

OPINION INDIVIDUELLE DE M. JESSUP

[Traduction]

Je m'associe à la décision par laquelle la Cour se déclare compétente pour connaître des présentes affaires au fond et décide que les quatre exceptions préliminaires ne sont pas fondées et doivent être rejetées. Mais, comme l'arrêt de la Cour n'embrasse pas toutes les questions de fait et de droit que je considère comme essentielles à cette décision, je crois devoir formuler la présente opinion individuelle.

La nature des obligations internationales assumées par un Mandataire en acceptant un Mandat et particulièrement la nature des obligations assumées par le défendeur en acceptant le Mandat pour le Sud-Ouest africain est le point crucial de la décision qui tranche la question de compétence en ces affaires. Il est impossible, à mon avis, de comprendre la nature de ces obligations sans une analyse approfondie des principaux faits qui ont précédé et accompagné la mise au point du Mandat. Ces faits, connus à présent par les documents officiels qui ont été publiés, n'ont jamais été présentés jusqu'ici d'une manière satisfaisante. C'est pourquoi, sans revenir sur la plupart des faits connus de l'histoire du Mandat, je résumerai et commenterai ceux qui me paraissent essentiels à l'analyse des obligations du Mandataire pour le Sud-Ouest africain.

Le 7 mai 1919, à une réunion du Conseil des Quatre (le président Wilson, M. Lloyd George, M. Clemenceau et M. Orlando), M. Lloyd George a présenté des propositions relatives à l'attribution des Mandats, et notamment à l'attribution du Mandat pour le Sud-Ouest africain à la Grande-Bretagne agissant au nom de l'Union sud-africaine. Dans l'après-midi, le Conseil a décidé d'approuver ces propositions et cette décision a été publiée.

Le 27 juin, le Conseil des Quatre auquel s'était joint le Japon a eu connaissance des « projets-type » de Mandats préparés par lord Milner et présentés par M. Lloyd George. Les détails n'en ont pas été discutés et, après quelques observations d'ordre général, le Conseil a décidé de nommer une commission présidée par lord Milner et chargée de préparer les projets de Mandats.

Le jour suivant, la Commission Milner s'est réunie à Paris et lord Milner lui a soumis un projet qui devait servir de modèle pour les Mandats C. Ce projet ne contenait aucune disposition relative au renvoi devant la Cour permanente de Justice internationale.

Le 5 juillet un projet-type commun franco-britannique pour les Mandats B a été présenté à la Commission Milner. Ce projet ne contenait pas non plus de clause de renvoi à la Cour internationale.

Le 8 juillet le projet commun franco-britannique a été pris comme base de discussion mais le représentant des États-Unis a soumis un

autre projet pour les Mandats B. Ce projet contenait deux alinéas relatifs au renvoi à la Cour permanente de Justice internationale. Il s'agissait des dispositions suivantes :

« *Article 15*

Si un différend s'élève *entre les Membres de la Société des Nations* en ce qui concerne l'interprétation ou l'application de la présente Convention et que ce différend ne puisse être réglé par les négociations, il sera porté devant la Cour permanente de Justice internationale qui doit être établie par la Société des Nations.

Les sujets ou citoyens des États membres de la Société des Nations peuvent également porter des réclamations en ce qui concerne des infractions aux droits qui leur sont conférés par les articles 5, 6, 7, 7 a et 7 b de ce Mandat, devant ladite Cour pour décision. Le jugement rendu par cette Cour sera sans appel dans les deux cas précédents et aura le même effet qu'une sentence arbitrale rendue en application de l'article 13 du Pacte. »

On notera que les mots figurant en italiques dans le premier alinéa indiquent que le Mandataire ou tout autre Membre de la Société des Nations peuvent invoquer la juridiction de la Cour : disposition qui a été amendée plus tard.

Le représentant de la France et lord Milner ont déclaré tous deux qu'ils ne faisaient aucune objection au principe du renvoi à la Cour, mais qu'ils s'opposaient à la clause du second alinéa qui aurait permis à des particuliers de faire appel à la juridiction de la Cour. Le représentant des États-Unis a accepté ensuite une modification proposée par lord Robert Cecil et amendant le second alinéa dans le sens suivant :

« Les Membres de la Société des Nations pourront également, pour le compte de leurs sujets ou citoyens, porter des réclamations pour infractions à leurs droits... »

Il a été convenu aussi de supprimer de ce second alinéa toute référence aux articles particuliers. Ces amendements ont été acceptés à la séance du 9 juillet.

Le lendemain 10 juillet la Commission a approuvé un projet-type pour les Mandats C, avec un alinéa prévoyant le renvoi à la Cour et identique au premier alinéa du projet américain qui vient d'être mentionné. Au cours de la même séance, elle a également approuvé un projet-type pour les Mandats B qui contenait les deux alinéas proposés par les États-Unis, mais amendés dans le sens indiqué plus haut.

Le 15 juillet lord Milner a envoyé ces projets de Mandats B et C au Secrétaire général de la Conférence de la Paix à Paris et le 5 août lord Milner et le colonel House ont annoncé à une séance tenue par la Commission à Londres que le président Wilson et M. Lloyd George avaient approuvé ces deux projets. Devant la Commission,

le représentant de la France a fait une réserve au sujet du recrutement des troupes dans les Mandats B et le représentant du Japon une réserve au sujet de la clause de la porte ouverte dans les Mandats C. La Commission a décidé de communiquer officiellement les projets au Conseil des Principales Puissances alliées et associées siégeant à Paris. A partir de cette date la Commission des Mandats a cessé de se réunir, mais les textes des projets-type des Mandats B et C qui avaient été approuvés ont été envoyés aux experts juridiques du comité de rédaction de la Conférence de la Paix qui, sans en discuter le fond, les a mis en forme de traités.

Le 24 décembre 1919 à Paris, le Conseil des chefs de délégation a examiné les « projets de conventions relatives aux Mandats », y compris celui qui concernait l'attribution du Sud-Ouest africain allemand à l'Empire britannique (Union sud-africaine).

Il a été expliqué au Conseil qu'il s'agissait de textes adoptés à Londres par la Commission et mis sous forme de traités par les experts juridiques du comité de rédaction. Dans le projet de convention relative au Sud-Ouest africain, S. M. le roi du Royaume-Uni, etc., figure deux fois dans la liste des Hautes Parties contractantes, la seconde fois « agissant pour et au nom de son Union sud-africaine ». L'article 8 de ce projet de convention est le suivant :

« Toute modification aux termes de ce Mandat devra être approuvée au préalable par le Conseil de la Société des Nations. Si une divergence d'interprétation quelconque s'élevait entre les Membres de la Société des Nations au sujet de l'application de ces dispositions et que cette divergence ne puisse être tranchée par des négociations, celle-ci devra être portée devant le Tribunal Permanent de Justice Internationale qui doit être constitué par la Ligue des Nations. »

La rédaction des dispositions qui devaient figurer ensuite dans le préambule du Mandat est légèrement différente. Le premier alinéa du préambule du projet de convention contient une disposition identique — sauf sur quelques points de style — à celle qui figure au premier alinéa du texte définitif du préambule. L'alinéa 2 est un peu différent, mais il mentionne l'article 22 du Pacte et le désir des Principales Puissances alliées et associées de confier à S. M. britannique un Mandat « pour le faire exercer en son nom par le Gouvernement de l'Union sud-africaine », puis énonce que les Puissances ont décidé de conclure une convention. L'article premier du projet de convention indique ensuite que les Puissances « confèrent » le Mandat et que ce Mandat sera exercé par l'Union sud-africaine conformément à l'article 22 du Pacte. Par l'article 2, S. M. britannique accepte le Mandat qu'elle exercera « au nom de la Société des Nations, conformément aux dispositions suivantes ». C'est le fondement de l'alinéa 3 du préambule du texte définitif.

Le projet de convention se termine par la formule suivante :

« Confirmé par le Conseil de la Société des Nations le ... jour de... »

A cette époque, la commission américaine à la Conférence de la Paix était déjà rentrée aux États-Unis, mais les États-Unis étaient représentés au Conseil des chefs de délégation. Quant aux projets de Mandats C, on avait décidé que les discussions reprendraient lorsque la délégation du Japon aurait reçu des instructions de son gouvernement touchant la réserve japonaise sur la clause de la « porte ouverte ». Le Japon ne s'opposait pas à la disposition concernant le renvoi devant la Cour.

Tous les événements que nous venons de rappeler ont eu lieu avant le 10 janvier 1920, date de l'entrée en vigueur du traité de Versailles dont le Pacte de la Société des Nations était partie intégrante. A cette date, le Mandat pour le Sud-Ouest africain n'avait pas encore été mis au point. L'attribution du Mandat à l'Union sud-africaine (représentée par la Grande-Bretagne) avait été acceptée. L'accord final sur les termes du Mandat devait être ensuite approuvé par le Japon mais ces termes avaient été rédigés en fonction de l'article 22 du Pacte. Le Mandataire était partie à ces accords. Le projet de convention prévoyait que le Conseil de la Société des Nations le confirmerait en dernier ressort, et c'est en effet le Conseil qui s'est chargé de mettre finalement au point le texte du Mandat.

Le Mandataire était dès lors tenu par une obligation internationale envers la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon d'accepter le Mandat pour le Sud-Ouest africain, de l'exercer conformément aux termes convenus et de soumettre à la juridiction de la Cour permanente tout différend qui pourrait s'élever entre lui et les autres Membres de la Société des Nations concernant l'interprétation ou l'application du Mandat. Cet accord était assorti de deux réserves : 1) il devait être approuvé par le Japon ; et 2) il devait être confirmé par le Conseil de la Société des Nations. Ces deux conditions ayant été remplies ultérieurement, l'accord international a été mis au point, avec certains amendements acceptés par tous.

Le 5 août 1920 le Conseil de la Société des Nations a adopté le rapport préparé par M. Hymans, représentant de la Belgique, sur les « Obligations incombant à la Société des Nations aux termes de l'article 22 du Pacte (Mandats) ». Le but de ce rapport était de clarifier les rôles respectifs du Conseil et de l'Assemblée de la Société des Nations à l'égard des Mandats, mais il constitue aussi le document de base relatif aux rôles respectifs du Conseil de la Société d'une part et des Principales Puissances alliées d'autre part. On se souviendra que la France, la Grande-Bretagne, le Japon et la Belgique, c'est-à-dire les quatre États qui avaient accepté des Mandats — la Grande-Bretagne agissant à plusieurs titres —,

faisaient alors partie du Conseil de la Société. En adoptant le rapport Hymans, le Conseil de la Société approuvait *inter alia* les conclusions suivantes :

1. Pas de divergence de vues sur le fait que la distribution des Mandats appartient aux Principales Puissances alliées et associées en faveur desquelles l'Allemagne a renoncé à ses droits sur ses possessions d'outre-mer.

2. Bien que le Mandataire soit désigné par les Principales Puissances, c'est au nom de la Société des Nations qu'il exercera son administration. « Il s'ensuit logiquement que le titre juridique de la Puissance mandataire doit être double, l'un émanant des Principales Puissances, l'autre de la Société des Nations. »

3. A la question « Qui doit déterminer les termes des Mandats ? » le rapport répond :

« On n'a pas assez remarqué que la question n'est résolue que partiellement par le paragraphe 8 de l'article 22 suivant lequel, si le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration n'est pas déterminé par une convention antérieure, le Conseil doit statuer sur ces points. »

Le rapport indique ensuite que la plupart des Mandats contiendront bien d'autres prescriptions que celles qui sont relatives au degré d'autorité. Il précise que les Mandats B et C devront être soumis « à l'approbation du Conseil ». Eu égard au paragraphe 6 de l'article 22 du Pacte, il conclut qu'« il n'est donc pas indispensable que les Mandats ... C contiennent des dispositions quelconques en ce qui concerne le degré d'autorité ou d'administration ».

4. Le rapport traite du sens de l'expression « Membres de la Société » figurant dans le paragraphe 8 de l'article 22. Il conclut qu'elle ne saurait être prise au pied de la lettre, car il en résulterait que le soin de déterminer les termes des Mandats reviendrait à l'Assemblée de la Société, qui seule réunit tous les Membres ; si les rédacteurs avaient voulu désigner l'Assemblée, « ils auraient employé ce terme et n'auraient pas eu recours à une périphrase obscure ». Le rapport conclut que, lorsque l'article a été rédigé, on croyait que les conventions relatives aux Mandats seraient insérées dans le traité de paix et que seules les Puissances alliées et associées seraient Membres fondateurs de la Société des Nations. Le terme « Membres de la Société » voulait désigner dans le paragraphe 8 de l'article 22 tous les signataires du traité de Versailles, sauf l'Allemagne. En pratique, le rapport recommandait au Conseil de demander aux Puissances de lui faire connaître leurs propositions quant aux termes des Mandats.

Le 26 octobre, le Conseil a adopté un second rapport présenté par M. Hymans sur la question des Mandats.

Ce rapport déclare :

« En ce qui concerne les mandats B ou C, il apparaît que l'accord s'est établi entre les Principales Puissances sur de nombreux points, mais que des divergences subsistent sur l'interprétation de certaines dispositions de l'art. 22 et que les négociations ne sont pas arrivées à leur terme. »

Assurément, *il est hautement désirable que les Puissances Principales puissent réaliser une pleine entente et soumettre des conventions au Conseil. A défaut de cette entente si souhaitable*, le Pacte prévoit l'intervention du Conseil à l'effet de statuer sur le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par les mandataires. »

... « Aussi espérons-nous vivement que, avant que l'Assemblée ne se sépare, *les Principales Puissances auront arrêté de concert les formules de mandats destinées à être soumises au Conseil.* » (Les italiques sont de nous.)

Les divergences dont le rapport fait état dans le cas des Mandats C tiennent à la réserve formulée par le Japon sur la clause de la porte ouverte.

Il existe encore d'autres documents qui témoignent de la façon dont était conçu à l'époque le rôle respectif des Principales Puissances et du Conseil de la Société des Nations dans l'établissement des Mandats. Le premier ministre de Grande-Bretagne déclarait à la Chambre des Communes le 26 juillet 1920 (en réponse à la question : « Les grandes Puissances soumettent-elles les Mandats à la Société des Nations? Est-ce là leur position véritable? ») : « Les Grandes Puissances sont Membres de la Société des Nations et ne soumettent les Mandats qu'à elles-mêmes. » De même, à la question qui lui était posée le 8 novembre 1920 de savoir si « le droit de statuer sur les termes du Mandat appartient aux Membres de la Société », le premier ministre répondait par la négative et indiquait ensuite : « Les Grandes Puissances sont naturellement représentées au Conseil de la Société et ces Mandats doivent être soumis au Conseil de la Société. Ils ne peuvent être rejetés que de l'accord unanime du Conseil de la Société... Rien ne peut se faire sans une décision unanime du Conseil. C'est dire que rien ne peut se faire sans l'accord des Puissances intéressées. » La question suivante fut alors posée : « Le traité de Versailles ne prévoit-il pas expressément que le degré d'autorité et de contrôle à exercer par tout Mandataire dans un territoire sous Mandat est une question qui relève de la Société des Nations, c'est-à-dire du Conseil ou de l'Assemblée? » Le Premier ministre répondit : « Oui, *sous réserve des conditions que j'ai déjà indiquées.* » (Les italiques sont de nous.)

Lors de la séance non publique tenue par le Conseil le 4 août 1920, M. Bourgeois (France) soulignait :

« Les Puissances alliées et associées, en usant, lors de la rédaction du Pacte, des mots « Membres de la Société » ont bien entendu voulu se désigner elles-mêmes. »

Le 10 décembre 1920, au cours de la discussion des projets de Mandats au sein du Conseil de la Société des Nations, le représentant de l'Italie déclarait qu'aux termes du paragraphe 8 de l'article 22 du Pacte le Conseil ne se trouvait pas encore saisi à proprement parler de projets de Mandats A parce qu'aucun de ces projets n'avait encore été communiqué à l'Italie et que « par conséquent il n'y [avait] pas encore à leur égard accord entre les Principales Puissances alliées ». Il se référait à la « nécessité de l'accord *des Principales Puissances alliées, visée par l'article 22* ». (Les italiques sont de nous.)

Le 10 décembre 1920, le Conseil de la Société « affirme de nouveau qu'il lui incombe d'assurer l'observation des règles posées dans l'article 22 et qu'il est compétent en particulier pour approuver en dernier ressort et le cas échéant pour rédiger les termes des Mandats ».

