.J. Mémoires, Certaines dépenses des Nations Unies*, p. 133-134; exposé écrit dans la présente affaire, *C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 365-368, avec le rappel des réserves faites « maintes fois », *ibid.*, p. 368, note 1; voir aussi la déclaration du Gouvernement des Etats-Unis à propos de l'attitude de certains Etats après l'avis sur *Certaines dépenses des Nations Unies*, notamment sur le problème du double standard parmi les Etats Membres, Nations Unies, doc. A/AC.121/SR.15.Corr.1).

La résolution 2145 (XXI) est une recommandation dont la portée politique est considérable mais les Etats Membres des Nations Unies, même ceux qui l'ont votée, ne sont pas tenus par une obligation juridique d'agir conformément à ses dispositions et ils demeurent libres de déterminer leur action.

34. Il reste à examiner l'argument que le Conseil de sécurité a, s'il en était besoin, « confirmé » la résolution 2145 (XXI) (cf. en ce sens l'exposé oral du Gouvernement des Etats-Unis, audience du 9 mars 1971). Mais comment un acte irrégulier peut-il être rendu légitime par un organe qui n'a déclaré qu'en « prendre acte » ou en « tenir compte »? Régulariser un acte signifie le pouvoir de faire soi-même ce que le premier organe n'a pu faire valablement. Et le Conseil de sécurité n'a pas, par lui-même, plus de pouvoir de révoquer le mandat que l'Assemblée générale, si ce pouvoir de révocation n'existait pas dans le système des mandats. Le problème demeure.

Quant à la thèse selon laquelle les articles 24 et 25 de la Charte permettent au Conseil de sécurité d'intervenir directement dans la révocation du mandat et de prendre des décisions obligatoires pour les Etats parce que la situation a été traitée en relation avec le maintien de la paix et de la sécurité internationales, c'est une nouvelle tentative pour modifier les principes de la Charte sur les pouvoirs reconnus par les Etats aux organes qu'ils instituèrent. Il ne suffit pas de dire qu'une affaire a un « écho » sur le maintien de la paix pour que le Conseil de sécurité se transforme en gouvernement mondial. La Cour a bien défini les conditions de la Charte :

« Ceci n'équivaut pas à dire que l'Organisation soit un Etat, ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un Etat. Encore moins cela équivaut-il à dire que l'Organisation soit un « super-Etat », quel que soit le sens de cette expression. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179.)

35. Il n'y a pas d'exemple d'affaire portée devant le Conseil de sécurité où l'un des Etats Membres ne puisse prétendre que la persistance d'une certaine situation porte atteinte, immédiate ou lointaine, au maintien de

la paix. La Charte a été établie avec trop de précautions pour en laisser détruire l'équilibre. Ici encore on peut rappeler les formules du représentant de l'URSS devant la Cour en 1962 :

« Le fait d'opposer l'efficacité de l'Organisation des Nations Unies à l'observation des principes de la Charte des Nations Unies est juridiquement dépourvu de tout fondement, tout comme il est dangereux. Il est évident pour tous que le respect des principes de la Charte des Nations Unies est la condition nécessaire de l'efficacité des Nations Unies. L'expérience des Nations Unies prouve clairement que c'est seulement en se fondant sur la stricte observation des principes de la Charte des Nations Unies que l'Organisation peut devenir un instrument efficace du maintien de la paix et de la sécurité internationales et du développement de relations amicales entre Etats. » (*C.I.J. Mémoires, Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, p. 411-412, traduction du Greffe; voir aussi l'exposé écrit du Gouvernement français dans la même affaire, *eod. loc.*, p. 134; cf. la déclaration faite au Parlement au nom du Gouvernement du Royaume-Uni sur la nature juridique de l'obligation résultant de recommandations du Conseil de sécurité dans *Hansard*, vol. 812, n° 96, 3 mars 1971, p. 1763 et suiv.)

C'est ce qu'avaient bien marqué dans le débat sur la présente affaire les délégués de plusieurs Etats au Conseil de sécurité, qui indiquèrent que la seule façon d'obliger les Etats eût été de prendre en Conseil une décision fondée sur le chapitre VII de la Charte, après avoir procédé aux constatations nécessaires, méthode que le Conseil choisit de ne pas adopter.

La mesure de la solidarité acceptée dans une organisation internationale est fixée par l'acte constitutif. On ne peut la modifier ultérieurement par une interprétation fondée sur des buts et principes toujours très largement énoncés, tels la coopération internationale ou le maintien de la paix. Sinon, une association d'Etats créée pour assurer une coopération internationale ne se différencierait en rien d'une fédération. Ce serait précisément le « super-Etat » que les Nations Unies ne sont pas.

36. Il n'y a donc pas d'autres conséquences pour les Etats que l'obligation d'examiner de bonne foi la mise en œuvre des recommandations faites par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité sur la situation de la Namibie (cf. déclaration orale des Etats-Unis, par. IV *in fine*, audience du 9 mars 1971).

