

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. MORELLI

1. Je désire indiquer les raisons pour lesquelles, à mon avis, l'arrêt rendu par la Cour en 1962 sur les exceptions préliminaires ne constituait pas un obstacle à ce que la demande fût rejetée au fond pour le motif qu'elle ne s'appuyait pas sur des droits subjectifs substantiels propres aux demandeurs.

Je suis d'avis qu'un arrêt sur des exceptions préliminaires, en particulier un arrêt qui, comme celui dont il s'agit, rejette les exceptions préliminaires présentées par une partie, est définitif et obligatoire par rapport à la suite de la procédure. Ce caractère obligatoire est toutefois limité aux questions qui ont été tranchées, questions qui ne peuvent concerner que la recevabilité de la demande ou la juridiction de la Cour.

Au contraire, les motifs sur lesquels la Cour se fonde pour trancher une question lui ayant été soumise par une exception préliminaire sont dépourvus de tout caractère obligatoire. Cette limite de la valeur obligatoire de l'arrêt concerne tous les motifs de la décision, quelle qu'en soit la nature. Elle s'applique aux motifs de fait aussi bien qu'aux motifs de droit, aux motifs de procédure aussi bien qu'aux motifs touchant au fond de l'affaire. Pour ce qui est de ces derniers motifs, il y a une raison complémentaire qui amène elle aussi à en exclure tout caractère obligatoire: étant donné que l'acte introductif d'une exception préliminaire a, en vertu de l'article 62, paragraphe 3, du Règlement, l'effet de suspendre la procédure sur le fond, il est impossible qu'une question concernant le fond soit tranchée d'une façon définitive par un arrêt sur des exceptions préliminaires.

2. Il faut interpréter l'arrêt de 1962 pour préciser la portée de la décision rendue sur la question soumise à la Cour par la troisième exception préliminaire. Il s'agit en particulier de savoir si, en rejetant cette exception, la Cour a entendu affirmer que le pouvoir d'action découlant de l'article 7 du Mandat est indépendant de tout droit subjectif substantiel, en ce sens qu'il peut être exercé sans que le demandeur doive invoquer l'existence d'un droit subjectif qui lui soit propre. Il suffirait pour le demandeur d'alléguer l'existence d'une obligation du Mandataire, indépendamment du point de savoir si cette obligation est due au demandeur plutôt qu'à d'autres sujets. Il s'agirait en conséquence d'une sorte d'action populaire et la juridiction exercée par la Cour aurait le caractère d'une juridiction de droit objectif.

La décision par laquelle l'arrêt de 1962, d'après l'interprétation que l'on vient d'indiquer, aurait reconnu aux Membres de la Société des Nations le pouvoir de saisir la Cour pour les obligations du Mandataire

concernant les habitants du territoire, et cela indépendamment de l'existence d'un droit subjectif propre au demandeur, serait une décision concernant la façon de configurer l'action que les demandeurs dans la présente affaire auraient légitimement exercée. Par une telle décision la Cour aurait tranché une question purement procédurale concernant, d'un côté, le pouvoir d'action des demandeurs et, de l'autre, la juridiction de la Cour. La décision n'aurait d'aucune façon touché au fond de l'affaire. En effet la Cour ne se serait pas prononcée sur l'existence de droits subjectifs substantiels propres aux demandeurs. Elle aurait simplement déclaré que l'existence de ces droits était non seulement sans pertinence par rapport à la juridiction de la Cour, mais aussi tout à fait étrangère à la tâche qui lui était confiée. Cette tâche consistait à établir l'existence non pas de droits subjectifs des demandeurs, mais plutôt d'obligations du Mandataire, que celles-ci soient dues aux demandeurs ou à d'autres sujets.

Etant donné la nature purement procédurale de la question qui aurait été tranchée par l'arrêt de 1962, d'après l'interprétation de celui-ci que l'on a indiquée, la solution donnée à cette question serait définitive et obligatoire. Par conséquent et en premier lieu, il n'aurait pas été possible, au stade de la procédure consacrée au fond de contester la juridiction de la Cour pour ce motif que les dispositions du Mandat concernant les habitants du territoire ne confèreraient pas aux Etats demandeurs un droit subjectif propre. En deuxième lieu, la Cour aurait été liée par la configuration donnée dans l'arrêt de 1962 à l'action exercée par les demandeurs. En d'autres termes, la Cour aurait été obligée, pour statuer sur le fond, d'établir l'existence ou l'inexistence non pas de droits subjectifs des demandeurs, mais plutôt d'obligations du Mandataire, que celles-ci soient dues aux demandeurs ou à d'autres sujets. Le problème de l'existence actuelle de droits subjectifs découlant, pour tels ou tels sujets, du Mandat n'aurait pu être considéré qu'en raison de l'influence indirecte que la solution de ce problème pouvait avoir sur le problème de l'existence d'obligations imposées par le Mandat et par conséquent du maintien en vigueur du Mandat.

