

DISSENTING OPINION OF JUDGE SCHWEBEL

While joining my colleagues in voting in favour of the Court's rendering an Advisory Opinion in this case, and in favour of the Court's reply to question 1, I regret to be obliged to dissent from the Opinion as a whole in view of my disagreement with the Court's reply to the essential question, question 2.

OBSERVATIONS ON QUESTION 1

I have voted in favour of the Court's reply to question 1 with some hesitation. That reply is, I believe, correct, not because Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal is sound, nor because the Tribunal adequately or rightly responded to the question of whether a legal impediment existed to the further employment by the United Nations of Mr. Yakimetz after the expiration of his fixed-term contract on 26 December 1983. On the contrary, the Tribunal's Judgement is spangled with error and such inferential response as it may be said to have given to the question of a legal impediment was unsupported by the facts. Nevertheless, the Court's reply to question 1 may be accepted as correct within the narrow confines of that question, as the Court has chosen — even more narrowly — to interpret it, namely: the Tribunal did not fail to exercise its jurisdiction since one may deduce from Judgement 333's elliptical text, as elucidated with the help of its concurring and dissenting opinions, that the Tribunal did address its mind to the question of whether a legal impediment to a career appointment existed. As far as the text of that Judgement reveals, the Tribunal's mind was far from clear; at any rate, the expression which the Judgement gives of the Tribunal's ratiocinations in this regard is obscure. Nevertheless, for the reasons which Judge Jennings sets forth in the dissenting opinion which follows this opinion, the Court's reply to question 1 is sustainable, since the Judgement of the Tribunal would not appear to constitute a failure to exercise jurisdiction so much as an erroneous exercise of it. Accordingly, to vote in favour of the Court's answer to question 1 is by no means to suggest that the results of the Tribunal's addressing its mind to the issue of a legal impediment are correct. The Court's opinion rightly stops short of any such holding or inference.

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

Je me suis associé à mes collègues en votant pour la décision de donner un avis consultatif en l'espèce et pour la réponse de la Cour à la question 1, mais je me vois obligé, à regret, de me dissocier de l'avis dans son ensemble car je n'approuve pas la réponse de la Cour à la question essentielle, à savoir la question 2.

OBSERVATIONS SUR LA QUESTION 1

J'ai voté, non sans hésitation, pour la réponse que la Cour a donnée à la question 1. Je crois que cette réponse est bonne, mais non parce que le jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies est bien fondé, ni parce que le Tribunal a répondu dûment ou correctement à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement de M. Yakimetz à l'Organisation des Nations Unies après la venue à expiration de son contrat de durée déterminée, le 26 décembre 1983. Au contraire, le jugement du Tribunal est entaché d'erreurs et la réponse en quelque sorte déductive qui a été donnée à la question de l'obstacle juridique n'était pas étayée par les faits. Néanmoins, la réponse de la Cour à la question 1 peut être considérée comme correcte dans les limites étroites de cette question, telle que la Cour a choisi de l'interpréter — de façon encore plus étroite: le Tribunal n'a pas manqué d'exercer sa juridiction puisqu'on peut déduire du texte elliptique du jugement n° 333, éclairé par l'opinion concordante et l'opinion dissidente qui y sont jointes, que le Tribunal a fait porter sa réflexion sur la question de savoir s'il existait un obstacle juridique à une nomination de carrière. Pour autant que le texte de ce jugement le laisse voir, la réflexion du Tribunal était loin d'être claire; en tout cas le jugement ne traduit pas clairement les ratiocinations du Tribunal à ce sujet. Pour les raisons que sir Robert Jennings expose dans l'opinion dissidente qui suit la présente opinion, la réponse de la Cour à la question 1 peut cependant se défendre, puisque, par son jugement, le Tribunal semble moins avoir manqué d'exercer sa juridiction que l'avoir exercée de façon erronée. Par conséquent, voter pour la réponse de la Cour à la question 1 n'implique nullement que les résultats des réflexions du Tribunal sur la question de l'obstacle juridique soient corrects. A juste titre, la Cour s'est retenue de formuler de telles conclusions ou déductions dans son avis consultatif.

OBSERVATIONS ON QUESTION 2

The essential issues of the *Yakimetz* case are encompassed by question 2. As the Secretary-General has acknowledged, the dispute between the parties turns on “essentially whether the Applicant was given ‘every reasonable consideration’ for a career appointment pursuant to General Assembly resolution 37/126 . . .” (A/AC.86/R.118). If he was not, but if the Tribunal held that he was, the question then arises whether the Tribunal thus “erred on a question of law relating to the provisions of the Charter of the United Nations”.

For the reasons so ably and precisely set out in Judge Jennings’ opinion — and particularly because of the terms of the correspondence he fully quotes which passed between the Secretary-General and Mr. Yakimetz, which need not be repeated in this opinion — I am convinced that, in fact, the Secretary-General did not give Mr. Yakimetz’s candidacy for a career appointment “every reasonable consideration” — or indeed any consideration. The letter written on behalf of the Secretary-General on 21 December 1983 is unambiguous and dispositive. It indicates that Mr. Yakimetz’s candidacy for a career appointment could not be given every reasonable consideration because “Your situation” was “not similar to that of ‘most staff members’ with comparable service records, because your present contract was concluded on the basis of a secondment from your national civil service”. It holds that, being seconded, and having no “expectancy of renewal without the involvement of all the parties originally concerned”, and having no “expectancy . . . of conversion to any other type of appointment”, Mr. Yakimetz’s name could not be “‘forwarded to the appropriate Appointment and Promotion body for reasonable consideration’ for career appointment”. I fail to see how an analysis of the correspondence between the Secretary-General and Mr. Yakimetz, particularly the letter of 21 December 1983, can sustain another interpretation. I find the construction placed upon that correspondence by the Tribunal and by the Court unconvincing — more, in Judge Jennings’ term, “not possible”.

It is significant that the Tribunal itself could do no more than speak of what the Secretary-General “apparently decided”; it relies upon an alleged “plain and simple inference” which it purports to extract from the text of the critical letter of 21 December 1983. It cannot rely on the explicit language of that letter, which cuts the other way.

It is true that the letter of 21 December 1983 states that “The Secretary-General has given careful consideration to the issues raised” by Mr. Yakimetz in his counsel’s letter of 13 December, among which was Mr. Yakimetz’s entitlement to “every reasonable consideration” for a career appointment. But the terms of the letter of 21 December expressly exclude precisely that latter consideration; accordingly, the inference

OBSERVATIONS SUR LA QUESTION 2

Les problèmes essentiels de l'affaire *Yakimetz* sont visés dans la question 2. Comme le Secrétaire général l'a reconnu, les Parties s'opposent « essentiellement sur le point de savoir si le cas du requérant a été « pris équitablement en considération » aux fins d'une nomination de carrière conformément [à] la résolution 37/126 de l'Assemblée générale... » (A/AC.86/R.118). S'il ne l'a pas été et que le Tribunal déclare qu'il l'a été, il s'agit alors de savoir si, ce faisant, le Tribunal « a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies ».

Pour les raisons précises que sir Robert Jennings expose fort bien dans son opinion dissidente — et au vu notamment de la teneur de la correspondance échangée entre le Secrétaire général et M. Yakimetz, que sir Robert Jennings cite entièrement et sur laquelle il n'est pas besoin de revenir dans la présente opinion — je suis convaincu qu'en réalité le Secrétaire général n'a pas pris « équitablement en considération » — ni même pris du tout en considération — le cas de M. Yakimetz aux fins d'une nomination de carrière. La lettre écrite au nom du Secrétaire général le 21 décembre 1983 est claire et nette. Il y est dit que le cas de M. Yakimetz ne peut être pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière et il est ajouté : « votre situation n'est pas la même que celle de « la plupart des fonctionnaires » ayant des états de service comparables puisque votre présent contrat a été conclu sur la base d'un détachement de la fonction publique de votre pays ». Il y est déclaré que, puisqu'il est détaché et que cela ne saurait par conséquent l'autoriser « à compter sur une prolongation sans la participation de toutes les parties initialement en cause » et puisque son engagement ne l'« autorise pas ... à compter ... sur une nomination d'un type différent », son nom ne peut pas être « transmis à l'organe compétent en matière de nominations et de promotions afin que [son] cas soit équitablement pris en considération » aux fins d'une nomination de carrière ». Je ne vois pas comment une analyse de la correspondance entre le Secrétaire général et M. Yakimetz, en particulier de la lettre du 21 décembre 1983, peut étayer une autre interprétation. J'estime que l'interprétation que le Tribunal et la Cour ont donnée de cette correspondance n'est pas convaincante et même, pour reprendre les termes de sir Robert Jennings, qu'elle n'est « pas possible ».

Il est intéressant de relever que le Tribunal lui-même n'a pu que se référer à ce qu'« il semble que le défendeur ait décidé » ; se fondant sur la teneur de la lettre décisive du 21 décembre 1983, le Tribunal prétend qu'« on ne peut qu'en déduire » ce qu'il en déduit. Or il ne peut se fonder sur les termes mêmes de cette lettre, qui indiquent le contraire.

Certes il est dit dans la lettre du 21 décembre 1983 que « le Secrétaire général a examiné attentivement les questions » soulevées par M. Yakimetz dans la lettre de son conseil en date du 13 décembre 1983 et notamment la question du droit de M. Yakimetz à ce que son cas soit « pris équitablement en considération » aux fins d'une nomination de carrière. Mais les termes de la lettre du 21 décembre excluent expressément cette prise en

which the Tribunal purports to discover, relying only on this reference “to the issues” which the Secretary-General considered, is fanciful. The specific governs the general. It is also significant that the Tribunal felt obliged to criticize the Secretary-General for his failure to state “explicitly” before 26 December 1983 that he had given “every reasonable consideration” to the Applicant’s career appointment; the Tribunal recorded its dissatisfaction at the Secretary-General’s “failure . . . to record sufficiently early and in specific terms the fact” that he had given that appointment the consideration “enjoined” by the General Assembly. Yet the Tribunal nowhere supplies a particle of direct evidence in support of its finding of that “fact” (which it acknowledges actually to be no more than an inference), nor has a shred of such evidence been pleaded by the Secretary-General at any stage of the case. For its part, the Court, which has scrutinized the record of the case, has been unable to produce one scrap of evidence in support of the Tribunal’s finding that the Secretary-General gave Mr. Yakimetz’s candidacy for a career appointment every reasonable or indeed any consideration.

There are two further factors which reinforce the conclusion which Judge Jennings and Judge Evensen and I share in this regard. They sit uneasily with the inferential interpretation placed upon the relevant correspondence by the Tribunal and the Court. The first is that the Secretary-General debarred Mr. Yakimetz from the premises of the United Nations, a debarment dictated shortly after Mr. Yakimetz’s resignation from Soviet official positions and his application for asylum in the United States, and maintained thereafter to the very end of Mr. Yakimetz’s service in the Organization. It was explained in his Comments submitted to the Court on 26 June 1985 (but not explained to Mr. Yakimetz at the operative time) that this “decision not to permit the Applicant, the centre of a controversy between two member States, to enter the Headquarters buildings”, was “an administrative decision taken in the light of all the circumstances of the case and in order to avoid potentially disruptive consequences for the functioning of the Secretariat” (para. 17).

The mildest observation that may be made in respect of this extraordinary action is that it was hardly consistent with a then existing, contemporaneous disposition, or subsequent disposition, on the part of the Secretary-General to extend to Mr. Yakimetz every reasonable consideration for a career appointment. Can it really be supposed that, at one and the same time, during a period for all of which Mr. Yakimetz remained barred from entering the Headquarters building, the Secretary-General was giving every reasonable consideration to his career appointment? Can it be thought that it was the view of the Secretary-General that a staff member merited continued exclusion from his office and from the

considération; par conséquent, la déduction que le Tribunal prétend découvrir, en se fondant seulement sur la mention des « questions » soulevées que le Secrétaire général a examinées, est fantaisiste. C'est aller du particulier au général. Il est également significatif que le Tribunal se soit senti obligé de reprocher au Secrétaire général de n'avoir pas indiqué « de façon spécifique » avant le 26 décembre 1983 qu'il avait « pris équitablement en considération » le cas du requérant aux fins d'une nomination de carrière; le Tribunal a marqué sa réprobation parce que le Secrétaire général n'avait « pas indiqué suffisamment tôt et de façon spécifique » le fait qu'il avait pris le cas en considération aux fins d'une nomination de carrière comme l'y « enjoignait » l'Assemblée générale. Or le Tribunal ne donne nulle part dans le jugement la moindre preuve directe à l'appui de sa conclusion concernant ce fait (qu'il reconnaît d'ailleurs n'être rien de plus qu'une déduction); le Secrétaire général n'en a pas non plus donné à un stade quelconque de l'affaire. Pour sa part, la Cour, qui a examiné minutieusement le dossier, n'a pas pu apporter une preuve quelconque à l'appui de la conclusion du Tribunal selon laquelle le Secrétaire général avait pris équitablement en considération la candidature de M. Yakimetz à un poste de carrière, ni même qu'il l'avait du tout prise en considération.

Deux autres éléments renforcent la conclusion que sir Robert Jennings, M. Evensen et moi-même partageons à ce sujet. Comme moi, ils sont mal à l'aise devant l'interprétation déductive que le Tribunal et la Cour ont donnée de la correspondance pertinente. Le premier de ces éléments est que le Secrétaire général a interdit à M. Yakimetz de pénétrer dans l'enceinte de l'Organisation des Nations Unies, interdiction qui lui a été signifiée peu après qu'il eut démissionné de toutes ses fonctions officielles dans la fonction publique soviétique et présenté sa demande d'asile aux Etats-Unis, et qui a été maintenue jusqu'à la fin de son engagement à l'Organisation. Dans les observations présentées à la Cour le 26 juin 1985 au nom du Secrétaire général, il est expliqué (ce qui ne l'avait pas été à M. Yakimetz à l'époque pertinente) que la « décision ... d'interdire au requérant, qui était au centre d'une controverse entre deux Etats Membres, de pénétrer dans les bâtiments du Siège était une décision administrative prise à la lumière de toutes les circonstances de l'affaire et afin de parer à l'éventualité de conséquences susceptibles de troubler le fonctionnement du Secrétariat » (par. 17).

