

## OPINION DISSIDENTE DE M. TANAKA

[Traduction]

## I

Le 4 novembre 1960, le Gouvernement du Libéria et le Gouvernement de l'Éthiopie (ci-après dénommés les *demandeurs*) ont déposé devant la Cour une requête introductive d'instance contre l'Union sud-africaine, aujourd'hui la République sud-africaine (ci-après dénommée le *défendeur*). Le défendeur a soulevé quatre exceptions préliminaires relatives à la juridiction de la Cour. Ces exceptions ayant été rejetées par un arrêt en date du 21 décembre 1962 et la procédure écrite et orale sur le fond étant achevée, la Cour doit désormais se prononcer sur les conclusions que les demandeurs lui ont présentées dans leurs mémoires et qu'ils ont modifiées au cours de la procédure orale, le 19 mai 1965.

L'une des exceptions préliminaires rejetées par l'arrêt de 1962, la troisième, concernait la nature du différend porté devant la Cour par les demandeurs, c'est-à-dire la question de l'existence de leur droit ou intérêt juridique. La Cour, au stade actuel de la procédure, a repris et réexaminé cette question, mais du point de vue du fond.

Il y a lieu ici de s'arrêter sur la définition que la Cour donne de la question de l'intérêt juridique des demandeurs, lorsqu'elle déclare: « il se pose une question relevant du fond mais ayant un caractère prioritaire: elle concerne la qualité des demandeurs en la phase actuelle de la procédure ... la question ... de leur droit ou intérêt juridique au regard de l'objet de la demande telle qu'elle a été énoncée dans leurs conclusions finales ».

En somme, on déclare rejeter les demandes pour le motif que les demandeurs n'ont aucun droit ou intérêt juridique au regard de l'objet de leurs demandes et l'on infirme en grande partie la décision prise dans l'arrêt de 1962 sur la troisième exception préliminaire.

Nous ne contestons pas à la Cour le pouvoir de réexaminer de son propre chef, à n'importe quel stade de la procédure, des questions de compétence et autres questions préliminaires mais nous estimons que les raisons manquent pour infirmer sur ce point l'arrêt de 1962 et que la Cour devrait trancher les questions touchant irréductiblement au fond que soulèvent les conclusions finales des demandeurs.

Nous nous trouvons à nouveau devant la question de savoir si les demandeurs possèdent un droit ou intérêt juridique à ce que le défendeur, en sa qualité de Mandataire, s'acquitte comme il convient des obligations qui lui incombent en vertu des « dispositions relatives à la gestion » figurant dans l'accord de Mandat.

Il est répondu négativement à cette question, soit à raison de la nature de l'intérêt, soit à raison de la qualité des demandeurs.

La thèse soutenue est que le différend soumis à la Cour par les demandeurs ne porte nullement atteinte aux intérêts concrets des Etats demandeurs ni de leurs ressortissants et n'est pas prévu par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

Le Mandat, comme nous le verrons plus en détail ci-après, se présente du point de vue économique et sociologique, comme un faisceau d'intérêts de plusieurs catégories.

L'élément personnel dans la structure du système des Mandats est extrêmement complexe et *sui generis*; outre le Mandataire, la Société des Nations et les habitants des territoires, certaines personnes sont d'une manière ou d'une autre liées au Mandat, notamment celles qui collaborent à la mise en œuvre ou à la bonne marche du système, comme les Principales Puissances alliées et associées et les Etats Membres de la Société des Nations.

Les intérêts concernant ces diverses catégories de personnes sont multiples. Ici, seul l'intérêt des Etats Membres de la Société des Nations est en cause, puisqu'il s'agit désormais de savoir si les demandeurs ont un intérêt juridique en leur qualité d'anciens Membres de la Société.

