

## OPINION DISSIDENTE DE M. LACHS

[Traduction]

### I. INTRODUCTION

1. La création des organisations internationales n'a pas eu pour seul effet d'ouvrir un nouveau chapitre du droit international : elle a aussi suscité de nombreux problèmes concernant leur fonctionnement et la situation de leur personnel. Aussi des divergences de vues sont-elles apparues quant aux droits et obligations de ces fonctionnaires d'un nouveau genre ; certaines ont donné lieu à des litiges entre les administrations et les fonctionnaires, et les méthodes et procédures à suivre pour les trancher ont posé des problèmes spécifiques. Les fonctionnaires ne pouvant demeurer sans protection, il a fallu instituer des tribunaux spéciaux pour statuer sur les litiges dans ce domaine. C'est pourquoi, comme on le sait, trois tribunaux administratifs existent actuellement. Le Tribunal administratif des Nations Unies a créé une riche jurisprudence, qui a aidé à donner corps au droit interne des organisations internationales. Cependant, aucun tribunal n'est infaillible et, à l'occasion, le bien-fondé de ses décisions a été mis en cause. Ainsi s'explique l'établissement du système de réformation des jugements de deux des tribunaux en question. Le dernier épisode est la présente affaire.

2. Pour plusieurs raisons, c'est avec hésitation que j'écris cette opinion : en particulier, nous avons ici affaire à un jugement prononcé par un tribunal qui donne tout à fait satisfaction et je pourrais sans doute souscrire à la plupart de ses décisions. Cependant, puisque j'ai du mal à accepter, à mon regret, une partie importante du jugement dont il s'agit en l'espèce et qu'à mon avis la Cour aurait dû examiner cette partie de façon plus approfondie, je crois devoir, en toute conscience, indiquer mon point de vue.

### II. LA COMPÉTENCE

3. La requête, à première vue assez simple, pose des questions de droit complexes et difficiles. Comme l'avis de la Cour le démontre amplement, les circonstances mêmes dans lesquelles elle a été soumise ont provoqué des observations acerbes sur diverses questions de procédure et un examen spécial de la question de la compétence. Quant à la procédure de réformation dans son ensemble, ses défauts théoriques sont maintenant notoires. D'un point de vue pratique, l'expérience de la Cour dans la présente affaire s'est révélée encore plus pénible que dans les quelques affaires comparables antérieures : les irrégularités commises sont des plus frap-

pantes, surtout au stade du Comité des demandes de réformation. Cependant, je n'y ai pas d'abord vu de raison décisive de ne pas examiner le fond de l'affaire. C'est leur analyse plus détaillée dans l'avis consultatif qui a mis en lumière les violations graves commises dans le processus de filtrage. J'étais donc moi-même partagé et la balance aurait facilement pu pencher de l'autre côté. Il est néanmoins certain que la Cour a pris sa décision à l'intérieur de la vaste zone d'ombre projetée par ces déficiences, et, sans s'y laisser arrêter, elle a surmonté la difficulté, poursuivi l'analyse de l'affaire et tiré ses conclusions. Ces circonstances singulières, tout en renforçant mes doutes sur la compétence de la Cour, me permettent, dans les sections suivantes de la présente opinion, d'examiner le fond de l'affaire.

### III. LA QUALITÉ POUR AGIR DES ETATS MEMBRES DES NATIONS UNIES

4. Dans la présente affaire, la Cour ne peut évidemment, comme elle l'a fait en 1973, écarter comme dénués de pertinence les arguments sur l'irrégularité d'une demande de réformation présentée par un Etat non partie au différend : elle doit tenir l'engagement qu'elle a pris en disant que ces arguments font intervenir des considérations qu'elle « devrait soigneusement examiner si elle était un jour saisie d'une requête pour avis consultatif sur demande adressée au Comité par un Etat Membre » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 178, par. 31). Ce faisant, cependant, elle ne doit pas oublier que ces arguments avaient été agités dès 1955 et que c'est malgré eux et en pleine connaissance de cause que l'Assemblée générale décida de modifier le statut du Tribunal. C'est donc à dessein que l'Assemblée générale adopta un amendement qui rendait possible l'intervention d'un Etat Membre dans un différend entre le Secrétaire général et un de ses fonctionnaires.

5. Les objections à l'intervention des Etats que je viens d'évoquer se présentent sous deux aspects. D'une part, elles portent sur les droits du fonctionnaire partie au différend initial ; de l'autre, elles portent sur les prérogatives de l'autre partie au différend, c'est-à-dire du Secrétaire général, fonctionnaire le plus élevé de l'Organisation. De part et d'autre on a formulé l'objection que la procédure suivie permet à un Etat Membre de faire intrusion dans les relations entre le Secrétaire général et un membre de son personnel.

6. Le problème se ramène donc à celui des rapports entre les Etats Membres et les fonctionnaires ou anciens fonctionnaires des Nations Unies. Or il faut faire ici une distinction entre, d'une part, les rapports professionnels et quotidiens et, de l'autre, le lien fondamental et organique. Le Secrétaire général est au centre de cette distinction. Pour ce qui concerne leurs activités pratiques et quotidiennes, en effet, les fonctionnaires ne sont responsables que devant lui. La nature même de leurs fonctions, garantie par l'article 100 de la Charte, exige qu'ils soient protégés contre toute influence de la part des Etats Membres — mais aussi que ceux-ci soient protégés.

7. Inversement, le lien fondamental et organique entre le fonctionnaire et les Etats Membres doit être envisagé à la lumière de certains principes de base. L'un de ces « principes », sans cesse perdu de vue dans le contexte des litiges, est que la liste des organes principaux de l'Organisation ne mentionne pas le Secrétaire général, mais le Secrétariat, auquel appartiennent à la fois le Secrétaire général et ses fonctionnaires. Les fonctionnaires du Secrétaire général sont les serviteurs de l'Organisation des Nations Unies. Un lien les unit à l'Organisation dont le Secrétaire général est censé interpréter et transmettre les instructions. Le Secrétaire général, fonctionnaire le plus élevé de l'Organisation, représente celle-ci dans les relations qu'il a avec les fonctionnaires ; mais, comme l'indique l'article 101 de la Charte, c'est un autre agent de l'Organisation, à savoir l'Assemblée générale, qui a le pouvoir de décision et de contrôle sur les dispositions régissant les rapports des fonctionnaires, non seulement avec le Secrétaire général, mais aussi avec l'Organisation qui est derrière lui. Ainsi l'Organisation des Nations Unies, constituée d'Etats Membres dont l'Assemblée générale est la voix, est en dernière analyse l'employeur du personnel. Comme la Cour elle-même l'a reconnu en 1954 et confirmé en l'espèce (par. 68), le Secrétaire général est à tout moment soumis, en matière de personnel, au contrôle de l'Assemblée générale (voir *C.I.J. Recueil 1954*, p. 60).

8. Il faut donc conclure que le lien essentiel unit le fonctionnaire à l'Organisation et qu'à ce niveau les Etats Membres comme tels ne sauraient être considérés comme des tiers. Qui plus est, la présente affaire ne porte pas seulement sur un problème important de validité d'une règle, mais aussi sur la mise en œuvre d'une décision de l'Assemblée générale affectant plus d'un fonctionnaire et, comme j'espère l'établir, la question qu'elle soulève touche l'interprétation fondamentale de l'article 101 de la Charte.

9. En somme la décision prise en 1955 par l'Assemblée générale de rendre possibles les demandes de réformation présentées par les Etats Membres peut se justifier par le motif que ceux-ci, en tant que représentants de l'Organisation, auront parfois un intérêt légitime à contester des jugements du Tribunal portant sur un des aspects des droits et obligations du fonctionnaire à l'égard de son employeur ultime, l'Organisation. En pareil cas on ferait fausse route, me semble-t-il, si l'on considérait leur demande comme une intervention dans des relations entre deux autres personnes.

10. Le fait est que, comme cela a déjà été affirmé en 1973, « l'article 11 n'a pas été introduit dans le statut du Tribunal administratif des Nations Unies exclusivement, ni même principalement, pour assurer une protection juridictionnelle aux fonctionnaires », malgré ce que l'on avait pu dire en 1956 au sujet de l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT (voir *C.I.J. Recueil 1973*, p. 183, par. 40) ; et qu'en conséquence la Cour doit tenir dûment compte de l'autre partie méritant une protection judiciaire, c'est-à-dire de l'Organisation.

## IV. LES MOTIFS DE LA DEMANDE DE RÉFORMATION

11. Le jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, sans ordonner de payer à M. Mortished la prime de rapatriement qu'il demandait, lui a accordé une indemnité du même montant exactement, si bien que l'effet de son recours équivaut en fait, sinon en droit, à la satisfaction de sa demande. Comme la Cour l'a dit en 1954, les décisions du Tribunal sont obligatoires pour l'Organisation des Nations Unies. L'un des membres de l'Assemblée générale de cette Organisation a utilisé la procédure de réformation pour contester la base juridique de ce jugement précis.