Ces faits significatifs, dans le contexte bien connu des origines du système des Mandats, amènent aux conclusions suivantes:

1. La décision prise par le Conseil des Quatre le 7 mai 1919 et attribuant le Mandat pour le Sud-Ouest africain à l'Union sud-africaine constituait le premier maillon de ce que l'on pourrait appeler la « chaîne du titre ». Cette « décision » était un accord international entre la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, les États-Unis et l'Union sud-africaine (représentée par la Grande-Bretagne) et avait effet exécutoire. Le Japon s'est ensuite rallié à cet accord ou y a adhéré.

2. L'attribution d'un Mandat ne constituant pas une cession de territoire et n'opérant pas un transfert de souveraineté au profit du Mandataire, restait à déterminer quels seraient les droits et les devoirs du Mandataire en cette qualité. L'article 22 du Pacte, qui devait bientôt après lier tous les États intéressés, indiquait la nature générale de ces droits et de ces devoirs.

3. Le 24 décembre 1919 l'accord était conclu entre la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon d'une part et l'Union sud-africaine représentée par la Grande-Bretagne d'autre part sur les termes du Mandat, exception faite de la réserve du Japon qui subsistait encore. Les termes adoptés, que la réserve japonaise n'affectait pas, comprenaient une disposition relative à la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale.

4. Il était devenu évident en décembre 1920 que les États-Unis s'étaient dissociés du traité de paix et de la Société des Nations; la forme de l'accord conclu sur les termes du Mandat pour le Sud-Ouest africain s'en trouvait modifiée, mais non le fait.

Telle était la situation lorsque le 14 décembre 1920 M. Balfour présenta au Conseil de la Société les projets-type de Mandats C. Parmi ceux-ci le projet intitulé:

« MANDATE FOR GERMAN SOUTH WEST AFRICASubmitted for Approval»

n'était plus rédigé sous la forme d'une convention officielle, telle que celle qui avait été discutée par le Conseil des chefs de délégations à Paris, mais bien d'une résolution du Conseil de la Société des Nations. Ce projet débutait par un préambule de trois alinéas identiques en substance aux trois premiers alinéas du Mandat tel qu'il a été finalement mis en vigueur. Ces trois alinéas sont suivis de la phrase que voici :

« [Le Conseil.] par la présente, approuve les termes du mandat comme suit : »¹

Le texte de l'article 7 du projet est le suivant :

« Toute modification apportée aux termes du présent mandat devra être approuvée au préalable par le Conseil de la Société des Nations; toutefois, dans le cas de modifications proposées par la Puissance mandataire, cette approbation pourra être donnée par le Conseil statuant à la majorité.

Si un différend quelconque s'élevait entre les Membres de la Société des Nations au sujet de l'interprétation ou de l'application de ces dispositions et qu'il ne puisse être réglé par des négociations, ce différend sera soumis à la Cour permanente de Justice internationale, prévue par l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. »¹

Le Conseil a renvoyé immédiatement ce projet au Secrétariat pour être soumis aux experts. Il ressort des rapports ultérieurs du vicomte Ishii que le Secrétariat s'est efforcé de faire en sorte que les termes prévus fussent conformes à l'article 22 du Pacte et que le rôle du Conseil de la Société fût dûment reconnu. Le vicomte Ishii signalait que le texte qui forme à présent le quatrième alinéa du préambule avait pour but

« de définir clairement les relations qui, aux termes du Pacte, doivent exister entre la Société des Nations et le Conseil, d'une part, et la Puissance mandataire de l'autre ».

C'est dans le même esprit que la phrase qui suivait le préambule du projet Balfour était remplacée par celle qui figure dans le texte définitif, à savoir :

« Par la présente, confirmant le mandat, a statué sur ses termes comme suit : »

Le quatrième alinéa du préambule, inséré par le Secrétariat de la Société des Nations, est sujet à malentendu. Le texte anglais, tel qu'il apparaît dans la version définitive du Mandat, est le suivant :

« *Whereas*, by the aforementioned Article 22, paragraph 8, it is provided that the degree of authority, control or administration

¹ Traduction du Greffe.

to be exercised by the Mandatory not having been previously agreed upon by the Members of the League, shall be explicitly defined by the Council of the League of Nations: »

On notera que ce texte paraphrase plus ou moins le texte du paragraphe 8 de l'article 22 du Pacte. Mais le texte français suit plus exactement le texte du paragraphe 8 de l'article 22 et ce faisant indique plus clairement la condition sous laquelle le Conseil était autorisé à agir. Le texte français est le suivant :

« *Considérant que*, aux termes de l'article 22 ci-dessus mentionné, paragraphe 8, il est prévu que *si* le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le Mandataire n'a pas fait l'objet d'une Convention antérieure entre les Membres de la Société, il sera expressément statué sur ces points par le Conseil; »

En outre, dans le texte anglais du rapport Ishii, le membre de phrase « *not having been previously agreed upon by the Members of the League* » est placé entre deux virgules, construction qui, en anglais, peut indiquer aussi une condition. La virgule qui figure après le mot « *Mandatory* » se retrouve dans les Mandats pour la Syrie et le Liban et pour la Palestine, le Mandat belge sur l'Est africain, le Mandat britannique sur l'Est africain et les Mandats pour les îles du Pacifique situées au nord de l'Équateur, mais elle ne figure pas dans le texte des Mandats pour les îles du Pacifique au sud de l'Équateur, ni dans les Mandats pour Samoa, pour Nauru et pour le Sud-Ouest africain.

Si l'on estime que le quatrième alinéa du préambule affirme que les Membres de la Société des Nations n'ont pas statué antérieurement sur les termes du Mandat, étant donné l'interprétation que le Conseil et ses Membres donnaient couramment à l'expression « Membres de la Société des Nations », cette affirmation ne serait pas seulement contraire aux faits historiques mais encore à l'énoncé de ces faits aux alinéas 2 et 3 du préambule. Au reste, il ressort à l'évidence du dossier que ce sont les Principales Puissances et non le Conseil qui ont « statué » sur les termes du Mandat, y compris les termes que seul, dans les conditions indiquées, le Conseil était autorisé à définir en vertu du paragraphe 8 de l'article 22.

Ce quatrième alinéa du préambule est tout entier omis dans les quatre Mandats sur le Togo et le Cameroun, dont l'élaboration a été différente. A la séance du 7 mai 1919 du Conseil des Quatre, lorsque la décision a été prise de distribuer les Mandats, il a été convenu que les Gouvernements britannique et français soumettraient une recommandation conjointe à la Société quant au sort des anciennes colonies du Togo et du Cameroun; il n'avait pas encore été décidé de placer ces territoires sous Mandat. Mais la recommandation concertée présentée à la Société des Nations par les deux gouvernements le 17 décembre 1920 proposait le partage des deux colonies entre la France et la Grande-Bretagne et prévoyait, dans l'esprit de

l'article 22, qu'elles seraient placées sous Mandat. Les deux gouvernements ont en conséquence soumis au Conseil quatre projets de Mandats identiques aux autres Mandats B. Cette recommandation concertée énonce que les deux gouvernements « osent espérer que le Conseil, après avoir pris note des projets, considérera qu'ils ont été préparés conformément aux principes énoncés au même article 22 et les approuvera en conséquence ».

Des accords relatifs à la délimitation des frontières étaient annexés aux projets; il est sans effet juridique que ces accords aient été signés et qu'il n'existe pas de déclaration spécifiant expressément: « Les soussignés sont convenus des *termes* des Mandats qu'ils recommandent conjointement. » En approuvant ces quatre projets le 1^{er} août 1922, le Conseil de la Société n'y a pas introduit le nouvel alinéa 4 du préambule, bien qu'il ait inséré la phrase d'une ligne qui le suit. S'il était convenu qu'aux termes de l'article 22 du Pacte le Conseil avait à statuer sur *tous* les termes des Mandats en l'absence d'un accord antérieur entre *tous* les Membres de la Société des Nations, et si le quatrième alinéa du préambule tel qu'il figure, entre autres, dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain doit être entendu ainsi, il serait impossible d'expliquer pourquoi ces quatre Mandats sont régis par des règles différentes. Le second alinéa du préambule de ces quatre Mandats énonce que les Principales Puissances alliées et associées « sont tombées d'accord » que la France et la Grande-Bretagne feraient une recommandation concertée concernant ces anciennes colonies et cela a été évidemment considéré comme un accord conclu à l'avance entre les Puissances en vue d'accepter toute recommandation que les deux gouvernements pourraient faire. Cette conclusion est confirmée par les traités du 13 février 1923 entre les États-Unis et la France relatifs aux droits des États-Unis dans le Togo et le Cameroun français; ils se réfèrent à l'accord des quatre Puissances sur les Mandats, tout comme le traité du 11 février 1922 entre les États-Unis et le Japon concernant certains droits dans les îles placées sous Mandat japonais rappelle l'accord antérieur des quatre mêmes Puissances sur l'attribution du Mandat et sur ses termes.

Ainsi, le 24 juillet 1922, discutant des Mandats A, le Conseil, en sa treizième session, a approuvé une déclaration très nette qui constate que:

« Après les déclarations qui viennent d'être faites *et vu l'accord de tous les Membres du Conseil*, les articles des Mandats pour la Palestine et la Syrie sont approuvés. »

Les amendements apportés à l'article 7 du projet Balfour pour les Mandats C sont importants. Comme l'a expliqué le vicomte Ishii, le premier alinéa de l'article 7 a été amendé de telle sorte qu'il éliminât l'idée d'un vote à la majorité puisque le Conseil, en d'autres circonstances, avait décidé que l'unanimité serait toujours indispensable.

Le second alinéa de l'article 7 a alors pris la forme qui devait devenir définitive, celle dont la phrase initiale est la suivante :

« Le Mandataire accepte que tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre lui et un autre Membre de la Société des Nations... »

Tandis que le texte du projet Balfour, qui était celui que la Commission Milner avait approuvé en juillet 1919, énonçait : « Si un différend quelconque s'élevait *entre les Membres* de la Société des Nations... »¹.

Le vicomte Ishii a expliqué que cet amendement s'inspirait de l'idée que les Membres de la Société autres que le Mandataire « ne pourraient pas être obligés de soumettre leurs différends à la Cour permanente de Justice internationale sans leur approbation ».

Les différents amendements proposés par le Secrétariat de la Société des Nations ont donc été acceptés par le Conseil. Le représentant du Japon a indiqué que son pays ne présentait aucune objection aux Mandats C et le Conseil, en conséquence, les a approuvés. Dans le cas du Mandat pour le Sud-Ouest africain cette approbation est enregistrée dans la résolution bien connue du 17 décembre 1920. C'est là, pourrait-on dire, le second maillon de la « chaîne du titre ».

On peut noter que cette résolution a été adoptée par le Conseil le lendemain du jour où le protocole du Statut de la Cour permanente de Justice internationale a été présenté à la signature des Puissances, puis signé, *inter alia*, au nom de tous les gouvernements qui allaient devenir Mandataires, la signature de l'Union sud-africaine n'étant donnée toutefois que sous réserve de l'approbation de son gouvernement.

Il est évident que le Conseil de la Société des Nations n'a pas « statué » sur les termes du Mandat, en ce sens qu'il n'a pas pris l'initiative de les définir ou de les présenter; il a « statué » à leur égard en ce sens seulement qu'il les a rendus définitifs, en apposant son approbation sur les projets convenus entre les Principales Puissances.

L'état de choses a été fort justement résumé le 21 février 1927 par le secrétaire d'État aux Colonies, répondant à une question qui lui était posée à la Chambre des Communes :

« Par l'article 119 du traité de Versailles, l'Allemagne a renoncé à ses anciennes possessions africaines en faveur des Principales Puissances alliées et associées qui ont convenu, selon l'article 22 du traité, que les Mandats relatifs à l'administration de ces territoires seraient confiés au Gouvernement intéressé et ont proposé les termes dans lesquels les Mandats devraient être énoncés. S'étant entendus sur l'attribution et la délimitation de ces territoires, les Gouvernements intéressés ont *accepté leurs Mandats respectifs* et ont également *accepté de les exercer* au nom de la Société des Nations et *conformé-*

¹ Traduction du Greffe.

ment aux termes proposés. Les Mandats ont alors été confirmés par le Conseil de la Société... » (Les italiques sont de nous.)

Le Conseil, comme il ressort du quatrième alinéa du préambule de sa résolution du 17 décembre 1920, prétendait agir sous l'autorité du paragraphe 8 de l'article 22 du Pacte. Mais l'article 7 du Mandat, par sa clause compromissive, échappait à la portée du paragraphe 8, qui ne vise que le « degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le Mandataire ». En fait, l'article 22 du Pacte ne contient aucune référence à la Cour permanente. L'article 7 à tout le moins — quoi qu'il en soit des autres articles — découle de l'accord des Principales Puissances et du Mandataire et la résolution du Conseil de la Société du 17 décembre 1920 consigne cet accord.

Le Mandat, en tant qu'institution internationale du type prévu à l'article 22 du Pacte, constituait une nouveauté en matière de droit international et il n'est pas surprenant que les accords conçus pour mettre en œuvre cette institution présentent des aspects complexes. Il appartient à la Cour non pas d'interpréter quelque modèle juridique idéal qui aurait pu être imité, mais d'apprécier les faits. *Ex factis jus oritur*. Il peut être pertinent de rappeler ici les difficultés juridiques rencontrées aussi lors de l'établissement du régime de tutelle qui, aux termes du chapitre XII de la Charte des Nations Unies, devait remplacer le système des Mandats de la Société des Nations. De même que le texte de l'article 22 du Pacte semblait à première vue envisager un accord entre tous les Membres de la Société, l'article 79 de la Charte dispose : « Les termes du régime de tutelle ... feront l'objet d'un accord entre les États directement intéressés... » On sait qu'il n'a pas été possible de s'entendre sur la définition des « États directement intéressés ». L'Assemblée générale a donc approuvé par une résolution les conditions des accords de tutelle sans avoir satisfait à cette disposition de l'article 79 de la Charte. On ne saurait cependant mettre en question la réalité de l'existence de ces « accords de tutelle ».

Eu égard à ces faits, on peut décrire les multiples obligations internationales assumées par le défendeur en sa qualité de Mandataire pour le Sud-Ouest africain.

1. Le Mandataire assumait certaines obligations découlant du Pacte de la Société des Nations. Comme Membre de la Société le Mandataire, du moment qu'il avait accepté un Mandat, était lié par les dispositions de l'article 22 du Pacte qui spécifiait ou précisait la nature des obligations du Mandataire. Le paragraphe 7 de l'article 22, par exemple, lui imposait l'obligation bien définie d'envoyer au Conseil un rapport annuel; on peut considérer que l'article 6 de la résolution du Conseil du 17 décembre 1920 ne fait que préciser encore cette obligation. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 22, complétés par les obligations générales découlant de l'article 23, indiquent la nature générale des obligations qui découlent de la « mission sacrée » et

l'on peut considérer aussi que les articles 2, 3, 4 et 5 de la résolution du 17 décembre 1920 précisent les détails de ces obligations. Mais, dans l'un et l'autre cas, ces « détails » étaient sujets à un accord extérieur au Pacte.

Les obligations des Mandataires aux termes de l'article 22 du Pacte, comme les obligations de tous les Membres de la Société en vertu d'articles tels que les articles 10 et 16 du Pacte, les liaient à l'égard de leurs co-signataires, c'est-à-dire de tous les autres Membres de la Société. Je ne crois pas nécessaire d'examiner pour le moment si ces obligations particulières *déoulant du Pacte* les liaient aussi à l'égard de la collectivité, c'est-à-dire de la Société des Nations même. Je discuterai plus bas de la situation des habitants des territoires sous Mandat.

2. Le Mandataire avait des obligations en vertu des accords qu'il avait conclus avec les Principales Puissances, à savoir la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon. Ces accords sont consignés dans la résolution du Conseil de la Société des Nations du 17 décembre 1920.

Le *premier accord* mentionné dans le second alinéa du préambule de la résolution doit être rappelé, encore que l'on puisse considérer qu'à l'origine le Mandataire n'y était pas partie. Cet alinéa est le suivant :

« *Considérant que* les Principales Puissances alliées et associées ont convenu qu'un Mandat soit conféré à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud, conformément à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, sur le territoire du Sud-Ouest africain allemand... »

Cet accord était constitué par la décision du Conseil des Quatre du 7 mai 1919. C'est à juste titre que le préambule se réfère ici aux « Principales Puissances alliées et associées », puisque les États-Unis, en la personne du président Wilson, ont participé à l'élaboration de cet accord fondamental. Mais, comme les États-Unis l'ont ensuite fait observer, le terme est inexact quand il s'agit des autres accords, auxquels les États-Unis n'ont pas participé officiellement. J'utiliserai dorénavant l'expression « Principales Puissances » pour désigner dans le présent texte la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon. L'Union sud-africaine est devenue partie à cet accord par l'acceptation dont je parlerai dans un instant.