Les intérêts que les Etats Membres de la Société des Nations peuvent avoir au regard du système des Mandats sont généralement classés en deux catégories. Il s'agit, d'une part, de ce qu'on appelle l'intérêt national, qui recouvre à la fois l'intérêt des Etats Membres en tant qu'Etats et l'intérêt de leurs ressortissants (article 5 du Mandat). Il y a, d'autre part, l'intérêt commun ou général des Etats Membres à ce que le Mandataire s'acquitte comme il convient des obligations découlant du Mandat.

La question de savoir si la clause juridictionnelle énoncée au deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat est applicable aux deux catégories d'intérêts ou seulement à la première — l'intérêt national — est précisément la question à laquelle il faut répondre en la présente instance.

Nous devons ici reconnaître que les deux catégories susmentionnées d'intérêts diffèrent l'une de l'autre. L'intérêt de la première catégorie, tout en étant lié au Mandat, est par nature individuel et chaque Etat Membre de la Société des Nations peut posséder un intérêt de cet ordre, concernant le territoire sous Mandat, de façon, pour ainsi dire, incidente, c'est-à-dire pour une raison sans rapport avec le Mandat lui-même. L'intérêt de la seconde catégorie est social et procède des fonctions exercées par la Société des Nations relativement au Mandat. Les Etats Membres de la Société des Nations, représentant un élément personnel au sein de la Société et de ses organes, ont un intérêt à la réalisation des objectifs du système des Mandats et à la bonne administration des territoires placés sous Mandat. L'intérêt que les Etats Membres possèdent relativement au Mandat est, quant à sa teneur, le même pour tous ces Etats; il est donc général, uniforme pour chacun d'eux, différant en cela de l'intérêt de la première catégorie, lequel ressortit au domaine de l'individuel. Toutefois, ce n'en est pas moins, par nature, un intérêt. Il n'y a aucune raison pour qu'un intérêt non concret, non tangible,

surtout s'il se rattache à un grand principe humanitaire comme celui d'une « mission sacrée de civilisation », ne puisse pas être qualifié d'*intérêt*.

En résumé, l'intérêt que les Etats Membres de la Société des Nations possèdent en qualité de Membres de l'organisation est social tout en correspondant à un idéal. Mais cela ne l'empêche pas d'être un véritable *intérêt*.

L'intérêt que les Etats Membres de la Société des Nations possèdent relativement à la bonne administration du territoire sous Mandat par le Mandataire est un intérêt individuel, mais il revêt un caractère social. Chaque Membre possède cet intérêt en qualité de membre de l'organisation, c'est-à-dire en tant qu'organe de la Société des Nations devant remplir une fonction de l'organisation.

La question se pose de savoir si ce type d'intérêt peut être qualifié d'*intérêt juridique* et s'il est reconnu comme tel en droit.

L'évolution historique du droit montre comment l'ordre juridique s'enrichit constamment du point de vue culturel du fait qu'il tient de plus en plus compte de valeurs ou d'intérêts qui auparavant lui restaient étrangers. En particulier, nous devons retenir que les droits peuvent désormais s'étendre à des domaines culturels, donc non tangibles, et que la justice sociale et les principes humanitaires prennent une forme juridique indispensable à la réalisation progressive de la paix dans le monde.

Le droit international reconnaît depuis longtemps que les Etats peuvent avoir un intérêt juridique dans des questions qui ne touchent pas à leurs intérêts financiers, économiques ou autres intérêts *concrets* ou, pourrait-on dire, *physiques* ou *tangibles*, comme M. Jessup l'a amplement montré dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt de 1962 sur les affaires du *Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1962, p. 425-428). Les efforts déployés sur le plan international pour éliminer la traite des esclaves, les traités de minorités, la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Constitution de l'Organisation internationale du Travail sont parmi les exemples marquants que cite M. Jessup pour montrer que l'on reconnaît l'intérêt juridique des Etats dans les grandes causes humanitaires.

Nous estimons que des intérêts généraux d'ordre humanitaire se concrétisent dans ces traités et ces organisations. Une fois qu'ils revêtent une forme institutionnelle, ces intérêts prennent un caractère *juridique* et doivent être protégés au moyen de procédures bien définies.