12. Je suis d'accord avec les critiques formulées par la Cour contre le libellé diffus et maladroit de la question que le Comité lui a soumise après avoir examiné la demande de réformation ; j'estime aussi qu'il est nécessaire d'aller au-delà des termes de la question afin de déterminer les motifs de contestation invoqués au sens de l'article 11 du statut du Tribunal. Sur les deux motifs soulevés au sein du Comité, l'un d'eux, l'excès de juridiction, semble davantage se rapprocher des termes mêmes de la question posée à la Cour, dans la mesure où le Tribunal administratif, bien qu'il soit compétent pour connaître de l'inobservation alléguée des conditions d'emploi, n'a certainement pas le pouvoir d'aller jusqu'à contrarier une décision de l'Assemblée générale. C'est ce que le Tribunal semble avoir reconnu en « se contentant » d'accorder une indemnité, sans nier l'effet immédiat de la résolution 34/165 de l'Assemblée générale. Mais ce qui me préoccupe particulièrement c'est que la décision rendue à cet effet se fondait sur l'idée que M. Mortished bénéficiait d'un « droit acquis » en vertu de la disposition 109.5 f) déjà abrogée du règlement, autrement dit d'un texte qui, comme je vais le montrer, s'opposait à la volonté du législateur. J'estime donc, comme la Cour, que l'enquête doit avant tout porter sur l'autre motif de contestation, à savoir l'erreur sur une question de droit concernant les dispositions de la Charte.

## V. LES ASPECTS « CONTENTIEUX » DE LA TÂCHE ACTUELLE DE LA COUR

13. Avant de rechercher si le jugement n° 273 a effectivement commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, je voudrais présenter des observations sur quatre autres procédés par lesquels l'avis de la Cour tente de restreindre la portée des recherches à entreprendre. Premièrement, l'avis met l'accent sur les difficultés que suscite l'emploi de la compétence consultative de la Cour pour résoudre des questions contentieuses. La Cour use de ce procédé quand elle exprime la crainte d'agir comme une juridiction d'appel et de « refaire le procès ». Je suis tout à fait d'accord avec la prudence ainsi invoquée tant qu'elle n'empêche pas la Cour d'accomplir concrètement sa tâche. On ne doit cependant pas oublier que le Règlement même de la Cour envisage la possibilité d'une demande d'avis relative « à une question juridique actuellement pendante entre deux

ou plusieurs Etats » (art. 102). Certes, on peut donner des garanties en respectant les règles applicables aux affaires contentieuses et il est d'ailleurs sensiblement plus difficile de donner les mêmes garanties quand l'une des parties est un individu ne pouvant ester devant la Cour. Cependant, l'examen de questions contentieuses fait partie des tâches essentielles de la Cour dans toute procédure de réformation, et, s'il lui semble qu'en accomplissant cette tâche elle s'expose à traiter les parties d'une manière inéquitable, la bonne solution est sans doute de refuser l'avis. La Cour ne gagne rien si, acceptant de rendre l'avis, elle s'abstient d'examiner les problèmes d'une manière assez approfondie pour aboutir à une conclusion bien fondée. Ce faisant, selon moi, la Cour renonce à s'acquitter pleinement de sa tâche à cause de scrupules tenant au système et non au litige.

14. Deuxièmement, la Cour utilise aussi, pour restreindre le champ de ses recherches, le procédé connexe consistant à dire qu'elle peut déceler une erreur dans l'interprétation que donne le Tribunal du statut et du règlement du personnel sans se prononcer elle-même – ou du moins sans déclarer quelle est, à son avis, l'interprétation correcte ni même « ce que serait, en soi, la bonne interprétation du statut et du règlement du personnel au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour déterminer si l'interprétation du Tribunal est contraire à ce que prescrivent les dispositions de la Charte » (par. 64). Je dois cependant constater avec regret qu'ici, comme au paragraphe 66, la Cour limite l'application de cette formule à un objectif restreint, qui consiste à rechercher seulement si l'interprétation du Tribunal est « contraire à ce que *prescrivent* les dispositions de la Charte » (les italiques sont de moi). Ce but mal choisi empêcherait à l'évidence la Cour de s'acquitter de sa tâche réelle, prévue par l'article 11 du statut du Tribunal, c'est-à-dire d'examiner *toute* question de droit concernant ces dispositions afin de vérifier si le Tribunal y a commis une erreur. Comment un Tribunal, quelles que soient ses fonctions, peut-il critiquer le jugement prononcé par un autre, sinon en prenant pour critère la conclusion à laquelle il aurait lui-même abouti au sujet de ce qu'il aurait fallu faire ? Comment peut-il en général s'estimer certain d'avoir décelé une erreur s'il n'est également certain de ce que l'autre tribunal aurait dû déclarer ? Pour prendre un exemple dans la jurisprudence du Conseil d'Etat belge :

« Le Conseil d'Etat, section d'administration, n'a pas à substituer son appréciation à celle du ministre au sujet de l'opportunité qu'il y a à prendre d'urgence un arrêté ; que cependant, pour s'acquitter de la mission de contrôle de légalité inhérente à cette même compétence, le Conseil d'Etat, section d'administration, a l'obligation d'examiner si le ministre, en se référant dans l'espèce à l'urgence, a attribué à la disposition de l'article 3, alinéa premier, des lois coordonnées sa portée exacte, c'est-à-dire si, en appliquant la notion d'urgence aux circonstances de la cause, l'autorité administrative n'est pas allée jusqu'à méconnaître, en dénaturant cette notion, la qualification juridique

que le législateur y a attachée... » (Arrêt n° 16448, 20 juin 1974, *A.S.B.L. Institut technique libre Georges Cousot et consort c. Etat belge, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1974, pp. 645-647.)

15. On constate avec intérêt que la Cour elle-même, dans son avis, « admet que l'avis consultatif doit traiter d'une question différente de celle dont le Tribunal s'est occupé » (par. 61). Il n'existe donc, on le voit, aucune raison nécessaire pour que, si la Cour déclare comment elle *interprète* la considération précise ou les éléments sur lesquels repose sa réponse à la question dont elle est saisie, cela revienne à substituer « son opinion à celle du Tribunal sur le fond de l'affaire » (par. 47 de l'avis *Fasla*) : en effet, selon toute vraisemblance, le fond de l'affaire comporte de nombreux autres aspects sur lesquels la Cour n'a rien à dire. Il est même tout à fait concevable que la Cour interprète une question de droit déterminée d'une autre manière que le Tribunal sans remettre en cause la décision de celui-ci sur le fond. C'est aussi dans cette perspective que l'on peut situer la décision que doit prendre le Tribunal après l'avis de la Cour en vertu de l'article 11, paragraphe 3, de son statut.

16. Bref, si j'admets qu'il « incombe au plus haut degré [à la Cour], ... de rechercher si l'interprétation ou l'application particulière que le Tribunal fait de ce statut et de ce règlement contredit une disposition de la Charte » (avis, par. 66), je conçois mal que l'on puisse s'acquitter de cette tâche sans aboutir à une conclusion sur ce qu'aurait pu être une interprétation ou application différente. Toute autre méthode serait vouée à l'échec, car elle supposerait que la Cour doit accorder au Tribunal le bénéfice du doute, là même où la Cour tient du statut du Tribunal le pouvoir de faire le contraire. Les « contraintes inhérentes de la procédure consultative » (*ibid.*, par. 63) seraient ainsi conçues de manière à rendre le statut du Tribunal inopérant et la disposition dont il s'agit resterait lettre morte. Une fois encore, selon moi, la Cour a le choix soit de rejeter la procédure, soit, si elle l'accepte, d'essayer de lui donner effet.

17. Un troisième procédé utilisé dans le présent avis pour limiter les pouvoirs de la Cour consiste à déclarer :

« la tâche de la Cour n'est pas de décider si le jugement du Tribunal comporte une erreur dans l'interprétation des instruments applicables, à moins qu'il ne s'agisse d'une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies » (par. 74).

J'espère avoir maintenant suffisamment indiqué pourquoi j'estime qu'il s'agit là d'une fausse antithèse. J'irai même jusqu'à dire que les erreurs concernant l'interprétation de textes dont la Charte constitue la source et l'origine sont l'exemple par excellence de la catégorie d'erreurs envisagée à l'article 11 du Statut du Tribunal.