Le moins qu'on puisse dire de cette décision extraordinaire est qu'elle ne laisse guère supposer que le Secrétaire général était alors disposé, à l'époque, ou qu'il l'a été par la suite, à prendre le cas de M. Yakimetz équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière. Peut-on vraiment supposer que, au cours de toute la période pendant laquelle il était interdit à M. Yakimetz de pénétrer dans l'enceinte de l'Organisation, le Secrétaire général a pris son cas équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière? Peut-on penser que le Secrétaire général était d'avis qu'un fonctionnaire, méritant d'être empêché d'accéder à son bureau, aux couloirs des bâtiments du Siège et à la cafétéria, méritait

United Nations corridors and cafeteria and, at the same time, every reasonable consideration for a permanent appointment upon the expiration of the fixed-term appointment which he was debarred from serving out on United Nations premises? Would the “potentially disruptive consequences” to which, *post facto*, the Secretary-General alluded, have disappeared during the post-1983 period in which Mr. Yakimetz, holding a permanent appointment, would have served, or does this comment of the Secretary-General indicate that the controversial Mr. Yakimetz, whose lunching in the cafeteria could be “disruptive”, could not be seriously considered for a United Nations career, even though his performance ratings were excellent and even though resolution 37/126 required that he be given every reasonable consideration?

The second factor is that the Secretary-General failed to acknowledge, let alone act upon, the application for a permanent appointment which Mr. Yakimetz officially submitted on 9 January 1984, days after the expiration of his fixed-term appointment. That reaction, or lack of reaction, to Mr. Yakimetz’s application for a career appointment suggests not that “every reasonable consideration” was given to it, but that no consideration was given to it. If there is another explanation of the Secretary-General’s failure to reply to Mr. Yakimetz’s application which is more favourable to the Secretary-General’s position, it has not been forthcoming.

It might be speculated that the Secretary-General did not reply to Mr. Yakimetz’s application for a career appointment of 9 January because Mr. Yakimetz filed his application with the Administrative Tribunal on 6 January. But that is conjecture. What is significant is that the Secretary-General has never advanced this argument, not to Mr. Yakimetz in January 1984 as he could so readily have done, nor to the Tribunal or the Court thereafter. One is left with the conclusion that the failure to acknowledge or respond to Mr. Yakimetz’s application of 9 January confirms the failure of the Secretary-General to give Mr. Yakimetz’s candidacy every or any reasonable consideration.

THE NATURE OF AN ERROR OF LAW “RELATING TO” THE CHARTER; AND FURTHER OBSERVATIONS ON QUESTION 2, INCLUDING THE TRIBUNAL’S ERROR RELATING TO ARTICLE 101, PARAGRAPH 1, OF THE CHARTER

Before looking more closely at the errors of law relating to provisions of the Charter of the United Nations made by the Administrative Tribunal in this case, it may be useful to comment upon that provision of the Tribunal’s Statute. The terms of Article 11 of the Statute of the Tribunal, as well as its *travaux préparatoires*, make clear that an error of law “relating to” provisions of the United Nations Charter need not squarely and directly

aussi que son cas soit pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière à l'expiration d'un engagement de durée déterminée qu'il était empêché d'honorer dans l'enceinte de l'Organisation? Les «conséquences susceptibles de troubler...», auxquelles le Secrétaire général a fait allusion après coup, auraient-elles disparu après 1983, quand M. Yakimetz, devenu titulaire d'un poste permanent, aurait rempli ses fonctions, ou cette remarque du Secrétaire général indique-t-elle que le cas de M. Yakimetz, fonctionnaire discuté dont la présence à la cafétéria pour déjeuner aurait pu «troubler» quoi que ce soit, ne pouvait pas être pris sérieusement en considération en vue d'une nomination de carrière à l'Organisation, malgré ses états de service excellents et bien que la résolution 37/126 exigeât que son cas fût pris équitablement en considération?

Le second élément est que le Secrétaire général n'a pas accusé réception de la candidature de M. Yakimetz à un poste permanent, présentée officiellement par lui le 9 janvier 1984, soit quelques jours après la venue à expiration de son engagement de durée déterminée, et qu'il y a moins encore donné suite. Cette réaction, ou ce manque de réaction devant la candidature de M. Yakimetz à un poste de carrière laisse présumer non pas que son cas a été «pris équitablement en considération», mais qu'il n'a pas été pris en considération du tout. Peut-être l'absence de réponse du Secrétaire général à la candidature de M. Yakimetz s'explique-t-elle autrement, d'une façon plus favorable à la position du Secrétaire général, mais cette explication n'a pas été fournie.

On peut supposer que le Secrétaire général n'a pas répondu à M. Yakimetz, qui avait présenté sa candidature à un poste de carrière le 9 janvier, parce que ce dernier avait introduit sa requête auprès du Tribunal administratif le 6 janvier. Mais ce n'est qu'une conjecture. Ce qui est significatif, c'est que le Secrétaire général n'a jamais fait valoir cet argument, ni auprès de M. Yakimetz en janvier 1984 comme il aurait fort bien pu le faire, ni par la suite devant le Tribunal ou la Cour. On ne peut qu'en conclure que l'absence d'accusé de réception ou de réponse à la candidature présentée le 9 janvier par M. Yakimetz confirme que le Secrétaire général n'a pas pris équitablement ni même pris du tout en considération cette candidature.

NATURE DE L'ERREUR DE DROIT «CONCERNANT» LA CHARTE; OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES SUR LA QUESTION 2, Y COMPRIS L'ERREUR DU TRIBUNAL CONCERNANT L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1, DE LA CHARTE

Avant d'examiner de plus près les erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies, que le Tribunal administratif a commises en l'espèce, il convient peut-être de formuler des observations sur la disposition pertinente du statut du Tribunal. Les termes de l'article 11 du statut du Tribunal, de même que les travaux préparatoires, montrent clairement qu'une erreur de droit «concernant» (*relating to*) les

engage a provision of the Charter. It is sufficient if such an error is “in relationship to” the Charter, “has reference to” the Charter, or “is connected with” the Charter. (See the definitions under “relate” and “relating” found in *The Oxford Dictionary*, 1910, Vol. VIII, pp. 397-398, and in *Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Unabridged*, 1976, p. 1916.) The phrase “the provisions” of the Charter cannot mean all the provisions of the Charter, because no error of the Administrative Tribunal could apply to all the provisions of the Charter; that phrase must mean, “one or more provisions” of the Charter. An error, if it is to furnish ground for objection to a judgement of the Tribunal, must have a relationship to or be connected with at least one provision of the Charter. Moreover, when Article 11 of the Statute of the Tribunal was adopted, it was declared by the co-sponsors of the language in question that: “*The words ‘relating to the provisions of the Charter’ covered not only interpretations of the provisions of the Charter but also the interpretation or application of staff regulations deriving from Chapter XV of the Charter.*” (A/AC.78/SR.10, p. 3, quoted in *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J. Reports 1982*, p. 394, para. 9, and p. 469, para. 21; emphasis added.) It was understood that:

“The co-sponsors intended by the phrase: ‘a question of law relating to the provisions of the Charter’ to provide for a case not only where the Administrative Tribunal might be considered to have misinterpreted the Charter, but also where the Tribunal might have interpreted and applied the Staff Regulations in a manner considered to be inconsistent with the provisions of Chapter XV of the Charter.” (United Nations, *GAOR, 10th Session, Annexes, Report of the Special Committee on Review of Administrative Tribunal Judgements*, p. 10; quoted in *I.C.J. Reports 1982*, p. 471, para. 24.)

When the Secretary-General fails to apply a provision of a resolution binding upon him which the General Assembly has adopted in pursuance of its authority under Article 101, paragraph 1, of the Charter, which provides that, “The staff shall be appointed by the Secretary-General under regulations established by the General Assembly”, and when the Administrative Tribunal omits to recognize that failure — and consequently accepts a failure to apply the governing regulation — the Tribunal errs on a question of law “relating to” the Charter. That is exactly the instant case. It is exactly the kind of case which the General Assembly had in mind when it adopted Article 11 of the Statute of the Administrative Tribunal, as the foregoing quotations from the *travaux préparatoires* show.

It is of course true that the Secretary-General does not now acknowledge that he failed to apply a provision of a General Assembly resolution which he does acknowledge is binding upon him. He rather has affirmed

dispositions de la Charte des Nations Unies ne doit pas mettre ouvertement et directement en cause une disposition de la Charte. Il suffit que l'erreur soit « en relation avec » la Charte, qu'elle s'y « rapporte » ou s'y « rattache ». (Voir les définitions des termes *relate* et *relating* dans *The Oxford Dictionary*, vol. VIII, 1910, p. 397-398, et dans le *Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Unabridged*, 1976, p. 1916.) Les mots « les dispositions » de la Charte ne sauraient s'appliquer à toutes les dispositions de cet instrument car le Tribunal ne peut commettre d'erreur visant toutes ces dispositions; ils s'appliquent nécessairement à « une ou plusieurs dispositions » de la Charte. Pour qu'une erreur puisse constituer un motif de contestation d'un jugement du Tribunal, il faut qu'elle soit en relation avec au moins une des dispositions de la Charte ou qu'elle se rattache au moins à l'une d'elles. De plus, lorsque l'article 11 du statut du Tribunal a été adopté, les auteurs du libellé en question ont déclaré que: « *Les mots « concernant les dispositions de la Charte » ne visent pas seulement l'interprétation des dispositions de la Charte, mais aussi l'interprétation ou l'application du statut du personnel édicté en application du chapitre XV de la Charte.* » (A/AC.78/SR.10, p. 3, cité en l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1982*, p. 394, par. 9, et p. 469, par. 21; les italiques sont de moi.) Il était entendu que:

« Dans l'esprit des auteurs, la formule « erreur de droit concernant les dispositions de la Charte » visait non seulement le cas où le Tribunal administratif aurait apparemment mal interprété la Charte mais aussi le cas où, en interprétant et en appliquant certains des articles du statut du personnel, il aurait apparemment agi d'une façon incompatible avec les dispositions du chapitre XV de la Charte. » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, annexes*, rapport du Comité spécial chargé d'étudier la question de la réformation des jugements du Tribunal administratif, p. 10, cité dans *C.I.J. Recueil 1982*, p. 471, par. 24.)

Lorsque le Secrétaire général n'applique pas une disposition d'une résolution qu'il est tenu d'appliquer et que l'Assemblée générale a adoptée en vertu du pouvoir que lui confère l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, lequel dispose que: « Le personnel est nommé par le Secrétaire général conformément aux règles fixées par l'Assemblée générale », et lorsque le Tribunal administratif omet de relever cette carence — et accepte ainsi la non-application de cette règle applicable — le Tribunal commet une erreur de droit « concernant » la Charte. C'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce. Ce sont précisément les cas de ce genre que l'Assemblée générale entendait viser lorsqu'elle a adopté l'article 11 du statut du Tribunal administratif, comme le montrent les citations des travaux préparatoires reproduites ci-dessus.

Certes, le Secrétaire général ne reconnaît pas maintenant avoir omis d'appliquer une disposition d'une résolution de l'Assemblée générale qu'il admet devoir appliquer. Mais il a affirmé devant le Tribunal admi-

to the Administrative Tribunal and to this Court what he had omitted to affirm to Mr. Yakimetz: that he had given a career appointment for Mr. Yakimetz every reasonable consideration. The Secretary-General was placed in a difficult position by the circumstances of the *Yakimetz* case; and his affirmations placed the Tribunal, and this Court, in a delicate position. The reluctance of the Tribunal and the Court to discount the Secretary-General's affirmations is understandable. But, as Judge Jennings shows, the essence of administrative law and process entails the possibility of disallowance of the executive's affirmations. If what is the fact depends solely on the executive's *post facto*, unproved affirmation of what was the fact, there is no utility in administrative law, processes, and tribunals. For my part, with every respect for the Secretary-General's goodwill and good faith, I regret to be impelled to say that these unsupported statements of the Secretary-General cannot be accepted as governing.

It would be otherwise if the Secretary-General had substantiated his alleged consideration not merely by broad and conclusory statements made well after the operative time, solely in an adversarial context, and exclusively to the Tribunal and this Court (never, at the operative time, to Mr. Yakimetz). It would be otherwise if the Secretary-General's representative had not written to Mr. Yakimetz in the terms of the letter of 21 December 1983. But at the operative time, the Secretary-General, far from informing Mr. Yakimetz that every reasonable consideration to his career appointment had been given, was being given, or would be given, wrote Mr. Yakimetz that he could not be given consideration for a career appointment "because your present contract was concluded on the basis of a secondment from your national civil service". I do not believe that the Secretary-General now can be heard to say the contrary of what he said at that determinative time.

THE ROLE OF THE COURT IN THIS CLASS OF CASE

The Court reassures itself about the justice of an opinion about which it appears none too sure by maintaining that its proper role in this class of case is not to retry the case and to attempt to substitute its own opinion on the merits for that of the Tribunal. But the Court does not equally emphasize what it held in 1982, that it is

"very much the business of this Court to judge whether there is a contradiction between a particular interpretation or application of Staff Regulations and Rules by the Tribunal and any of the provisions of the Charter" (*I.C.J. Reports 1982*, p. 359, para. 66).

The Court fails to stress that, as it held in 1973, the Court's role is to determine if the circumstances of the case, "whether they relate to merits or procedure", show that any objection made to the judgement on one of the grounds mentioned in Article 11 is well founded:

nistratif et devant la Cour ce qu'il avait omis de dire à M. Yakimetz, à savoir qu'il avait pris son cas équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière. Le Secrétaire général s'est trouvé dans une position difficile en raison des circonstances de l'espèce et ses affirmations ont mis le Tribunal et la Cour dans une situation délicate. Les hésitations du Tribunal et de la Cour à écarter les affirmations du Secrétaire général sont compréhensibles. Toutefois, comme sir Robert Jennings le démontre, le droit et la procédure se caractérisent en matière administrative par le fait qu'il est possible de rejeter les affirmations de l'administration. Si ce qu'est un fait dépend uniquement de ce que l'administration en dit après coup, sans preuve, le droit, la procédure et les tribunaux sont inutiles en matière administrative. Pour ma part, avec tout le respect que j'ai pour la bonne volonté et la bonne foi du Secrétaire général, je dois dire à regret que les déclarations qu'il a faites sans preuve à l'appui ne peuvent être acceptées comme s'imposant.