\* \* \*

37. Il me paraît impossible cependant de s'arrêter à ces seules constatations juridiques, vu l'importance des intérêts humanitaires en cause et celle de la question de principe posée devant la Cour depuis plus de vingt

ans. Il serait regrettable de ne pas indiquer les moyens de poursuivre l'œuvre de la Cour de 1950. J'estime que la Cour pouvait approcher la question posée par le Conseil de sécurité d'une manière différente, plus conforme à ses traditions, et qui eût ouvert aux Nations Unies des perspectives de solution au lieu d'une impasse. Cette approche n'ayant pas été retenue, je ne puis qu'en indiquer les grandes lignes.

Ce qui est essentiel dans une demande d'avis, comme dans une requête contentieuse, c'est son objet, non les motivations présentées au cours de la procédure. Le juge saisi d'une affaire doit juger cette affaire et non une autre (cf. *Société commerciale de Belgique*, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 173; *Pêcheries*, C.I.J. Recueil 1951, p. 126 sur « des éléments qui ... pourraient fournir les motifs de l'arrêt et non en constituer l'objet »<sup>1</sup>; de même, dans l'arrêt des *Minquiers et Ecréhous*, la Cour distingue entre les raisons invoquées et les demandes, C.I.J. Recueil 1953, p. 52). La demande faite à la Cour était de définir le statut juridique actuel de la Namibie, les prétentions contradictoires des Etats n'étant que des explications proposées à la Cour, les uns tenant que la révocation du mandat est définitive, les autres qu'elle est douteuse ou illégale. Mais la demande est véritablement de faire déclarer par la Cour ce qu'il est advenu du mandat et quelles sont les conséquences juridiques de diverses actions, soit du mandataire, soit des Nations Unies. La Cour pouvait répondre à cette demande par d'autres motifs que ceux qui furent invoqués devant elle et par un autre système de raisonnement, à la seule condition de ne pas répondre à une autre demande que celle qui fut formulée, évitant ainsi de transformer l'affaire « en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même » (C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 173; c'est moi qui souligne).

38. L'avis de 1950 définit le Sud-Ouest africain comme « un territoire soumis au Mandat international assumé par l'Union sud-africaine le 17 décembre 1920 » (C.I.J. Recueil 1950, p. 143). Il existe donc un régime international de mandat, en vigueur tant qu'il n'y a pas été mis fin par un procédé opposable juridiquement à tous les Etats intéressés. La protection des peuples non encore pleinement capables de se gouverner eux-mêmes constituant « une mission sacrée de civilisation », réalisée dans le statut de mandat en 1920, a continué de porter effet. La Cour, en 1950, avait montré la voie juridique à suivre pour modifier et, éventuellement, terminer le statut. C'est cette voie qu'il fallait suivre.

39. Certes l'avis consultatif du 11 juillet 1950 n'a pas imposé à l'Afrique du Sud, comme une obligation juridique, la conclusion d'un accord

<sup>1</sup> Le texte anglais de l'arrêt ne rend pas aussi clairement la distinction entre motifs et objet, mais c'est le texte français qui fait foi.

de tutelle. En n'allant pas jusqu'à l'extrême logique de la position de principe qu'elle prenait en disant : « Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat, tout en répudiant les obligations qui en découlent » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133), la Cour refusait de dire qu'il y avait une obligation de transformer le mandat en tutelle, parmi les obligations du mandataire. Mais la discussion ne s'arrête pas là, comme le montre la suggestion faite par M. Charles De Visscher, dans des écrits postérieurs complétant les vues exprimées dans son opinion de 1950 sur la portée de l'obligation de négocier (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 186 et suiv.) ainsi que l'examen du problème par M. Lauterpacht en 1955 (par. 28, *supra*).

40. J'estime que la Cour devait reprendre les observations de ces deux juges et les mettre en œuvre dans son avis. Dans son arrêt du 20 février 1969 (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48), la Cour a rappelé le contenu de toute obligation de négocier, déjà définie dans l'avis consultatif sur le *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne* : l'obligation « n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords » (*C.P.J.I. série A/B n° 42*, p. 116) et, en ce qui concerne l'arrêt de 1969, la Cour disait que les négociations menées dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* n'avaient pas satisfait à ces conditions.

41. Rappelons brièvement la thèse du Gouvernement de l'Afrique du Sud sur l'impossibilité où il s'est trouvé de négocier avec les Nations Unies après l'avis du 11 juillet 1950 : cette thèse est exposée de façon fort claire dans le contre-mémoire sud-africain et la plaidoirie du 11 octobre 1962 (*C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. II, p. 86-95, et vol. VII, p. 241-250). Selon ce gouvernement, le Comité spécial établi en 1950 et le Comité du Sud-Ouest africain en 1953 avaient comme mission de rechercher les moyens de mettre en œuvre l'avis consultatif ; de même, le Comité des bons offices établi en 1957 devait rechercher un accord qui conserverait au territoire pris dans son ensemble un statut international et qui soit conforme aux buts des Nations Unies. L'argument de l'Afrique du Sud est fondé sur ces termes de référence précis et en fait la cause de l'absence de négociation pour la mise en œuvre de l'avis de 1950. C'est ainsi que l'Afrique du Sud offrit en 1959 d'« entrer en discussion avec un organisme *ad hoc* des Nations Unies qui pourrait être constitué après consultation avec le Gouvernement de l'Union et qui aurait toute possibilité d'aborder sa mission de façon constructive, permettant les plus amples discussions et l'examen de toutes les possibilités » ; cette déclaration fut reprise en 1960 en termes identiques (*eod. loc.*, vol. I, p. 83, mémoire de l'Ethiopie ; vol. II, p. 91, contre-mémoire sud-africain).