3. L'interprétation de l'arrêt de 1962, en particulier pour ce qui concerne la troisième exception préliminaire, est loin d'être facile. Il faut toutefois exclure la possibilité de donner à la décision sur cette exception préliminaire le sens qui vient d'être indiqué par voie d'hypothèse. Entendre la décision en ce sens reviendrait non pas à l'interpréter en recherchant ce que la Cour a voulu dire en réalité, mais plutôt à la modifier et à l'intégrer dans le dessein d'aboutir à une construction cohérente.

En effet il n'y a rien dans l'arrêt qui indique l'intention de la Cour d'accepter en général la notion d'action populaire, ni d'appliquer cette notion au cas d'espèce. L'arrêt ne déclare d'aucune façon que pour établir le bien-fondé de la demande il n'est pas nécessaire de rechercher si celle-ci s'appuie sur des droits subjectifs des demandeurs.

Au contraire, l'arrêt de 1962 se borne à affirmer que le différend soumis à la Cour est un différend au sens de l'article 7 du Mandat, sans

donner aucune indication quant à la façon de configurer l'action exercée par les demandeurs.

Loin d'exclure la nécessité d'un droit subjectif des demandeurs pour que le demande puisse être considérée comme bien fondée, l'arrêt de 1962 parle expressément d'un droit ou intérêt juridique des Membres de la Société des Nations à ce que le Mandataire observe ses obligations. En se référant à l'article 7 du Mandat, la Cour dit :

« La portée et l'objet manifestes des dispositions de cet article indiquent en effet qu'on entendait par là que les Membres de la Société des Nations eussent un droit ou un intérêt juridique à ce que le Mandataire observât ses obligations à la fois à l'égard des habitants du territoire sous Mandat et à l'égard de la Société des Nations et de ses Membres. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 343.)

Ce passage révèle sans doute une certaine confusion entre, d'une part, le droit ou pouvoir d'action, seul droit ou pouvoir découlant pour les Membres de la Société des Nations de la disposition de l'article 7, alinéa 2, du Mandat, à laquelle la Cour se réfère et, d'autre part, le droit subjectif substantiel, droit qui semble correctement indiqué lorsqu'on parle d'un droit ou intérêt juridique à ce que l'obligé observe son obligation.

Cependant, quelles que soient les critiques que l'on pourrait adresser à l'arrêt à propos d'une telle confusion, il est bien sûr que c'est cette confusion elle-même qui exclut d'une façon péremptoire la possibilité d'entendre la décision sur la troisième exception préliminaire dans le sens qu'il ne serait pas nécessaire d'établir un droit subjectif substantiel des demandeurs. En effet, dès lors que l'on constate que l'arrêt n'a pas distingué entre le pouvoir d'action et le droit subjectif substantiel, il n'est plus possible de lui faire dire quelque chose qui serait diamétralement opposé à une telle constatation, à savoir que le pouvoir d'action non seulement serait tout à fait distinct du droit subjectif substantiel, mais aussi qu'il ferait complètement abstraction du droit subjectif substantiel, et cela a un tel point que la Cour pourrait juger la demande comme bien fondée même au cas où celle-ci ne s'appuierait pas sur un droit subjectif substantiel du demandeur.

4. Il y a d'autres raisons qui amènent également à écarter la possibilité d'entendre en ce sens l'arrêt de 1962.

L'article 7 du Mandat se réfère à l'hypothèse d'un différend qui viendrait à s'élever entre le Mandataire et un autre Membre de la Société des Nations. La nécessité d'un différend pour que la Cour puisse être saisie est d'ailleurs reconnue par l'arrêt. C'est justement pour établir la présence en l'espèce de cette condition, requise comme nécessaire par l'article 7 du Mandat, que l'arrêt entreprend dès le début de démontrer l'existence d'un différend entre les Parties (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 328); puis, à propos de la troisième exception préliminaire, l'arrêt affirme que le différend dont il s'agit est un différend au sens de l'article 7 du Mandat.