Le *second accord* dont le même paragraphe fait état est évoqué en ces termes :

« ... et ont proposé que le mandat soit formulé ainsi que suit ; »

Sous réserve de la correction mentionnée à l'instant au sujet des États-Unis, Puissance « associée », ce texte implique que les Principales Puissances avaient « proposé » que le Mandat fût « formulé

ainsi que suit ». Il est évident que les quatre Puissances ne pouvaient pas faire une proposition commune sans en être convenues auparavant et, historiquement, nous savons qu'il en a été ainsi. Là encore, on peut dire que l'Union sud-africaine est devenue partie à cet accord par l'acceptation dont nous allons parler à présent.

Le *troisième accord* est mentionné dans le troisième alinéa du préambule de la résolution du 17 décembre 1920 :

« *Considérant que* Sa Majesté Britannique, agissant pour le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud, et en son nom, s'est engagée à accepter le mandat sur ledit territoire et a entrepris de l'exercer au nom de la Société des Nations, conformément aux dispositions suivantes; »

Il s'agit là, à la vérité, d'un double accord puisque le texte mentionne, d'une part, l'acceptation par le Mandataire du Mandat tel qu'il lui avait été attribué dans le premier accord des Principales Puissances alliées et associées et, d'autre part, l'acceptation du second accord des Principales Puissances fixant les termes du Mandat. Il est évident que dans cet alinéa les mots « dispositions suivantes » ont exactement le même sens que les mots « formulé ainsi que suit » à l'alinéa précédent. Ces deux acceptations, je le répète, peuvent être considérées comme comportant adhésion de l'Union sud-africaine aux deux accords des Principales Puissances, à savoir l'accord touchant l'attribution à l'Union (par l'intermédiaire de S. M. britannique) du Mandat pour le Sud-Ouest africain *et* l'accord touchant les conditions dans lesquelles le Mandat devait être exercé.

On peut noter aussi que l'expression « acceptation », suivant la pratique moderne habituelle, est employée ici au sens où cette expression est définie en même temps que les expressions « adhésion », « approbation » et autres dans le rapport de 1962 de la Commission du droit international des Nations Unies; conformément à l'article 1 *d*) du projet d'articles sur le droit des traités, ces expressions « s'entendent, dans chaque cas, de l'acte ainsi désigné par lequel l'État établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité ». L'emploi de l'expression « traité » sera examiné plus loin.

On a déjà dit comment le Conseil de la Société des Nations a voulu, par sa résolution du 17 décembre 1920, confirmer et préciser les termes du Mandat qui avaient déjà été convenus entre le Mandataire et les Principales Puissances. Ayant été approuvés à l'unanimité par le Conseil, les divers amendements rédactionnels inclus dans la résolution du Conseil ont été de ce fait approuvés par la Grande-Bretagne en sa double qualité. On peut donc dire que le *quatrième accord* est constitué par l'ensemble de la résolution du Conseil et c'est dans ce sens que cette résolution a généralement été considérée comme représentant « le Mandat », lequel à son tour est généralement considéré — ainsi qu'il l'a été par toutes les Parties aux présentes affaires — comme un traité auquel le Mandataire était partie. Ce point sera examiné plus loin.

Mais le texte amendé adopté pour le second alinéa de l'article 7 de la résolution est rédigé de telle sorte qu'on peut en traiter séparément, peut-être comme d'un *cinquième accord*. Cet alinéa est le suivant :

« Le Mandataire accepte que tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre lui et un autre Membre de la Société des Nations relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat, et qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations, soit soumis à la Cour permanente de Justice internationale, prévue par l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. »

Au contraire des alinéas du préambule où le passé est employé au sujet des accords déjà conclus, ce second alinéa de l'article 7 est rédigé au présent. Sa forme générale rappelle les déclarations par lesquelles, en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, les États s'engageaient à accepter la juridiction obligatoire de la Cour; pour habituelle qu'elle soit, la clause de réciprocité n'est ni obligatoire, ni universelle. Mais il rappelle aussi la clause compromissaire qui se retrouve fréquemment dans des conventions multilatérales.

L'amendement à la clause compromissaire de l'article 7 adopté par les Puissances et le Mandataire ne modifiait pas l'obligation imposée au Mandataire de se soumettre à la juridiction de la Cour, obligation que le Mandataire avait admise dès les premiers travaux de rédaction, pendant l'été 1919, et qui était comprise dans les troisième et cinquième accords consignés dans la résolution du 17 décembre 1920. L'amendement apporté à cette clause modifiait seulement la situation juridique touchant les obligations des autres Membres de la Société des Nations auxquels (pensait-on) les premiers projets auraient imposé l'obligation de se soumettre à la juridiction de la Cour sans même qu'ils eussent l'occasion de l'accepter ou de la refuser.

* * *

Le mot « Mandat » a été employé dans un grand nombre de sens différents — pour désigner une institution, un acte, un traité ou un accord, l'octroi d'une autorité et un territoire. Quelle que soit la façon dont on définit le « Mandat », on ne saurait guère douter qu'en acceptant le Mandat le Mandataire a assumé des obligations internationales de caractère juridique et que c'est volontairement qu'il a accepté de les assumer; ces obligations n'ont assurément pas été imposées au Mandataire qui, aux termes de l'article 22, paragraphe 2, du Pacte, a consenti à les accepter. Cela étant posé, il faut voir à présent si l'acceptation d'assumer ces obligations internationales de caractère juridique doit être qualifiée de « traité ou convention ». L'expression « traité ou convention » figure dans les articles 36 et 37 du Statut mais, étant donné qu'il n'y a plus eu lieu récemment

de distinguer en droit entre un *traité* et une *convention*, nous pouvons nous contenter du mot « traité » pour les besoins de notre analyse.

Mais de nouvelles difficultés sémantiques surgissent : comme l'a dit en effet un rapporteur de la Commission du droit international, on confond aisément, dans toutes les discussions relatives au droit des traités, l'instrument qui renferme l'accord et l'accord lui-même. Dès 1925 un sous-comité du Comité d'experts de la Société des Nations pour la codification progressive du droit international a parlé de « l'anarchie qui existe actuellement en ce qui concerne la terminologie » dans le droit des traités. L'idée que le mot « traité » a un sens clair et uniforme est une fiction. La question fondamentale est de savoir si un État a donné une promesse ou pris un engagement dont découlent des droits et des obligations internationaux. Cette façon de voir a été généralement admise dans les codifications modernes du droit des traités comme, par exemple, celles de la Commission du droit international des Nations Unies, de la *Harvard Research in International Law* et de l'*American Law Institute*.

Eu égard à ce que la Commission du droit international a appelé dans son rapport de 1962 « une terminologie extraordinairement riche et variée », on admet généralement que l'étiquette attachée à un traité est sans importance juridique et que les effets juridiques de certains accords non formels exprimés sous des formes très diverses peuvent être identiques à ceux des instruments les plus formels. (Cf. Lissitzyn, *Efforts to Codify or Restate the Law of Treaties*, 62 *Columbia Law Review* 1166, 1962.) En préparant des projets de code sur le droit des traités, les rapporteurs font souvent observer que le projet, pour des raisons de commodité, ne s'appliquera par exemple qu'aux traités inclus dans des instruments écrits. Mais le rapport de la Commission du droit international de 1962, comme celui de 1959, souligne que le fait que les articles sont limités aux accords internationaux en forme écrite « ne revient pas à nier la valeur juridique des accords verbaux en droit international ». Le rapport de 1959 précisait : « Il y a un accord international, mais pas d'instrument le constatant, c'est-à-dire qu'il y a un accord verbal conclu, par exemple, entre chefs d'État ou de gouvernement. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1959, vol. II, p. 96.)

Le récent projet (1962) de l'*American Law Institute* emploie l'expression « accord international » au lieu de « traité » et la définit comme « un accord entre des États ou des organisations internationales où se manifeste l'intention de créer, de modifier ou de définir certains rapports dans le domaine du droit international ». Le commentaire précise qu'« aucune règle du droit international n'empêche un accord oral de constituer un accord international ayant force obligatoire ».

Il est généralement reconnu aussi qu'il peut exister des accords unilatéraux, c'est-à-dire des accords découlant d'actes unilatéraux aux termes desquels une seule partie s'engage et peut fort bien

être la seule liée. Certains systèmes juridiques internes reconnaissent des contrats unilatéraux de même caractère. Aux États-Unis, par exemple, « Dans le cas d'un contrat unilatéral, une seule partie s'engage; et l'effet juridique en est que cette partie est la seule qui soit tenue par une obligation juridique exécutoire. L'autre partie au contrat est celle envers laquelle l'engagement a été pris et cette partie est la seule en faveur de laquelle le contrat crée un droit juridique exécutoire. » L'assentiment du bénéficiaire n'est pas toujours nécessaire (Corbin, *Contracts*, 1950, vol. I, n° 21). La doctrine de la « *consideration* », qui joue un rôle si important dans le droit contractuel anglo-américain, n'est pas encore passée dans le droit international des traités.

En sa qualité de rapporteur de la Commission du droit international pour le droit des traités, le professeur Brierly a déclaré:

« Les droits juridiques et obligations internationaux peuvent évidemment prendre naissance autrement que par un accord entre plusieurs personnes. C'est ainsi qu'ils peuvent résulter d'un acte unilatéral ou être la conséquence d'un acte auquel est étranger le bénéficiaire des droits créés par cet acte... C'est dans la théorie du consentement présumé du bénéficiaire qu'on trouve une explication possible de la force obligatoire de ce que l'on appelle les déclarations unilatérales créatrices de droits à l'encontre du déclarant. » (A/CN. 4/23, traduction en français, pp. 14-15. Voir aussi le rapport de Lauterpacht de 1953, A/CN. 4/63.)

Les points de vue que nous venons de résumer sont solidement étayés par la pratique internationale et par la jurisprudence des tribunaux internationaux. On peut citer quelques exemples de traités unilatéraux et non formels.

Dans l'affaire des *Zones franches*, la Cour permanente de Justice internationale a estimé qu'un manifeste unilatéral émanant d'une autorité interne sarde avait un caractère conventionnel (Série A/B n° 46, 1932, p. 145).

Dans l'affaire de l'*Interprétation du Statut du territoire de Memel* (Série A/B n° 49), la Lituanie a prétendu que le Statut du territoire de Memel avait été créé par une loi lithuanienne, mais qu'il avait été annexé à la Convention. Sir William Malkin, plaidant pour le Royaume-Uni (Série C n° 59, pp. 176-178) a fait valoir que « quelle que soit la forme du Statut, sa véritable nature est celle d'un traité et que « tout problème d'interprétation auquel peuvent donner naissance les termes de ces instruments [le Pacte et le Statut] doit être résolu non à l'aide de comparaisons tirées d'autres constitutions ou lois constitutionnelles, mais par l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités », opinion que la Cour a admise » (résumé et, semble-t-il, approuvé par McNair dans *The Law of Treaties*, 1961, p. 12).

Dans l'affaire du *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, la Cour permanente de Justice internationale a estimé que la partici-

pation de deux États à l'adoption d'une résolution du Conseil de la Société des Nations constituait un « engagement » (Série A/B n° 42, 1931, p. 116).

La déclaration albanaise au Conseil de la Société des Nations du 2 octobre 1921, qui avait été enregistrée par la Société et publiée dans le *Recueil des traités* de la Société des Nations (vol. IX, p. 173), a été considérée par la Cour permanente de Justice internationale comme un traité dans l'affaire des *Écoles minoritaires en Albanie* (Série A/B n° 64, 1935). Il existait d'autres « déclarations » similaires, par exemple celle de la Lituanie qui est entrée en vigueur sans « ratification » le 11 décembre 1923 et a été enregistrée par le Secrétariat de la Société (S. d. N., *Recueil des traités*, vol. XXII, p. 393). A l'image des traités de minorités, ces déclarations contenaient des clauses d'acceptation de la juridiction de la Cour permanente « en cas de divergence d'opinions sur des questions de droit ou de fait concernant ces articles ». Quant à la conclusion d'après laquelle nombre de ces déclarations unilatérales ont force de traités, voir *Commission du droit international, Rapport sur le droit des traités*, 1953 (A/CN. 4/63, traduction en français, pp. 32 et ss.).

Un exemple peu commun est fourni par le numéro 319 du volume 20 du *Recueil des traités* des Nations Unies, intitulé « Communiqué concernant la Conférence tenue à Moscou par les trois Ministres des affaires étrangères, signé à Moscou le 27 décembre 1945, et compte rendu des réunions des Ministres des affaires étrangères de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni, en date du 26 décembre 1945, dont l'ensemble constitue un accord relatif à la préparation des traités de paix et à certaines autres questions ». (Les italiques sont de nous.) Le communiqué déclare : « Au cours de leurs réunions, les trois Ministres des affaires étrangères ont procédé à des échanges de vues *préliminaires et officieux et sont tombés d'accord* sur les questions suivantes... » Le communiqué est signé par MM. Byrnes, Bevin et Molotov. L'accord s'étendait à des questions telles que la décision relative aux États signataires de certains traités de paix, la création de la Commission d'Extrême-Orient du Conseil allié pour le Japon et la Commission pour la Corée, ainsi qu'à d'autres questions. Il n'est pas sans intérêt de comparer ce genre d'« accord » enregistré dans le *Recueil des traités* des Nations Unies aux « accords » contenus dans la résolution du Conseil de la Société des Nations du 17 décembre 1920. La question de l'enregistrement sera discutée plus loin, mais on peut noter que :

« Le procès-verbal d'une conférence internationale peut constituer un moyen adéquat de consigner un engagement non formel. Le Royaume-Uni a reçu en substance l'avis suivant :

Il n'y a aucune raison, tirée de son absence de caractère formel, qu'un tel procès-verbal ne puisse constituer une preuve adéquate d'un engagement international. Le droit international

n'assigne aucune forme aux engagements internationaux. Il n'existe aucune distinction juridique entre les engagements formels et ceux qui ne le sont pas. Si les parties à un accord entendent qu'il soit obligatoire et qu'il règle leurs relations futures, la question de la forme attribuée à cet accord est alors sans pertinence au problème de son existence. Ce qui importe est l'intention des parties, intention qui peut ressortir d'un traité, d'une convention, d'un protocole ou même d'une déclaration inscrite au procès-verbal d'une conférence. » [Les italiques sont de nous.] (McNair, *The Law of Treaties*, 1961, pp. 14-15.)

Il est sans effet juridique que les accords définitifs contenus dans le préambule de la résolution du Conseil de la Société des Nations du 17 décembre 1920, souvent désignés par l'expression « le Mandat », n'aient été trouvés dans aucun acte signé séparé. Si la réalité de l'accord est établie, aucune règle de droit international n'exige d'identifier le document ou l'instrument contenant cet accord. Le droit international ne contient aucune règle comparable à celles qui se retrouvent en matière de dol dans certaines législations internes. La fameuse déclaration Ihlen, dont la Cour permanente a traité dans l'affaire du *Groënland oriental*, est devenue un engagement dès le moment où elle a été émise; le document dans lequel elle a été ultérieurement consignée était un instrument qui constatait la réalité et la teneur de l'engagement mais celles-ci auraient pu être prouvées par d'autres moyens. Ainsi que M. Anzilotti l'a écrit dans son opinion dissidente (Série A/B n° 53, p. 91):

« Il semble qu'il n'existe pas de règle de droit international qui exige que des accords de ce genre, pour être valables, soient faits par écrit. »

Rien dans la forme — ou dans l'absence de forme — ni dans le caractère nouveau du Mandat n'interdit de le considérer comme un « traité ».

J'ai déjà démontré que l'histoire et le contenu de la résolution du Conseil du 17 décembre 1920 prouvent l'existence de l'accord intervenu entre le Mandataire pour le Sud-Ouest africain et les quatre Principales Puissances alliées. Aussi bien la Cour permanente que la Cour actuelle ont jugé qu'un Mandataire est tenu par l'accord international, inclus dans un article du Mandat, d'accepter la juridiction de la Cour internationale. Plus particulièrement, la Cour permanente a estimé dans l'affaire *Mavrommatis* (Série A n° 2, 1924) que la clause compromissoire du Mandat pour la Palestine était un traité ou une convention fondant sa compétence aux conditions posées par l'article 36 du Statut. Se référant à l'article 26 du Mandat pour la Palestine, qui est identique à l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, la Cour a déclaré:

« En l'espèce, les Parties sont d'accord pour reconnaître que l'article 26 du Mandat rentre dans la catégorie des « cas spécialement

prévus dans les traités et conventions en vigueur », aux termes de l'article 36 du Statut, et le Gouvernement britannique ne conteste pas que la Cour ait été régulièrement saisie, en conformité de l'article 40 du même Statut. »

On ne saurait trop souligner que le Gouvernement britannique, l'un des principaux auteurs des dispositions des Mandats, tout en contestant la compétence de la Cour, a reconnu que cette contestation ne pouvait se fonder sur la doctrine d'après laquelle le Mandat n'aurait pas constitué « un traité ou une convention » au sens de l'article 36 du Statut.