18. Quatrièmement, la Cour rappelle que ni elle-même ni le Tribunal ne sauraient avoir « de « pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions » de l'Assemblée générale » (par. 76). Je suis entiè-

rement d'accord, sous cette réserve que, comme je l'ai indiqué, il peut arriver à la Cour d'accomplir une tâche d'interprétation à des fins semblables, à la requête de l'Assemblée ou d'autres organes qui souhaitent obtenir des éclaircissements juridiques sur leurs propres activités (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 131 et suiv. ; *C.I.J. Recueil 1971*, p. 23). Cependant je conclus aussi qu'en raison de cette limitation la Cour et à plus forte raison le Tribunal sont encore plus tenus de se conformer aux désirs de l'Assemblée exprimés par ses décisions.

#### VI. LE SENS DE L'EXPRESSION « ERREUR DE DROIT CONCERNANT LES DISPOSITIONS DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES »

19. Comme les travaux préparatoires l'indiquent clairement, il y a très peu de chances qu'une disposition ne figurant ni au chapitre XV, ni à l'article 55 c) de la Charte, soit mise en cause dans une affaire soumise au Tribunal administratif et, s'il s'agit du chapitre XV, les fonctionnaires et le Secrétaire général ne sont pas moins intéressés que les Etats Membres à son application générale. Toutefois, dans le cadre du chapitre XV, l'article 101, selon une interprétation constante, attribuée à l'Assemblée générale un rôle déterminé quand il s'agit d'établir les règles sous le régime desquelles les fonctionnaires doivent assurer leur service. Pour examiner une demande émanant d'un membre de cette Assemblée, il faut donc se référer surtout, sinon exclusivement, à l'article 101 pour définir la portée du motif de contestation défini comme l'erreur de droit concernant les dispositions de la Charte.

20. Selon moi, l'avis de la Cour envisage cette opération indispensable de façon abstraite. Il importe cependant sans aucun doute de partir du texte même de l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal : « une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte ». Il convient en particulier de souligner que c'est [dans le texte anglais] « la question de droit » et non pas l'erreur elle-même, qui doit « concerner » les dispositions de la Charte. L'obligation « d'établir un lien » avec la Charte, dont dépend le pouvoir de la Cour d'examiner l'éventualité d'une erreur de droit, se définit donc de façon large : elle s'applique à l'objet des délibérations du Tribunal et non pas forcément à son analyse des dispositions de la Charte.

21. Il suffit d'examiner la Charte pour constater tout de suite que le paragraphe 1 de l'article 101 est le seul texte qui soit de nature à poser des « questions de droit » dans l'affaire *Mortished*, telle qu'elle a été soumise au Tribunal administratif. D'une part, ce paragraphe a toujours été interprété comme le fondement du pouvoir de l'Assemblée générale d'établir et de maintenir le statut du personnel, bien qu'à la différence du paragraphe 3 il porte à l'évidence sur les conditions de nomination plutôt que sur les conditions d'emploi. D'autre part, dans l'exercice de ses fonctions, le Tribunal applique et interprète sans cesse ce statut et le règlement qui en découle. Toute « question de droit » dans le domaine du statut et du règlement « concerne » donc cette disposition de la Charte et si le Tribunal

commet une « erreur » quelconque sur une question de ce genre, ce motif permet de contester le jugement grâce à la procédure de réformation et donne à la Cour l'occasion d'examiner l'argumentation retenue par le Tribunal à ce sujet.

22. Compte tenu de l'avis de la Cour (par. 65), s'il existe dans l'action du Tribunal un élément dont la validité ultime procède des dispositions de la Charte, c'est moins le droit qu'il applique que la manière dont il *applique* le droit, c'est-à-dire son fonctionnement même, qui doit tout au statut dont l'Assemblée l'a pourvu. Le droit qu'il applique effectivement peut procéder de sources diverses, certaines générales et d'autres plus particulières. Parmi les sources plus particulières figurent le statut du personnel et le règlement édicté pour le mettre en œuvre. Toute question de droit portant sur ces dispositions concerne une disposition de la Charte. D'autre part, une question de droit générale, par exemple celle des droits acquis, ne concerne pas, par elle-même, les dispositions de la Charte. Si, en revanche, à propos de cette question, le Tribunal a l'occasion d'appliquer ou d'examiner le statut et le règlement du personnel dérivés de résolutions de l'Assemblée générale – donc de l'article 101 de la Charte – et commet une erreur, cette erreur constituera un motif de réformation. Rien n'autorise donc à laisser entendre que, si l'on interprétait littéralement les termes applicables de l'article 11 du statut du Tribunal, toute erreur de droit sans distinction autoriserait un recours en réformation simplement en raison de l'ample portée de la Charte. De plus, il est dans l'ordre des choses que la Cour soit amenée, par cette procédure de réformation, à examiner certaines questions peu susceptibles d'avoir la dimension internationale à laquelle elle est habituée. Ainsi, bien que la Cour ait raison de dire que la référence à la Charte a un effet restrictif atténuant ce qu'une portée aussi vaste aurait d'inapproprié, il faut bien voir que l'accent mis sur la prétendue exigence d'un objet « important » relève de la critique du système plutôt que de l'analyse du texte. Enfin, il y a loin de l'interprétation indiquée ici à celle qui considérerait n'importe quelle « erreur de droit ». En s'obligeant à choisir entre ces deux pôles opposés, la Cour perd de vue la valeur réelle de la « solution de compromis » recherchée en 1955, qu'elle mentionne avec approbation.

23. Enfin, j'espère l'indiquer clairement, la question de droit qui me semble essentielle en l'espèce a vraiment des dimensions constitutionnelles, car elle n'est autre que celle des pouvoirs respectifs et des relations mutuelles de l'Assemblée générale, du Secrétaire général et de la Commission de la fonction publique internationale. Cependant la Cour s'efforce d'échapper aux problèmes qui se posent en les reportant au-delà des dispositions de la Charte. Or, c'est dans la Charte que réside la source même des relations entre l'Assemblée générale, le Secrétaire général et un organe subsidiaire tel que la Commission de la fonction publique internationale. Ainsi, que l'on interprète en un sens restrictif ou extensif la notion d'« erreur de droit concernant les dispositions de la Charte », je suis bien certain que la question dont je m'occupe satisfait aux critères et conditions requis pour l'examen par la Cour.



24. La Cour elle-même a eu l'occasion de déclarer au sujet de l'ensemble de l'article 101 :

« Aux termes des dispositions de l'article 101, l'Assemblée générale pouvait à tout moment limiter ou contrôler les pouvoirs du Secrétaire général en matière de personnel. » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 60 ; cité au paragraphe 68 du présent avis de la Cour.)

Ainsi, en théorie, un conflit peut surgir entre une décision du Secrétaire général, par exemple une disposition du règlement ou un amendement édicté par lui, et une décision de l'Assemblée générale ayant pour but de contrôler ces pouvoirs. Toute question relative à ce contrôle concerne donc l'article 101 de la Charte, comme la Cour l'a montré elle-même. On peut toutefois soutenir qu'il s'agit aussi ou plutôt d'une erreur concernant d'autres dispositions de la Charte, appliquées au personnel de l'Organisation comme l'exigent les relations internationales. Si les Nations Unies entendent « en vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaire favoriser ... des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ... fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples... » (art. 55.), elles doivent évidemment proclamer et pratiquer le même programme dans le cadre de leur système juridique interne : elles doivent non seulement éviter, mais interdire toute forme de discrimination parmi ceux qui servent l'Organisation. Si l'on replace le problème dans une perspective beaucoup plus vaste, une erreur a été commise en l'espèce, celle d'attribuer une situation privilégiée à certains et d'en placer d'autres sur un plan désavantageux. Les fonctionnaires non expatriés ont d'ailleurs soulevé cette question.

## VII. LA DEMANDE DE RÉFORMATION ÉTAIT-ELLE FONDÉE ?

25. Pour évaluer correctement l'ensemble de la question, le mieux est de commencer par l'examen de la décision du Tribunal administratif. Celle-ci, en bref, est la suivante : une résolution de l'Assemblée générale – la résolution 34/165 – de caractère normatif, ayant servi de base à un amendement de la disposition pertinente du règlement du personnel – la disposition 109.5 –, a été considérée comme dénuée d'effet à l'égard d'un fonctionnaire – M. Mortished. Celui-ci s'est vu allouer à titre de réparation une « somme égale au montant de la prime de rapatriement », sur la base d'une autre résolution plus ancienne, déjà remplacée d'ailleurs, et d'une clause du règlement du personnel – la disposition 109.5 f) – qui avait cessé d'être en vigueur. Cette décision se serait fondée sur le « préjudice » qu'aurait subi le fonctionnaire en cause du fait de la mise en œuvre de la nouvelle résolution et de la nouvelle disposition. Quel était l'acte faisant grief ? Le refus – la condition de la preuve de la réinstallation n'ayant pas été satisfaite – de verser audit fonctionnaire la prime de rapatriement due lors de la cessation de service et du changement de résidence.