Il en irait autrement si, pour établir qu'il avait pris le cas en considération, comme il le prétend, le Secrétaire général ne s'était pas borné à faire des déclarations générales et péremptoires bien après le moment crucial, dans un cadre purement contentieux et devant le Tribunal et la Cour exclusivement (il n'a rien dit de pareil à M. Yakimetz au moment crucial). Il en irait autrement si le représentant du Secrétaire général avait rédigé en des termes différents sa lettre du 21 décembre 1983 à M. Yakimetz. Loin d'informer M. Yakimetz que son cas était, avait été ou serait pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière, le Secrétaire général lui a écrit à ce moment-là qu'il ne pouvait pas le prendre en considération aux fins d'une nomination de carrière « puisque [son] présent contrat était conclu sur la base d'un détachement de la fonction publique de [son] pays ». Je ne crois pas que le Secrétaire général puisse dire maintenant le contraire de ce qu'il a dit au moment déterminant.

LE RÔLE DE LA COUR DANS LES AFFAIRES DE CE GENRE

La Cour se rassure sur la justesse d'un avis dont elle ne paraît pas très sûre en affirmant qu'elle n'a pas pour rôle, dans les affaires de ce genre, de refaire le procès ni d'essayer de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal. Mais elle n'insiste pas autant sur le fait, relevé par elle en 1982, que

« il lui incombe au plus haut degré ... 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 » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 359, par. 66).

La Cour omet de souligner que, comme elle l'a déclaré en 1973, son rôle est de déterminer s'il ressort des circonstances de l'espèce, « concernant le fond ou la procédure », qu'une contestation formulée contre le jugement pour l'un des motifs mentionnés à l'article 11 est fondée :

“In so doing, the Court is not limited to the contents of the challenged award itself, but takes under its consideration all relevant aspects of the proceedings before the Tribunal as well as all relevant matters submitted to the Court itself by the staff member and by the Secretary-General with regard to the objections raised against that judgement. These objections the Court examines on their merits in the light of the information before it.” (*Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J. Reports 1973*, p. 188, para. 47.)

Indeed as the Court further held in the *Fasla* case, “where the judgement has been challenged on the ground of an error on a question of law relating to the provisions of the Charter, the Court may . . . be called upon to review the actual substance of the decision” (*ibid.*, para. 48). The Court further held that, in review proceedings, the Court does not regard itself “as precluded from examining in full liberty the facts of the case or from checking the Tribunal’s appreciation of the facts” (*ibid.*, p. 207, para. 85).

The extent of the Court’s authority to examine in full liberty the facts of the case and to pass upon the merits of the Tribunal’s Judgement is confirmed by the fact that its advisory opinion in this class of case binds the Secretary-General and the Tribunal. Article 11, paragraph 3, of the Tribunal’s Statute provides:

“In any case in which a request has been made for an advisory opinion, the Secretary-General shall either give effect to the opinion of the Court or request the Tribunal to convene specially in order that it shall confirm its original judgement, or give a new judgement, in conformity with the opinion of the Court. If not requested to convene specially the Tribunal shall at its next session confirm its judgement or bring it into conformity with the opinion of the Court.”

The phrase, “in conformity with the opinion of the Court” in the first sentence of the foregoing quotation governs the whole of that sentence, as its punctuation demonstrates. Thus the Secretary-General himself either must give effect to the Court’s opinion or the Tribunal must act to confirm its original judgement or give a new judgement, both of which judgements must be “in conformity with the opinion of the Court”. This ineluctable interpretation is confirmed by the second sentence of the foregoing provision, which likewise obliges the Tribunal to bring its judgement “into conformity with the opinion of the Court”. As the Court itself recognized in the *Fasla* case, “the opinion given by the Court is to have a conclusive effect with respect to the matters in litigation” in the case before the Administrative Tribunal (*I.C.J. Reports 1973*, p. 182, para. 39). This is a “special effect to be attributed to the Court’s opinion by Article 11 of the Statute of the United Nations Administrative Tribunal . . .” (*ibid.*, p. 183, para. 39).

Moreover, it was recognized by its co-sponsors in the course of adopt-

« Ce faisant, la Cour ne s'en tient pas à la teneur de la décision contestée elle-même mais elle prend en considération tous les aspects de la procédure qui s'est déroulée devant le Tribunal ainsi que tous les éléments pertinents que le fonctionnaire et le Secrétaire général lui soumettent au sujet des objections soulevées contre le jugement. La Cour examine ces objections au fond, compte tenu des renseignements dont elle dispose. » (*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1973, p. 188, par. 47.*)

En effet, comme la Cour l'a déclaré plus loin dans l'affaire *Fasla*, « si un jugement était contesté en raison d'une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, la Cour ... pourrait ... être appelée à examiner la décision au fond » (*ibid.*, par. 48). La Cour a en outre affirmé que, dans une procédure de réformation, elle ne s'estime pas « empêchée d'examiner les faits de la cause en toute liberté ou de contrôler l'appréciation des faits par le Tribunal » (*ibid.*, p. 207, par. 85).

Le pouvoir qu'a la Cour d'examiner les faits de la cause en toute liberté et de statuer sur le fond du jugement du Tribunal est confirmé par le fait que les avis consultatifs qu'elle donne dans des affaires de ce genre s'imposent au Secrétaire général et au Tribunal. Selon l'article 11, paragraphe 3, du statut du Tribunal :

« Chaque fois que la Cour est priée de donner un avis consultatif, le Secrétaire général ou bien donne effet à l'avis de la Cour, ou bien prie le Tribunal de se réunir spécialement pour confirmer son jugement initial ou rendre un nouveau jugement, conformément à l'avis de la Cour. S'il n'est pas invité à se réunir spécialement, le Tribunal, à sa session suivante, confirme son jugement ou le rend conforme à l'avis de la Cour. »

Les mots « conformément à l'avis de la Cour », qui figurent dans la première phrase de la citation ci-dessus, commandent l'ensemble de la proposition, comme le montre la ponctuation. Il faut donc soit que le Secrétaire général lui-même donne effet à l'avis de la Cour, soit que le Tribunal se mette en devoir de confirmer son jugement initial ou de rendre un nouveau jugement, chacun de ces jugements devant être confirmé ou rendu « conformément à l'avis de la Cour ». Cette interprétation inévitable est étayée par la seconde phrase de la disposition précitée, qui oblige de même le Tribunal à rendre son jugement « conforme à l'avis de la Cour ». Comme la Cour l'a reconnu elle-même en l'affaire *Fasla*, « l'avis rendu par la Cour [doit] avoir un effet décisif à l'égard des questions en litige » dans l'affaire portée devant le Tribunal administratif (*C.I.J. Recueil 1973, p. 182, par. 39*). C'est là un « effet spécial que l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies attribue à l'avis de la Cour » (*ibid.*, p. 183, par. 39).

De plus, lors de l'adoption de l'article 11 du statut du Tribunal adminis-

ing Article 11 of the Tribunal's Statute that "the International Court of Justice should be the final authority on interpretation of the Charter or of staff regulations based thereon which might be involved in the Tribunal's decisions" (*GAOR, 10th Session, Fifth Committee, 498th Meeting*, p. 66 (emphasis added); see *I.C.J. Reports 1982*, p. 473, para. 27). The Court was intended to be and, by the terms of the Tribunal's Statute, is "the final judicial arbiter on questions of Charter law"; and "no organ would be more competent to settle other issues arising from the grounds specified for review" (*Report of the Fifth Committee, GAOR, 10th Session, Agenda item 49, Annexes*, p. 40; see *I.C.J. Reports 1982*, p. 474, para. 28). It is significant that not only was "the final authority" of the Court emphasized — an authority which accordingly must be able to substitute its opinion on the merits for that of the Administrative Tribunal, for an opinion which does not govern cannot be "final". It is equally significant that it was made clear by the Report of the Fifth Committee that the jurisdiction of the Court was defined to embrace the "legitimate interest in ensuring proper application of the Charter and the Staff Regulations . . ." (*ibid.*). It could not be plainer that, under Article 11 of the Tribunal's Statute, the Court is "the final authority on interpretation . . . of staff regulations based" on the Charter, i.e., regulations established by the General Assembly under Article 101, paragraph 1, of the Charter — such as that expressed by resolution 37/126, IV, paragraph 5.

In view of the terms of the Tribunal's Statute and the foregoing intentions of its draftsmen, and in view of the Court's proper holding that it may examine "in full liberty the facts of the case" and check "the Tribunal's appreciation of the facts" (*I.C.J. Reports 1973*, p. 207, para. 85), I believe that today's opinion of the Court, and previous opinions to like effect, are on weak ground when they shelter behind the conclusion that, "the Court's proper role is not to retry the case and to attempt to substitute its own opinion on the merits for that of the Tribunal" (*I.C.J. Reports 1982*, p. 356, para. 58, adopted in this opinion in paras. 27 and 89). On the contrary, the Court, when seised of a case of this kind, exercises "judicial review . . . The opinion of the Court is to be given a reformatory character." Since an objection on the ground that the Tribunal has erred on a question of law relating to a provision of the Charter "relates not to the validity of the judgment but to the merits of the judgment" of the Tribunal, this ground affords the Court "true appellate jurisdiction" (Leo Gross, "Participation of Individuals in Advisory Proceedings before the International Court of Justice: Question of Equality between the Parties", 52 *American Journal of International Law* (1958), p. 36.)

tratif, ceux qui l'avaient proposé ont reconnu qu'il convenait « que la Cour internationale de Justice soit l'autorité compétente en dernier ressort pour interpréter les dispositions de la Charte ou du *statut du personnel* que les décisions du Tribunal peuvent mettre en jeu » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, Cinquième Commission*, 498^e séance, p. 70 (les italiques sont de moi); voir *C.I.J. Recueil 1982*, p. 473, par. 27). La Cour était censée être, et aux termes du statut du Tribunal elle est, « l'organe judiciaire suprême qui pouvait statuer sur le droit de la Charte »; « aucun organe n'était compétent pour régler les autres différends au sujet desquels une demande de réformation était recevable » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, annexes*, rapport de la Cinquième Commission, point 49 de l'ordre du jour, p. 43; voir *C.I.J. Recueil 1982*, p. 474, par. 28). Il est intéressant de relever qu'on ne s'est pas borné à souligner que la Cour était « l'autorité compétente en dernier ressort », ce qui devait par conséquent lui permettre de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal administratif puisqu'une opinion qui ne s'impose pas ne saurait être donnée « en dernier ressort ». Les auteurs du rapport de la Cinquième Commission ont aussi précisé que la juridiction de la Cour avait été conçue de manière à englober l'intérêt légitime « à l'application correcte de la Charte et du statut du personnel » (*ibid.*). On ne saurait dire plus clairement que, d'après l'article 11 du statut du Tribunal, la Cour est « l'autorité compétente en dernier ressort pour interpréter les dispositions ... du statut du personnel » fondées sur la Charte, c'est-à-dire les règles fixées par l'Assemblée générale en vertu de l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, telle que celle qui est formulée dans la section IV, paragraphe 5, de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale.

Vu les termes utilisés dans le statut du Tribunal et les intentions susmentionnées de ses rédacteurs, et compte tenu du fait que la Cour a estimé à juste titre qu'elle peut « examiner les faits de la cause en toute liberté » et « contrôler l'appréciation des faits par le Tribunal » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 207, par. 85), j'estime que le présent avis de la Cour et ceux qu'elle a donnés dans le même sens ne sont pas solidement fondés dans la mesure où ils s'abritent derrière la conclusion suivant laquelle la Cour n'a « pas pour rôle de refaire le procès ni d'essayer de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal... » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 356, par. 58; cette conclusion est reprise aux paragraphes 27 et 89 du présent avis). Au contraire, lorsqu'elle est saisie d'une affaire de ce genre, la Cour joue « un rôle de réformation judiciaire... L'avis de la Cour doit avoir un caractère réformateur. » Etant donné qu'une objection formulée à l'encontre d'un jugement au motif que le Tribunal a commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte « se rapporte non à la validité du jugement mais à la décision sur le fond » prise par le Tribunal, ce motif confère à la Cour « une véritable compétence d'appel » (Leo Gross, « Participation of Individuals in Advisory Proceedings before the International Court of Justice: Question of Equality between the Parties », *American Journal of International Law*, 1958, vol. 52, p. 36).

This is the conclusion which Judge Oda, in his separate opinion, and which I, in my dissenting opinion, reached in 1982 in the *Mortished* case, after an examination of the drafting history of Article 11 of the Statute of the Administrative Tribunal; it remains correct today (see *I.C.J. Reports 1982*, pp. 393-397, 468-470, 471, and Judge Oda's separate opinion in the current case, paras. 14-18). It is fully justified by the intent of the General Assembly in adopting Article 11 of the Statute of the Administrative Tribunal, as that intent is shown by the quotations from the *travaux préparatoires* set out above and in the cited *Mortished* opinions. In such a case, the Court is entitled — if not required — to substitute its opinion for that of the Tribunal on the merits, and both the Secretary-General and the Tribunal are bound to conform their judgments to the Court's opinion. What is at issue in the *Yakimetz* case is the Administrative Tribunal's "interpretation or application" — or misinterpretation or misapplication — "of staff regulations deriving from Chapter XV of the Charter", an issue explicitly declared by the drafters of Article 11 of the Statute to be within the Court's competence. The Court is fully empowered to give an opinion on the merits of that issue. Its failure to do so constitutes a failure to exercise a responsibility validly entrusted to it by the General Assembly.

It may be added that the exclusionary approach to its jurisdiction which the Court finds it convenient to adopt in the current case contrasts tellingly with the extraordinarily expansive approach to its jurisdiction which the Court found it convenient to adopt in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*I.C.J. Reports 1984*, p. 392; (*I.C.J. Reports 1986*, p. 14).