Dans l'avis consultatif de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, nulle opinion ne s'est élevée pour contester que l'article 7 du Mandat soit un traité conférant compétence à la Cour. Dans son opinion individuelle (p. 158), sir Arnold McNair cite l'arrêt de la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* et signale qu'« on ne saurait douter en effet que le Mandat, dans lequel sont incorporées des obligations internationales, appartienne à la catégorie des traités ou des conventions... ».

Dix ans ont passé sans que lord McNair découvre aucun motif de changer d'avis. Dans l'édition de 1961 de *The Law of Treaties* (p. 639), il écrit en effet : « Un Mandat est essentiellement un traité contenant plusieurs règles dispositives et il n'est pas surprenant que la Cour ait conclu à sa survie. » Il ajoute, à la note 3 : « L'auteur se permet de renvoyer à son opinion individuelle, *C. I. J. Recueil 1950*, page 146, où il expose la nature juridique d'un Mandat et les raisons pour lesquelles il a estimé que le Mandat a survécu aux événements de 1945-1946 et continue à exister. »

La conception plus ou moins récente selon laquelle un Mandat est « un traité ou une convention » au sens de l'article 36 du Statut est confirmée en outre par l'examen du Rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale paru en 1925 (Série E n° 1). Le Chapitre III est intitulé « De la compétence de la Cour » et on y lit, à la page 125 :

« Comme il est dit plus haut, la compétence de la Cour s'étend à tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur. Une publication spéciale de la Cour, qui est périodiquement mise à jour et complétée, indique quels sont ces traités et conventions, et en donne les extraits pertinents. On peut diviser ces actes en diverses catégories :

- A) Traités de paix...
- B) Dispositions relatives à la protection des minorités...
- C) Mandats...

Les pays mandataires sont au nombre de sept. La liste suivante donne le nom du mandataire, l'indication du territoire sous mandat et la date ainsi que le lieu de conclusion de l'acte. »

Le mot souligné (en anglais: *compact*) montre une fois de plus la souplesse de la terminologie dans cette branche du droit.

La Charte des Nations Unies contient-elle un vaste choix de termes pour décrire les accords internationaux? En interprétant la Charte, y compris le Statut de la Cour, ainsi que la terminologie d'autres traités, il importe d'établir si leurs auteurs ont été pointilleux sur le choix des mots utilisés ou si au contraire des termes divers ont été employés sans que l'on ait eu l'intention de leur attribuer à chacun un sens particulier ou d'en restreindre la signification. Cela est particulièrement vrai d'un instrument tel que la Charte des Nations Unies, dont les divers chapitres ont été rédigés par des commissions et comités séparés, bien que la Conférence disposât elle-même d'un savant mécanisme de coordination.

Si nous examinons la Charte des Nations Unies, nous trouvons à l'article 102 l'expression « tout traité ou accord international ». La disposition correspondante du Pacte de la Société des Nations, à savoir l'article 18, utilisait l'expression « traité ou engagement international ». Le rapport du Comité IV/2 de la Conférence des Nations Unies qui a préparé la Charte précise que le terme « accord » doit être interprété à l'article 102 comme comprenant certains engagements unilatéraux de caractère international. (*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. XIII, p. 715.)

L'article 103 de la Charte utilise simplement l'expression « accord international » mais il n'y a, semble-t-il, aucune raison d'interpréter cette disposition comme excluant tous traités, conventions, accords ou autres types d'engagements internationaux. En son article 80, paragraphe 1, la Charte se réfère aux « actes internationaux ... auxquels des Membres ... peuvent être parties ». Il est clair que cela s'étend à plusieurs espèces d'accords internationaux.

L'article 36, paragraphe 1, du Statut de la Cour vise les « traités et conventions ». Mais, au paragraphe 2 a) du même article et à l'article 35, paragraphe 2, seul le mot « traité » est utilisé. On ne saurait prétendre que les articles 35, paragraphe 2, et 36, paragraphe 2 a), entendent exclure les « conventions », à supposer qu'il soit possible de distinguer entre une « convention » et un « traité ».

L'article 37 utilise à nouveau l'expression « un traité ou une convention », mais l'article 38, paragraphe 1 a), se réfère simplement aux « conventions internationales ». Il est manifestement impossible de soutenir que cette dernière disposition était destinée à exclure les « traités », « accords », « engagements », etc. Le rapport de la Commission du droit international des Nations Unies du 3 juillet 1962 (A/CN. 4/148, p. 15, par. 7) souligne qu'on ne saurait attribuer un sens étroit aux termes des articles 36, paragraphe 2, et 38, paragraphe 1, ni établir entre ceux-ci une distinction nette. Il est vrai aussi que, d'après les termes employés, on ne saurait assigner un sens restreint particulier à l'expression « traité ou convention » dans l'article 36 ou l'article 37.

Dans plusieurs interventions successives, le défendeur a examiné séparément l'article 7, indépendamment de l'« accord de Mandat dans son ensemble », et cette façon de procéder peut se justifier, nous l'avons dit, si l'on considère cet article comme un « cinquième accord ». L'article 7 constitue la clé de la question de compétence soumise à la Cour; si le consentement à la juridiction de la Cour inclus dans l'article 7 n'a pas été vicié et s'il est applicable à la Cour actuelle et aux présents demandeurs, la Cour est compétente pour connaître des présentes affaires au fond puisque, nous allons le faire voir, les troisième et quatrième exceptions à sa compétence ne sauraient être retenues.

Le principe de la séparabilité est admis à présent dans le droit des traités, notamment en matière de traités multilatéraux, encore que les auteurs classiques plus anciens tendent à le rejeter. C'est une doctrine qui se rencontre dans le droit interne des contrats (parfois sous le nom de doctrine de la « divisibilité ») et dans le droit régissant l'interprétation des lois.

Dans le droit des traités, il faut chercher la démonstration de ce principe dans les effets de la guerre sur les traités et dans l'acceptation des réserves aux traités, car les réserves consistent essentiellement à séparer un fragment d'un traité de son ensemble pour exempter une partie contractante des obligations découlant du fragment ainsi séparé. On trouve de nombreux exemples de séparabilité dans la pratique des États si l'on se réfère à des monographies telles que: Tobin, *Termination of Multipartite Treaties*, 1933; Stephens, *Revisions of the Treaty of Versailles*, 1939; Hoyt, *The Unanimity Rule in the Revision of Treaties; a Reexamination*, 1959. La Cour permanente de Justice internationale a reconnu le principe de la séparabilité dans les affaires des *Zones franches* et du *Wimbledon*. En droit international, certaines parties de l'accord de Mandat peuvent être demeurées en vigueur, alors que d'autres devenaient caduques.

Étant donné qu'il est généralement reconnu que le Mandat a survécu en tant qu'institution, et si l'on admet le principe de la séparabilité, le point de savoir quelles dispositions du Mandat ont pu ne pas survivre ne saurait être résolu en recherchant si telle ou telle disposition était « essentielle » au fonctionnement du Mandat ou n'était qu'« importante » ou « utile » ou même « insignifiante »; il n'existe pas de critère objectif à appliquer à une pareille appréciation. Le point qu'on peut trancher est celui de savoir si une disposition ou une partie d'une disposition est devenue inapplicable et si, dans ce cas, la partie inapplicable était à ce point essentielle à l'application de ladite disposition que tout l'ensemble en est devenu caduc. En l'espèce la disposition particulièrement en cause est la référence faite dans l'article 7 du Mandat à « un autre Membre de la Société des Nations ».

Pour analyser la situation juridique des autres « Membres de la Société des Nations » à l'égard des Mandats qui emploient cette

formule descriptive dans leur clause compromissoire, tel l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, et dans certains autres articles tel l'article 5 du même Mandat, je ne crois pas nécessaire de dire que les Membres de la Société, vraisemblablement représentés par le Conseil de la Société, étaient « *parties* » aux accords de Mandats. Ils n'étaient assurément pas « *parties* » aux accords conclus entre les Mandataires et les quatre Principales Puissances; si la résolution du Conseil du 17 décembre 1920 est considérée comme le traité, les données historiques montrent qu'ils n'y étaient pas « *parties* », encore que la Société des Nations elle-même pût être considérée comme « *partie* ». Les Membres de la Société des Nations étaient néanmoins des États tiers bénéficiaires. Les habitants des territoires étaient également bénéficiaires, mais la question présentement soumise à la Cour n'exige pas de rechercher la nature des droits « d'aucun peuple », comme il est dit à l'article 80, paragraphe 1, de la Charte.

On peut penser avec la Cour permanente de Justice internationale qu'« On ne saurait facilement présumer que des stipulations avantageuses à un État tiers aient été adoptées dans le but de créer en sa faveur un véritable droit » (*Zones franches*, série A/B n° 46, p. 147) et cependant juger, comme l'a fait alors la Cour permanente, que les Mandats ont créé en la présente espèce des droits véritables en faveur des Membres de la Société des Nations. Les traités de paix qui ont mis fin à la première guerre mondiale offrent divers exemples du même ordre, tels l'article 380 du traité de Versailles concernant le canal de Kiel et d'autres clauses relatives à l'utilisation des voies fluviales d'intérêt international (*cf. Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court*, 1958, n° 96).

Il est évident que la disposition de l'article 5 du Mandat pour le Sud-Ouest africain concernant les missionnaires était une stipulation pour autrui dont les autres Membres de la Société des Nations étaient les bénéficiaires. Cet article est ainsi conçu :

« Sous réserve des dispositions de la législation locale concernant le maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs, le Mandataire assurera dans toute l'étendue du territoire, la liberté de conscience et le libre exercice de tous les cultes et donnera à tous les missionnaires, sujets ou citoyens de tout Membre de la Société des Nations, la faculté de pénétrer, de circuler et de résider dans le territoire dans le but d'exercer leur ministère. »

Comme l'a dit sir Gerald Fitzmaurice dans son excellente analyse de la règle *pacta tertiis*, lorsqu'il était rapporteur sur le droit des traités à la Commission du droit international des Nations Unies :

« Il n'est pas indispensable que l'État tiers soit nommément désigné à condition que le contexte ou les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu montrent clairement de quel État il s'agit, ou

bien qu'il s'agit d'un groupe ou catégorie d'États dont fait partie l'État qui réclame le bénéfice des dispositions en question. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1960, vol. II, p. 76.)

Les droits de ces bénéficiaires pouvaient être protégés par voie de procédure contentieuse devant la Cour permanente de Justice internationale du fait que la clause compromissive de l'article 7 était aussi une stipulation pour autrui dont bénéficiaient les Membres de la Société. La « clause des missionnaires » de l'article 5 est le type des clauses dont lord Finlay indiquait, au sujet du Mandat pour la Palestine, qu'elles pouvaient être soumises à la Cour. Elle fournit en l'espèce un critère quant à la survivance de certains droits, contribuant ainsi à une décision sur le principe de cette survivance.

Le rapport du Comité IV/2 sur l'article 102 de la Charte, dont j'ai déjà parlé, implique que l'État tiers bénéficiaire d'un engagement unilatéral de caractère international doit « accepter » cet engagement pour qu'il devienne obligatoire. Cette suggestion peut fort bien être issue d'une remarque incidente faite par la Cour permanente lors de son examen de la règle *pacta tertiis* en l'affaire des *Zones franches*. L'analyse que Lauterpacht fait de cet arrêt de la Cour permanente et où il conclut que la Cour n'a pas considéré l'agrément officiel comme un préalable est très exacte. (*Ibid.*, pp. 306 et ss.) Mais, si l'accord général des Membres de la Société des Nations était considéré comme une condition nécessaire pour qu'ils pussent invoquer spécifiquement le bénéfice en question, on peut trouver cet accord dans l'agrément que l'Assemblée a donné aux Mandats C et dans l'attitude constante du Conseil comme de l'Assemblée à l'égard de l'administration des Mandats C.

On a vu, dans une précédente citation, que Brierly, rapporteur de la Commission du droit international, propose une théorie du « consentement présumé du bénéficiaire » pour expliquer la force obligatoire des déclarations unilatérales créant des droits à l'encontre du déclarant. De même Corbin, cité plus haut, observe que, dans le droit américain des contrats, l'assentiment de l'engagé n'est pas toujours exigé. Une stipulation pour autrui peut aussi être considérée comme une offre demeurant en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit retirée ou abrogée d'une autre façon. Puisque, comme nous montrerons que c'est le cas dans les présentes affaires, l'offre incluse dans l'article 7 était encore valable le 4 novembre 1960, le dépôt des requêtes à cette date a constitué acceptation.

La plupart de ces explications des engagements unilatéraux se fondent sur un système interne de droit des contrats et révèlent le souci d'habiller le droit international à la mode du droit interne. C'est pourquoi l'on observe parfois une insistance marquée à identifier les parties. C'est peut-être aussi pourquoi la Cour a analysé les déclarations faites en vertu de la disposition facultative comme des actes par lesquels un « État ... devient *Partie au système* de la disposition facultative » et parlé du « rapport contractuel entre

les Parties.» (*Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, C. I. J. Recueil 1957, p. 146.*) (Les italiques sont de nous.) La Cour permanente de Justice internationale avait fait toutefois observer qu'une déclaration faite aux termes de la disposition facultative constitue un « acte unilatéral » (affaire des *Phosphates*, Série A/B n° 74, p. 23) et, comme l'a rappelé Lauterpacht, « L'exclusivité des contrats n'est pas un principe général de droit. » Le droit international, qui n'est pas un système formaliste, tient les États pour liés juridiquement par leurs engagements dans plusieurs sortes de circonstances et il n'a besoin ni de confirmer ni de nier que les bénéficiaires soient « parties » à un engagement.

La situation en ce qui concerne les droits des Membres de la Société des Nations à titre d'États tiers bénéficiaires peut être jugée plus clairement dans ses éléments fondamentaux si l'on examine (sans vouloir en aucune façon considérer le fond et uniquement à titre d'illustration) l'un des Mandats B, tel celui de la Belgique sur le Ruanda-Urundi. Aux termes de l'article 7 de ce Mandat, la Belgique a accepté le principe dit de la porte ouverte, qui interdisait entre autres à la Belgique toute discrimination en faveur de ses propres ressortissants et au détriment de ceux de tout autre Membre de la Société pour l'attribution de concessions. On voit mal comment on pourrait affirmer que, si le fait d'établir une discrimination à l'encontre d'un citoyen français dans une affaire de concession le 18 avril 1946, c'est-à-dire le jour qui a précédé la dissolution de la Société des Nations, constituait une violation des obligations contractuelles de la Belgique, cet État aurait eu toute licence d'imposer pareille discrimination le 20 avril 1946. Au contraire, si la Belgique avait procédé à cette discrimination le 20 avril, la France aurait été en droit (au cas où des négociations diplomatiques n'auraient pu aboutir à un règlement) de saisir la Cour de ce différend relatif à l'interprétation ou à l'application du Mandat en s'appuyant sur l'article 13 du Mandat pour le Ruanda-Urundi (qui contient une clause compromissoire semblable à celle de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain) et sur l'article 37 du Statut, auquel la France et la Belgique sont parties.

La clause de la porte ouverte ne figure pas dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain mais son article 5 contient une disposition touchant le libre accès et la libre circulation des missionnaires sujets ou citoyens de tout « Membre de la Société des Nations ». Cet article contient les mêmes dispositions que celles de l'article 8 du Mandat belge. Suivant le même raisonnement, doit-on supposer qu'en pareil cas le Mandataire aurait été libre (en ce qui concerne l'obligation contenue dans le Mandat et en admettant pour le moment qu'aucune règle générale de droit international concernant les droits des étrangers ne fût applicable) d'exclure ou d'expulser un missionnaire français du Sud-Ouest africain le 20 avril 1946? Au point de vue du bon sens et d'une interprétation raisonnable,

rien ne paraît justifier une telle conclusion à moins, je le répète, que l'on ne soutienne la thèse, qui a été rejetée, d'après laquelle, à la dissolution de la Société des Nations, rien n'est demeuré du Mandat ni des droits et obligations qui s'y rattachaient et à moins qu'on ne néglige les engagements pris par le Mandataire à la dernière session de l'Assemblée de la Société des Nations, engagements dont je parlerai un peu plus bas.