26. La Cour n'a pas examiné si le Tribunal, en ayant précisément

recours aux substitutions qu'on vient de mentionner, n'a pas commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte. Elle aurait pu, cependant, procéder à un tel examen sans « refaire le procès » : elle n'aurait eu pour cela qu'à « examiner la décision au fond » dans la mesure envisagée au paragraphe 48 de son avis consultatif de 1973 (cité au paragraphe 57 de l'actuel avis de la Cour).

### VIII. LA NATURE DE LA PRIME DE RAPATRIEMENT

27. Envisageons les faits de base. Nous sommes en présence d'une institution dénommée « prime de rapatriement », qui a été créée pour les fonctionnaires de l'Organisation recrutés sur le plan international. Son objectif a été officiellement énoncé il y a trente-trois ans, la prime visant à compenser, pour les fonctionnaires :

« la perte ... des contacts professionnels et des relations d'affaires avec leurs compatriotes... ; ... la nécessité d'abandonner leur résidence et de liquider leurs obligations à l'étranger ; et ... les frais que doivent normalement encourir les membres du personnel pour se réinstaller avec leur famille dans leur pays d'origine » (Assemblée générale, *Documents officiels, quatrième session, annexe aux comptes rendus analytiques de la Cinquième Commission*, vol. II, A/C.5/331 et Corr.1, par. 108).

La conséquence logique était, selon les termes du Comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires, la création d'une « prime globale de rapatriement versée aux membres du personnel quittant l'Organisation, pour leur permettre de faire face aux frais motivés par leur réinstallation dans leur pays d'origine » (A/313, par. 68).

28. L'objet et la finalité de la prime étaient donc clairement définis. Lors de nouveaux débats consacrés à cette institution, il fut décidé que : « le Secrétaire général [fixerait] un barème pour le versement de primes de rapatriement, en se conformant aux maximums et conditions... » (Assemblée générale, résolution 470 (V), 15 décembre 1950). Il fut également stipulé, sous le titre : « Prime de rapatriement », que :

« [auraient] droit, en principe, à la prime de rapatriement les fonctionnaires que l'Organisation devra rapatrier, mais à l'exclusion de ceux qui auraient été révoqués » (*ibid.*, ann. II).

Cette disposition devint la base de l'annexe IV au statut du personnel. De toute évidence, l'expression « en principe » qui y était employée visait à permettre une certaine souplesse dans des cas exceptionnels, et non à octroyer un droit inconditionnel au paiement de la prime à tous les fonctionnaires bénéficiaires de l'obligation mentionnée. Cela ressort clairement de la circulaire en date du 20 décembre 1950, rapidement diffusée par le Secrétaire général, par laquelle *les membres du personnel étaient informés que* : « *Le principe d'une prime de rapatriement a été adopté. Cette prime sera*

*versée aux membres du personnel rapatriés aux frais des Nations Unies dans leur pays d'origine.* » (ST/AFS/SER/A/72, par. 11 ; les italiques sont de moi.) On voit donc que les mots « en principe » ne s'appliquaient pas au versement de la prime (comme la Cour semble le supposer), mais à l'institution créée.

29. Après que la prime fut entrée en application le 1<sup>er</sup> janvier 1951, le Comité d'étude du régime des traitements estima ne pas pouvoir « recommander d'en étendre le bénéfice aux fonctionnaires en poste dans leur pays d'origine » (rapport du Comité d'études du régime des traitements, 1956, A/3209 ; voir par. 224 et 225). La situation particulière des fonctionnaires expatriés se trouvait ainsi mise en lumière, et l'indemnité était réservée à ceux d'entre eux qui, ayant cessé leurs fonctions, retournaient dans leur pays. Ce principe fut repris par la suite à de nombreuses occasions (voir les circulaires du Secrétaire général ST/AFS/SGB/81, Rev.2 et Rev.3, du 1<sup>er</sup> janvier et du 6 juillet 1951 ; ST/AFS/SGB/94 du 1<sup>er</sup> décembre 1952 ; Rev.4 du 15 août 1955). Alors que la Cour avait sous les yeux des éléments de preuve aussi convaincants établissant l'objet et le but initiaux de la prime, on s'étonne vraiment de la voir en conclure que « la prime a toujours été mal nommée » (par. 66 ; les italiques sont de moi). Affirmée à l'origine, la qualification initiale a été défendue trente années plus tard à l'Assemblée générale. On ne s'étonne pas moins de voir la Cour se fonder sur l'expression « tenue de rapatrier » pour nier la réalité de l'exigence du rapatriement (*ibid.*). Cette formule ne désigne que l'un des côtés de la médaille ; l'autre est l'obligation du fonctionnaire de quitter le lieu de sa dernière affectation pour remplir les conditions du paiement de la prime.

30. Deux autres points intéressants méritent d'être soulignés à cet égard. Le premier est l'échelle progressive utilisée pour calculer le montant de la prime et le second le maximum de douze ans assigné aux services pris en considération. On en déduit que l'idée de base était d'aider les fonctionnaires expatriés à reprendre leur carrière après leur départ de l'Organisation, tâche qui devient de plus en plus difficile à mesure que les années passent, et non pas de les aider à subsister plus de quelques mois sans chercher d'autre activité rémunérée. Ainsi la prime n'était pas conçue comme une somme forfaitaire progressivement gagnée qui serait versée au moment de la retraite aux fonctionnaires pouvant prétendre au paiement d'une pension.

#### IX. LE PROBLÈME DE LA PREUVE : GENÈSE ET COMPLICATIONS JURIDIQUES

31. L'objectif et la finalité de l'institution ayant été définis, aucune difficulté n'aurait dû surgir en ce qui concerne la question de la preuve. Seuls les événements qui ont suivi semblent avoir obscurci le sujet. Ainsi, en 1952, le secrétaire du CCQA suggéra :

« on estime que la prime devrait être versée au terme de deux années de service accompli hors du pays d'origine, que le fonctionnaire soit ou non effectivement rapatrié et indépendamment des circonstances dans lesquelles la cessation de service est intervenue (en comprenant la démission, mais en excluant le renvoi sans préavis) » (CO-ORDINATION/R.124, p. 6).

On fit aussi valoir qu'il arrivait que les fonctionnaires eussent plusieurs résidences, et que dans ce cas il serait difficile de trancher. Mais il était clair que ces raisons n'étaient qu'un moyen commode de confirmer un laxisme administratif, et non pas de déterminer la bonne interprétation du principe de base. Il est donc peu étonnant que cette proposition n'ait jamais été incorporée à l'ensemble normatif : le statut et le règlement du personnel restèrent inchangés.

32. D'autre part, le lien avec le pays d'origine fut réaffirmé en 1964, quand le Secrétaire général inscrivit dans le statut du personnel une disposition spécifiant que le nombre d'années de service ouvrant droit à la prime de rapatriement serait réduit d'une année pour chaque période de six mois accomplie dans le pays d'origine, le « crédit » du fonctionnaire étant, en cas de réaffectation hors du pays d'origine, progressivement rétabli à raison d'une année pour chaque période de six mois accomplie à l'étranger.

33. En outre, une disposition spéciale – la disposition 104.7 c) – du règlement du personnel vint stipuler que :

« Lorsque, à la suite d'un changement de ses conditions de résidence, un fonctionnaire peut, de l'avis du Secrétaire général, être considéré comme résident permanent d'un pays autre que *celui dont il est ressortissant*, il peut perdre le bénéfice des indemnités et avantages suivants : indemnité de non-résident, congé dans les foyers, indemnité pour frais d'études, *prime de rapatriement*, paiement des frais de voyage ... lors de la cessation de service... » (Les italiques sont de moi.)

Ces éléments renforcèrent le lien entre la prime de rapatriement et la condition du rapatriement à laquelle est subordonnée son versement. Un fonctionnaire devenu résident permanent d'un autre pays était susceptible de perdre le droit à la prime. (A mon grand regret, l'avis consultatif passe sous silence cette disposition.)

34. Le CCQA rappela en 1974 la proposition qu'il avait faite en 1952, tendant à ce que la prime fût versée, que le fonctionnaire soit effectivement rapatrié ou non, en réaffirmant cependant que :

« La prime a pour seul but de permettre aux fonctionnaires et à leur famille de se réinstaller dans leur pays d'*origine*, et il est manifestement illogique qu'un fonctionnaire qui reste dans le pays de son dernier lieu d'affectation bénéficie de la prime. » (CCQA/SEC/325/(PER), par. 14).