THE TRIBUNAL'S ERRONEOUS INTERPRETATION OF ARTICLE 101, PARAGRAPH 3, OF THE CHARTER

While the critical error of law relating to a provision of the United Nations Charter in this case lies in the Tribunal's failure to find that the Secretary-General had not given Mr. Yakimetz's candidacy every reasonable consideration, and in its consequent failure to require the Secretary-General to comply with a regulation binding upon him, established by the General Assembly in pursuance of Article 101, paragraph 1, of the Charter, still another error of law relates to Article 101, paragraph 3, of the Charter. That provision in effect establishes three "paramount" considerations in the employment of staff: efficiency, competence, and integrity. It further provides that: "Due regard shall be paid to the importance of recruiting staff on as wide a geographical basis as possible." That lesser consideration in no way imports that a change in the nationality of a staff member, much less actions manifesting an intent to seek a change in nationality, are considerations relevant to the suitability for continued service of such a staff member. The Administrative Tribunal held in the *Estabial* case (Judgement

Telle est la conclusion à laquelle M. Oda, dans son opinion individuelle, et moi-même, dans mon opinion dissidente, étions parvenus en 1982 dans l'affaire *Mortished*, après avoir étudié la genèse de l'article 11 du statut du Tribunal administratif; cette conclusion demeure exacte aujourd'hui (voir *C.I.J. Recueil 1982*, p. 393-397, 468-470, 471, et l'opinion individuelle de M. Oda en la présente espèce, par. 14-18). Elle est pleinement justifiée par l'intention qui animait l'Assemblée générale lorsqu'elle a adopté l'article 11 du statut du Tribunal administratif, telle qu'elle ressort des citations des travaux préparatoires mentionnées ci-dessus et desdites opinions relatives à l'affaire *Mortished*. Dans un tel cas, la Cour a le droit — si ce n'est le devoir — de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal, et tant le Secrétaire général que le Tribunal sont tenus de rendre leurs décisions conformes à l'avis de la Cour. Dans l'affaire *Yakimetz*, ce qui est en cause, c'est « l'interprétation ou l'application » (voir la mauvaise interprétation ou application) « du statut du personnel édicté en application du chapitre XV de la Charte », que les rédacteurs de l'article 11 du statut ont déclaré explicitement entrer dans la compétence de la Cour. La Cour a tout pouvoir pour donner un avis sur le fond de cette question. Ne pas le faire constitue un manquement à l'exercice d'une responsabilité qui lui a été valablement confiée par l'Assemblée générale.

On peut ajouter que la conception exclusive de sa compétence que la Cour juge bon d'adopter en la présente affaire contraste de façon révélatrice avec la conception extraordinairement extensive qu'elle a jugé bon d'adopter en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 392; *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14).

L'INTERPRÉTATION ERRONÉE QUE LE TRIBUNAL DONNE DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 3, DE LA CHARTE

Dans la présente affaire, la principale erreur de droit que le Tribunal a commise concernant une disposition de la Charte des Nations Unies réside dans le fait qu'il n'a pas statué que le Secrétaire général n'avait pas pris la candidature de M. Yakimetz équitablement en considération et qu'il ne lui a pas par conséquent demandé de se conformer à une disposition réglementaire qui était contraignante pour lui et que l'Assemblée générale avait adoptée en application du paragraphe 1 de l'article 101 de la Charte. Mais le Tribunal a encore commis une autre erreur de droit, qui concerne le paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. En fait, cette disposition introduit trois considérations « dominantes » pour le recrutement du personnel : le travail, la compétence et l'intégrité, et il est ajouté : « Sera dûment prise en considération l'importance d'un recrutement effectué sur une base géographique aussi large que possible. » Cette considération de moindre importance n'implique en rien que le fait qu'un fonctionnaire change de nationalité et moins encore le fait qu'il entreprend des démarches révélant son intention d'essayer de changer de nationalité consti-

No. 310) that considerations of geographical distribution may not be given precedence over an employment decision which is to be reached on the basis of an assessment of an official's efficiency, competence and integrity. No less must the paramount considerations of efficiency, competence and integrity govern considerations of nationality, which are not even mentioned in the Charter.

For his part, however, the Secretary-General, in his actions relating to Mr. Yakimetz, clearly gave weight to what he described as "the events of 10 February 1983, and thereafter" (the date being that of Mr. Yakimetz's communication to the Government of the USSR resigning his positions with it); in his Comments to the Court of 26 June 1985, the Secretary-General acknowledged that all the circumstances of which he took account "obviously included the Applicant's proposed change of nationality" (para. 14). For its part, the Tribunal defined as one of the three legal issues of the case: "The consequences of the application of United Nations rules and regulations in relation to the United States law on resident status and citizenship." In that regard, it held:

"XII. The Applicant was entitled to act in any way he considered best in his interest, but he must necessarily face the consequences for his actions . . . Another consequence of his actions raised the question of his suitability as an international civil servant. In Judgement No. 326 (*Fischman*), the Tribunal referred to the widely held belief mentioned in a report of the Fifth Committee of the General Assembly that

'International officials should be true representatives of the cultures and personality of the country of which they were nationals, and that those who elected to break their ties with that country could no longer claim to fulfil the conditions governing employment in the United Nations',

and held that this 'must continue to provide an essential guidance in this matter'. In the same judgement, the Tribunal also recalled a part of Information Circular ST/AFS/SER.A/238 of 19 January 1954 which stated, *inter alia*, that

'The decision of a staff member to remain on or acquire permanent residence status in . . . [the] country [of his duty station] in no way represents an interest of the United Nations. On the contrary, this decision may adversely affect the interests of the United

tuent des considérations pertinentes pour déterminer si ce fonctionnaire répond aux conditions requises pour rester au service de l'Organisation. Le Tribunal administratif a déclaré dans l'affaire *Estabial* (jugement n° 310) que des considérations de répartition géographique ne doivent pas pouvoir l'emporter lorsqu'il s'agit de décider d'une nomination qui doit reposer sur une évaluation du travail, de la compétence et de l'intégrité du fonctionnaire. Ces considérations dominantes de travail, de compétence et d'intégrité doivent primer tout autant sur les considérations de nationalité, qui ne sont même pas mentionnées dans la Charte.

Or, le Secrétaire général, dans les mesures qu'il a prises à l'égard de M. Yakimetz, a pour sa part clairement donné du poids à ce qu'il a décrit comme « les événements intervenus le 10 février 1983 et par la suite » (cette date étant celle à laquelle M. Yakimetz a fait savoir au Gouvernement de l'Union soviétique qu'il démissionnait de ses fonctions); dans les observations qu'il a présentées à la Cour le 26 juin 1985, le Secrétaire général a reconnu que, dans leur ensemble, les circonstances dont il avait tenu compte « englobaient manifestement l'intention du requérant de changer de nationalité » (par. 14). Pour sa part, le Tribunal a énoncé comme suit l'une des trois questions juridiques en l'espèce: « Les conséquences de l'application du statut et du règlement du personnel de l'Organisation des Nations Unies compte tenu de la législation des Etats-Unis relative à la résidence et à la citoyenneté. » A ce sujet il a conclu:

« XII. Le requérant était en droit d'agir de la façon qu'il jugeait répondre au mieux à ses intérêts, mais il doit accepter les conséquences de ses actes. Une autre conséquence de ses actes amène à se demander si le requérant répondait aux conditions requises d'un fonctionnaire international. Dans son jugement n° 326 (*Fischman*), le Tribunal a évoqué une opinion largement répandue qui avait été ainsi formulée dans un rapport de la Cinquième Commission de l'Assemblée générale:

« Les fonctionnaires internationaux doivent véritablement représenter la culture et la personnalité du pays dont ils sont les ressortissants et ... ceux qui choisissent de rompre les liens qui les unissent à ce pays ne peuvent plus prétendre remplir les conditions qui régissent l'emploi à l'Organisation des Nations Unies »,

et le Tribunal a considéré que cette position « [devait] continuer de jouer un rôle déterminant à cet égard ». Dans le même jugement, le Tribunal a également cité un extrait de la circulaire ST/AFS/SER.A/238 du 19 janvier 1954 où il est notamment indiqué que:

« La décision d'un fonctionnaire de conserver ou d'acquérir le statut de résident permanent dans ... le pays [de son lieu d'affectation] ne va nullement dans le sens des intérêts de l'Organisation des Nations Unies. Au contraire, cette décision peut nuire aux intérêts

Nations in the case of internationally recruited staff members in the Professional category . . .’

The Applicant had been granted asylum in the United States of America and there arose the problem of his having to waive privileges and immunities with the permission of the Respondent. Such a waiver was necessary for changing his visa category under the United States laws. However there was apparently no immediate problem and it seems that no request was made to the Respondent for agreeing to the Applicant waiving his privileges and immunities. Besides, a private bill was later introduced on the Applicant’s behalf in the United States House and Senate.

XIII. In view of the foregoing, the Tribunal concludes that during the period of his service with the United Nations the Applicant was under secondment which, as already stated, could not be modified except with the consent of all three parties and that no tacit agreement existed between the Applicant and the Respondent between 10 February 1983 and 26 December 1983 changing the character of their relationship.

XIV. With these conclusions in mind the Tribunal considered the Applicant’s plea that he was entitled to, but was denied, the right to receive ‘every reasonable consideration’ in terms of paragraph 5 of General Assembly resolution 37/126, IV, of 17 December 1982.”

It is one of several perplexities posed by the Administrative Tribunal’s Judgement that the Tribunal fails to make clear the relevance to its Judgement, if any, of paragraph XII and its incorporation of passages of its contemporaneous Judgement No. 326 in the *Fischman* case (made by the same Tribunal majority, i.e., President Ustor and Vice-President Sen). *Fischman* refers to an allegedly “widely held belief” mentioned in a report of the Fifth Committee that an international official who elects to break his ties with his country could no longer claim to fulfil the conditions governing employment by the United Nations. Whatever the point of the Tribunal’s invocation in the *Yakimetz* Judgement of 8 June 1984 of what it said on 17 May 1984 in the *Fischman* case, what is clear is that the Tribunal concluded that “an essential guidance in this matter” (i.e., *Fischman*) is the aforesaid “widely held belief” and that a “consequence of his [Mr. Yakimetz’s] actions” in seeking to change his nationality was to raise “the question of his [Mr. Yakimetz’s] suitability as an international civil servant”, because of the doctrine set out in and quoted from *Fischman* which provides “essential guidance”. The Tribunal further held that “In view of the foregoing” (para. XIII), and “With these conclusions in mind” (para. XIV) — i.e., apparently, its foregoing holdings, among others,

de l'Organisation dans le cas des fonctionnaires recrutés sur le plan international qui appartiennent à la catégorie des administrateurs...»

Les Etats-Unis d'Amérique ayant accédé à la demande d'asile du requérant, le problème de la renonciation par ce dernier à ses privilèges et immunités avec l'autorisation du défendeur aurait dû se poser, puisqu'une telle renonciation était nécessaire pour modifier son type de visa conformément à la législation des Etats-Unis. Toutefois, aucun problème ne s'est apparemment posé dans l'immédiat et il semble qu'il n'ait jamais été demandé au défendeur d'accepter que le requérant renonce à ses privilèges et immunités. De plus, un projet de loi visant uniquement le cas personnel du requérant a été ultérieurement présenté à la Chambre des représentants et au Sénat des Etats-Unis.

XIII. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que le requérant était détaché pendant sa période de service à l'ONU et que cette situation administrative, comme il a été dit plus haut, ne pouvait être modifiée sans le consentement des trois parties en cause; le Tribunal conclut également qu'aucun accord tacite n'existait entre le requérant et le défendeur, entre le 10 février et le 26 décembre 1983, qui aurait modifié le caractère de leurs relations.

XIV. C'est en ayant ces conclusions à l'esprit que le Tribunal a examiné l'argument du requérant selon lequel il avait droit — droit qui lui aurait été dénié — à ce que son cas soit « pris équitablement en considération » conformément au paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1982.»

Une énigme posée par le jugement du Tribunal administratif, parmi d'autres, provient de ce que le Tribunal ne précise pas quelle importance peuvent avoir, dans son jugement, le paragraphe XII et les extraits qui s'y trouvent du jugement n° 326 prononcé à la même époque en l'affaire *Fischman* (jugement rendu à la même majorité, composée du président, M. Ustor, et du vice-président, M. Sen). Dans ce dernier jugement, il est question d'une « opinion largement répandue » mentionnée dans un rapport de la Cinquième Commission et selon laquelle le fonctionnaire international qui choisit de rompre ses liens avec son pays ne peut plus prétendre remplir les conditions qui régissent l'emploi à l'Organisation des Nations Unies. Quelle que soit la raison pour laquelle le Tribunal a invoqué, dans son jugement du 8 juin 1984 rendu en l'affaire *Yakimetz*, ce qu'il avait dit en l'affaire *Fischman* le 17 mai 1984, il est clair que le Tribunal a conclu que cette « opinion largement répandue » jouait « un rôle déterminant à cet égard » (c'est-à-dire dans l'affaire *Fischman*) et, à propos de M. Yakimetz, qu'une « conséquence de ses actes » visant à essayer de changer de nationalité amenait à se demander s'il « répondait aux conditions requises d'un fonctionnaire international », compte tenu de la doctrine exposée dans l'affaire *Fischman* et citée en l'espèce, doctrine qui

about Mr. Yakimetz's suitability — the Tribunal considered the Applicant's pleas respecting entitlement to but denial of every reasonable consideration for a career appointment.

In so holding, the Tribunal committed an error of law relating to a provision of the United Nations Charter, namely Article 101, paragraph 3. As noted above, a change of nationality, much less an intended change of nationality, is not, or should not be, a consideration "essentially" bearing upon employment of United Nations staff. A change of nationality, while it may marginally affect computation of national quotas, does not detract from the efficiency, competence or integrity of a staff member. It does not throw into question the "suitability" of "an international civil servant" for continued service. In certain circumstances, it might even be evidence that such a staff member sought to avoid receipt of, or compliance with, "instructions from any government or from any other authority external to the Organization". The Applicant indeed alleges the existence of such circumstances in this case. His allegations, for which some supporting evidence has been introduced, have not been refuted or even denied. This is not to say that the Secretary-General transgressed Article 101, paragraph 3, of the Charter in taking account of Mr. Yakimetz's proposed change of nationality; such a proposed change was among the circumstances he could weigh in the process of giving Mr. Yakimetz consideration for a career appointment — provided that he actually gave Mr. Yakimetz that consideration. It is to say that the Tribunal's holding that that proposed change put into question — it indicates, "essential" question — Mr. Yakimetz's suitability for continued United Nations service did transgress Article 101, paragraph 3, of the Charter.

The question before the Court in the *Yakimetz* case naturally is not whether the Administrative Tribunal's Judgement in the *Fischman* case contained an error of law relating to a Charter provision, but whether the reliance on the passage of the *Fischman* Judgement quoted by the Tribunal in its *Yakimetz* Judgement imported an error into that Judgement, and, if so, whether it is an error of law relating to a Charter provision. The Tribunal found it appropriate to incorporate holdings in the *Fischman* case into *Yakimetz*, holdings which attribute "essential guidance" to a so-called "widely held belief" about the legal consequences to be attached to a United Nations official's change of nationality. It thereby invested maintenance of nationality of a United Nations official with an essentiality or paramountcy which conflicts with the terms of Article 101, paragraph 3, of the Charter. Beliefs expressed in a United Nations

continuait à jouer un « rôle déterminant ». Le Tribunal a d'autre part déclaré que c'est « compte tenu de ce qui précède » (par. XIII) et « ayant ces conclusions à l'esprit » (par. XIV) — apparemment ses conclusions précédentes et parmi elles celles l'amenant à se demander si M. Yakimetz répondait aux conditions requises — que le Tribunal avait examiné les thèses du requérant suivant lesquelles il était en droit de s'attendre, droit qui lui aurait été dénié, à ce que son cas fût pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière.