Or, si l'article 7 avait conféré aux Membres de la Société des Nations un pouvoir d'action pour la protection de droits substantiels ne leur appartenant pas, on ne voit pas la raison pour laquelle cet article aurait subordonné l'exercice d'une telle action à l'existence d'un différend auquel l'Etat qui voudrait saisir la Cour devrait être partie. La nécessité, clairement reconnue par l'arrêt de 1962, d'un différend entre le demandeur et le Mandataire exclut que l'action découlant de l'article 7 du Mandat puisse être configurée, ou qu'elle ait été configurée par l'arrêt de 1962, comme une action populaire. La nécessité d'un différend entre le demandeur et le Mandataire implique en effet la nécessité d'un conflit entre des intérêts des parties, quelle que soit la nature de ces intérêts. Etant donné, d'autre part, le caractère juridique que le différend doit revêtir, ce qui résulte de la référence faite par l'article 7 aux règles de droit contenues dans les dispositions du Mandat, il s'ensuit qu'il est nécessaire pour le demandeur d'invoquer un droit subjectif qui lui soit propre en tant que moyen de protection de son intérêt.

5. L'article 7 du Mandat n'exige pas seulement, pour que la Cour puisse être saisie, qu'il existe un différend entre le demandeur et le Mandataire; il exige en outre que ce différend ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations. Cette exigence aussi est reconnue par l'arrêt de 1962, qui consacre sa dernière partie relative à la quatrième exception préliminaire, à démontrer que ladite exigence était réalisée en l'espèce.

En se référant à un différend « qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations », l'article 7 suppose évidemment un différend qui soit susceptible en soi d'être réglé par des négociations entre les parties; il doit s'agir toutefois d'un différend pour la solution duquel les négociations se seraient révélées en fait inefficaces. Cette interprétation de l'article 7 est clairement admise par l'arrêt. Après avoir affirmé que des négociations ont eu réellement lieu, l'arrêt conclut en effet « qu'il n'est pas raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 345).

Or, il serait impossible de considérer le différend dont il s'agit comme un différend susceptible en soi d'être réglé par des négociations entre les Parties, si l'on partait de l'idée que les demandeurs pouvaient saisir la Cour en fondant leur demande sur des droits subjectifs appartenant non pas à eux-mêmes, mais à d'autres sujets. Il est tout à fait évident que les demandeurs ne pouvaient d'aucune façon disposer de ces droits subjectifs, ce qui aurait constitué un obstacle radical à ce que le différend pût être réglé par des négociations entre les demandeurs et le Mandataire. Par conséquent, en admettant que le différend dont il s'agit était un différend susceptible en soi d'être réglé par des négociations entre les Parties, l'arrêt de 1962 a reconnu nécessairement que les demandeurs ne pouvaient agir qu'en invoquant un droit subjectif qui leur était propre.

6. Il faut ajouter que l'arrêt de 1962 ne pouvait s'écarter des termes

de la demande et que rien n'indique que cet arrêt ait eu une telle intention.

Or, au paragraphe 9 des requêtes, les demandeurs disent que, dans le différend qu'ils soutiennent exister entre eux et l'Afrique du Sud, ils ont toujours cherché à affirmer et à protéger leur « intérêt juridique au juste exercice du Mandat » en contestant la violation par l'Afrique du Sud de ses devoirs en qualité de Mandataire et en protestant contre cette violation. Les demandeurs ajoutent qu'au cours des négociations qu'ils affirment avoir eu lieu, ils ont fait preuve à tout moment « de l'intérêt juridique » qu'ils portent « au juste exercice du Mandat ». Et ils concluent en disant qu'ils ont précisément introduit l'instance afin de protéger l'intérêt juridique qu'ils prennent au juste exercice du Mandat.

C'est l'intérêt juridique ou le droit subjectif des demandeurs au juste exercice du Mandat qui constitue donc la *causa petendi* de la demande. Par conséquent, c'est sur la demande caractérisée par une telle *causa petendi* que la Cour était appelée à se prononcer. L'arrêt de 1962 n'a rien dit de contraire.