Néanmoins, s'étant ainsi prononcé, le Comité passa à l'examen des difficultés pratiques, en invoquant le cas où l'ancien fonctionnaire tournerait l'obligation qui lui était faite en se rendant d'abord dans son pays d'origine – ou dans un autre pays – pour revenir ensuite à ses frais dans le pays de son dernier lieu d'affectation, à l'insu de l'administration.

35. Au fil des années, l'interprétation des conditions de preuves et des formalités relatives à la « prime de rapatriement » prit un tour encore plus libéral. L'« obligation de rapatrier » s'élargit pour devenir « l'obligation d'assumer les frais de retour ... dans un lieu situé hors du pays d'affectation » (circulaire du Secrétaire général, ST/AFS/SGB/94, 1<sup>er</sup> décembre 1952 ; disposition 109.5 a)). Il fut également admis que « la perte du droit au paiement du voyage de retour ... est sans effet sur le droit à la prime de rapatriement » (texte actuel de la disposition 109.5 l)). De surcroît, tant les Nations Unies que d'autres organisations internationales ignorèrent en pratique la condition de preuve. La pratique s'instaura de verser la prime, que le fonctionnaire quittât ou non le lieu de sa dernière affectation. Cependant, il est juridiquement capital que cette pratique, aussi répandue qu'elle ait pu être, n'ait jamais été incorporée au statut et n'ait pu par conséquent avoir d'effet normatif. La nécessité d'attester la réinstallation resta la norme. On en trouve de multiples preuves :

- a) la Commission de la fonction publique internationale, chargée de réexaminer la question de la prime, conclut en 1978 : « Les conditions ouvrant droit à la prime de rapatriement sont demeurées fondamentalement inchangées depuis qu'elles ont été arrêtées pour la première fois avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1951. » (A/33/30, par. 179.)
- b) M. Quijano, président de la CFPI, fit en 1978 devant la Cinquième Commission une déclaration très pertinente à ce sujet : « Dans son étude, dit-il, la Commission s'est aperçue que, dans certains cas, des primes ont été payées à des fonctionnaires expatriés qui n'avaient pas quitté le pays de leur dernier lieu d'affectation », ajoutant que la Commission considérait ce fait comme « *injustifiable et anormal* » (A/C.5/33/SR.42, par. 69. Les italiques sont de moi.)
- c) quant au rapport de la CFPI de 1978, il conclut en termes formels : tout en déclarant n'avoir « aucunement l'intention de voir constituer un réseau international d'information pour suivre les déplacements des anciens fonctionnaires » (par. 185), la Commission se dit convaincue que :

« le versement d'une prime de rapatriement à un fonctionnaire *qui restait en permanence dans le pays de son dernier lieu d'affectation n'était pas compatible avec l'objet de la prime, et que l'on pouvait également y voir une discrimination à l'égard des fonctionnaires non expatriés* » (A/33/30, par. 185. Les italiques sont de moi.)

Ainsi, en dépit du laxisme administratif et des propositions faites par certains organes des Nations Unies et d'autres organisations, il n'est nul-

lement prouvé que la condition de preuve eût été supprimée *en droit* (voir ci-dessus) et que les fonctionnaires eussent acquis un droit au paiement de la prime sans avoir à attester leur réinstallation.

36. Bien au contraire, vingt-neuf ans après sa définition initiale, la raison d'être de la prime fut énergiquement réaffirmée. La prime devrait répondre à son objectif véritable ; on ne connaissait aucun détournement ni de la prime elle-même ni de son objet et on entendait tarir toute source d'abus. Quiconque tenterait de faire établir un droit à la prime sans être rapatrié (ou sans s'être réinstallé) commettrait une interprétation *in fraudem legis*.

37. Même le Tribunal administratif, dans ce jugement qui est l'objet des délibérations de la Cour, confirme l'absence de toute évolution du droit depuis 1951, puisqu'il relève, à propos du nouveau régime annoncé par le Secrétaire général le 22 août 1979, que « pour la première fois, un texte du règlement du personnel reconnaissait que le droit à la prime de rapatriement pouvait exister sans que soit attesté le changement de résidence » (jugement, par. XIII). Le nouveau texte en question (disposition 109.5 f) du règlement) était le fruit des travaux de la Commission de la fonction publique internationale, faisant suite à une décision de l'Assemblée générale. Ce sont ces travaux et leur résultat qu'il convient d'analyser pour comprendre les motifs de la décision du Tribunal.

#### X. EXAMEN DE LA RÉOLUTION 33/119 ET DE LA DISPOSITION 109.5 f) DU RÈGLEMENT DU PERSONNEL, ET DE LA GENÈSE DE CES TEXTES

38. J'aborde maintenant le dernier chapitre de l'histoire de l'élaboration des règles applicables et, ce faisant, je suis bien obligé de constater qu'après avoir poussé l'analyse aussi loin dans les chapitres précédents la Cour n'accorde que peu d'attention à l'élaboration des deux résolutions de l'Assemblée générale qui, en l'espèce, constituent les éléments décisifs. Elle garde en particulier le silence sur les preuves de l'intention réelle de l'Assemblée générale, que les comptes rendus font apparaître avec tant de clarté. Par la résolution 33/119, l'Assemblée générale décida que « le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui peuvent y prétendre » serait « subordonnée à la présentation ... de pièces attestant leur changement effectif de résidence, *selon les modalités qui seront établies par la Commission* [de la fonction publique internationale] » (les italiques sont de moi). Le passage souligné traduit la réaction de l'Assemblée devant la recommandation figurant au paragraphe 186 du rapport de la CFPI à la trente-troisième session (A/33/30), tendant à « subordonner le versement de la prime de rapatriement à la signature, par le fonctionnaire, d'une déclaration attestant que l'intéressé n'a pas l'intention de demeurer en permanence dans le pays de son dernier lieu d'affectation ». Par contre, la résolution ignore la suggestion contenue au même paragraphe selon laquelle « le CCQA devrait convenir d'une mesure transitoire commune » en faveur des fonctionnaires qui auraient pu prévoir de ne pas changer de

lieu de résidence à leur cessation de service en présumant qu'ils recevraient la prime.

39. La réaction de l'Assemblée fut de ne pas accepter la signature d'une déclaration d'intention comme moyen de preuve nécessaire du droit au paiement mais néanmoins, considérant *que la Commission avait apparemment approuvé (au paragraphe 185 précité du même rapport) le principe de la réinstallation effective comme condition indissociable du paiement*, de s'en remettre à elle pour déterminer quels moyens de preuve *seraient* suffisants. Il ressort donc clairement du texte de la résolution 33/119 de l'Assemblée générale, examiné à la lumière des commentaires de ses coauteurs à la Cinquième Commission, que la Commission de la fonction publique internationale était chargée par l'Assemblée d'une tâche précise et très limitée, consistant strictement à définir *les conditions de preuve de la réinstallation effective* qui permettraient désormais de vérifier le fait même du rapatriement (interprété, le cas échéant, avec souplesse). Les termes « selon les modalités » ne conféraient pas à la CFPI le pouvoir de fixer les conditions ouvrant droit à la prime – l'Assemblée générale l'avait déjà fait. La Commission n'avait pas *a fortiori* compétence pour prévoir des exceptions et scinder le personnel en deux catégories différentes. Sa tâche se bornait à définir les moyens de preuve acceptables, les délais et les modalités de leur présentation, etc. Loin de s'en tenir à ce mandat, la Commission a établi une proposition qui en déformait l'objet. La répartition des fonctionnaires expatriés en deux catégories, l'exemption consentie à un des deux groupes – de loin le plus important –, et la fixation d'une date artificielle – le 1<sup>er</sup> juillet 1979 – comme critère de la distinction entre les deux étant de toute évidence contraires à la volonté de l'organe législatif, la réaction énergique de l'Assemblée est parfaitement compréhensible. Il apparut que la Commission, pour ce qui concernait l'écrasante majorité des fonctionnaires en activité du Secrétariat, était revenue sur les arguments qu'elle avait présentés à l'Assemblée dans son propre rapport (A/33/30), avait ignoré la base de ses propres recommandations (dont la dernière n'avait posé rien de plus qu'une « présomption » qu'elle s'efforçait maintenant de transformer en droit), et qu'en décidant d'introduire un régime transitoire, elle avait outrepassé les limites de la délégation de pouvoir que lui avait consentie l'Assemblée. Il ne pouvait en effet faire de doute que, par la résolution 33/119, l'Assemblée avait entendu appliquer la nouvelle – bien qu'intrinsèquement elle eût toujours existé – condition de preuve à *tous* les « fonctionnaires qui peuvent ... prétendre » à la prime, ce qu'elle confirma en adoptant la résolution 34/165.