Le Tribunal, en concluant de la sorte, a commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte des Nations Unies, à savoir le paragraphe 3 de l'article 101. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, un changement de nationalité, et moins encore l'intention de changer de nationalité, ne constitue pas ou ne devrait pas constituer une condition « déterminante » pour le recrutement à l'Organisation. Un changement de nationalité peut certes avoir un effet marginal sur les calculs de répartition par pays mais il n'enlève rien aux qualités de travail, de compétence ou d'intégrité d'un fonctionnaire. Il ne soulève pas la question de savoir si un « fonctionnaire international » répond aux « conditions requises » pour être maintenu au service de l'Organisation. Dans certaines circonstances, ce changement peut même prouver que l'intéressé a tenté d'éviter de recevoir des « instructions [d'un] gouvernement [ou d'une] autorité extérieure à l'Organisation » ou de devoir y obéir. Ce sont d'ailleurs de telles circonstances qu'invoque le requérant en l'espèce. Ses allégations, qui sont étayées par certaines preuves, n'ont été ni réfutées ni même démenties. Cela ne signifie pas que le Secrétaire général a enfreint le paragraphe 3 de l'article 101 en tenant compte de l'intention de M. Yakimetz de changer de nationalité ; une telle intention faisait partie des circonstances dont il pouvait tenir compte au moment de prendre en considération le cas de M. Yakimetz aux fins d'une nomination de carrière — si tant est qu'il l'a véritablement pris en considération. Cela signifie que le Tribunal a enfreint le paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte en concluant que l'intention de M. Yakimetz de changer de nationalité amenait à se demander — ce qu'il a considéré comme « déterminant » — si M. Yakimetz répondait aux conditions requises pour rester au service de l'Organisation.

Dans l'affaire *Yakimetz*, la Cour n'a naturellement pas à se demander si le jugement rendu par le Tribunal administratif dans l'affaire *Fischman* contient une erreur de droit concernant une disposition de la Charte ; elle doit se demander si le Tribunal, en s'appuyant sur le passage du jugement rendu en l'affaire *Fischman* qui est cité dans le jugement rendu en l'affaire *Yakimetz*, a introduit une erreur dans ce dernier jugement et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. Le Tribunal a estimé qu'il convenait de reprendre en l'affaire *Yakimetz* certaines conclusions auxquelles il était parvenu en l'affaire *Fischman*, conclusions qui accordent un « rôle déterminant » à la prétendue « opinion largement répandue » quant aux conséquences juridiques à attribuer au changement de nationalité d'un fonctionnaire de l'Organisation. Le Tribunal a ainsi donné à la conservation par un fonc-

committee, whether widely held or not, are not sources of law; still less may they derogate from the terms of the Charter. The weight attached by the Administrative Tribunal to that belief thus constitutes an error of law relating to a provision of the Charter. That error does not appear to have had dispositive effect on the Tribunal's Judgement; for this reason, it may be treated as *obiter dictum*. But since the Court, as the Court acknowledges, is obliged to assign error relating to a Charter provision regardless of its impact on the operative part of the Tribunal's decision, and whether or not it "has occasioned a failure of justice", the Court should have held that, in this respect, the Administrative Tribunal erred on a question of law relating to a provision of the Charter. The Court's failure to do so is the more regrettable in view of the importance of upholding a principle of the Charter which is vital to the maintenance of the independence and exclusively international responsibility of the Secretariat.

At the same time, it should be observed that the Court

"notes in this respect that the 'widely held belief' amounts to the views expressed by some delegates to the Fifth Committee in 1953 at the Eighth Session of the General Assembly, which never materialized in an Assembly resolution" (para. 84).

The Court furthermore quotes a statement of the Secretary-General that differs sharply and refreshingly from the foregoing erroneous holding of the Administrative Tribunal:

"Certainly, Respondent does not consider that a continuing relationship with a national government is a contractual obligation of any fixed-term staff member — seconded or not —, nor would a break between a staff member and his government constitute in itself grounds for terminating the fixed-term contract of a fixed-term staff member seconded or not. It is not for Respondent to approve or disapprove Applicant's transfer of allegiance." (Para. 83.)

Equally, in its reasoning, the Court disowns:

"saying that a change or attempted change of nationality may be treated as a factor outweighing the 'paramount' consideration defined by Article 101, paragraph 3, of the Charter . . ." (para. 87).

Nevertheless, in the end, and "on balance", the Court, reiterating that its proper role is not to substitute its own opinion on the merits for that of the Tribunal, declines to find an error of law relating to a Charter provision here, on the grounds that the Tribunal found as a fact that there had

tionnaire des Nations Unies de sa nationalité un caractère déterminant ou dominant qui est incompatible avec les termes du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. Les opinions exprimées au sein d'une commission des Nations Unies, que celles-ci soient largement répandues ou non, ne sont pas une source de droit et cela d'autant moins qu'elles dérogent aux termes de la Charte. L'importance attribuée par le Tribunal administratif à ces opinions constitue par conséquent une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. Cette erreur ne semble pas avoir eu un effet décisif sur le jugement du Tribunal; c'est pourquoi elle peut être considérée comme un *obiter dictum*. Etant donné que la Cour, ainsi qu'elle le reconnaît, est tenue de relever une erreur concernant une disposition de la Charte, qu'elle ait ou non provoqué un mal-jugé et indépendamment de son influence sur le dispositif du jugement du Tribunal, elle aurait dû déclarer, à ce propos, que le Tribunal administratif avait commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. Il est d'autant plus regrettable que la Cour ait omis de le faire qu'il importe de faire respecter un principe de la Charte essentiel pour préserver l'indépendance et la responsabilité exclusivement internationale du Secrétariat.

Parallèlement, il convient de souligner que la Cour

«relève à ce sujet que ladite « opinion largement répandue » traduit un point de vue exprimé à la Cinquième Commission en 1953 par quelques représentants, au cours de la huitième session de l'Assemblée générale, point de vue qui ne s'est jamais concrétisé dans une résolution de celle-ci » (par. 84).

D'autre part, la Cour cite une déclaration du Secrétaire général qui contraste fortement et agréablement avec la conclusion erronée du Tribunal administratif exposée ci-dessus :

« Le défendeur ne considère certes pas que le maintien des rapports avec un gouvernement national est une obligation contractuelle d'un fonctionnaire engagé pour une durée déterminée, qu'il soit détaché ou non, ni qu'une rupture entre un fonctionnaire et son gouvernement constituerait en soi un motif de mettre fin à son engagement de durée déterminée, qu'il soit détaché ou non. Il n'appartient pas au défendeur d'approuver ou de désapprouver le transfert d'allégeance du requérant. » (Par. 83.)

De même, dans ses motifs, la Cour s'est refusée à

« dire qu'un changement de nationalité, ou une tentative de changement de nationalité, puisse être traité comme un facteur l'emportant sur la considération « dominante » définie au paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte » (par. 87).

Néanmoins, « tout bien considéré », la Cour, après avoir répété qu'elle n'a pas pour rôle de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal, se refuse en fin de compte à conclure qu'une erreur de droit concernant une disposition de la Charte a été commise sur ce point puisque le Tribunal a

been “reasonable consideration” of Mr. Yakimetz’s case, “and by implication that the Secretary-General had not been under a misapprehension as to the effect of secondment” and that: “The provision of Article 101, paragraph 3, of the Charter must have been present to the mind of the Tribunal when it considered the question” (para. 89). Without further explanation, the Court then concludes: “In the view of the Court, these findings cannot be disturbed on the ground of error on a question of law relating to the provisions of the Charter.” (*Ibid.*)

The Court thus takes care not to approve the Tribunal’s Judgement in so far as it holds that a change of nationality or attempted change raises essential questions about the suitability of a staff member for continued employment. Since the Tribunal’s Judgement on this important issue so obviously conflicts with the letter and spirit of the Charter, the Court could hardly do otherwise.

What is puzzling is that the Court refrains from forthrightly denominating the Tribunal’s evident error as an error of law relating to a Charter provision because of the Court’s conclusion that (a) the Tribunal found as a fact that Mr. Yakimetz had been afforded reasonable consideration; (b) the Tribunal found “by implication” that the Secretary-General had no misapprehension about the effect of secondment; and (c) the Tribunal must have had the terms of Article 101, paragraph 3, “in mind”. The Court appears to believe that the Tribunal’s findings, or what the Court assumes that the Tribunal had in mind, cure, in some way, the Tribunal’s manifest misconstruction of Article 101, paragraph 3, of the Charter. To my mind, however, this elusive reasoning of the Court illustrates again how far it strains to avoid explicit recognition of the Tribunal’s errors of law relating to provisions of the Charter.

The Court’s attempts to explain away the Tribunal’s error of law in respect to Article 101, paragraph 3, of the Charter are particularly unconvincing when it is recalled that, in respect of factor (a), the Tribunal’s finding of “fact” is based on no facts whatever; it simply is an inference — as the Tribunal admits — and one which the Tribunal claims to derive from the text of a letter, which text refutes the inference (as do the surrounding circumstances of the case). As to factor (b), in which the Court finds that the Tribunal “by implication” concluded that the Secretary-General had not been under a misapprehension as to the effect of secondment, the weakness of the Tribunal’s reasoning and of the Court’s reliance upon it is revealed by resort to “implication”. “Implication” of a fact cannot override demonstration of a contrary fact; and the communications of the Secretary-General which Judge Jennings quotes demonstrate that, at the operative time, the Secretary-General obviously was under the precise misapprehension as to the effect of secondment which the Tribunal chooses to imply that he was not. As to factor (c) — that the provision of Article 101, paragraph 3, of the Charter “must

établi que le cas de M. Yakimetz avait bien été pris «équitablement en considération» et «par déduction que le Secrétaire général ne s'était pas fait une idée fausse de l'effet du détachement» puisque «le Tribunal a dû avoir présent à l'esprit le contenu du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte lorsqu'il a examiné la question» (par. 89). La Cour conclut alors, sans autre explication, que «de l'avis de la Cour, on ne saurait mettre en cause ces constatations en invoquant une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte» (*Ibid.*).

La Cour prend donc soin de ne pas approuver le jugement du Tribunal dans la mesure où il est dit qu'un changement ou une tentative de changement de nationalité amène à se demander, ce qui est déterminant, si un fonctionnaire répond aux conditions requises pour continuer d'être employé par l'Organisation. Comme le jugement du Tribunal sur ce point important est si manifestement en contradiction avec la lettre et l'esprit de la Charte, la Cour pouvait difficilement agir autrement.

Ce qui est intrigant, c'est que la Cour s'abstient de qualifier carrément d'erreur de droit concernant une disposition de la Charte l'erreur manifestement commise par le Tribunal car elle a conclu : *a*) que le Tribunal a établi que le cas de M. Yakimetz avait été pris équitablement en considération ; *b*) que le Tribunal a établi «par déduction» que le Secrétaire général ne s'était pas fait une idée fausse de l'effet du détachement et *c*) que le Tribunal doit avoir eu «présent à l'esprit» le contenu du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. La Cour semble estimer que ces constatations du Tribunal ou ce que la Cour suppose qu'il avait présent à l'esprit compensent, d'une certaine manière, l'interprétation nettement erronée que le Tribunal a donnée du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. Toutefois, à mon avis, en raisonnant de cette manière évasive la Cour montre une fois de plus combien elle s'efforce d'éviter de reconnaître explicitement que le Tribunal a commis des erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte.

Les efforts que fait la Cour pour expliquer l'erreur de droit commise par le Tribunal au regard du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte sont particulièrement peu convaincants étant donné que : s'agissant du point *a*), ce que le Tribunal a «établi» ne se fonde sur aucun fait quel qu'il soit ; ce n'est qu'une déduction — comme l'admet le Tribunal — que le Tribunal prétend faire du texte d'une lettre, texte qui réfute cette déduction (comme le font les circonstances de l'affaire). S'agissant du point *b*) — constatation par la Cour que le Tribunal a établi «par déduction» que le Secrétaire général ne s'était pas fait une idée fausse de l'effet du détachement — la faiblesse du raisonnement du Tribunal, sur lequel la Cour s'appuie, ressort de l'emploi de l'expression «par déduction». Ce qui est établi «par déduction» ne peut l'emporter sur le contraire, lorsqu'il est bien démontré, et les communications du Secrétaire général que cite sir Robert Jennings montrent à l'évidence qu'au moment critique le Secrétaire général se faisait précisément de l'effet du détachement l'idée fausse que le Tribunal choisit de dire, par déduction, qu'il ne se faisait pas. S'agissant du point *c*) — «le Tribunal a dû avoir présent à l'esprit» la

have been present to the mind of the Tribunal when it considered the question” — that may well be so. But the question is not whether the Tribunal thought about the terms of Article 101, paragraph 3, but whether it thought about them correctly. If it did not, and if it expressed its error in its judgement, it committed an error of law relating to a provision of the Charter. Actually, that is exactly what it did, when it incorporated into its judgement in *Yakimetz* its erroneous holding in *Fischman* which invests a Secretariat official’s change of nationality with an essentiality or paramountcy which conflicts with the terms of Article 101, paragraph 3.

For these reasons, I regret to say that the Court’s conclusion that “these findings cannot be disturbed on the ground of error on a question of law relating to the provisions of the Charter” is what is truly disturbing. In my view, the Court, taking cover behind the jurisdictional barrier which it has found it politic to postulate, has turned a blind eye towards the Administrative Tribunal’s errors of law relating to Charter provisions. The loser is the United Nations and the independent Secretariat which its Charter is designed to protect.

THE COURT’S CONSTRUCTION OF ARTICLE 100 OF THE CHARTER AND THE TRIBUNAL’S ERROR OF LAW RELATING TO ARTICLE 100

The Court rejects the Applicant’s contention that the Tribunal committed an error of law relating to Article 100, paragraph 1, of the Charter, which provides:

“In the performance of their duties the Secretary-General and the staff shall not seek or receive instructions from any government or from any other authority external to the Organization. They shall refrain from any action which might reflect on their position as international officials responsible only to the Organization.”