7. L'analyse de la partie de l'arrêt de 1962 concernant la troisième exception préliminaire nous amène à conclure que la décision donnée par le rejet de cette exception préliminaire a consisté uniquement à affirmer que le différend soumis à la Cour, et considéré par l'arrêt comme existant, était un différend au sens de l'article 7 du Mandat. La décision ne concernait pas du tout la façon de configurer l'action découlant de cet article et exercée par les demandeurs. En particulier la décision ne donnait pas à cette action la configuration tout à fait inaccoutumée d'après laquelle elle pouvait être exercée sans que le demandeur dût invoquer l'existence d'un droit subjectif substantiel qui lui fût propre.

Il s'ensuit que, dans la phase de la procédure consacrée au fond, la Cour était entièrement libre en ce qui concerne le problème consistant à savoir si l'existence d'un droit subjectif substantiel des demandeurs était nécessaire pour que la demande pût être considérée comme bien fondée.

Ce problème n'aurait pu être tranché que par l'affirmative. En premier lieu, une telle solution aurait été conforme à la façon dont l'action à exercer devant le juge international est d'ordinaire configurée. En deuxième lieu, elle aurait été imposée pour les raisons qui ont été déjà indiquées, par les termes mêmes de l'article 7 du Mandat qui exige, pour que la Cour puisse être saisie, qu'un différend existe entre le demandeur et le Mandataire et que ce différend soit susceptible en soi d'être réglé par des négociations entre les parties. En troisième lieu, la Cour ne pourrait s'écarter du libellé des requêtes par lesquelles elle a été saisie d'une demande s'appuyant sur un prétendu droit subjectif des demandeurs au juste exercice du Mandat.

Il faut faire observer à propos de cette dernière remarque que la juridiction de la Cour dans la présente affaire se fonde sur l'article 7 du Mandat, article qui se réfère à tout différend « relatif à l'interpréta-

tion ou à l'application des dispositions du Mandat ». Or, par rapport à toute clause juridictionnelle inscrite dans un traité et se référant, comme celle de l'article 7 du Mandat, aux différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des dispositions dudit traité, il ne suffit pas, pour qu'un différend puisse être considéré comme envisagé par la clause, qu'une partie invoque d'une façon quelconque une disposition quelconque du traité; il est au contraire nécessaire que cette partie affirme un droit subjectif propre découlant des dispositions du traité (voir les considérations développées à cet égard dans mon opinion individuelle relative à l'affaire du *Cameroun septentrional*, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 145-146).

Il s'ensuit qu'au cas où, contrairement aux termes mêmes des requêtes, on aurait constaté que, dans la présente affaire, la demande avait été présentée indépendamment de toute référence à un droit subjectif des demandeurs, la Cour aurait dû non pas rejeter la demande au fond, mais plutôt déclarer son défaut de juridiction. Cela aurait été possible même au stade de la procédure consacré au fond, puisqu'il s'agit d'une question qui, bien que concernant la juridiction de la Cour, n'a pas été examinée dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires.

8. Etant donné que la demande ne pouvait être considérée comme bien fondée qu'à la condition de constater l'existence d'un droit subjectif substantiel des demandeurs, il était nécessaire de voir si les dispositions du Mandat concernant les habitants du territoire confèrent des droits subjectifs aux Membres de la Société des Nations considérés individuellement.

Il s'agit là d'un problème appartenant entièrement au fond, d'un problème qui ne pouvait donc être en aucune façon préjugé par l'arrêt de 1962. Par conséquent aucune des affirmations explicites ou implicites concernant la solution de ce problème que l'on voudrait par hypothèse voir dans ledit arrêt, n'aurait lié en rien la Cour dans le jugement qu'elle devait donner sur le fond de l'affaire.

Je suis d'avis que le problème dont il s'agit ne pouvait être tranché que par la négative, ce que, dans son arrêt sur le fond, la Cour a fait sur la base de motifs très détaillés, surabondants même et dans leur ensemble tout à fait convaincants.

En effet les dispositions du Mandat concernant l'administration du territoire et le traitement de ses habitants, visent des intérêts qui ne sont pas des intérêts individuels des différents Etats Membres de la Société des Nations, mais plutôt des intérêts collectifs, c'est-à-dire des intérêts communs à tous les Etats Membres.