40. On peut à la rigueur soutenir que le mandat général de la CFPI l'autorise à mettre en vigueur (par l'intermédiaire des chefs des administrations) des dispositions transitoires permettant de résoudre des cas pénibles, d'éviter des anomalies et de préserver des droits acquis. En ce qui concerne ces derniers, je dirai pour le moment qu'il s'agit d'une question de droit à indemnité ou à prestation et que le statut de la CFPI (voir l'article 11) ne l'autorise pas à légiférer en pareille matière dans le cadre de l'article 10 *c*), qui place notamment la prime de rapatriement sous l'auto-

rité directe de l'Assemblée générale. Quoi qu'il en soit, à supposer même que la CFPI puisse adopter des dispositions transitoires, est-il concevable qu'elle le fasse de manière à exempter de l'application d'une décision de l'Assemblée générale la grande majorité de ceux auxquels l'Assemblée entendait l'appliquer ? La Commission n'a pas de pouvoir implicite à cet égard, car il ne faut pas oublier que les pouvoirs implicites d'un organe se limitent à ceux qui, bien que n'étant pas expressément énoncés dans son statut, lui sont conférés « en tant qu'essentiels à l'exercice [de ses] fonctions » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 182). Par rapport à la résolution 33/119, la Commission avait pour seule mission d'établir les modalités selon lesquelles les pièces attestant la réinstallation seraient considérées comme suffisantes ou acceptables, pour *tous* les fonctionnaires pouvant prétendre à la prime.

41. Confronté aux décisions « publiées » par la CFPI, qui établissaient une distinction injustifiée entre deux catégories de fonctionnaires, le Secrétaire général, agissant en vertu de la disposition 112.2 du règlement du personnel et ayant présent à l'esprit le chapitre XII du statut du personnel, a amendé la disposition 109.5 et fait rapport à l'Assemblée générale. Le nouvel alinéa *f*) contredisait donc la résolution 33/119 aussi bien dans sa lettre que dans son esprit.

42. Au paragraphe 23 de son rapport de 1979 (A/34/30) la CFPI, expliquant les changements introduits, a déclaré qu'elle

« avait envisagé la nécessité de prévoir éventuellement une disposition spéciale dans le cas des fonctionnaires *qui pouvaient compter recevoir* la prime en vertu de la réglementation actuelle mais *cesseraient d'y avoir droit en application de la nouvelle réglementation*. La Commission a appris que les conseillers juridiques de plusieurs organisations avaient étudié la question et étaient parvenus à la conclusion que tout *droit acquis par un fonctionnaire ne pouvait être remis en question rétroactivement* par une modification du règlement ; toutefois, l'exercice de tous nouveaux droits prenant effet après la date de la modification serait assujéti au respect de la nouvelle condition. » (Les italiques sont de moi.)

Cette déclaration, assez anodine en apparence, considère le problème résolu et dissimule des arguments très fallacieux. Tout d'abord, il est possible que certains fonctionnaires aient *compté recevoir* la prime, mais ce n'est pas en vertu de la *réglementation* existante, mais uniquement de la pratique extra-juridique, qu'ils pouvaient nourrir cet espoir. En second lieu, le fait d'exiger la preuve de la réinstallation n'était pas une condition « nouvelle » mais une condition inhérente à la nature même de la prime : aussi ne pouvait-elle, *a fortiori*, affecter le régime juridique du versement de la prime, sauf dans la mesure où elle explicitait ce qui avait été tacite jusque-là. La CFPI contredit pour finir son rapport précédent suivant lequel « les conditions ouvrant droit à la prime de rapatriement sont demeurées fondamentalement inchangées depuis ... 1951 » (A/33/30,



par. 179), pour ne pas mentionner la déclaration de son propre président :

« La Commission estime ... qu'il n'y a pas lieu de verser une prime de rapatriement à un fonctionnaire qui, après la cessation de service, demeure dans le pays de son dernier lieu d'affectation et n'a donc pas engagé les dépenses de déménagement et de réinstallation que la prime est censée couvrir. » (A/C.5/33/SR.32, p. 12.)

43. Il y a souvent des avantages à changer de perspective. Mais un aspect beaucoup plus grave de cette inconstance est que la CFPI, non seulement a agi à l'encontre de son opinion antérieure, mais qu'elle a excédé ses pouvoirs, en dépit de la volonté claire et sans équivoque de l'Assemblée générale. Elle a en effet défini la substance des décisions publiées par elle le 6 avril 1979 dans le document CIRC/GEN/39 comme représentant des « modifications aux modalités d'octroi de la prime de rapatriement ... apportées ... en application du paragraphe 4 de la partie IV de la résolution 33/119 de l'Assemblée générale ». Aux paragraphes 38 et 39 ci-dessus, je crois avoir amplement démontré que le texte invoqué ne confère pas ce large mandat. Et surtout, la Commission n'avait aucun pouvoir d'assortir d'exceptions la décision de l'Assemblée, qui était conçue pour s'appliquer à tous les fonctionnaires pouvant prétendre à la prime. Elle n'avait qu'un pouvoir délégué pour accomplir la tâche limitée consistant à définir, comme je l'ai dit, les modalités de preuve, et une telle délégation de pouvoir doit s'interpréter restrictivement. La Commission a apparemment consulté des juristes, mais, ayant reçu leur avis, elle n'avait ni le pouvoir ni l'autorité d'agir comme elle a agi : elle aurait dû solliciter de nouvelles instructions de l'Assemblée générale, ce qu'elle n'a pas fait. Le Secrétaire général avait vraisemblablement conscience de cette situation. Pourtant la disposition 109.5 f), viciée dès l'origine, est restée en vigueur jusqu'à ce que l'Assemblée générale reprenne la question à la session suivante et abroge la disposition.

#### XI. LA RÉOLUTION 34/165 ET SES SUITES

44. Dès que l'Assemblée générale a pu constater à quel point les amendements à la disposition 109.5 étaient contraires au but même de la tâche qu'elle avait confiée à la Commission qui en était l'auteur, elle a réagi, ce qui n'est pas surprenant, pour mettre fin à une situation anormale, en adoptant le 17 décembre 1979 la résolution 34/165, devant prendre effet au début du mois suivant (soit quinze jours plus tard) qui se trouvait être aussi le début de l'année civile. En conséquence, le Secrétaire général a abrogé l'éphémère disposition 109.5 f).

45. M. Mortished ayant présenté sa demande après cette abrogation suivie de l'adoption d'une nouvelle disposition correspondant à la nouvelle résolution de l'Assemblée générale, le Secrétaire général lui a refusé le versement de la prime de rapatriement quand il n'a pas produit les justifications nécessaires.

## XII. LA FAÇON DONT LE TRIBUNAL A TRAITÉ D'IMPORTANTES QUESTIONS DE DROIT

46. Ayant compétence pour résoudre les différends relatifs aux nominations et aux conditions d'emploi des fonctionnaires des Nations Unies, le Tribunal administratif des Nations Unies doit constamment appliquer et interpréter les dispositions du statut et du règlement du personnel. A l'époque où l'Assemblée générale étudiait la création du Tribunal, on y a exprimé l'idée prudente que :

« Le Tribunal serait tenu de respecter le droit qu'a l'Assemblée générale d'apporter au statut du personnel toutes les modifications et retouches que la situation pourrait demander. Il a été bien entendu que le Tribunal prendrait en considération l'intention qu'a l'Assemblée générale de ne pas permettre que se créent des droits acquis qui seraient de nature à l'empêcher de prendre des mesures qu'elle considérerait comme nécessaires. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, séances plénières, annexes*, point 44 de l'ordre du jour, doc. A/1127, p. 187, par. 9.)

Le rapport pertinent de la Cinquième Commission ajoutait :

« Aucun membre de la Commission ne s'est élevé contre ces interprétations, mais le représentant de la Belgique a exprimé l'avis que le texte du statut ferait autorité et qu'il appartiendrait au Tribunal de l'interpréter. » (*Ibid.*)

Ainsi, ces « interprétations » de la responsabilité du Tribunal eu égard aux intentions de l'Assemblée ont été quasi unanimes. La présente affaire pose avant tout la question de savoir si, dans son jugement n° 273, le Tribunal a tenu compte de ces exigences. Il les a peut-être méconnues et a ainsi commis une erreur dans le domaine du droit qu'il devait appliquer.

47. Dans son jugement n° 273, le Tribunal administratif se préoccupe à divers moments des pouvoirs de l'Assemblée générale et du Secrétaire général et de leurs relations mutuelles, et en établit les coordonnées générales au paragraphe III, par référence aux articles 7, 97 et 101 de la Charte. Au paragraphe V, il prend acte du but et de la portée essentielle de l'établissement de la Commission de la fonction publique internationale et reconnaît que la « *CFPI n'a pas compétence pour prendre des décisions directement applicables aux membres du personnel* » (les italiques sont de moi).