Mais, dira-t-on, le droit pour le missionnaire français d'entrer ou de résider dans le Sud-Ouest africain dépendait, en vertu des termes de l'article 5 du Mandat, du point de savoir s'il avait la nationalité d'un pays « Membre de la Société des Nations »; après la dissolution de la Société, il n'y avait plus de Membres de cette Société et par conséquent plus de ressortissants des États Membres. Il s'ensuit, dira-t-on, que le missionnaire français avait perdu le droit d'entrer ou de résider dans le territoire dès le moment où la Société avait été dissoute.

Un argument de ce genre suppose que la référence à « un autre Membre de la Société des Nations » n'était pas, comme lord McNair l'a affirmé dans son opinion individuelle de 1950 (pp. 158-159), descriptive d'une classe ou d'une catégorie, mais qu'elle posait une condition impérative. L'interprétation la plus raisonnable est que le fait de désigner les bénéficiaires des diverses dispositions de tous les Mandats par l'expression « Membre de la Société des Nations » découlait naturellement de ce que les Mandats étaient conçus comme des parties de l'ensemble du système de la Société des Nations, système dont on espérait bien en 1919 qu'il deviendrait universel. En établissant des accords dans le cadre de ce système, il était naturel de se référer aux autres Membres de la Société. L'article 22 du Pacte, en vertu duquel les Mandats ont été établis, faisait partie des traités de paix qui mettaient fin à la Grande Guerre contre l'Allemagne et ses alliés. Il est raisonnable de supposer que les auteurs de ces traités envisageaient une spécification qui, au lendemain de la guerre, retirerait à l'Allemagne ou aux autres pays ex-ennemis tous privilèges dans les territoires sous Mandat. Cette interprétation est corroborée par l'incident touchant le rejet de la plainte présentée par l'Allemagne en 1925, avant qu'elle ne devienne Membre de la Société des Nations. (*Commission permanente des Mandats, procès-verbaux, 7^{me} session, 1925, p. 52.*) Mais l'appartenance à la Société, comparée à la qualité d'ancien co-belligérant amical qui devait être plus tard celle des États-Unis, n'était pas considérée ou n'avait pas été conçue comme une qualité *essentielle*, ni comme une condition perpétuellement impérative. Lorsqu'en 1946 le missionnaire français avait perdu la qualité de ressortissant d'un « Membre de la Société », il n'en était résulté aucun élément de frustration de nature à empêcher le Mandataire de respecter ses obligations quant au droit d'entrée et de résidence de ce missionnaire. Si l'on admet les motifs dont on a dit qu'ils pouvaient expliquer que certains droits spéciaux eussent été accordés aux Membres

de la Société des Nations en 1919, ces motifs n'étaient plus valables en 1946; *cessante ratiōne legis, cessat ipsa lex*. Si le Mandataire avait réclamé le droit de limiter les privilèges aux missionnaires ressortissants des États Membres de la Société des Nations au moment de sa dissolution, cette prétention aurait été raisonnable et aurait évité qu'on ne prétendît que le Mandataire s'était vu imposer une obligation plus lourde que celle qu'il avait assumée à l'origine.

Le point de savoir si la présence de missionnaires sur le territoire en question était « essentielle » à l'accomplissement de la « mission sacrée » ne peut guère être déterminé à l'aide d'un critère objectif conçu subjectivement; peut-être pourrait-on y répondre en recherchant des documents, mais je n'aborderai pas cette question.

Si l'on prétend que seuls ont survécu les éléments du Mandat ayant trait au bien-être, etc., des habitants, les droits des missionnaires doivent être compris dans cette catégorie de dispositions. Dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain ces droits figurent à l'article 5, qui se rapporte en général à la liberté de conscience et de culte. Il est certain que le Mandataire ne pouvait avoir le droit de s'ingérer dans la vie religieuse des habitants en expulsant des missionnaires le 20 avril 1946, pour la raison technique qu'ils ne possédaient plus la qualité de ressortissants d'un État Membre de la Société des Nations. Si cette stipulation pour autrui a survécu à la dissolution de la Société des Nations en dépit de la qualification descriptive qui n'est plus applicable, d'autres stipulations peuvent aussi avoir survécu.

Qu'en est-il donc de l'article 7 — étant entendu qu'aux fins de la présente analyse nous ne nous référerons qu'au second alinéa de cet article? Là encore, on cherche en vain quelque critère objectif reconnu pour déterminer si en 1919-1920 le recours éventuel à la Cour était considéré comme « essentiel » au fonctionnement du Mandat. On sait que cette disposition a été inscrite dès le départ dans tous les projets sans aucune opposition quant au principe fondamental, quoique certains problèmes de rédaction retinssent l'attention. Dans l'affaire *Mavrommatis*, lord Finlay a déclaré (p. 43) « qu'il était au plus haut point nécessaire qu'un tribunal fût prévu pour régler ces conflits » qu'il estimait pouvoir surgir du Mandat pour la Palestine; peut-être en aurait-il jugé différemment des Mandats C, mais la clause touchant la Cour figurait dans les Mandats A, B et C comme dans tous les traités de minorités. Y a-t-il eu après le 19 avril 1946 frustration ou impossibilité d'application? L'article 7 est-il devenu inapplicable? Dans le cas de l'article 7, contrairement à celui de l'article 6 où l'organe — à savoir le Conseil de la Société des Nations — a disparu, un nouvel organe a été substitué à l'ancien par l'effet de l'article 37 du Statut de la Cour auquel le Mandataire était évidemment partie. Cette transformation a eu lieu à la naissance de l'Organisation des Nations Unies et il est hors de doute que l'article 7 prévoyait le recours à la présente Cour pour la période allant de la création des Nations Unies à la disparition de la Société des Nations.

Il est vrai qu'à la dissolution de la Société il n'y a plus eu d'États « Membres de la Société », mais ce fait empêchait-il l'application de l'article 7? On a montré que la disparition de la qualité de Membre ne rendait pas l'article 5 inapplicable et l'argument est encore plus valable dans le cas de l'article 7, puisque dans le cadre de cet article le Mandataire n'agit pas et, pour ainsi dire, n'opère pas. En ce qui est de l'administration ou du fonctionnement du Mandat, la disparition du Conseil de la Société des Nations peut être considérée comme ayant engendré une certaine frustration pour l'obligation faite au Mandataire de présenter des rapports. Mais en ce qui concerne l'article 7, la nouvelle Cour existait déjà. On sait que, au contraire de ce qui se passe dans le système des Nations Unies, la Cour permanente n'était ni une partie ni un organe de la Société des Nations et que sa liquidation a été un événement distinct de la dissolution de la Société des Nations. Pour assurer le bon fonctionnement du Mandat durant l'existence de la Société des Nations, la qualité de Membre de la Société n'était pas indispensable à l'application de l'article 7; on a déjà vu que c'est pour des raisons toutes différentes que référence était faite aux Membres de la Société. Après tout, les « Membres de la Société des Nations » n'étaient pas seulement des concepts, « des spectres errant emmi le droit et échappant à toute étreinte ». C'étaient des États réels ou des entités autonomes dont on pouvait donner les noms. Ceux des Membres originaires de la Société figuraient en annexe au Pacte, mais il ne s'agissait pas là d'un groupe figé; sa composition a varié à mesure que de nouveaux Membres étaient admis au sein de la Société ou que d'anciens Membres s'en retiraient. A tout moment cependant — par exemple au moment de la dissolution de la Société — le Mandataire pouvait établir la liste nominative des États répondant à la description de « Membres de la Société des Nations ».

Il faut se rappeler aussi que le Mandataire était un « Mandataire de la Société des Nations ». Or tout le monde s'entend à reconnaître que la disparition de la Société n'a pas mis fin au Mandat en tant qu'institution et que par conséquent le Mandataire, et en particulier l'Union sud-africaine en sa qualité de Mandataire, a dû lui aussi survivre à la dissolution de la Société, encore que l'organe dont il tenait son Mandat eût cessé d'exister.

Après la dissolution de la Société des Nations, comment le Mandataire pouvait-il prétendre invoquer la frustration ou l'impossibilité d'application de l'acceptation de la juridiction de la Cour qu'il avait donnée en souscrivant originellement à l'article 7, en acceptant la transformation opérée par l'article 37 et en promettant, au cours de la dernière session de l'Assemblée de la Société des Nations, de « continuer à ... administrer [le territoire] en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat »?

Nous venons d'indiquer qu'aucune règle technique de droit international n'exige que l'acceptation de la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale par le défendeur ait été coulée

dans un moule particulier appelé « traité ou convention ». Nous avons montré en outre que cette expression, telle qu'elle figure aux articles 36 et 37 du Statut, ne saurait être généralement considérée comme ayant un sens étroit, technique et restreint. Il importe à présent de voir si, lorsque la Charte a énoncé que dans certains cas la Cour internationale de Justice serait substituée à la Cour permanente de Justice internationale, il était prévu que cette disposition devrait être interprétée dans un sens strict et technique.

Une telle affirmation est sans fondement. Il est bien connu que deux des problèmes cruciaux qu'impliquait l'ajustement à l'Organisation des Nations Unies du système judiciaire international établi par la Société des Nations étaient de savoir s'il fallait maintenir l'ancienne Cour ou en créer une nouvelle et si l'on devait attribuer à cette Cour une compétence obligatoire générale. En prenant la décision finale d'instituer une nouvelle Cour, il a été entendu que l'on s'efforcerait de maintenir toute la continuité possible avec l'ancienne Cour et, pour mettre en relief l'étroite parenté des deux organismes, la Charte énonce en son article 92 que le nouveau Statut est « établi sur la base » de l'ancien. « Dans un certain sens, lit-on dans le rapport du Comité IV/I de la conférence de San Francisco, ... la nouvelle Cour peut être considérée comme le successeur de celle qu'elle remplacera. Le nouveau Statut y fera explicitement allusion, notamment, dans ses Articles 36, alinéa 4 [devenu plus tard l'alinéa 5], et 37. » (*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. XIII, p. 419.)

Les auteurs du Statut de la Cour internationale de Justice ont manifestement entendu sauvegarder pour la nouvelle Cour, dans toute la mesure du possible, la juridiction conférée à l'ancienne. A cette fin, l'article 36, paragraphe 5, prescrit le transfert des obligations contractées par les États ayant fait des déclarations en application de l'article 36 de l'ancien Statut et l'article 37 prescrit un transfert analogue lorsqu'« un traité ou une convention » prévoit le renvoi à la juridiction de la Cour permanente. Ainsi que le déclare l'opinion dissidente collective dans l'affaire de l'*Incident aérien* (1959, pp. 166 et 171-172): « C'est afin de sauvegarder pour la nouvelle Cour la juridiction obligatoire conférée à l'ancienne, et dont la durée de validité n'était pas expirée, que le paragraphe 5 a été adopté et inséré dans l'article 36 du présent Statut et que l'article 37 y a été introduit... L'article 37 fournit le lien consensuel pour la succession de la Cour internationale de Justice à la juridiction de la Cour permanente... » Il ne serait pas conforme à l'esprit et au but des articles 36, paragraphe 5, et 37 de les interpréter de manière à ouvrir une brèche par laquelle s'effondrerait un accord tel que celui que contient l'article 7 du Mandat.

En appliquant cette analyse aux présentes espèces, on doit souligner à nouveau qu'elle ne se fonde sur des éléments du Mandat

qu'à titre d'illustration et sans intention d'aborder le fond. Ce point étant présent à l'esprit, on peut dire que les demandeurs, c'est-à-dire l'Éthiopie et le Libéria, avaient le 18 avril 1946, à l'égard du Sud-Ouest africain, certains droits pour le compte et au nom des missionnaires qui étaient leurs ressortissants; que ces droits et leur survivance ne dépendaient pas du point de savoir si ces missionnaires continuaient ou non à avoir la qualité de sujets ou citoyens de « Membres de la Société des Nations »; et que par conséquent ces droits ont survécu à la dissolution de la Société des Nations. Si un missionnaire ressortissant de l'un des pays demandeurs s'était vu refuser l'entrée du Sud-Ouest africain et si des négociations touchant le différend qui en serait résulté entre le demandeur et le Mandataire avaient échoué, le demandeur aurait été en droit d'actionner la Cour en vertu de l'article 7 du Mandat et de l'article 37 du Statut. S'il en est ainsi, c'est que l'accord de Mandat était en 1945, et était encore le 4 novembre 1960, un « traité en vigueur » entre le Mandataire et les quatre Principales Puissances alliées. L'accord contractuel entre le Mandataire et les quatre Principales Puissances n'ayant pas pris fin du fait de la dissolution de la Société des Nations, les droits et obligations des quatre Puissances, à tout le moins, n'ont pas été affectés par la dissolution de la Société et les droits des États tiers bénéficiaires, parmi lesquels les demandeurs, persisteront aussi longtemps que le traité sera en vigueur. La seule théorie en vertu de laquelle on pourrait prétendre que ce traité n'est plus en vigueur se fonderait sur le principe de l'élimination totale du Mandat à tous égards. Une telle conclusion anéantirait non seulement les obligations mais encore les droits du Mandataire et serait incompatible avec la thèse généralement admise selon laquelle le Mandat persiste en tant qu'institution.

Les conclusions auxquelles je suis parvenu jusqu'ici sont-elles contredites par l'examen du cas d'un État comme le Brésil qui a quitté la Société des Nations pendant l'existence active de celle-ci? Je ne le pense pas. *Durant l'existence de la Société*, il était naturel pour ses Membres de considérer que leur appartenance, qui entraînait certaines obligations très définies — effectives en matière de contributions financières et virtuelles en matière de responsabilités politiques comme celles qui pouvaient découler de l'article 16 du Pacte —, entraînait aussi des avantages corrélatifs. Il est évident que les garanties territoriales découlant de l'article 10 du Pacte étaient réciproques et que le Brésil — pour s'en tenir au même exemple — avait perdu le droit d'invoquer cette garantie. De même, en ce qui touche aux droits économiques dans les territoires sous Mandat, un Mandataire aurait fort bien pu dire: « Ma liberté est limitée, je suis tenu par les obligations que j'ai assumées en vertu du Mandat et je continuerai à supporter ces charges à l'égard d'un grand nombre d'États qui sont Membres de la Société des Nations. Mais, puisque vous avez décidé de quitter la Société, je

ne suis pas obligé de continuer à me soumettre à une charge supplémentaire de votre chef. » La thèse exposée ci-avant, conforme à celle de sir Arnold McNair, selon laquelle l'expression « Membres de la Société » est descriptive et non conditionnelle, ne signifie pas qu'en acceptant le Mandat pour le Sud-Ouest africain l'Union sud-africaine s'est obligée à accorder certains avantages aux missionnaires ressortissants allemands. Elle ne signifie pas non plus qu'après la démission du Brésil l'Union était tenue d'accorder les mêmes avantages aux ressortissants brésiliens. Mais on s'est trouvé en présence d'une situation tout à fait différente lorsque le Mandataire et les autres États qui étaient alors Membres de la Société des Nations ont, d'un commun accord, dissous la Société en 1946 et que l'Organisation des Nations Unies a été instituée à sa place. Affirmer que cette dissolution a libéré immédiatement le Mandataire des obligations du Mandat, comme celles qui intéressaient les missionnaires pour lesquelles la disparition de la Société des Nations n'a pas créé la moindre frustration ni la moindre impossibilité d'application, mais qu'en même temps le Mandataire a conservé ses droits d'autorité, de contrôle et d'administration, ne saurait, selon l'avis de la Cour de 1950, se justifier. Ce qui est dit au sujet des obligations touchant la « clause des missionnaires » s'applique tout aussi bien aux dispositions de la clause compromissoire de l'article 7 prévoyant que les différends relatifs à ces droits survivants pourraient être soumis à la Cour. Si le Mandat a survécu en tant qu'institution, le Mandataire est encore soumis à certaines obligations à l'égard des États qui étaient Membres de la Société des Nations au moment où, d'un commun accord, elle a été dissoute.

Ce raisonnement va de soi, mais il est corroboré par un autre aspect de la situation.