The Court holds:

“His [Mr. Yakimetz’s] argument rests on the following premises: that the Secretary-General believed that he could not give the Applicant any further employment whatever without the consent of his former national Government; that the Tribunal found that this was the Secretary-General’s belief; that that belief was wrong as a matter of law; and that the Tribunal failed to find that it was wrong in law. The Court however does not consider either that the Tribunal found the existence of the belief attributed to the Secretary-General, or that the Tribunal found that such a belief was or would have been correct.

disposition du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte « lorsqu'il a examiné la question » — il se peut bien qu'il en soit ainsi. Néanmoins il ne s'agit pas de savoir si le Tribunal a songé aux termes du paragraphe 3 de l'article 101 mais s'il y a songé correctement. S'il ne l'a pas fait et qu'il a exprimé son erreur dans le jugement, il a commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. En réalité, c'est exactement ce qu'il a fait en intégrant dans le jugement qu'il a rendu en l'affaire *Yakimetz* la conclusion erronée à laquelle il était parvenu en l'affaire *Fischman* et selon laquelle le changement de nationalité d'un fonctionnaire du Secrétariat revêt un caractère déterminant ou dominant, ce qui est incompatible avec les termes du paragraphe 3 de l'article 101.

Pour ces raisons, je regrette de devoir dire que, ce qui me gêne vraiment, c'est que la Cour conclue qu'« on ne saurait mettre en cause ces constatations en invoquant une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte ». A mon avis, en s'abritant derrière l'obstacle juridictionnel qu'elle a jugé bon de poser en postulat, la Cour a fermé les yeux sur les erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte commises par le Tribunal administratif. Les perdants en l'affaire sont l'Organisation des Nations Unies ainsi que son Secrétariat indépendant que la Charte est destinée à protéger.

L'INTERPRÉTATION DONNÉE PAR LA COUR DE L'ARTICLE 100 DE LA CHARTE
ET L'ERREUR DE DROIT COMMISE PAR LE TRIBUNAL
CONCERNANT L'ARTICLE 100

La Cour rejette la thèse du requérant selon laquelle le Tribunal aurait commis une erreur de droit concernant le paragraphe 1 de l'article 100 de la Charte, aux termes duquel :

« Dans l'accomplissement de leurs devoirs, le Secrétaire général et le personnel ne solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation. Ils s'abstiendront de tout acte incompatible avec leur situation de fonctionnaires internationaux et ne sont responsables qu'envers l'Organisation. »

La Cour dit :

« L'argumentation du requérant repose sur les prémisses suivantes : le Secrétaire général pensait ne pas pouvoir donner un quelconque nouvel engagement au requérant sans le consentement de son ancien gouvernement d'origine ; le Tribunal a conclu que c'était bien là ce que pensait le Secrétaire général ; cette idée était erronée en droit, ce que le Tribunal a omis de dire. Or la Cour ne considère pas que le Tribunal a conclu soit que telle était bien l'idée du Secrétaire général soit que cette idée était ou aurait pu être juste. Compte tenu de la nature de la décision que le Tribunal a effectivement prise au vu

In view of the nature of the decision actually taken by the Tribunal on the facts of the case, it does not appear necessary to consider the matter further.” (Para. 77.)

In my view, the Court’s terse interpretation of Article 100, paragraph 1, as it applies to the current case, is unduly confining. It fails to take account of the import for this case of the second sentence of Article 100, paragraph 1. And it is difficult to reconcile with the construction of Article 100 which the Court rightly adopted in its Advisory Opinion on *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*.

It may be recalled that, in that landmark decision, the Court held that the United Nations has the capacity to bring an international claim in respect of the damage caused to the victim, its agent. In the course of the proceedings, Mr. G. G. Fitzmaurice of the United Kingdom argued for a liberal construction of Article 100 of the Charter in the following terms:

“In its written statement the United Kingdom Government has suggested that the requisite basis may be found in Article 100 of the Charter which creates a special relationship of *international allegiance* between the Organization and its servants. This, it is suggested, does forge between the Organization and its servants a link going beyond the ordinary relationship of master and servant, and which may provide the necessary basis for claims made by the Organization on behalf of the servants themselves in respect of the damage done to them.

If we follow the argument out, I think we shall see how this comes about. The special allegiance partially displaces the normal allegiance owed by individuals to their national State, and, in all matters affecting the United Nations, replaces it by an allegiance due exclusively to the Organization. Thus, where the servant concerned suffers injury in the course of doing the work of the Organization, in respect of which his allegiance is owed solely to the Organization, and even, if necessary, as against his own national State, it seems not only an appropriate, but even a necessary consequence of this position, that the Organization should be regarded as having the capacity to make a claim in respect of the loss or damage caused to him or his dependents.

Indeed, one might go further and say that the effect of Article 100 of the Charter is that the Members of the United Nations can be regarded as having implicitly recognized that such capacity must exist if the Organization is to be in a position adequately to carry out its functions. The point may be illustrated by considering the case of a United Nations servant who is required in the course of his work to do something which his own national State disapproves of

des faits de la cause, il n'apparaît pas nécessaire d'examiner la question plus avant.» (Par. 77.)

A mon avis l'interprétation lapidaire que la Cour donne du paragraphe 1 de l'article 100 dans son application en l'espèce est indûment limitative. Elle ne tient pas compte de l'importance que présente en l'espèce la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 100. Elle est par ailleurs difficilement conciliable avec l'interprétation valable de l'article 100 que la Cour a donnée dans son avis consultatif en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

On se souviendra que, dans cette décision marquante, la Cour a déclaré que l'Organisation des Nations Unies est habilitée à présenter une réclamation internationale à raison du dommage causé à la victime, son agent. Au cours de la procédure orale, M. G. G. Fitzmaurice a plaidé au nom du Royaume-Uni en faveur d'une interprétation libérale de l'article 100 de la Charte, dans les termes suivants :

« Dans ses observations écrites, le Gouvernement du Royaume-Uni a émis l'opinion que la base convenable peut être trouvée dans l'article 100 de la Charte, qui, effectivement, crée une relation particulière d'*allégeance internationale* des fonctionnaires vis-à-vis de l'Organisation et qui, selon nous, créerait entre l'Organisation et ses fonctionnaires un lien allant bien au-delà de la relation ordinaire de maître à serviteur et qui peut fournir la base nécessaire à des réclamations présentées par l'Organisation au nom des fonctionnaires eux-mêmes, à raison du dommage qui leur a été causé.

Si nous suivons cet argument jusqu'au bout, nous verrons, je pense, où ceci nous amène. Cette allégeance particulière se substitue partiellement à l'allégeance normale due par le particulier à l'Etat dont il est ressortissant et, dans toutes les matières intéressant les Nations Unies, elle la remplace par une allégeance due exclusivement à l'Organisation. Ainsi, dans les cas où le fonctionnaire dont il s'agit subit un préjudice dans l'accomplissement du travail de l'Organisation, tâche dans laquelle son allégeance est due uniquement à l'Organisation et cela, au besoin, même contre l'Etat dont il est ressortissant, il semble que ce soit une conséquence non seulement convenable mais même nécessaire d'une telle position que de regarder l'Organisation comme ayant la capacité de présenter une réclamation à raison du préjudice ou du dommage causé à ce fonctionnaire ou à ses ayants droit.

A vrai dire, on pourrait aller plus loin et soutenir que l'article 100 de la Charte a pour effet la reconnaissance implicite par les Membres des Nations Unies de l'existence nécessaire d'une telle capacité pour que l'Organisation puisse être à même d'exercer ses fonctions d'une façon convenable. Pour éclairer cette manière de voir considérons le cas d'un fonctionnaire des Nations Unies qui est appelé, dans l'exercice de ses fonctions, à agir d'une façon que l'Etat dont il est ressortis-

or considers to be contrary to its own interests. If he suffers injury in the course of doing this, it is then very possible that his national State will refuse to make any claim on his behalf, or will, at any rate, not feel called upon to do so. Consequently, unless the Organization itself be regarded as having the capacity to make claims on behalf of these persons, and in respect of the loss or damage caused to them, there will exist a lack of adequate protection, a position which may be prejudicial to the good functioning of the Organization, because if United Nations servants feel that they cannot look to the Organization for protection if they suffer injury in carrying out their duties, and that they must look, if at all, to their own national State for protection, their allegiance is liable, to that extent, to be divided, and the work of the Organization to suffer in consequence. This is precisely the situation which it was the intention of Article 100 of the Charter to guard against, and the Members of the United Nations must be considered as having recognized this fact. To put the matter in another way, the capacity of the Organization to make a direct claim on behalf of its servants in respect of injuries suffered by them in the course of performing their duties, is really the necessary complement to or, as it were, the opposite facet of the exclusive allegiance owed by them to the Organization; for you cannot ask a man to be faithful solely to an international organization in doing his work and even as against his own national State, and yet expect him to remain solely dependent on that State for protection in case he suffers injury in the course of doing this same work — especially when . . . he may be placed in especial danger by the very nature of this work. Such a position would be obviously contrary to the principle enshrined in the Charter, and clearly inherent in the very conception of the United Nations, that the Organization and its servants should function independently of all considerations of nationality: because, if they *ought* to do so, then they must also be *enabled* to do so, that is to say the Organization must have such capacities as are necessary to bring this about, or, if you prefer it, must not lack capacities in the absence of which this independence may be prejudiced.” (*I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949*, pp. 123-124.)

The Court responsively construed Article 100 of the Charter in the following way:

“Having regard to its purposes and functions already referred to, the Organization may find it necessary, and has in fact found it neces-

sant désapprouve ou estime contraire à ses propres intérêts. Si, en ce faisant, il subit un préjudice, l'Etat dont il est ressortissant, très probablement, se refusera à présenter une réclamation en son nom ou, en tout cas, ne se sentira pas tenu de le faire. Par conséquent, à moins que l'Organisation elle-même ne soit regardée comme possédant la capacité de présenter la réclamation au nom de ces personnes, et ce à raison du préjudice ou du dommage qui leur est causé, il va exister un manque de protection convenable et une situation qui peut être préjudiciable au bon fonctionnement de l'Organisation, car si les fonctionnaires des Nations Unies ont l'impression qu'ils ne peuvent compter sur l'Organisation pour les protéger, au cas où ils subiraient un dommage dans l'accomplissement de leur devoir, et s'ils doivent compter, à supposer qu'ils puissent compter sur quelqu'un, sur l'Etat dont ils sont ressortissants, pour les protéger, leur allégeance est appelée, dans la mesure de cet état de choses, à être partagée et le travail de l'Organisation à en souffrir en conséquence. C'est précisément la situation contre laquelle on avait eu l'intention de se prémunir par l'article 100 de la Charte, et l'on doit considérer que les Membres des Nations Unies avaient reconnu ce fait : pour présenter la chose autrement, la capacité de l'Organisation de présenter une réclamation directement au nom de ses fonctionnaires, à raison des préjudices qu'ils ont subis dans l'exercice de leurs fonctions, est véritablement le complément nécessaire ou, si l'on veut, la contre-partie de l'allégeance exclusive qu'ils doivent à l'Organisation car on ne saurait demander à un homme d'être fidèle à la seule Organisation internationale dans l'exercice de ses fonctions et cela même contre l'Etat dont il est ressortissant et cependant s'attendre à ce qu'il continue à ne dépendre que de cet Etat pour sa protection au cas où il subirait un préjudice dans l'accomplissement desdites fonctions — tout particulièrement si ... il peut être placé dans une situation particulièrement dangereuse par la nature même de ces fonctions. Une telle situation serait manifestement contraire au principe inséré dans la Charte et de toute évidence inhérent au concept même des Nations Unies, à savoir que l'Organisation et ses fonctionnaires doivent exercer leurs fonctions sans aucun égard à des considérations de nationalité : car si tel est leur *devoir*, encore faut-il qu'ils en aient les *moyens*, c'est-à-dire que l'Organisation doit posséder les capacités qui lui sont nécessaires pour atteindre cet objectif, ou si vous préférez, elle ne doit pas être dépourvue des capacités en l'absence desquelles cette indépendance pourrait se trouver atteinte.» (*C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, p. 123-124.)

La Cour, sensible à ces arguments, a interprété l'article 100 de la Charte comme suit :

« Eu égard à ses buts et fonctions précédemment indiqués, l'Organisation peut constater la nécessité — et a en fait constaté la néces-

sary, to entrust its agents with important missions to be performed in disturbed parts of the world. Many missions, from their very nature, involve the agents in unusual dangers to which ordinary persons are not exposed. For the same reason, the injuries suffered by its agents in these circumstances will sometimes have occurred in such a manner that their national State would not be justified in bringing a claim for reparation on the ground of diplomatic protection, or, at any rate, would not feel disposed to do so. Both to ensure the efficient and independent performance of these missions and to afford effective support to its agents, the Organization must provide them with adequate protection

.....

For this purpose, the Members of the Organization have entered into certain undertakings, some of which are in the Charter and others in complementary agreements. The content of these undertakings need not be described here; but the Court must stress the importance of the duty to render to the Organization 'every assistance' which is accepted by the Members in Article 2, paragraph 5, of the Charter. It must be noted that the effective working of the Organization — the accomplishment of its task, and the independence and effectiveness of the work of its agents — require that these undertakings should be strictly observed. For that purpose, it is necessary that, when an infringement occurs, the Organization should be able to call upon the responsible State to remedy its default, and, in particular, to obtain from the State reparation for the damage that the default may have caused to its agent.

In order that the agent may perform his duties satisfactorily, he must feel that this protection is assured to him by the Organization, and that he may count on it. To ensure the independence of the agent, and, consequently, the independent action of the Organization itself, it is essential that in performing his duties he need not have to rely on any other protection than that of the Organization (save of course for the more direct and immediate protection due from the State in whose territory he may be). In particular, he should not have to rely on the protection of his own State. *If he had to rely on that State, his independence might well be compromised, contrary to the principle applied by Article 100 of the Charter.* And lastly, it is essential that — whether the agent belongs to a powerful or to a weak State; to one more affected or less affected by the complications of international life; to one in sympathy or not in sympathy with the mission of the agent — he should know that in the performance of his duties he is under the protection of the Organization. This assurance is even more necessary when the agent is stateless." (*I.C.J. Reports 1949*, pp. 183-184; emphasis added.)