48. Bien que le Tribunal ne le dise pas expressément, il semble laisser entendre (au paragraphe XIV) que, parce que l'Assemblée n'a pas contesté la validité formelle des amendements du Secrétaire général, elle se trouve frappée d'une sorte d'*estoppel*, l'empêchant de conclure que leur substance était défectueuse. Mais, d'après ce qui ressort du jugement lui-même, on

voit difficilement comment l'Assemblée aurait pu agir autrement. La méthode consistant à adopter la partie pertinente de la résolution 34/165 était en fait la façon la moins brutale, pour l'Assemblée, d'exercer son pouvoir inhérent de contrôle du Secrétaire général sans manifester trop clairement la vigueur de sa désapprobation de l'action de la Commission.

49. Je me rends bien compte que le Tribunal administratif a pu avoir quelque scrupule à dire que la procédure par laquelle la CFPI a amené le Secrétaire général à adopter la règle 109.5 *f*) n'était pas celle que prévoyait la résolution 33/119 – ou ne l'était qu'en apparence. Je peux également comprendre l'argument suivant lequel le Tribunal doit prendre le règlement du personnel tel qu'il est. Mais comme la disposition dont il s'agissait découlait directement d'une résolution de l'Assemblée générale et avait été rédigée par délégation de pouvoir, on aurait pu s'attendre à ce que le Tribunal en contrôle le pedigree. En fait, et comme toutes les circonstances qui entourent cette affaire très exceptionnelle ont dû en persuader le Tribunal, l'Assemblée générale elle-même a désavoué la progéniture qu'on lui attribuait.

### XIII. DROITS ACQUIS

50. Je n'ai pas l'intention de m'attarder sur cette question. En vérité, tout droit valablement et dûment créé et obtenu en vertu des règles d'un ordre juridique particulier peut revêtir le caractère d'un « droit acquis ». La définition de droits semblables, ou plutôt la détermination de leur étendue dans la plupart des domaines, devient de plus en plus difficile dans un monde où les droits et obligations mutuels changent fréquemment. En fait, il y a toujours eu là un problème délicat. Toutefois, puisque le statut du personnel et le jugement du Tribunal administratif traitent de la question, il est difficile de l'éviter. Il était tout à fait naturel que M. Mortished revendiquât un tel droit, afin de démontrer que lui-même et d'autres fonctionnaires de la même catégorie jouissaient d'un « droit acquis » avant l'adoption du nouvel alinéa *f*) de la disposition 109.5. Ce n'est cependant pas là le « droit acquis » reconnu par le jugement du Tribunal administratif (par. XVI).

51. Le Tribunal, comme on l'a vu, reconnaît en effet que, avec l'adoption de la disposition 109.5 *f*), « pour la première fois, un texte du règlement du personnel reconnaissait que le droit à la prime de rapatriement pouvait exister sans que soit attesté le changement de résidence » (par. XIII). Si cette affirmation est exacte, il faut que ce soit la clause qui ait créé le droit ; dans ce cas le droit n'existait pas auparavant et le raisonnement tiré d'une pratique trentenaire n'est guère probant ; il ne joue plus qu'un rôle d'appoint. Si l'alinéa *f*) a créé le droit – et le Tribunal a conclu que ce droit est devenu un droit acquis de M. Mortished – alors le texte que j'ai cité au paragraphe 46 acquiert une grande pertinence.

52. En toute hypothèse, la conclusion relative à l'existence d'un droit

acquis en la présente espèce ne satisfait pas selon moi aux conditions requises. J'espère avoir montré, à la section VIII ci-dessus, que le rapatriement effectif, notion bientôt élargie pour englober la réinstallation dans un pays autre que celui du dernier lieu d'affectation, était une condition de base du versement de la prime.

53. Le fait que le Secrétaire général se soit abstenu d'exiger la preuve de la réinstallation pendant les trente ans où des primes ont été versées n'était dû qu'à une dérogation de caractère discrétionnaire — justifiable dans la mesure où le Secrétaire général avait affaire à d'anciens fonctionnaires responsables. Mais cette pratique n'a donné naissance à aucun droit acquis, car la réinstallation demeurait une condition essentielle et la preuve en restait exigible, de sorte que les attentes que la pratique a pu susciter étaient contraires à l'essence même de l'institution. L'initiative de la CFPI qui est à l'origine de l'introduction de la disposition 109.5 f) procédait donc d'une conception erronée. En fait, le Secrétaire général a montré qu'il en avait conscience quand il a dit au Tribunal :

« Il ne pouvait être porté atteinte à l'autorité dont est investie l'Assemblée générale par l'article 101 de la Charte en adoptant une définition des « droits acquis » allant jusqu'à englober les conditions d'attribution d'une prime de rapatriement. » (Réplique du défendeur, par. 26.)

Dès que la disposition a été annulée, le caractère intrinsèquement discrétionnaire de la dérogation serait apparu clairement si la clause *d*) n'avait pas eu pour effet immédiat de l'éliminer.

54. Indépendamment de cela, le pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général dont témoigne la disposition 104.7 c) précitée subsiste, ce qui lui permet de cesser de verser la prime à tels ou tels fonctionnaires. Voilà un autre obstacle sérieux à la création d'un « droit acquis » ! Selon moi, au paragraphe XVI du jugement n° 273, le Tribunal administratif des Nations Unies a commis une erreur au sujet de la disposition applicable, en particulier pour ce qui est de la volonté de l'Assemblée générale.

55. La Cour reconnaît (au paragraphe 74) que les opinions peuvent différer quant à ce qui constitue un droit acquis et quant à savoir si M. Mortished pouvait se prévaloir d'un tel droit ; toute la question des droits acquis est néanmoins délibérément laissée de côté dans l'avis. Cependant toute la procédure devant le Tribunal et devant la Cour porte sur le préjudice qui résulterait de la méconnaissance d'un droit acquis due à l'application d'une disposition du règlement du personnel fondée sur une résolution de l'Assemblée générale. Si une décision d'un organe des Nations Unies entraîne un préjudice, la disposition correspondante de la Charte se trouve indubitablement en cause, d'où la nécessité de résoudre la question des droits acquis sans devoir rouvrir le procès. On peut donc difficilement accepter la manière dont la Cour aborde le problème, qui revient à essayer d'assimiler deux procédures différentes : celle qui consiste à « rouvrir le procès » et la « réformation », et cela bien que la Cour

soit parfois « appelée à examiner la décision au fond », notamment dans des cas de cette nature (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 188, par. 48). En l'espèce la Cour n'a même pas voulu examiner si une mise en œuvre d'une décision d'un organe législatif contraire à la volonté de cet organe peut donner naissance à un « droit acquis ». D'après moi, et en particulier si la décision est appliquée contrairement au but précis que l'institution avait au départ – et qui n'a jamais fondamentalement changé – la création d'un tel droit est une impossibilité, et la Cour aurait dû le dire.

56. La question complémentaire de la rétroactivité – qui ne devrait prêter à aucun doute – ne se pose pas, pour la simple raison que les fonctionnaires qui avaient droit à bénéficier de la disposition 109.5 f) l'ont fait aussi longtemps qu'elle était en vigueur, c'est-à-dire jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1980. Le régime de la disposition résultant de la résolution 34/165 de l'Assemblée générale s'est appliqué à tous les autres. On peut certes soutenir que M. Mortished a accumulé des crédits au cours de ses nombreuses années de service à l'Organisation des Nations Unies, mais il n'est devenu bénéficiaire de la prime qu'à la fin de son service, c'est-à-dire en avril 1980. De plus – il convient de le rappeler – il ne s'agit pas ici d'un bénéfice ou avantage « revenant au fonctionnaire pour les services rendus avant l'entrée en vigueur de l'amendement » (jugement du TANU n° 82, par. VII) mais d'un bénéfice ou avantage lié à l'obligation de se « réinstaller », c'est-à-dire destiné à atténuer les difficultés d'un changement d'établissement, question qui ne se pose qu'au moment de la cessation de service. Le droit au versement n'a donc aucun caractère rétroactif.

57. Quant à l'excès de compétence, je ne pense pas qu'on puisse considérer que le Tribunal administratif ait prêté le flanc à cette accusation. Le Tribunal a pris soin de ne pas contester la validité ni la légalité d'une résolution de l'Assemblée générale, du fait qu'il est parti du droit acquis qu'il reconnaissait à M. Mortished. Bref, je pense comme la Cour qu'il n'y a aucun motif pour conclure que le Tribunal a outrepassé sa compétence.

58. Pour finir, je regrette qu'une série d'erreurs aient été commises – notamment une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte – y compris la mauvaise interprétation que la Commission de la fonction publique internationale a fait de la volonté claire – et pas seulement de l'intention – du législateur (l'Assemblée générale des Nations Unies) et de son propre mandat, et la reconnaissance de la création de « droits acquis » supposés. Cela a entraîné l'émergence d'une règle mal conçue et que le législateur, une fois informé, a rapidement rapportée.