A la séance de l'Assemblée de la Société des Nations du 9 avril 1946, le représentant de l'Union sud-africaine a fait une déclaration dont voici quelques extraits (Exceptions préliminaires, pp. 38-39) :

« Depuis la dernière réunion de la Société des Nations, les nouveaux événements qui se sont produits ont obligé les Puissances mandataires à reconsidérer les arrangements existants pour l'administration de leurs mandats respectifs... il est dans l'intention du Gouvernement de l'Union sud-africaine d'exposer, à la prochaine session des Nations Unies à New York, les raisons pour lesquelles il conviendrait d'accorder au Sud-Ouest africain un statut aux termes duquel ce territoire serait reconnu internationalement comme formant partie intégrante de l'Union... *Dans l'intervalle, l'Union sud-africaine continuera à l'administrer en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat*, afin d'assurer le progrès, et de sauvegarder les intérêts de ses habitants, comme elle l'a fait pendant les dix dernières années durant lesquelles la Commission des Mandats n'a pu se réunir.

La disparition des organes de la Société des Nations qui s'occupent du contrôle des Mandats, à savoir, en premier lieu, la Commission

des Mandats et le Conseil de la Société, empêchera évidemment de se conformer entièrement à la lettre du Mandat. *Le Gouvernement de l'Union se fera, cependant, un devoir de considérer que la disparition de la Société des Nations ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat*; il continuera à s'en acquitter en pleine conscience et avec le juste sentiment de ses responsabilités, jusqu'au moment où d'autres arrangements auront été conclus quant au statut futur de ce territoire. » (Les italiques sont de nous.)

Il s'agit là d'un engagement de caractère international en vertu duquel l'Union sud-africaine a assumé une obligation internationale. La Cour permanente a jugé en l'affaire des *Zones franches* qu'une déclaration faite à la Cour par l'agent d'un État avait force obligatoire (Série A/B n° 46, p. 170). Dans l'affaire du *Groënland oriental*, la Cour permanente a jugé que la déclaration faite par un ministre des Affaires étrangères à l'ambassadeur d'un autre État constituait une obligation internationale exécutoire (Série A/B n° 53, 1933, p. 71).

Il est certain qu'un engagement formel comme celui que je viens de citer, pris par le représentant d'un État à l'Assemblée de la Société des Nations, constituait aussi une obligation internationale exécutoire. Comme il est dit dans la citation de l'ouvrage de lord McNair *The Law of Treaties* mentionnée ci-avant, « une déclaration inscrite au procès-verbal d'une conférence » peut constituer un engagement international obligatoire.

On s'est fondé sur cette déclaration, ainsi que sur d'autres déclarations similaires, comme le montre le quatrième paragraphe de la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations du 18 avril, où l'Assemblée:

« 4. Note que les Membres de la Société administrant actuellement des territoires sous mandat ont exprimé leur intention de continuer à les administrer, en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés, *conformément aux obligations contenues dans les divers mandats*, jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires. » (Exceptions préliminaires, p. 43.) [Les italiques sont de nous.]

Or l'une des « obligations » découlant du Mandat que l'Union sud-africaine s'est ainsi nouvellement engagée à respecter après la dissolution de la Société est celle de se soumettre à la juridiction de la Cour en vertu de l'article 7; en acceptant la Charte, elle avait déjà donné son accord à la substitution de la Cour internationale de Justice à la Cour permanente. En s'engageant devant l'Assemblée, l'Union sud-africaine a fait observer que la disparition de certains organes de la Société des Nations empêcherait de se conformer entièrement à la lettre du Mandat. La Cour permanente ayant été, par commun accord (article 37 du Statut), remplacée par la Cour internationale, la disparition de la Cour permanente n'interdit en aucune manière de se conformer entièrement à la lettre de l'article 7 en ce qui concerne l'acceptation fondamentale de la juridiction de la Cour.

L'Union sud-africaine a-t-elle marqué qu'à l'endroit de l'obligation découlant de l'article 7 elle avait l'intention d'invoquer le fait que, quelque dix jours plus tard, aucun État ne pourrait plus se dire « Membre de la Société des Nations »? Elle n'en a rien fait; on peut difficilement représenter les « Membres » de la Société des Nations comme des « organes » de la Société voués à disparaître. Le Gouvernement de l'Union sud-africaine manquerait donc à toute bonne foi s'il prétendait que l'engagement qu'il a pris en termes généraux « de considérer que la dissolution de la Société ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat » était plein d'arrière-pensées, comme si l'on ne convenait par exemple d'accepter la juridiction de la Cour que sachant que quelques jours après aucun État ne serait plus habilité à demander compte du respect de cet engagement. La Cour ne saurait mettre ainsi en doute la bonne foi du défendeur. Si l'on attribuait à l'Union sud-africaine une telle réserve mentale, il faudrait également supposer, selon l'analyse que je viens de faire des obligations découlant du Mandat, que, lorsque le Gouvernement de l'Union s'est engagé à continuer à « administrer [le Territoire] en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat », il n'avait pas l'intention de respecter l'obligation d'accorder aux missionnaires le droit d'entrer et de résider dans le Territoire puisque aucun d'eux ne pourrait plus se dire sujet ou citoyen d'un État Membre de la Société des Nations.

Il convient aussi de rappeler, comme je l'ai dit plus haut, qu'une stipulation pour autrui peut être considérée comme une offre demeurant valable jusqu'à ce qu'elle soit retirée ou abrogée d'une autre façon. La déclaration du défendeur du 9 avril 1946 dément certainement toute idée de retrait et peut être considérée à juste titre comme un renouvellement de l'offre, prolongée expressément au-delà de la dissolution de la Société des Nations. Rien n'est intervenu ensuite, jusqu'au dépôt des requêtes introduisant les présentes instances le 4 novembre 1960, qui pût avoir pour effet juridique de mettre un terme à cette offre.

L'engagement obligatoire souscrit par l'Union sud-africaine le 9 avril 1946 doit être considéré comme une confirmation et une acceptation de l'interprétation ci-dessus, à savoir que les obligations, *inter alia*, du second alinéa de l'article 7 continuent à être applicables et à profiter aux États qui étaient Membres de la Société des Nations lors de sa dissolution. Peu importe qu'il n'ait pas été fait expressément mention de la Cour. Le consentement préalable est aussi efficace que le consentement donné en cours d'instance. La Cour permanente de Justice internationale (*Écoles minoritaires en Haute-Silésie*, série A n° 15, 1928, pp. 24-25) a énoncé qu'« il ne semble point douteux que la volonté d'un État de soumettre un différend à la Cour puisse résulter, non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants ». Et elle indiquait plus loin: « il n'y a aucune règle qui prescrive que le consentement doit être donné par une déclaration

explicite plutôt que par des actes concluants ». L'examen de ces énoncés de la Cour permanente, parmi d'autres, a amené sir Hersch Lauterpacht à conclure que « la Cour ne fera pas dépendre l'acceptation de sa juridiction de questions de forme qui puissent priver d'effet le consentement des parties, aussi exprès soit-il; elle ne permettra pas qu'une partie retire son consentement — lequel, en bonne foi, doit être supposé avoir été effectivement donné — pour le motif que ce consentement n'a pas été exprimé conformément aux prétendues exigences strictes du Statut. Ces exigences n'existent pas. » (*The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 106.)

Le défendeur ayant apporté en dernière minute certains amendements à ses conclusions, il convient de dire quelques mots sur l'enregistrement des traités.

On a suggéré que le Mandat pour le Sud-Ouest africain n'a peut-être jamais été « en vigueur » du fait que ni l'accord avec les quatre Puissances ni la résolution du Conseil du 17 décembre 1920 n'ont jamais été officiellement enregistrés et publiés dans le *Recueil des traités* de la Société des Nations. Outre l'absurdité flagrante qu'il y a à défier ainsi l'histoire et la pratique des États et des organisations internationales depuis quelque quarante ans, l'analyse de l'article 18 du Pacte et des applications de cet article interdit d'interpréter d'une manière strictement littérale la dernière phrase dudit article: « Aucun de ces traités ou engagements internationaux ne sera obligatoire avant d'avoir été enregistré. »

Il existe une littérature abondante au sujet de l'enregistrement prévu par l'article 18 et diverses théories relatives à l'effet juridique de cette dernière phrase ont été défendues par différents auteurs. Dans l'ensemble ils n'appuient pas la théorie de l'interprétation strictement littérale. La troisième Assemblée de la Société des Nations a indiqué que « seuls le temps et l'expérience » fourniraient les éléments d'une interprétation précise. Ayant à traiter d'un problème du même ordre, la Commission juridique de l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu en 1946 que « l'expérience et la pratique » contribueraient à « définir les termes de la Charte » repris à l'article 102.

L'histoire bien connue de la disposition, ainsi que de nombreux rapports et discussions, montrent que le principal objectif de l'article 18 du Pacte était la publicité — c'était une précaution prise à l'encontre des traités secrets. Les règlements adoptés par le Conseil de la Société des Nations en 1920 sur l'application de l'article 18 prévoyaient au moins deux genres d'enregistrement. Outre l'enregistrement habituel et la publication dans le *Recueil des traités*, l'article 11 du Mémoire du Conseil approuvé le 19 mai 1920 signalait qu'il existait ou pourrait exister dans l'avenir divers traités ou conventions exigeant un traitement spécial. Le principal exemple en était fourni par l'article 405 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail qui disposait qu'un exemplaire de chaque

projet de convention (entraînant des obligations juridiques effectives) serait « déposé » entre les mains du Secrétaire général de la Société des Nations et que celui-ci en communiquerait une copie certifiée conforme à chacun des Membres. Plus tard, les *ratifications* de ces projets de convention ont été « enregistrées » par le Secrétaire général de la Société des Nations (voir C. P. J. I., série A/B n° 50).

On connaît de nombreux exemples d'accords considérés comme juridiquement opérants et qui n'ont jamais été enregistrés. On peut en citer quelques-uns.

Si les Nations Unies ont pour pratique d'enregistrer les déclarations faites par des États au moment où ils sont admis dans l'Organisation, la Société des Nations, pour sa part, n'a jamais enregistré les déclarations de ce genre faites par ses Membres; il n'en est pas moins indubitable qu'elles entraînaient l'acceptation de droits et d'obligations aux termes du Pacte. On lit par exemple au procès-verbal de la Quinzième Assemblée de la Société des Nations (Séances plénières, pp. 74-77) que le ministre de l'Afghanistan à Londres avait télégraphié au Secrétaire général pour demander, sur les instructions de son gouvernement, que l'Afghanistan fût admis comme Membre de la Société des Nations. Le texte de ce télégramme était le suivant :

« Le Gouvernement de l'Afghanistan est prêt à accepter les conditions formulées à l'article I du Pacte et à s'acquitter de toutes les obligations qu'implique la qualité de Membre de la Société des Nations. »

L'Assemblée de la Société des Nations a, par voie de résolution, admis l'Afghanistan comme Membre de la Société:

Les compromis soumettant certaines affaires à la Cour permanente n'ont pas toujours été enregistrés et la Cour n'a cependant pas hésité à fonder sa juridiction sur ces accords non enregistrés. Nous en avons un excellent exemple dans le compromis entre la France et la Suisse, dont les ratifications ont été échangées le 21 mars 1928, concernant la soumission à la Cour permanente de l'affaire des *Zones franches*. Dans l'affaire *Mavrommatis*, la compétence de la Cour s'est fondée en partie sur le Mandat, qui n'était pas enregistré, et en partie sur le protocole de concession du traité de Lausanne, qui ne devait être enregistré qu'après la décision de la Cour.

Il paraît inutile de multiplier les précédents à l'appui d'une conclusion bien établie.

En tout état de cause, les règlements adoptés par le Conseil en matière d'enregistrement constituaient des mesures d'ordre administratif et ne visaient pas même à fournir une interprétation générale de la portée et de l'effet de l'article 18. Le fait qu'un engagement fût consigné dans une résolution du Conseil de la Société des Nations lui assurait la publicité qui était l'objectif essentiel de l'article 18 du Pacte. Le dépôt de l'acte de Mandat pour le Sud-Ouest africain allemand dans les archives de la Société des Nations

et la remise par le Secrétaire général aux différents États de copies certifiées conformes témoignent d'une pratique tout à fait semblable à celle qui était prescrite pour les projets de convention de l'Organisation internationale du Travail.

Les références faites dans l'acte de Mandat aux accords de base sur les Mandats et sur leurs termes répondaient aussi à l'objectif de l'article 18 pour ce qui concernait ces accords. (Voir Schachter, *The development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat, British Year Book of International Law*, XXV, 1948, p. 91: pp. 127 et ss.; Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, 1943, pp. 435, 439, 636; et précédents cités.)

* * *

Aux fins d'illustration et d'analyse, la discussion qui précède a porté principalement sur les droits que je qualifierai de « tangibles », tels ceux que l'on peut mettre sous l'étiquette de la « porte ouverte » ou ceux traitant spécifiquement de l'admission et de la résidence des missionnaires. Il reste à déterminer si les États bénéficiaires des engagements pris par le Mandataire dans l'accord de Mandat ont obtenu d'autres droits se rapportant à l'application du Mandat soit en tant qu'institution ou statut, soit en tant que traité. Cette question se pose à propos de la thèse du défendeur selon laquelle un « différend » au sens de l'article 7 du Mandat doit impliquer un conflit concernant un droit ou un intérêt juridiques et non des divergences d'opinion sans rapport avec des droits ou intérêts juridiques. Je ne m'arrêterai pas pour examiner la validité fondamentale de cette thèse, mais j'analyserai la nature des droits et intérêts impliqués dans le « différend » allégué entre les demandeurs et le défendeur.

On peut observer tout de suite que les demandeurs affirment qu'il y a un « différend » à propos des articles 2, 4, 6 et 7 du Mandat (Mémoires, p. 62). Cette affirmation ne vise pas l'article 5 qui, comme je l'ai remarqué plus haut, est le seul article dans le Mandat en question qui spécifie les droits de ressortissants d'États autres que le Mandataire. On pourrait avancer l'hypothèse que les dispositions ayant trait aux « habitants » du Territoire se réfèrent aux ressortissants de ces États qui habiteraient le Territoire, mais pareille situation ne se présente pas ici.

La clause juridictionnelle de l'article 7 ne peut être invoquée que s'il y a « différend ». S'il y a un « différend », il faut prouver au surplus que celui-ci présente deux caractéristiques: en premier lieu, ce doit être un différend qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations; en second lieu, il doit être relatif à l'interprétation ou à l'application du Mandat. C'est tout d'abord la signification du mot « différend » qui retiendra mon attention. J'examinerai ensuite la façon dont l'autre Partie s'identifie au « différend ».

Selon le sens le plus étroit, qui a d'ailleurs d'estimables avocats, un « différend », dans le contexte d'une clause compromissoire, est un litige susceptible d'être réglé par l'application de principes de droit. Mais, comme l'a énoncé la Cour permanente en l'affaire des *Emprunts serbes* (Série A n^{os} 20/21, p. 20), on ne saurait se prévaloir de l'article 38 du Statut pour exclure la possibilité que la Cour s'occupe de différends qui ne demandent pas l'application du droit international, du moment où le Statut lui-même prévoit expressément cette possibilité. Les termes nouveaux introduits dans l'article 38 du Statut de la présente Cour n'affectent pas la validité de l'observation de la Cour permanente. Les quatre alinéas de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour donnent une description plus complète mais ils ont un objectif particulier et ne constituent pas une définition générale. Citant l'article 36, paragraphe 1, la Cour permanente de Justice internationale observe: « La juridiction de la Cour dépend de la volonté des parties. La Cour est toujours compétente du moment où celles-ci acceptent sa juridiction, car il n'y a aucun différend que les États admis à ester devant la Cour ne puissent lui soumettre. » (*Écoles minoritaires en Haute-Silésie*, série A n^o 15, p. 22.) La pratique commune de rédaction des traités de règlement pacifique et des clauses compromissoires, de même que l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, montrent bien qu'un « différend » dans le sens attribué à ce mot dans ce contexte peut se rapporter à une question de fait. En l'affaire des *Emprunts serbes* (p. 19), la Cour permanente a indiqué que « les faits dont la Cour doit constater la réalité peuvent être de n'importe quelle nature ». Aux fins de cette analyse, on peut admettre qu'un litige entre deux gouvernements sur la question de savoir si leurs armements ont un objectif offensif ou défensif n'est pas un « différend ». Mais, si l'on met en cause l'existence d'un « différend » au sens juridique du mot dans une exception préliminaire à la compétence d'un tribunal, la question est de savoir dans quelle mesure ce tribunal doit sonder les faits et le droit en vue de déterminer s'il y a un « différend » ou non.