42. De son côté, l'Assemblée générale, déjà avant l'avis de 1950, en 1946, 1947 et 1948, par trois résolutions successives, avait invité l'Afrique du Sud à négocier un accord de tutelle. Après que la Cour eut déclaré que

l'Afrique du Sud n'avait pas l'obligation juridique de placer le territoire sous le régime de tutelle, de nombreuses tentatives furent faites par l'Assemblée, que le présent avis rappelle dans le paragraphe 84 (voir aussi par. 26, *supra*).

43. On peut résumer, très sommairement, l'opposition des thèses de la manière suivante. Les Nations Unies cherchaient à aboutir à la négociation d'un accord de tutelle; l'Afrique du Sud ne voulait pas transformer le mandat en tutelle. Il faut rechercher qui a abusé de sa position juridique dans cette controverse sur l'étendue de l'obligation de négocier. La différence dans l'appréciation du problème juridique en 1950 et aujourd'hui porte uniquement sur ce point. En 1950 la Cour ne pouvait envisager dans son avis l'hypothèse que l'obligation de comportement reconnue par elle à l'égard de l'Afrique du Sud en déclarant qu'un accord devrait être conclu pour modifier le mandat rencontrerait des difficultés d'application; d'où le silence sur ce point. Mais les règles générales sur l'obligation de négocier suffisent. Si une négociation avait été entamée de bonne foi et si, à un moment donné, sur des points précis objectivement discutables, l'accord n'avait pu se faire, on pourrait soutenir que l'avis de 1950 sur l'inexistence d'une obligation juridique de mettre le territoire sous tutelle empêche d'aller plus loin, parce que, dans cette hypothèse, le refus d'acceptation d'un projet d'accord de tutelle par le mandataire pourrait être jugé raisonnablement justifié. « Nulle partie ne peut prétendre imposer ses conditions à l'autre » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 139). Mais les faits sont différents: il n'y a jamais eu de commencement de la négociation pour un accord de tutelle par le fait de l'Afrique du Sud. La violation de la règle de droit en l'espèce est la violation de l'obligation de négocier de bonne foi. Dire que les Nations Unies devaient accepter la négociation d'un accord autre qu'un accord de tutelle selon les bases proposées par l'Afrique du Sud est de la part de ce gouvernement interpréter l'avis de 1950 contrairement à son sens et abuser de sa qualité de partie qualifiée pour modifier le mandat. En voulant imposer aux Nations Unies sa propre conception de l'objet de la négociation pour la modification et la transformation du mandat, l'Afrique du Sud n'a pas rempli l'obligation de comportement instituée par l'avis de 1950.

Par contre les Nations Unies n'abusaient aucunement de leur situation juridique en refusant toute autre négociation que celle qui aboutirait à un accord de tutelle, car tel était bien le but reconnu par l'avis de 1950 et déjà envisagé par la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946. « L'intention a évidemment été de sauvegarder les droits des Etats et des peuples en toutes circonstances et à tous égards, jusqu'à ce que chaque territoire soit placé sous le Régime de Tutelle » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 134). Les Nations Unies auraient pu légitimement constater cette situation

d'impasse dans la négociation et mettre en demeure l'Afrique du Sud de remplir son obligation de négociier.

44. Cette vue des choses est renforcée par la constante interprétation donnée par l'Afrique du Sud de ses propres pouvoirs, qu'il s'agisse de la prétention à l'incorporation du territoire, essentiellement contraire au régime du mandat, ou de sa thèse sur les titres juridiques de l'Afrique du Sud autres que le mandat. La situation juridique du mandataire reconnue formellement par la Cour en 1950 donnait le droit à l'Afrique du Sud de négocier les conditions de la transformation du mandat en tutelle; depuis 1950 cette situation a été utilisée pour faire obstacle au principe même de la transformation.

45. Une telle analyse faite par la Cour et fondée sur la constatation judiciaire d'une violation de l'obligation de transformer le mandat par la négociation, comme le prescrivait l'avis de 1950, aurait eu des conséquences juridiques en ce qui concerne le maintien de la présence de l'Afrique du Sud dans le territoire sous mandat. J'estime que, dans cette perspective, ces conséquences juridiques auraient été fermement motivées en droit.

(Signé) André GROS.