Le système des Mandats, créé dans le cadre de la Société des Nations, n'est qu'une expression historique du courant de pensée qui a favorisé l'élaboration des traités susmentionnés et la mise en place des organisations précitées. Parce que le système des Mandats dans son ensemble traduit notamment des intérêts humanitaires, on peut dire qu'il représente un *intérêt juridique*.

Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à résoudre le point de savoir si le Mandat représente ou non un intérêt juridique. Nous examinons,

non pas l'intérêt juridique en soi, mais le lien qui l'unit aux personnes qui le possèdent, autrement dit la question de savoir si l'existence d'un intérêt juridique donne aux demandeurs, en tant qu'Etats Membres de la Société des Nations, le droit de saisir la Cour internationale de Justice.

Tout membre d'une société humaine — sur le plan national comme sur le plan international — a intérêt à la réalisation de la justice sociale et de certains principes humanitaires. L'Etat membre d'une organisation internationale qui concrétise ces principes a nécessairement un intérêt. Dans la mesure où l'intérêt touche aux droits et aux obligations d'un Etat, on peut le qualifier d'intérêt juridique. L'Etat peut devenir le sujet ou le titulaire d'un intérêt juridique relatif à la justice sociale et à des questions humanitaires, mais cet intérêt l'oblige aussi à se préoccuper beaucoup de l'attitude adoptée par d'autres Etats, notamment les Etats qui sont parties au même traité que lui ou membres de la même organisation. Bref, nous dirons que tout Etat peut avoir un intérêt juridique à ce que les autres Etats s'acquittent des obligations qui leur incombent.

Les mécanismes mis en place pour l'application des traités et la marche des organisations susmentionnés prévoient des procédures garantissant l'exécution de ces obligations, bien que ces procédures ne soient pas uniformes et tiennent compte des différences dans l'objectif et la structure de chaque traité et de chaque organisation.

La question est de savoir si, en vertu du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat, les demandeurs possèdent le droit de saisir la Cour lorsque le défendeur viole certaines dispositions du Mandat relatives à la gestion; il s'agit donc de savoir si les demandeurs ont un intérêt juridique à invoquer la juridiction de la Cour en ce qui concerne les obligations que les dispositions relatives à la gestion imposent au défendeur.

Pour contester aux demandeurs tout intérêt juridique à l'exécution par le défendeur des dispositions relatives à la gestion, on fait valoir notamment que l'inobservation de ces dispositions n'inflige aux demandeurs aucun préjudice. Il se peut en effet que les demandeurs ne soient atteints ni dans leurs intérêts nationaux propres ni dans les intérêts de leurs ressortissants. Mais le préjudice n'est pas nécessairement concret et physique, il peut être psychologique et non tangible, et les demandeurs peuvent subir des préjudices de cet ordre si le défendeur ne respecte pas les dispositions relatives à la gestion.

On ne saurait dire que les objectifs suprêmes du système des Mandats, à savoir l'accroissement du bien-être et du progrès social des habitants du territoire, dont il est question au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et qui ont un caractère extrêmement abstrait, ne correspondent pas à un intérêt de nature juridique dont bénéficient tous les Etats Membres de la Société des Nations.

Comme nous l'avons vu plus haut, il existe, dans le cadre du système des Mandats, deux catégories de liens juridiques pour les Etats Membres de la Société des Nations: un lien de caractère individuel et un lien de caractère social.

Or, c'est l'existence d'un lien de caractère social par rapport au Mandat qui est ici en cause.

L'un des motifs pour lesquels on conteste à un Etat Membre de la Société des Nations le droit de saisir la Cour internationale de Justice en vertu du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat paraît être que ce droit, collectif par nature, ne peut pas être exercé par un Etat Membre de la Société des Nations. Seule la Société elle-même pourrait avoir ce droit et l'exercer, indépendamment du fait que seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour. Si un Etat Membre devait exercer un droit n'appartenant qu'à la Société dans son ensemble, ce serait purement et simplement un excès de pouvoir.