Supposons par exemple qu'un État A prétend, dans une note diplomatique à un État B, que cet État B a violé un traité commercial conclu en 1880 entre A et B. B répond que le traité n'est plus en vigueur. Après de vaines négociations, A soumet l'affaire à une cour internationale conformément aux termes d'un traité de règlement pacifique conclu entre A et B. Ce traité de règlement pacifique contient la disposition ordinaire selon laquelle les parties conviennent que les différends relatifs à des droits juridiques pourront être soumis par l'une ou l'autre d'entre elles à un tribunal international. B prétend que le tribunal n'est pas compétent puisqu'il n'y a pas « différend » au sens du traité de règlement pacifique car A fonde sa demande sur un traité qui n'est plus en vigueur. Le jugement sur la question de savoir si le traité est en vigueur et si par conséquent la demande présentée par A est

fondée en droit relève du fond et non pas d'une exception d'incompétence. En fait, B admet qu'il y a un « différend » mais il soutient que le point de vue de A quant au fond est erroné. Il est possible d'imaginer une affaire où la prétention à un droit serait si évidemment vaine et absurde que la Cour rejeterait la requête pour défaut de compétence, mais une telle situation ne peut se présenter que rarement. De toute façon, ce n'est pas le cas ici.

En l'espèce, il est utile d'examiner tout d'abord la seconde caractéristique du « différend » notée plus haut, à savoir que le différend doit être relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat. Je ne vois pas comment on peut prétendre sérieusement que pareille condition n'est pas remplie, puisqu'il suffit pour établir la compétence de la Cour qu'une des allégations des demandeurs réponde à cette caractéristique. Sur la base de ces allégations et avant de les avoir examinées au fond, la Cour doit s'assurer, à supposer qu'il y ait un « différend », que celui-ci est bien relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat.

Dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, la présente Cour avait à décider du sens du mot « différend » dans une clause de traité prévoyant une décision par une procédure spéciale. Elle a déclaré (*C. I. J. Recueil 1950*, pp. 74-75):

« L'existence d'un différend international demande à être établie objectivement. Le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas... Il s'est donc produit une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés. En présence d'une telle situation, la Cour doit conclure que des différends internationaux se sont produits... Étant donné que les différends sont relatifs à l'exécution ou à la non-exécution des obligations prévues dans les articles qui traitent des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ces différends sont nettement de ceux qui portent sur l'interprétation ou sur l'exécution des traités de paix. »

Toutefois on a en fait prétendu que les allégations des demandeurs n'ont aucun rapport avec leurs droits et que la vraie signification de la clause compromissoire est que le « différend » doit être relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat qui confèrent certains droits *juridiques* aux demandeurs, comme peut-être la faculté accordée aux missionnaires par l'article 5 de pénétrer dans le Territoire. L'article 7 ne contient aucune limitation de ce genre et se réfère simplement à « tout différend, quel qu'il soit ... relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat ». Mais, puisque les questions de compétence doivent être scrupuleusement examinées, on pourrait se demander s'il faut supposer que les droits des autres États à mettre en cause l'interprétation ou l'application des Mandats se limitent aux droits concernant ce qu'on a appelé leurs intérêts « concrets ».

Le droit international a longtemps reconnu que les États peuvent avoir un intérêt juridique dans des questions n'affectant pas leurs intérêts financiers, économiques ou autres intérêts « concrets » ou, pourrait-on dire, « physiques » ou « tangibles ».

Le droit d'un État à s'occuper, pour des motifs humanitaires d'ordre général, des atrocités affectant des êtres humains dans un autre pays est une illustration de ce principe de droit international. En certaines occasions, des États ont fait valoir des intérêts juridiques de ce genre en se fondant sur un traité, comme par exemple certaines des représentations faites au Gouvernement belge sur la base de l'acte de Berlin de 1885 concernant les atrocités qui ont eu lieu au Congo belge en 1906-1907. En d'autres occasions, l'affirmation d'un intérêt juridique s'est fondée sur les principes généraux de droit international, comme par exemple lors des protestations contre les pogromes russes vers 1900 et contre les massacres turcs d'Arménie (voir en général, Antoine Rougier, *La théorie de l'intervention d'humanité*, in *Revue générale du droit international public*, XVII, 1910, pp. 468-526; Stowell, *Intervention in International Law*, 1921, *passim*).

Des États ont également fait valoir un intérêt juridique dans l'observation générale des règles de droit international. Par exemple, dans les affaires du *Manouba* et du *Carthage* présentées par la France et l'Italie à la Cour permanente d'Arbitrage en 1913, en plus du montant réclamé pour dommages matériels, la France a demandé la somme de cent mille francs pour réparation du « préjudice moral et politique résultant de l'inobservation du droit commun international... ». La Cour permanente d'Arbitrage n'a pas accordé de dommages-intérêts à ce titre, dans l'affaire du « *I'm Alone* » entre les États-Unis et le Canada (1935) mais le tribunal arbitral a accordé, en plus de l'indemnité pour les dommages matériels, la somme de vingt-cinq mille dollars « comme satisfaction matérielle pour le tort causé ».

Pendant plus d'un siècle les traités ont spécifiquement reconnu les intérêts juridiques des États dans les grandes causes humanitaires et ont fréquemment prévu des procédures permettant aux États de faire respecter ces intérêts. L'histoire des initiatives prises sur le plan international au moins depuis 1841 en vue de supprimer la traite des esclaves en offre de nombreux exemples, mais on peut également évoquer des cas plus récents, comme par exemple les traités de minorités conclus à la fin de la première guerre mondiale. Les dispositions de l'article 11 du traité de minorités de Saint-Germain-en-Laye du 10 septembre 1919 sont caractéristiques à cet égard :

« L'État serbe-croate-slovène agrée en outre qu'en cas de divergence d'opinion sur des questions de droit ou de fait concernant ces articles, entre l'État serbe-croate-slovène et l'une quelconque des Principales Puissances alliées et associées ou toute autre Puissance, Membre du Conseil de la Société des Nations, cette divergence

sera considérée comme un différend ayant un caractère international selon les termes de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. L'État serbe-croate-slovène agrée que tout différend de ce genre sera, si l'autre Partie le demande, déféré à la Cour permanente de Justice. » (C. P. J. I., *Collection des textes régissant la compétence de la Cour*, série D n° 6, 4^{me} édition, pp. 542 et 538.)

Une disposition analogue se trouve à l'article 69 du traité de paix avec l'Autriche et à l'article 60 du traité de Trianon avec la Hongrie.

De même, la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui est entrée en vigueur le 12 janvier 1951, après le dépôt du vingtième instrument de ratification, prévoit en son article IX :

« Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Partie au différend. » (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 283.)

Comme la présente Cour l'a dit au sujet de la convention sur le génocide : « Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme. » (C. I. J. *Recueil 1951*, p. 23.) Ce qui importe n'est donc pas de savoir si l'on peut imaginer qu'un traité puisse être conclu dans cet esprit à ces fins, mais si le Mandat a bien ce caractère.

Des exemples frappants se trouvent également dans la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, dans les diverses conventions que cette Organisation a mises en œuvre, ainsi que dans l'application de ces dispositions conventionnelles. On sait que la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, de même que le Pacte de la Société des Nations, faisait partie du traité de Versailles. Le préambule énonce :

« Attendu que la Société des Nations a pour but d'établir la paix universelle, et qu'une telle paix ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ;

Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, ...

Attendu que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays; ... »

L'article 411 (qui est devenu plus tard l'article 26) de la Constitution reconnaît largement les intérêts juridiques qu'ont tous les États Membres de l'Organisation dans le maintien des normes de travail et du bien-être des travailleurs. Il stipule:

I. « Chacun des Membres pourra déposer une plainte au Bureau international du Travail contre un autre Membre qui, à son avis, n'assurerait pas d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention que l'un et l'autre auraient ratifiée en vertu des articles précédents. »

L'article 423 de la Constitution dispose:

« Toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation de la présente Partie du présent Traité et des conventions ultérieurement conclues par les Membres, en vertu de ladite Partie, seront soumises à l'appréciation de la Cour permanente de Justice internationale. » (Voir en général Jenks, *International Protection of Trade Union Freedom*, pp. 157-161.)

Se fondant sur l'article 26 (nouvelle numération du texte amendé) de la Constitution, la République du Ghana a adressé le 24 février 1961 une communication au Directeur général du B. I. T., disant notamment:

« De l'avis de la République du Ghana, le Portugal n'assure pas de manière satisfaisante, dans ses territoires africains du Mozambique, d'Angola et de Guinée, l'exécution de la convention n° 105, que le Portugal et la République du Ghana ont l'un et l'autre ratifiée.

En conséquence, la République du Ghana demande que le Conseil d'administration du B. I. T. prenne des mesures appropriées, par exemple en instituant une commission d'enquête chargée d'examiner cette plainte et de formuler un rapport à son sujet. »

Le 10 mars 1961, le Conseil d'administration du B. I. T. a approuvé le rapport de son bureau sur les mesures à prendre, parmi lesquelles la création d'une Commission d'enquête.

La nature judiciaire de l'enquête ressort également de la composition de la Commission: le président était un membre de la Cour permanente d'Arbitrage; le deuxième membre était un ancien juge à la Cour internationale de Justice, qui avait auparavant présidé la Cour suprême de son pays; et le troisième membre était premier président de la Cour suprême de son pays. En outre, dans son rapport, la commission a déclaré:

« Le Conseil d'administration du B. I. T., en instituant la Commission, a mis spécialement l'accent sur le caractère judiciaire de la mission confiée à celle-ci; il a exprimé son désir qu'une « appréciation objective » des éléments du litige soit faite par un « orga-

nisme indépendant », et a prévu que les membres de la Commission prononcent, avant d'entrer en fonction, une déclaration solennelle dans des termes correspondant à ceux de la déclaration faite par les juges de la Cour internationale de Justice. »

La Commission a également noté dans son rapport que, s'ils n'acceptaient pas ses conclusions ou recommandations, les deux gouvernements auraient le droit de soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 29 de la Constitution de l'O. I. T. (voir Bureau international du Travail, *Bulletin officiel*, vol. XLV, n° 2, supplément II, avril 1962, *Rapport de la Commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte déposée par le Gouvernement du Ghana au sujet de l'observation par le Gouvernement du Portugal de la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957*).

Cette affaire montre qu'un État peut avoir un intérêt juridique à ce que soient observées dans les territoires d'un autre État les dispositions conventionnelles relatives au bien-être général et qu'il peut faire valoir un tel intérêt indépendamment de toute incidence sur ses propres ressortissants ou sur ses intérêts directs « tangibles » ou « concrets ». L'action de l'Organisation internationale du Travail indique en outre que les désaccords survenant à propos de l'observation des dispositions relatives au bien-être général peuvent faire l'objet d'une enquête judiciaire et en dernier ressort d'un recours à notre Cour. Bien que dans le cas cité on ait eu recours à la procédure spéciale d'une Commission d'enquête, la situation fondamentale — divergence d'opinion à propos de l'application d'une disposition d'un traité portant sur le bien-être général des habitants — peut très bien faire l'objet de négociations entre deux États.

Bien que l'on ait prétendu qu'il serait difficile de régler par des négociations les différends concernant l'accomplissement des prescriptions énoncées au second alinéa de l'article 2 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, rien ne prouve logiquement ni pratiquement que cela soit vrai. Certains tribunaux peuvent déterminer, et ils l'ont fait, si des lois ou actions particulières se conforment à des critères larges et généraux comme par exemple la « sauvegarde de la liberté individuelle », la « protection égale » et la « liberté de religion ». La Cour suprême des États-Unis peut déterminer quelles mesures sont compatibles ou non avec la liberté de religion (*Reynolds c. United States*, 1879, 98 U.S. 244; *Engel et al. c. Vitale*, 1962, 370 U.S. 421) ou quelle est « dans un système social la liberté qui requiert la protection des lois contre les dangers menaçant la santé, la sécurité, la morale et le bien-être de la communauté ». (*West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 1937, 300 U.S. 379, 391.) De même, des traités de commerce bilatéraux peuvent impliquer des différends négociables sur les mesures affectant la liberté de conscience et de religion qui sont « nécessaires à la

protection de la santé, de la morale et de la sécurité publiques ». (Voir Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law*, 1960, p. 271.) Je ne vois pas pourquoi la Cour ne pourrait déterminer si certaines lois et certains règlements favorisent « le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants » du Territoire sous Mandat.

Si les tribunaux peuvent se prononcer sur de telles questions, il n'y a pas de raison pour que deux gouvernements n'en discutent pas (une telle discussion constituant une négociation), en vue de convenir que les mesures critiquées étaient impropres ou que les prétendues déficiences n'ont pas été établies; et, faute d'accord, de faire appel à la Cour.

A la lumière de ce qui précède et de l'histoire bien connue de l'établissement du système des Mandats, il n'est pas étonnant d'aboutir à la conclusion que l'intention des États en 1920 était bien de reconnaître et de protéger un intérêt « juridique » des États en question n'affectant pas directement leurs intérêts « concrets » ni ceux de leurs ressortissants. C'est ce qui a été fait dans la définition des termes des Mandats.

Le système des Mandats est l'une des quatre principales manifestations de l'intérêt que tous les États ont reconnu avoir en 1919-1920 pour ce qui se passait aux quatre coins du globe. La première manifestation se trouve à l'article 11 du Pacte qui a reconnu — comme on l'a dit plus tard — que la paix est indivisible. La seconde manifestation a consisté dans la reconnaissance de l'intérêt de la communauté internationale dans la protection des minorités. L'article 69 du traité de Saint-Germain avec l'Autriche (prototype utilisé pour les autres traités de minorités) stipulait: « L'Autriche agréee que, dans la mesure où les stipulations des articles précédents de la présente Section affectent des personnes appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue, ces stipulations constituent des obligations d'intérêt international... » La troisième manifestation a été la reconnaissance dans la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (que je viens de citer) de l'intérêt qu'ont tous les États à l'adoption « d'un régime de travail réellement humain » dans tous les autres États. La quatrième manifestation a été l'article 22 du Pacte qui a reconnu « la mission sacrée de civilisation » formée par le bien-être et le développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes.

Les traités de minorités, la Constitution de l'Organisation internationale du Travail et les Mandats contenaient des clauses de renvoi à la Cour permanente de Justice internationale. Dans chaque cas, les États ayant le droit d'invoquer la compétence étaient désignés par une description; il ne s'agissait en aucun cas d'une catégorie de composition fixe. Dans les traités de minorités, les droits de procédure ou d'exécution étaient délégués à un groupe représentatif; tant les Membres permanents que les Membres

non permanents du Conseil de la Société des Nations avaient le droit de faire appel à la Cour. Dans le cadre de l'Organisation internationale du Travail, ce droit revenait aux Membres de l'Organisation et dans le cadre des Mandats il appartenait aux Membres de la Société des Nations. Le texte même des traités de minorités reconnaissait que les différends s'élevant à leur propos pouvaient avoir trait à des questions de droit ou de fait. Dans la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, la clause juridictionnelle visait « Toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation... » Comme le montre l'affaire Ghana-Portugal que je viens de citer, le différend peut porter aussi bien sur des faits que sur le droit ou même sur les deux. Dans les Mandats, on se réfère à « tout différend, quel qu'il soit, ... relatif à l'interprétation ou à l'application... ». Il est clair que cette disposition englobe les questions de droit aussi bien que de fait. L'article 50 du Statut donne à la Cour de larges pouvoirs pour connaître des questions de droit.

Dans aucun de ces trois exemples — minorités, travail, Mandats — l'État invoquant la compétence de la Cour n'avait besoin d'alléguer un intérêt « concret » direct pour lui-même ou pour ses ressortissants. On a dit justement :

« Les États concluent des traités multilatéraux non seulement pour s'assurer mutuellement des avantages concrets sous la forme d'échanges tangibles, mais aussi pour protéger des intérêts généraux de nature économique, politique ou humanitaire au moyen d'obligations dont l'observation uniforme et générale constitue l'essence de l'accord. L'interdépendance des relations internationales a souvent pour conséquence que des États ont un intérêt vital à ce que soient maintenus certains principes et règles, bien qu'une modification ou une violation de ces principes dans un cas particulier n'affecterait probablement pas certains d'entre eux, ou du moins pas dans la même mesure... » (Note par « H. L. » dans *British Year Book of International Law*, 1935, p. 165.)

Lors de la première session de l'Assemblée de la Société des Nations, le représentant de la Suède a déclaré :

« On m'a demandé pourquoi nous autres, les petits peuples du Nord, nous paraissions prendre un intérêt si vif à l'article 22. Il se peut que ce soit parce qu'il garantit la liberté de notre commerce avec les colonies. Oui, naturellement. Nous trouvons que la liberté du commerce est une bonne chose et les monopoles une mauvaise, au point de vue de nos affaires. Mais je sais que j'ai le droit de le dire — et je suis fier de le déclarer — que ce n'est pas là pour nous la chose essentielle. Certes non. Établir une culture mondiale, conserver une paix durable — telles sont les raisons pour lesquelles nos peuples prennent intérêt à l'article 22. N'avons-nous pas montré une telle sollicitude morale, par exemple à l'égard des indigènes de l'Afrique? » (Trentième séance plénière, 18 décembre 1920, pp. 716-717.)