It was observed years ago of this holding of the Court that:

sité — de confier à ses agents des missions importantes qui doivent être effectuées dans des régions troublées du monde. De telles missions, par leur nature, exposent souvent les agents à des dangers exceptionnels auxquels les personnes ne sont pas exposées d'ordinaire. Pour cette même raison, les dommages subis par ces agents dans ces conditions se produiront parfois de telle manière que leur Etat national ne serait pas fondé à introduire une demande en réparation sur la base de la protection diplomatique ou, tout au moins, ne serait pas disposé à le faire. Tant afin d'assurer l'exercice efficace et indépendant de ses fonctions que pour procurer à ses agents un appui effectif, l'Organisation doit leur fournir une protection appropriée.

.....

A cet effet, les Membres de l'Organisation ont contracté certains engagements, dont les uns figurent dans la Charte et d'autres dans des accords complémentaires. Il n'est pas besoin de décrire ici le contenu de ces accords, mais la Cour doit insister sur l'importance du devoir de donner à l'Organisation « pleine assistance », accepté par ses Membres dans l'article 2, paragraphe 5, de la Charte. Il faut se souvenir que le fonctionnement efficace de l'Organisation, l'accomplissement de ses devoirs, l'indépendance et l'efficacité de l'œuvre de ses agents exigent le strict respect de ces engagements. A cette fin, il est nécessaire que, lorsqu'un manquement se produit, l'Organisation soit en mesure d'inviter l'Etat responsable à remédier à ce manquement et, notamment, d'obtenir de cet Etat réparation des dommages que ce manquement peut avoir causés à l'agent de l'Organisation.

Pour que l'agent puisse s'acquitter de ses devoirs de façon satisfaisante, il faut qu'il sente que cette protection lui est assurée par l'Organisation et qu'il peut compter sur elle. Afin de garantir l'indépendance de l'agent et, en conséquence, l'action indépendante de l'Organisation elle-même, il est essentiel que l'agent, dans l'exercice de ses fonctions, n'ait pas besoin de compter sur une autre protection que celle de l'Organisation (sauf, bien entendu, la protection plus directe et plus immédiate due par l'Etat sur le territoire duquel il peut se trouver). En particulier, il ne doit pas avoir à s'en remettre à la protection de son propre Etat. *Si tel était le cas, son indépendance pourrait, contrairement au principe qu'applique l'article 100 de la Charte, se trouver compromise.* Enfin, il est essentiel que l'agent — qu'il appartienne à un Etat puissant ou faible, à un Etat plus ou moins touché par les complications de la vie internationale, à un Etat en sympathie ou non avec sa mission — sache que, dans l'exercice de ses fonctions, il est placé sous la protection de l'Organisation. (Cette assurance est encore plus nécessaire si l'agent est un apatride.)» (C.I.J. Recueil 1949, p. 183-184; les italiques sont de moi.)

En ce qui concerne cette conclusion de la Cour, on a fait observer, il y a longtemps déjà, que :

“The breadth of the Court’s construction of Article 100 is instructive. The Court was prepared to hold, as in fact it did, that in the relatively unlikely event of an agent of the Organization being injured in the course of his duties in circumstances involving the responsibility of a State, or, rather, in the contingency of the agent’s anticipating the possibility of the occurrence of such an event, his independence might be compromised unless he were able to rely upon the very limited protection afforded by the presentation of a monetary claim *post facto*, not by his State, but rather by the Organization. This attitude of the Court is of importance for its possible approach to a less indirect encroachment upon Article 100.” (S. M. Schwebel, “The International Character of the Secretariat of the United Nations”, XXX *The British Year Book of International Law* (1953), p. 82.)

Is there not a more direct encroachment upon Article 100 in the Administrative Tribunal’s disposition of the *Yakimetz* case? If the Secretary-General believed, as the evidence uniformly indicates that he did believe, that Mr. Yakimetz could not be considered for a career appointment in the absence of the consent of the USSR Government, and if, as it did, the Administrative Tribunal failed so to find despite the evidence requiring that finding, those errors may, in my view, be seen as errors “relating to” Article 100, paragraph 1, of the Charter. Error did not consist of the Secretary-General’s seeking or receiving instructions from the Government of the USSR in violation of the first sentence of that paragraph; consequently, there is no error of the Tribunal in failing so to hold. But if, under a misapprehension about the weight to attach to the lack of consent of the Soviet Union to a career appointment for Mr. Yakimetz, the Secretary-General gave that Soviet position determinative weight, then the Secretary-General did not merely commit an error of law. He failed to fulfil his obligation under the second sentence of Article 100, paragraph 1, to “refrain from any action which might reflect” on his position as an international official “responsible only to the Organization”, because, in effect, he ceded responsibility in this respect to a “government or . . . other authority external to the Organization”. Therein lies the error relating to a Charter provision. In my view, this conclusion is consistent both with the facts, in so far as the facts have been placed before the Court, and with the law, in the construction of it earlier made by the Court in the *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* case. It is equally consonant with Judgement No. 431 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation, *In re Rosescu*. The failure of the Administrative Tribunal to assign this error constitutes an error of law relating to a provision of the Charter.

« L'étendue de l'interprétation que la Cour donne de l'article 100 est instructive. La Cour était prête à conclure, c'est d'ailleurs ce qu'elle a fait, que, dans le cas relativement improbable où un agent de l'Organisation subit dans l'exercice de ses fonctions un dommage dans des circonstances de nature à engager la responsabilité d'un Etat, ou plutôt dans le cas où un agent prévoit la possibilité qu'un tel événement se produise, l'indépendance de cet agent risque d'être compromise s'il ne peut compter sur la protection très limitée offerte par la présentation d'une demande de réparation monétaire *post facto* par l'Organisation et non par son Etat. Cette prise de position de la Cour est importante au regard de l'attitude qu'elle pourrait adopter en présence d'une infraction moins indirecte à l'article 100. » (S. M. Schwebel, « The International Character of the Secretariat of the United Nations », *The British Year Book of International Law*, vol. XXX, 1953, p. 82.)

La décision rendue par le Tribunal administratif en l'affaire *Yakimetz* ne constitue-t-elle pas une infraction plus directe à l'article 100 ? Si le Secrétaire général pensait, et toutes les preuves indiquent qu'il le pensait, que le cas de M. Yakimetz ne pouvait pas être pris en considération aux fins d'une nomination de carrière en l'absence du consentement du Gouvernement de l'Union soviétique, et comme le Tribunal administratif avait omis de le constater malgré les preuves qui l'exigeaient, ces erreurs pouvaient à mon avis être considérées comme des erreurs « concernant » le paragraphe 1 de l'article 100 de la Charte. Il n'y avait pas erreur parce que le Secrétaire général aurait sollicité ou reçu des instructions du Gouvernement de l'Union soviétique en violation de la première phrase de ce paragraphe ; en omettant de faire cette constatation le Tribunal n'avait donc pas commis d'erreur. En revanche, si le Secrétaire général, en se méprenant sur le poids à attacher au fait que l'Union soviétique n'avait pas donné son consentement à la nomination de M. Yakimetz à un poste de carrière avait ainsi donné une importance déterminante à l'attitude soviétique, le Secrétaire général n'avait pas simplement commis une erreur de droit. Il ne s'était pas acquitté de l'obligation que lui impose la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 100 : s'abstenir « de tout acte incompatible avec [sa] situation de fonctionnaire international » qui n'est responsable « qu'envers l'Organisation » ; en fait, il a laissé assumer la responsabilité en la matière à un « gouvernement ou ... [à une] autorité extérieure à l'Organisation ». C'est là que réside l'erreur commise concernant une disposition de la Charte. A mon sens, cette conclusion est conforme aux faits, dans la mesure où ils ont été rapportés à la Cour, et au droit, tel que la Cour l'a interprété dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Elle va également dans le sens du jugement n° 431 rendu par le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail en l'affaire *Rosescu*. Le fait que le Tribunal administratif a omis de relever cette erreur constitue une erreur de droit concernant une disposition de la Charte.

THE QUESTION OF WHETHER A STATE MAY LAWFULLY REQUIRE THAT ALL OF ITS NATIONALS ENGAGED BY THE UNITED NATIONS BE SECONDED

The Court's opinion does not do more than to allude to the rights and duties of a State in respect of its nationals who are seconded for service in the United Nations Secretariat, though this is a question which was argued in the course of the proceedings. In this regard, two observations may be made. The first is that, as the Government of Canada rightly submitted in its written statement:

“the only interpretation of secondment that is consistent with the terms of the Charter is that in such an arrangement an individual makes his services available to the U.N. Secretariat, while the member State concerned grants the individual a right to return to his previous employment. Any interpretation that seeks to provide member states with a veto power over any staffing decision of the Secretary-General is contrary to the Charter.

The Secretary General undoubtedly has a legitimate interest in consulting with member states on staff appointments in the interests of securing the highest standard of efficiency, competence and integrity, or to seek out staff to improve the geographical distribution of employees in the Secretariat. Indeed, the relationship of an employee with his or her country of nationality may be a factor in determining the extent to which an individual fulfills the requirements of Article 101. The views of the member state, in this regard, may be a relevant factor but cannot be the sole criterion in decisions of the Secretary General with respect to secondments.

If the appointment or re-appointment of an employee were refused solely for want of the consent of the country of the employee's nationality, or indeed of any other member state, such decision would be contrary to Articles 100 and 101 of the U.N. Charter.”

The second observation is that it is difficult to reconcile with the Charter the policy pursued by certain States of Eastern Europe in requiring that 100 per cent of their nationals appointed to the Secretariat of the United Nations have fixed-term contracts (the *Report of the Secretary-General on the Composition of the Secretariat*, A/41/627 of 27 September 1986, pp. 31-35, shows that, whereas 100 per cent of the nationals of the Soviet Union are on fixed-term contracts, 32 per cent of China's, 18.5 per cent of France's, 14 per cent of the United Kingdom's and 16.4 per cent of the United States's nationals in the Secretariat serve on fixed-term contracts). Does a United Nations Member which, by the terms of Arti-

UN ETAT EST-IL EN DROIT D'EXIGER QUE TOUS SES RESSORTISSANTS
ENGAGÉS PAR L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES LE SOIENT
DANS LE CADRE D'UN DÉTACHEMENT ?

La Cour, dans son avis, se borne à faire allusion aux droits et devoirs de l'Etat à l'égard de ses ressortissants détachés auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, bien que cette question ait été évoquée au cours de l'instance. Deux observations peuvent être faites à ce propos. En premier lieu, comme le déclare à juste titre le Gouvernement du Canada dans son exposé écrit :

« pour être conforme aux dispositions de la Charte, le détachement doit être interprété comme un arrangement aux termes duquel une personne met ses services à la disposition du Secrétariat des Nations Unies et l'Etat Membre concerné donne de son côté à cette personne le droit de reprendre son travail antérieur. Toute interprétation qui vise à donner aux Etats Membres un droit de veto sur une décision de dotation du Secrétaire général va à l'encontre de la Charte.

Le Secrétaire général a manifestement un intérêt légitime à consulter les Etats Membres au sujet des nominations, de façon à assurer à l'Organisation les services de personnes possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité, ou encore pour chercher à recruter du personnel de manière à améliorer la répartition géographique des employés du Secrétariat. En fait, la relation d'un employé avec le pays dont il a la nationalité est un facteur qui peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure cette personne satisfait aux prescriptions de l'article 101. Les vues de l'Etat Membre à cet égard peuvent être un facteur pertinent ; elles ne peuvent toutefois être le seul critère sur lequel s'appuient les décisions du Secrétaire général en ce qui concerne les détachements.

S'il était décidé de ne pas nommer ou réengager un employé uniquement du fait du non-consentement du pays dont l'employé a la nationalité, voire du non-consentement de tout autre Etat Membre, cette décision serait contraire aux articles 100 et 101 de la Charte des Nations Unies. »

En second lieu, la politique suivie par certains Etats d'Europe orientale qui demandent que tous leurs ressortissants engagés au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies le soient au titre de contrats de durée déterminée est difficilement conciliable avec la Charte. (Le rapport du Secrétaire général relatif à la composition du Secrétariat (A/41/627, p. 36-39, du 27 septembre 1986) indique que la proportion des ressortissants de l'Union soviétique titulaires de contrats de durée déterminée est de 100 pour cent, qu'elle est de 32 pour cent pour ceux de la Chine, de 18,5 pour cent pour ceux de la France, de 14 pour cent pour ceux du Royaume-Uni et de 16,4 pour cent pour ceux des Etats-Unis d'Amérique.)

cle 100, paragraph 2, of the Charter, “undertakes to respect the exclusively international character of the responsibilities of the Secretary-General and the staff and not to seek to influence them in the discharge of their responsibilities” fulfil those obligations when it requires that all of its nationals serving in the Secretariat be seconded from its Government service? Can it be supposed that such nationals are well-placed to fulfil their obligation not to “seek or receive instructions from any government or any authority external to the Organization” and to “refrain from any action which might reflect on their position as international officials responsible only to the Organization”?

In view of these considerations, the recommendation contained in the report of the “Group of 18” that “no more than 50 per cent of the nationals of any one Member State employed by the United Nations should be appointed on a fixed-term basis” is to be welcomed. (Report of the Group of High-Level Inter-Governmental Experts to Review the Efficiency of the Administrative and Financial Functioning of the United Nations, *GAOR, Forty-first Session, Supplement No. 49, A/41/49*, p. 22.) Also to be welcomed, if for distinguishable reasons, is the judgment on 8 April 1986 of the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania in *Hinton v. Devine* (Civ. No. 84-1130), declaring unconstitutional the International Organizations Employees Loyalty Program instituted pursuant to US Executive Order No. 10422 of 9 January 1953. It is reported that the United States Government has decided not to appeal that judgment and that it has suspended the investigative programme of Executive Order No. 10422. (See Mark A. Roy, “U.S. Loyalty Program for Certain UN Employees Declared Unconstitutional”, 80 *American Journal of International Law* (1986), p. 984.)