Ces intérêts collectifs ne sont pas protégés par les dispositions dont il s'agit moyennant des droits subjectifs conférés aux différents Etats intéressés, de sorte que chacun de ces Etats puisse individuellement exiger le comportement prévu; cela entraînerait en fait la possibilité de prétentions opposées entre elles de la part de deux ou de plusieurs Etats invoquant tous la même disposition du Mandat. Une telle éventualité doit être écartée, du fait même que le droit subjectif est conféré non pas aux Etats Membres individuellement, mais soit à la Société

des Nations en tant que sujet unique distinct des Etats qui la composent, soit, si l'on nie la personnalité juridique de la Société des Nations, aux Etats Membres considérés toutefois en tant que groupe et non pas individuellement. Si l'on accepte cette dernière conception, il s'agit d'un droit subjectif dont l'exercice est organisé d'une certaine façon en ce sens qu'il ne peut être exercé par ses titulaires que collectivement, c'est-à-dire par la voie des organes sociaux.

Il s'ensuit que chaque Etat Membre considéré individuellement n'a aucun droit subjectif découlant des dispositions du Mandat qui concernent l'administration du territoire. Par conséquent, il ne peut, sur la base de ces dispositions, avancer contre le Mandataire des prétentions qui pourraient être éventuellement en opposition avec l'attitude observée par les organes de la Société des Nations.

9. Ayant constaté que la demande ne pouvait s'appuyer sur des droits subjectifs propres aux demandeurs, la Cour n'avait qu'à la rejeter. Ce rejet est fondé sur le défaut de qualité des demandeurs.

Par qualité on n'entend pas autre chose en ce cas que l'appartenance à un sujet plutôt qu'à un autre sujet du droit substantiel invoqué dans le procès. Il s'agit par conséquent d'une qualité substantielle et non pas procédurale. Le défaut d'une telle qualité doit justement amener à un rejet au fond et non pas à une déclaration d'irrecevabilité de la demande. En effet nier que les demandeurs sont titulaires de droits subjectifs correspondant aux obligations découlant éventuellement pour le Mandataire des dispositions du Mandat relatives à l'administration du territoire revient à dire que la demande est pour cette raison mal fondée.

Le défaut de qualité des demandeurs ne constitue que l'un des motifs sur lesquels le rejet de la demande pouvait être fondé. En rejetant la demande à raison du défaut de qualité, la Cour n'avait pas besoin de se prononcer sur d'autres motifs éventuels.

L'un des motifs pour lesquels le rejet de la demande pourrait être également prononcé consiste dans l'inexistence même d'obligations à la charge du Mandataire, et cela à raison éventuellement du fait que le Mandat serait devenu caduc. On pourrait même penser qu'un tel motif a un caractère plus radical que celui de l'inexistence de droits subjectifs pour les demandeurs; on pourrait penser en d'autres termes que la question de l'existence d'obligations à la charge du Mandataire est une question préalable par rapport à la question de voir si ces obligations, éventuellement reconnues comme existantes, sont dues aux demandeurs plutôt qu'à d'autres sujets. On pourrait penser en effet que c'est seulement vis-à-vis d'une obligation réellement existante qu'il est possible de poser la question de savoir quel sujet est titulaire des droits subjectifs correspondant à cette obligation.

Il faut toutefois faire remarquer qu'entre les différentes questions concernant le fond il n'y a pas un ordre rigoureux imposé par des raisons logiques; l'ordre à suivre dans un cas concret pour la solution des différentes questions de fond est suggéré plutôt par des raisons que l'on pourrait dire d'économie et qui conseillent l'emploi des moyens les

plus simples pour aboutir à la décision. La Cour pouvait donc en l'espèce commencer par l'examen de la question de la qualité par rapport aux droits subjectifs éventuels, et cela en supposant par hypothèse que certaines obligations découlent encore du Mandat à la charge de l'Afrique du Sud.

En observant cet ordre et en déclarant le défaut de qualité des demandeurs, la Cour a suivi un raisonnement en quelque sorte hypothétique. Toutefois la décision à laquelle la Cour a abouti par cette voie et qui a consisté à rejeter la demande au fond est une décision absolue et non pas hypothétique. La demande a été considérée par la Cour comme mal fondée, et cela même pour le cas où des obligations pourraient être reconnues comme existant à la charge de l'Afrique du Sud sur la base du Mandat, parce qu'en ce cas ce n'est pas aux demandeurs qu'appartiendraient les droits subjectifs correspondant à ces obligations éventuelles.

(Signé) Gaetano MORELLI.