Les traités de paix qui ont mis fin à la première guerre mondiale reflètent en ce qui concerne les minorités, le travail et les peuples non autonomes, la conviction que le bien-être de l'humanité est aussi indivisible que la paix. Ceux qui ont fait inclure ce principe dans les traités de paix ont appliqué au domaine international l'aphorisme :

« Aucun homme n'est une île, un tout en soi; chaque homme est une parcelle de continent, une partie d'océan.

Il n'est mort d'homme qui ne me diminue, car j'appartiens à l'humanité... »

Mon interprétation de l'article 7 est confirmée par l'historique de la clause dite du Tanganyika. Il faut se rappeler que cette clause qui constitue le second alinéa de l'article 13 du Mandat britannique sur l'Est africain n'apparaît dans le texte final d'aucun autre Mandat. Elle a été proposée à l'origine, lors des réunions tenues par la Commission Milner à Londres en été 1919, pour être insérée dans tous les Mandats B. Venant à la suite d'une clause de juridiction générale identique au second alinéa de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, la clause du Tanganyika énonce: « Les États Membres de la Société des Nations pourront également soumettre au jugement de ladite Cour, au nom de leurs nationaux, toutes plaintes émanant de ces derniers et signalant une atteinte portée à leurs droits tels qu'ils sont définis par le présent mandat. » Lorsque les Gouvernements belge et britannique sont convenus que la Belgique se verrait confier un Mandat sur une partie de l'Afrique orientale allemande, la clause du Tanganyika était incluse dans le projet de Mandat belge. Puis elle en a été rayée. En 1925, lors de la sixième session de la Commission permanente des Mandats, M. Rappard a exprimé l'idée qu'elle avait été insérée par accident dans le Mandat britannique sur l'Est africain, mais sir Frederick Lugard a répondu que le Gouvernement britannique ne pensait pas qu'il en fût ainsi.

Indépendamment des divers commentaires ou interprétations formulés sur cette clause dans l'affaire *Mavrommatis*, il faut conclure que le second alinéa de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain, qui est identique au premier alinéa de l'article juridictionnel du Mandat sur l'Est africain, doit avoir une signification différente ou plus étendue par rapport à la clause du Tanganyika. Le second alinéa de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain peut *inclure* des demandes présentées au nom de ressortissants, mais il n'appartient pas à la Cour d'en décider actuellement. Cet alinéa *doit* inclure quelque chose d'autre et quelque chose de plus que les réclamations de ressortissants, sans quoi le premier alinéa du Mandat sur l'Est africain aurait été omis, le second étant suffisant.

Le libellé du second alinéa de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain a en effet un sens très large et rien ne prouve qu'il soit limité à des questions d'intérêt « public » pour les autres États,

comme par exemple l'intérêt d'un État voisin à l'égard de la traite des esclaves, du trafic des armes ou du commerce des spiritueux. Mais, même s'il fallait reconnaître un intérêt régional de cette sorte, on ne pourrait contester l'intérêt régional des demandeurs. Bien que, dans le cadre des conventions du travail, il ne soit pas nécessaire d'établir un intérêt concret direct, l'intérêt du Ghana dans la question du travail forcé en Angola, etc., peut être comparé à l'intérêt des demandeurs dans les conditions d'existence des habitants indigènes du Sud-Ouest africain.

Étant donné l'absence de clause de la « porte ouverte » dans les Mandats C et le caractère par conséquent restreint de ce que l'on peut appeler les intérêts concrets directs des autres États à l'application du Mandat, pourquoi la clause juridictionnelle (c'est-à-dire l'article 7) aurait-elle compris le terme général: « tout différend, quel qu'il soit, ... relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat », si elle ne devait s'appliquer qu'à une catégorie aussi restreinte? Est-il possible d'interpréter les mots « les dispositions » comme signifiant simplement « certaines dispositions »?

Il est impossible d'échapper à la conclusion que le second alinéa de l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain avait pour but de reconnaître et de protéger les intérêts généraux des membres de la communauté internationale dans le système des Mandats, de même que des clauses à peu près analogues ont reconnu l'existence de cet intérêt général dans les traités de minorités, dans la Constitution de l'Organisation internationale du Travail et, plus récemment, dans la convention sur le génocide et dans certains accords de tutelle conclus dans le cadre des Nations Unies. Lorsque les accords de Mandat ont été conclus, c'est aux différends touchant ces vastes intérêts que l'on pensait (*cf. Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, C. I. J. Recueil 1952, p. 189*).

On a soutenu que les signataires des accords de Mandat n'ont pu envisager de donner au second alinéa de l'article 7 le sens dont je viens de faire état, car ils souhaitaient éviter les confusions et les litiges que cela aurait pu engendrer quant aux rôles respectifs du Conseil de la Société des Nations et de la Commission permanente des Mandats, d'une part, et de la Cour permanente de Justice internationale, d'autre part. La Cour permanente aurait pu faire valoir une objection du même ordre au sujet des traités de minorités, lesquels contenaient à la fois des dispositions permettant d'en appeler au Conseil et des clauses de règlement judiciaire par la Cour. (*Colons allemands, série B n° 6, 1923, pp. 21-23; Écoles minoritaires en Haute-Silésie, série A n° 15, 1928, pp. 19-25.*) A noter de même, bien qu'avec quelques différences dans les termes du traité, le *Statut du territoire de Memel* (Série A/B n° 47, 1932, pp. 248-249).

On a fait mention de l'article 62 du Statut de la Cour pour prouver que celle-ci n'est compétente que pour connaître d'un

« intérêt d'ordre juridique ». Il n'a pas été démontré que l'article 62 établisse une norme à utiliser pour l'interprétation de l'article 36, lequel énonce : « La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les *cas* spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur. » Il se peut que les critères de l'intervention soient différents de ceux qui régissent l'introduction de l'instance. Dans l'affaire du *Wimbledon*, la Pologne a tout d'abord fait valoir son droit d'intervenir aux termes de l'article 62, mais par la suite elle a abandonné ce titre et elle a invoqué un droit dérivant de l'article 63, en tant que partie au traité en question. La Cour permanente a dit :

« L'attitude ainsi prise dispense la Cour d'examiner et de vérifier si vraiment l'intervention de la Pologne dans le litige soumis à son jugement est justifiée par un intérêt d'ordre juridique, au sens de l'article 62 du Statut. » (Série A n° 1, p. 13.)

La Cour n'a pas dit que les intérêts visés par les articles 62 et 63 fussent identiques, comme devant impliquer des intérêts juridiques d'un genre particulier. Pour prendre un exemple clair, lorsque les traités de minorités ou les conventions du travail prévoient le renvoi à la Cour des différends de fait ou de droit s'élevant à leur propos, la Cour n'est pas autorisée pour autant à négliger les termes clairs de l'article 36 du Statut et à affirmer que l'État demandeur ne saurait lui soumettre une affaire, motif pris de ce que les intérêts généraux à l'égard du bien-être des minorités ou des travailleurs ne relèvent pas de la catégorie des intérêts justifiant une intervention aux termes de l'article 62. Le même raisonnement s'applique aux Mandats. Au surplus, il faut se rappeler que la Cour permanente a jugé que les États peuvent demander à la Cour « de donner une interprétation abstraite d'une convention » (*Haute-Silésie polonaise*, série A n° 7, pp. 18-19). Mais, je crois que la réponse à cet argument est simple : pour les raisons indiquées, l'intérêt général à l'application des Mandats est un intérêt juridique.

* * *

L'autre aspect du « différend » qu'il convient d'examiner est de savoir s'il était « susceptible d'être réglé par des négociations » aux termes de l'article 7. Comme pour d'autres points, il faut se placer à la date du dépôt des requêtes ayant introduit les présentes instances, c'est-à-dire au 4 novembre 1960.

Bien que fréquemment omise dans les clauses prévoyant le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention donnée et bien qu'omise à l'article 36 du Statut de la Cour, cette disposition est familière. La terminologie peut varier ; certaines clauses parlent du règlement du différend « par la voie diplomatique », ce qui de nos jours doit être interprété comme

comprenant ce que l'on a appelé la « diplomatie parlementaire », c'est-à-dire la négociation des solutions aux problèmes internationaux dans le cadre et par les voies d'une institution organisée agissant selon des règles de procédure établies, comme l'Assemblée générale des Nations Unies. L'Assemblée générale et même l'ensemble du système des Nations Unies, avec ses missions permanentes et ses comités spéciaux, font aujourd'hui partie des moyens normaux de la diplomatie, c'est-à-dire de la négociation.

Les négociations dans le cadre d'une conférence ne sont certes pas nouvelles dans l'histoire de la diplomatie. Qu'il suffise de rappeler les négociations entre « les quatre Grands » à la Conférence de la paix de Paris après la première guerre mondiale, les négociations sur les problèmes d'Extrême-Orient à la conférence de Washington de 1921-1922 sur la limitation des armements et même les nombreuses négociations qui se sont tenues à Vienne en 1815. Mais, auparavant, il n'était généralement pas question de négocier *avec* la conférence en tant qu'organisme, bien que les exemples n'aient pas manqué de petites Puissances négociant avec les grandes Puissances groupées dans le concert européen.

La diplomatie traditionnelle connaissait également des moyens de mener des négociations sans la participation effective des parties en litige, tels par exemple les bons offices ou la médiation. On se rappellera qu'à l'heure des Nations Unies cette Organisation s'est servie d'un médiateur en Palestine et de bons offices en Indonésie.

Il faut certainement rappeler que des négociations portant sur nombre de questions se sont tenues aux Nations Unies et par leur intermédiaire. Ainsi des négociations sur le problème des réfugiés arabes de Palestine se sont-elles tenues aux Nations Unies pendant de longues années sans que les principaux États intéressés se réunissent séparément pour en discuter. On pourrait citer de nombreux autres exemples, comme par exemple les négociations à l'Assemblée générale concernant la fédération éventuelle de l'Érythrée et de l'Éthiopie. Les problèmes du désarmement ont fait l'objet de négociations bilatérales ou multilatérales par les voies diplomatiques directes par des conférences de dix délégations ou plus; et par les débats ordinaires des séances de commission et séances plénières de l'Assemblée générale des Nations Unies (sans compter les négociations de couloir).

La question des pouvoirs de l'Assemblée générale en matière de surveillance des territoires non autonomes aux termes du chapitre XI de la Charte a été négociée au sein de l'Assemblée générale et de ses commissions pendant plusieurs années. De même, les questions ayant trait à l'obligation du Mandataire de négocier un accord de tutelle pour le Sud-Ouest africain ont fait elles-mêmes l'objet de négociations à l'Assemblée générale. Les accords de tutelle actuellement en vigueur ont même été négociés à l'Assemblée générale comme les accords de Mandat ne l'ont jamais été ni au Conseil ni à l'Assemblée de la Société des Nations.

J'ai déjà traité de l'argument selon lequel les questions soulevées en l'espèce dans les mémoires sont de telle nature qu'elles ne sont pas susceptibles d'être réglées par des négociations dans quelque cadre que ce soit.

En admettant qu'il y a eu des négociations, ont-elles démontré que le différend n'est pas « susceptible d'être réglé par des négociations »? L'expression « qui ne soit pas susceptible d'être réglé » doit certainement signifier plus que « qui n'aient pas été réglés ». Dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente a dit:

« La Cour se rend bien compte de toute l'importance de la règle suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que des affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par négociations; elle reconnaît, en effet, qu'avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques. Cependant, pour l'application de cette règle, la Cour ne peut pas se dispenser de tenir compte, entre autres circonstances, de l'appréciation des États intéressés eux-mêmes, qui sont le mieux placés pour juger des motifs d'ordre politique pouvant rendre impossible la solution diplomatique d'une contestation déterminée. » (Série A n° 2, 1924, p. 15.)

Il n'existe certainement pas de test chimique absolu qui permettrait à un tribunal de dire, dans toutes les situations, à quel moment exact la négociation devient impossible. A mon avis, le dossier prouve clairement que cette condition est remplie en l'espèce. Je n'y vois rien qui puisse amener la Cour à conclure que si l'un des demandeurs entamait des négociations diplomatiques directes avec le défendeur *sur les questions précises qui ont été discutées pendant plusieurs années* à l'Assemblée générale et qui sont soulevées dans les mémoires, un règlement pourrait intervenir sur tous les points qui, dans les allégations des demandeurs, ont trait à l'interprétation ou à l'application du Mandat. S'il existe un point de désaccord entre les demandeurs ou l'un d'eux, d'une part, et le défendeur, de l'autre, dont on puisse légitimement dire qu'il n'est pas « susceptible d'être réglé par des négociations », cette condition requise pour qu'il y ait différend est remplie. A cet égard, les États ne sont pas éternellement liés par l'ancien adage: « Si tu ne réussis pas la première fois, essaie et essaie encore. »

Il n'est pas convaincant de dire que les négociateurs, d'un côté ou de l'autre, ont été obstinés, déraisonnables ou intransigeants. De telles allégations sont courantes dans les négociations internationales et on y croit souvent sincèrement. On ne saurait soutenir qu'un différend est susceptible d'être réglé par des négociations sous le prétexte qu'il serait réglé si l'une des parties cédaient entièrement aux prétentions de l'autre. Comme l'a dit la Cour permanente, « la Cour ne peut pas se dispenser de tenir compte de l'appréciation des États intéressés eux-mêmes, qui sont le mieux placés pour juger des motifs d'ordre politique pouvant rendre impossible la solution diplomatique d'une contestation ».

En l'espèce, comme dans d'autres affaires, le point important est de savoir si le défendeur a eu connaissance des plaintes des demandeurs, s'il a eu l'occasion d'exprimer son point de vue, s'il l'a exprimé et si les demandeurs n'ont pas été convaincus et ont maintenu leur position. Ainsi que l'a dit M. Hudson dans son opinion dissidente en l'affaire de la *Compagnie d'électricité*: « Ce qui est essentiel, c'est qu'avant qu'une partie dépose une requête introduisant une instance devant la Cour, l'autre partie ait eu l'occasion de faire connaître et d'exprimer sa manière de voir sur l'objet du différend. » (Série A/B n° 77, 1939, p. 132.) Tel est certainement le cas en l'espèce. Il est vrai que M. Hudson, parlant des faits propres à l'affaire dont il s'agissait, a poursuivi: « Cette occasion ne peut être fournie que par des négociations diplomatiques. Le point précis auquel il est possible de dire à juste titre que les négociations entamées ne peuvent aboutir à la solution du différend peut dépendre, comme l'a reconnu la Cour [allusion à l'affaire *Mavrommatis*], « de l'appréciation des États intéressés ». » M. Hudson n'envisageait pas le fonctionnement moderne de la diplomatie dans le contexte des Nations Unies et les observations qu'il a faites en 1939 à propos de l'affaire dont il s'agissait alors ne sauraient être considérées comme allant à l'encontre de mes conclusions.

La nature de cette diplomatie moderne par conférences ou diplomatie parlementaire pourrait tendre à exagérer l'individualité de l'Organisation internationale ou d'un de ses organes pris isolément. Le problème existait au temps de la Société des Nations à propos des questions d'ordre politique; on pouvait parfois penser que le Conseil de la Société des Nations servait de bouc émissaire, en ce sens qu'un Membre influent du Conseil pouvait excuser son inaction sur celle du « Conseil » alors qu'il n'avait lui-même pris aucune mesure pour faire agir le Conseil. Un phénomène analogue s'observe dans le cadre des Nations Unies. Certes, une organisation internationale peut être quelque chose de plus que la somme de ses parties mais, pour renverser la métaphore, la forêt ne doit pas empêcher de voir les arbres.

L'histoire des Nations Unies offre de nombreuses occasions de dire que certains États votant avec la minorité au sujet d'une mesure à prendre par l'Organisation ont un « différend » avec celle-ci, mais on ne peut douter que dans beaucoup de ces cas les États de la minorité ont également un « différend » avec certains États de la majorité aisément identifiables. Il serait pénible, et il est inutile, de citer des cas précis pour illustrer ce point. Cela ne signifie pas que, chaque fois qu'il y a un vote, tout État votant avec la majorité a un « différend » avec tout État votant avec la minorité. Je soutiens qu'en l'espèce, d'après le dossier, il existe un différend entre les demandeurs et le défendeur.

(Signé) Philip C. JESSUP.