I believe that the observations of the late Secretary-General of the United Nations, Dag Hammarskjöld, on the question of secondment remain as valid today — in their legal as well as political conclusion — as they were when he set them out in a famous Lecture delivered to Congregation at Oxford University on 30 May 1961:

“A risk of national pressure on the international official may also be introduced, in a somewhat more subtle way, by the terms and duration of his appointment. A national official, seconded by his government for a year or two with an international organization, is evidently in a different position psychologically — and one might say, politically — from the permanent international civil servant who does not contemplate a subsequent career with his national

Un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies respecte-t-il ses obligations en vertu du paragraphe 2 de l'article 100 de la Charte, aux termes duquel il « s'engage à respecter le caractère exclusivement international des fonctions du Secrétaire général et du personnel et à ne pas chercher à les influencer dans l'exécution de leurs tâches », quand il demande que tous ses ressortissants engagés au Secrétariat soient détachés de la fonction publique? Peut-on supposer que ceux-ci, à même de s'acquitter de leurs obligations, ne « solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation » et qu'ils « s'abstiendront de tout acte incompatible avec leur situation de fonctionnaires internationaux [qui] ne sont responsables qu'envers l'Organisation »?

Au vu de ces considérations, il faut se féliciter que le rapport du « groupe des Dix-huit » contienne une recommandation selon laquelle « la proportion des nationaux titulaires de contrats de durée déterminée ne devrait dépasser pour aucun Etat Membre 50 pour cent du nombre total des nationaux du même Etat employés par l'Organisation » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, supplément n° 49, A/41/49*, rapport du groupe d'experts intergouvernementaux de haut niveau chargés d'examiner l'efficacité du fonctionnement administratif et financier de l'Organisation des Nations Unies, p. 22). Il faut également se féliciter, mais pour d'autres raisons, que le 8 avril 1986 la District Court for the Eastern District of Pennsylvania, aux Etats-Unis, ait déclaré inconstitutionnel, dans l'affaire *Hinton c. Devine* (Civ. n° 84-1130), l'« International Organizations Employees Loyalty Program » créé en application du décret-loi n° 10422 du 9 janvier 1953. Il semble que le Gouvernement des Etats-Unis ait décidé de ne pas recourir contre cette décision et qu'il ait interrompu le programme d'enquête visé dans le décret-loi n° 10422 (voir Mark A. Roy, « U.S. Loyalty Program for Certain UN Employees Declared Unconstitutional », *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, p. 984).

J'estime que les observations que M. Dag Hammarskjöld, le regretté Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, a formulées sur la question du détachement sont tout aussi valables aujourd'hui — sous l'angle des conclusions qu'il en tire du point de vue juridique et politique — qu'elles l'étaient lorsqu'il les a exposées au cours de la célèbre conférence qu'il a donnée devant l'Assemblée générale de l'Université d'Oxford le 30 mai 1961 :

« Un risque de pression des autorités nationales sur le fonctionnaire international peut également résulter, de manière un peu plus subtile, des termes et de la durée de son engagement. Un fonctionnaire national détaché par son gouvernement pour un an ou deux auprès d'une organisation internationale est à l'évidence dans une position qui est psychologiquement — et, pourrait-on dire, politiquement — différente de celle du fonctionnaire international permanent

government. This was recognized by the Preparatory Commission in London in 1945 when it concluded that members of the Secretariat staff could not be expected 'fully to subordinate the special interests of their countries to the international interest if they are merely detached temporarily from national administrations and dependent upon them for their future'. Recently, however, assertions have been made that it is necessary to switch from the present system, which makes permanent appointments and career service the rule, to a predominant system of fixed-term appointments to be granted mainly to officials seconded by their governments. This line is prompted by governments which show little enthusiasm for making officials available on a long-term basis, and, moreover, seem to regard — as a matter of principle or, at least, of 'realistic' psychology — the international civil servant primarily as a national official representing his country and its ideology. On this view, the international civil service should be recognized and developed as being an 'intergovernmental' secretariat composed principally of national officials assigned by their governments, rather than as an 'international' secretariat as conceived from the days of the League of Nations and until now. In the light of what I have already said regarding the provisions of the Charter, I need not demonstrate that this conception runs squarely against the principles of Articles 100 and 101.

This is not to say that there is not room for a reasonable number of 'seconded' officials in the Secretariat. It has in fact been accepted that it is highly desirable to have a number of officials available from governments for short periods, especially to perform particular tasks calling for diplomatic or technical backgrounds. Experience has shown that such seconded officials, true to their obligations under the Charter, perform valuable service but as a matter of good policy it should, of course, be avoided as much as possible to put them on assignments in which their status and nationality might be embarrassing to themselves or the parties concerned. However, this is quite different from having a large portion of the Secretariat — say, in excess of one-third — composed of short-term officials. To have so large a proportion of the Secretariat staff in the seconded category would be likely to impose serious strains on its ability to function as a body dedicated exclusively to international responsibilities. Especially if there were any doubts as to the principles ruling their work in the minds of the governments on which their future might depend, this might result in a radical departure from the basic concepts of the Charter and the destruction of the international civil service as it has been developed in the League and up to now in the United Nations."

qui n'envisage pas de poursuivre sa carrière au sein de sa fonction publique nationale. C'est ce que la commission préparatoire a reconnu à Londres en 1945 puisqu'elle a conclu qu'« on ne peut pas compter ... que les membres du personnel subordonneront entièrement les intérêts particuliers de leur pays à l'intérêt international s'ils ne sont que détachés provisoirement d'administrations nationales et s'ils continuent à dépendre d'elles pour leur avenir ». Or on a fait valoir récemment qu'il fallait changer le système actuel, dans lequel prévalent les nominations permanentes et les postes de carrière, en un système où prédomineraient les nominations de durée déterminée qui seraient accordées principalement à des fonctionnaires détachés par leur gouvernement. Ce sont les gouvernements qui se montrent peu enclins à mettre des fonctionnaires à la disposition du Secrétariat pour de longues périodes qui défendent cette idée et qui semblent d'autre part considérer — pour des raisons de principe ou du moins de psychologie « réaliste » — le fonctionnaire international comme étant en premier lieu un fonctionnaire national représentant son pays et l'idéologie de celui-ci. Selon ce point de vue, il faudrait voir dans la fonction publique internationale un secrétariat « intergouvernemental » composé principalement de fonctionnaires nationaux fournis par leur gouvernement et non un secrétariat « international », comme on l'a imaginé du temps de la Société des Nations et comme on continue à l'imaginer, et c'est dans ce sens qu'il faudrait la développer. A la lumière de ce que j'ai déjà dit au sujet des dispositions de la Charte, il est inutile que je démontre que cette conception va tout à fait à l'encontre des principes énoncés aux articles 100 et 101.

Cela ne revient pas à dire qu'il n'y a pas de place au Secrétariat pour un nombre raisonnable de fonctionnaires « détachés ». Il a d'ailleurs été reconnu qu'il était hautement souhaitable de disposer d'un certain nombre de fonctionnaires mis en disponibilité pour de brèves périodes par leur gouvernement et spécialement affectés à des tâches déterminées demandant une formation diplomatique ou technique. L'expérience a montré que ces fonctionnaires détachés, respectueux des obligations que leur impose la Charte, rendent de précieux services mais il va de soi qu'il est de bonne politique d'éviter autant que possible de leur attribuer des tâches qui les mettraient, eux ou les parties concernées, dans une situation embarrassante en raison de leur statut et de leur nationalité. Toutefois, cela n'a rien à voir avec un secrétariat dont une large partie — disons plus d'un tiers — serait composée de fonctionnaires engagés pour de courtes périodes. Si le Secrétariat comptait une si grande proportion de fonctionnaires détachés parmi son personnel, cela risquerait d'affecter gravement sa capacité de jouer le rôle d'organe exclusivement soucieux de ses responsabilités internationales. En particulier, s'il existait des doutes quant aux principes régissant l'emploi de ces fonctionnaires, dans l'esprit des gouvernements dont leur avenir pourrait dépendre, les

(*The International Civil Servant in Law and in Fact*, Oxford at the Clarendon Press, 1961, pp. 17-19.)

THE POSSIBILITY OF HEARINGS IN THIS CLASS OF CASE

As the Court's Opinion records, hearings in this case were not held, a decision which was the more understandable because neither the Secretary-General nor Mr. Yakimetz requested oral argument. Had hearings taken place, however, it may be that certain significant factual uncertainties might have been resolved. At all events the Court could have decided to hold hearings in this case and is at liberty to do so in future such cases. A matter which has been the subject of some misunderstanding has, I believe, been usefully clarified by the following statement of the Secretary-General:

"One of the objections against the present system of review by ICJ advisory opinions is the truncated Court procedure foreseen. Because no way was seen for individual applicants to appear through counsel in oral proceedings in the Court, the General Assembly, in the resolution by which it adopted article 11 of the UNAT statute (957 (X), para. 2), recommended that neither States nor the Secretary-General seek to present oral statements in such an ICJ proceeding. The Secretary-General and all interested States have so far complied with this request, but unease has been expressed that this does violence to the judicial procedures of the Court, that in some cases a hearing may be necessary for the proper presentation of a case and that the entire procedure is thus at the mercy of any State that might insist on its right to make an oral statement under article 66 (2) of the ICJ Statute (which would result in the type of inequality of arms *vis-à-vis* the applicant that would almost surely cause the Court to abort the proceeding).

However, this entire procedural limitation appears to be unnecessary. Under article 11 (2) of the UNAT statute, the Secretary-General is obliged to transmit to the Court the views of the applicant in the Tribunal proceeding as to which the Court's opinion was requested. In the 'appeals' so far brought to the Court under UNAT statute article 11 and the one brought under ILOAT statute article XII, the applicant's views were presented to the Court by having the exe-

notions qui sont à la base de la Charte risqueraient de s'en trouver gravement compromises et la fonction publique internationale, telle qu'elle a évolué à la Société des Nations puis à l'Organisation des Nations Unies jusqu'à présent, risquerait d'être détruite. » (*The International Civil Servant in Law and in Fact*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 17-19.)

POSSIBILITÉ DE TENIR DES AUDIENCES DANS LES AFFAIRES DE CE GENRE

Comme il est indiqué dans l'avis de la Cour, il a été décidé de ne pas tenir d'audiences en l'espèce, ce qui se comprend d'autant plus que ni le Secrétaire général ni M. Yakimetz n'en avaient fait la demande. Toutefois, si des audiences avaient eu lieu, certains points de fait importants auraient peut-être pu être éclaircis. Quoi qu'il en soit, la Cour aurait pu décider de tenir des audiences en l'espèce et elle sera libre de prendre une telle décision dans d'autres affaires de cet ordre. Il est un point qui a fait l'objet d'un certain malentendu mais sur lequel le Secrétaire général me semble avoir utilement fait la lumière lorsqu'il a déclaré :

« L'une des objections à l'encontre de l'actuel système de réformation par le biais d'avis consultatifs de la CIJ tient au fait que la procédure de la Cour risque d'être « tronquée ». Comme on n'a pas trouvé de moyen qui permettrait aux requérants de se présenter devant la Cour, par l'intermédiaire d'un conseil, au cours d'une procédure orale, l'Assemblée générale, dans la résolution par laquelle elle a adopté l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies (957 (X), par. 2), a recommandé que les Etats et le Secrétaire général s'abstiennent de présenter des exposés oraux à la CIJ dans le cadre d'une telle procédure. Jusqu'à présent le Secrétaire général et tous les Etats intéressés se sont conformés à cette recommandation, mais l'on s'est inquiété du fait que cet état de choses ne permettait pas à la Cour de suivre sa procédure normale, et l'on a fait valoir que dans certains cas une procédure orale pourrait être nécessaire pour exposer convenablement l'affaire, et que toute la procédure était ainsi à la merci de tout Etat qui pourrait insister pour exercer son droit de faire un exposé oral conformément au paragraphe 2 de l'article 66 du Statut de la CIJ (ce qui placerait le requérant dans une position d'infériorité telle que la Cour mettrait presque certainement fin à la procédure).

Toutefois, il semblerait que ces problèmes de procédure puissent être surmontés. En application du paragraphe 2 de l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies, le Secrétaire général est tenu de transmettre à la Cour l'opinion exposée par le requérant dans la procédure devant le Tribunal au sujet de laquelle l'avis de la Cour est demandé. A l'occasion des « recours » formés jusqu'à présent auprès de la Cour conformément à l'article 11 du statut du

cutive head concerned (respectively the United Nations Secretary-General and the UNESCO Director-General) forward directly, without any editing or censorship, all written communications received from the applicant or his counsel. Precisely in the same way, if oral proceedings were held, counsel selected by the applicant (and acceptable to the Court) could be introduced as the Secretary-General's special representative to express the applicant's views. With respect to this proposal the President of the Court has indicated 'that the Court, which has stressed on several occasions the maintenance of the principle of equality among the parties, will continue to bear it in mind in determining its own procedure in each particular case'.

Whether or not UNAT statute article 11 is maintained unchanged, or is restricted to purely State-initiated proceedings . . . or a new type of reference to the Court is introduced . . . the General Assembly might consider changing the recommendation in its resolution 957 (X) in the sense indicated . . . This recommendation should be formulated broadly enough so as also to apply to reviews sought under article XII of the ILOAT statute." (Report of the Secretary-General on the feasibility of establishing a single administrative tribunal, A/C.5/397, paras. 88-90.)

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

Tribunal administratif des Nations Unies et de l'unique recours formé conformément à l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT, l'opinion du requérant a été présentée à la Cour par l'intermédiaire du chef de secrétariat intéressé (le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et le Directeur général de l'Unesco respectivement), qui a transmis directement à la Cour toutes les communications écrites reçues du requérant ou de son conseil, sans y apporter la moindre modification et sans les censurer. De la même façon, s'il devait y avoir une procédure orale, le conseil choisi par le requérant (et rencontrant l'agrément de la Cour) pourrait se présenter devant la Cour, en tant que représentant spécial du Secrétaire général, pour exposer l'opinion du requérant. En ce qui concerne cette proposition, le Président de la Cour a indiqué que la Cour, qui a insisté à plusieurs occasions sur le maintien du principe de l'égalité entre les parties, continuera d'en tenir compte pour déterminer sa propre procédure dans chaque espèce.

Que l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies soit ou non maintenu tel quel, ou que son application soit limitée aux procédures engagées par les Etats ... ou encore qu'un nouveau type de renvoi à la Cour soit prévu ... l'Assemblée générale pourrait envisager de modifier la recommandation figurant dans sa résolution 957 (X) dans le sens indiqué... Cette recommandation devrait être formulée en termes suffisamment vagues pour qu'elle puisse également s'appliquer aux réformations demandées en vertu de l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT. » (Rapport du Secrétaire général relatif à la possibilité de créer un tribunal administratif unique, A/C.5/397, par. 88-90.)

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.