#### XIV. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

59. J'ai ouvert mes observations sur la présente affaire par quelques réflexions sur le règlement des litiges dans les organisations internationales et je voudrais conclure en évoquant le même sujet sous l'angle des fonctions des tribunaux administratifs. De fait, dès l'origine la Cour a été concernée de très près par cette question et elle a indiqué quelles lui paraissaient être

la nature et l'opportunité des fonctions susceptibles d'être exercées par les diverses instances intéressées. Au vu des observations faites par la Cour en 1954, le statut du Tribunal administratif des Nations Unies a été modifié et l'Assemblée générale a institué l'organe subsidiaire appelé Comité des demandes de réformation, en le chargeant de fonctions non judiciaires mais consistant à faire un « tri ». La Cour a eu l'occasion de formuler des observations sur cette procédure. En 1956 elle a examiné l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail et elle a pu, du même coup, rechercher si, dans un tel contexte, et du fait qu'elle devait « rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 84), son Statut et ses fonctions l'empêchaient de donner suite à une requête pour avis consultatif. C'est en 1973 seulement que la Cour a eu à examiner les conséquences d'une participation à la procédure instituée par l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies. Dans l'affaire *Fasla* dont il s'agissait, elle s'est une fois de plus souvenue des termes facultatifs de l'article 65, paragraphe 1, du Statut et du droit qui en découle de refuser, dans certaines circonstances, de répondre aux questions dont elle est saisie. Dans l'ensemble elle a exprimé les mêmes inquiétudes générales qu'en 1956 ; mais des reproches plus précis ont été adressés à la façon mystérieuse dont fonctionne le Comité. La Cour n'en a pas moins souligné dans un *obiter dictum* que le Comité devait appliquer des normes cohérentes dans son appréciation des demandes, qu'elles émanent de fonctionnaires ou d'autres sources. Bref, en 1973, la Cour a donné suite à la requête malgré les graves incertitudes qu'inspiraient à un grand nombre, sinon à la totalité de ses membres, la nature essentiellement hybride du système et les modalités de son application.

60. Toutefois, comme l'avis consultatif le souligne, la présente affaire diffère de celle de 1973, car la demande a été présentée par un Etat Membre, de sorte que les aspects de l'égalité des parties et de la cohérence des critères appliqués par le Comité se posent sous une forme aiguë. En outre, alors que dans l'affaire *Fasla* la transcription des débats du Comité n'avait pas été mise à la disposition de la Cour, elle l'a été en l'espèce mais, comme l'indique l'avis, elle fait apparaître des irrégularités telles que la Cour ne saurait les ignorer. Il est donc impossible de ne pas s'inquiéter des inégalités de traitement manifestes qui ont caractérisé la procédure sur les deux plans de la théorie et de la pratique. La procédure de réformation comporte d'ailleurs intrinsèquement un dilemme. Ce fait gênant a inspiré une allusion discrète à la Cour, qui a dit en 1973 « que la procédure de réformation établie à l'article 11 ... n'est pas exempte de difficulté » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 183, par. 40). Je rappelle que, tout en partageant alors l'opinion de la Cour, je suis allé beaucoup plus loin en écrivant :

« Il n'y aurait guère d'intérêt peut-être à signaler ce problème s'il ne devait y avoir à l'avenir d'autre choix qu'entre un contrôle judiciaire du genre de celui qu'offre la présente procédure et une absence totale de contrôle judiciaire. » (*Ibid.*, p. 214.)

Mon souci était qu'on améliore sérieusement le système existant et qu'on le revise pour adopter une méthode « plus efficace et exempte de difficulté ». Je ne voyais « aucune raison impérative, ni en droit ni en fait, pour laquelle l'adoption d'une meilleure méthode ne pourrait être envisagée » (*ibid.*, p. 214). L'affaire actuelle confirme largement la nécessité d'une telle réforme, et je suis heureux de constater que la Cour, dans le présent avis, formule quelques observations dans ce sens. En réitérant mes idées, j'ai conscience de la nécessité d'apporter à la procédure des modifications radicales.

61. Dans la même perspective, j'avais fait une observation il y a neuf ans au sujet de la « différence qui existe entre les deux procédures de réformation, celle que prévoit l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT et celle qu'établit l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies » (*ibid.*). J'ai regretté les disparités entre les protections accordées aux fonctionnaires des différentes organisations internationales. La situation qui en résulte devrait appeler en effet de très sérieuses réserves, car elle est dépourvue de fondement rationnel. Presque toutes les organisations qui ont accepté la compétence du Tribunal administratif de l'OIT appartiennent à la famille des Nations Unies, et on voit mal ce qui pouvait expliquer, et encore moins justifier, que la protection accordée à une catégorie de fonctionnaires diffère de celle dont d'autres bénéficient. Aussi ai-je plaidé en faveur d'une meilleure coordination et de l'application de procédures uniformes. Qui pourrait douter qu'il soit nécessaire d'assujettir le personnel employé par l'Organisation des Nations Unies et par les nombreuses autres organisations relevant de la même famille de la fonction publique internationale à un régime uniforme et à la même protection juridique ? L'établissement de la Commission de la fonction publique internationale, chargée d'élaborer un système et un statut uniformes pour le personnel des organisations, le transfert assez fréquent de fonctionnaires d'une organisation à une autre, constituent des facteurs importants traduisant une tendance à l'uniformité. La contrariété de deux déclarations faites par les deux tribunaux sur le même sujet ne fait que souligner cette nécessité et le danger d'une telle situation risque de s'aggraver avec le passage du temps.

62. De plus, j'estime qu'à long terme l'objectif consistant à assurer une égale protection à tous les membres de la fonction publique internationale serait plus facile à atteindre si les deux tribunaux étaient fondus en un seul, qui, situé en un lieu aisément accessible, prendrait sous son égide toutes les personnes employées par les organisations internationales de la famille des Nations Unies et peut-être d'autres encore. Je trouve une confirmation de ce projet dans la déclaration de l'Assemblée générale aux termes de laquelle le Secrétaire général et le Comité administratif de coordination devraient « étudier la possibilité de faire en sorte qu'il n'y ait qu'un seul Tribunal administratif pour l'ensemble du système des Nations Unies » (voir Assemblée générale, résolutions 33/119 et 34/438). Les travaux sur ce sujet devraient offrir l'occasion d'étudier aussi l'éventuelle unification des

procédures du Tribunal administratif des Nations Unies et du Tribunal administratif de l'OIT, ainsi que de remédier à certaines imperfections des statuts actuels des deux tribunaux, en vue de renforcer le système commun.

63. Conformément à ces résolutions, des consultations se sont déroulées entre les représentants des organisations ayant accepté la juridiction de l'un ou l'autre des deux tribunaux. L'idée elle-même n'est pas nouvelle et le premier président du Tribunal administratif des Nations Unies, M<sup>me</sup> S. Bastid, l'avait évoquée. On aurait pu espérer en fait que l'apparition de l'Organisation des Nations Unies entraînerait l'établissement d'une juridiction unique, mais cela ne s'est pas produit.

64. Dans ces consultations et dans les rapports il est fait état de difficultés graves qui s'opposeraient à l'institution d'un tribunal unique et il est proposé d'établir, au lieu de celui-ci, « quelque système institutionnel commun ». Mais j'espère voir mettre un terme à la tendance néfaste qui conduit à multiplier les organes chargés de fonctions semblables ou même identiques et à accroître la bureaucratie internationale. Sans aborder le domaine de considérations pratiques dont je n'ai pas à entreprendre l'étude, j'estime qu'un tribunal administratif unique pourrait vraiment résoudre les problèmes qui se posent à toutes les organisations, même si elles ne relèvent pas du système des Nations Unies. Ainsi se concrétiserait, dans un domaine pratique parmi d'autres, l'idée directrice qui a inspiré l'institution de la Commission de la fonction publique internationale.

65. En l'espèce, je maintiens donc les idées que j'avais exprimées il y a neuf ans et je les amplifie à la lumière de l'expérience acquise depuis lors : il faudrait modifier considérablement la procédure et les garanties, aboutir à la fusion des tribunaux. Tout cela devrait permettre de mettre sur pied un système bien conçu et fonctionnant convenablement afin de garantir que la justice soit vraiment rendue et qu'elle le soit selon des normes universelles. Cela permettrait peut-être aussi de réexaminer et consolider le droit interne des organisations internationales afin de surmonter les contradictions et les lacunes que l'on relève dans les statuts et règlements des divers systèmes.

(Signé) Manfred LACHS.