Nous devons ici examiner le point de savoir s'il est juridiquement possible qu'un membre d'une organisation soit fondé à agir pour le compte de l'ensemble.

Dans le droit des sociétés de tels phénomènes sont très fréquents. Certains pays connaissent l'institution du procès par représentation qu'un actionnaire peut intenter à l'encontre de la direction de la société. Non seulement un actionnaire possède des droits propres relativement aux dividendes, le droit de participer aux travaux de l'assemblée générale de la société et le droit de vote, mais il peut aussi agir indépendamment de la direction et de l'assemblée et engager une action au nom de la société. En pareil cas, chez l'actionnaire, l'élément social et l'élément individuel sont étroitement mêlés. Par suite, on ne saurait considérer comme contraire au droit que les Etats Membres de la Société des Nations soient habilités, en application du deuxième alinéa de l'article 7, à intenter devant la Cour internationale une action contre le Mandataire motif pris de ce qu'il ne s'acquitte pas des obligations que lui impose le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat. En la présente instance, les demandeurs se présentent officiellement devant la Cour à titre individuel, en qualité d'Etats Membres de la Société des Nations, mais en réalité ils agissent à titre de représentants. Que non seulement le Conseil, mais les Etats Membres aient également intérêt à la bonne administration du territoire sous Mandat est tout à fait normal et significatif. A cet égard, les Etats Membres écartent le voile social de l'organisation et agissent indépendamment d'elle.

La Cour conteste le droit d'agir aux demandeurs en se fondant, semble-t-il, sur deux motifs principaux. Elle fait état, en premier lieu, de la nature et de la structure juridiques de la Société des Nations, institution dans le cadre de laquelle le système des Mandats a été créé et maintenu. « L'action de la Société ... s'exerce par une Assemblée et un Conseil » et « ni le Pacte ni les actes de Mandat ne faisaient jouer aux Membres de la Société des Nations à titre individuel un rôle quelconque... »

Il est indéniable que la Société des Nations et le système des Mandats ont une structure telle que les Etats Membres, à titre individuel, sont fondamentalement exclus de leur fonctionnement et que le simple fait d'appartenir à l'organisation ne crée pas de droits en soi. Il reste cependant à savoir si la structure sociale de la Société des Nations s'op-

pose à ce que l'instrument de Mandat confère aux Etats Membres, à titre individuel, le droit de porter devant la Cour internationale de Justice des différends concernant les dispositions relatives à la gestion. La réponse à cette question dépend de l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

L'autre motif retenu par la Cour est que les demandeurs ne possèdent pas de droit conféré, soit directement, soit implicitement mais de manière claire et inéluctable, dans une disposition de fond et non une simple disposition de procédure du Mandat, alors qu'ils possèdent un tel droit en vertu de l'article 5 du Mandat qui concerne ce que l'on appelle les *droits nationaux* des Etats Membres. Mais, dans ce dernier cas, il est extrêmement douteux qu'un droit touchant au fond soit attribué aux Etats Membres.

Il semble en effet que cette disposition accorde simplement aux Etats Membres et à leurs ressortissants un intérêt, à titre de bénéficiaires, quant à la bonne administration du Mandat. Cela ressort clairement du début de cet article, qui vise à garantir la liberté de conscience et le libre exercice de tous les cultes — questions qui concernent les habitants en général, et non pas seulement les Etats Membres.

Bien que l'article 5 du Mandat vise en partie l'intérêt national des Etats Membres de la Société des Nations, il n'est pas par nature fondamentalement différent de toutes les autres dispositions du Mandat. Il est de la même nature que les dispositions relatives à la gestion. Il ne confère aux Etats Membres aucun droit touchant au fond. Les Etats Membres tirent en un certain sens quelque profit, comme par ricochet, de l'instrument de Mandat mais ils n'en tirent aucun droit, comme ils le pourraient par l'effet d'un acte juridique distinct qui n'existe pas.

Il y a lieu de noter par parenthèse que l'article 5 du Mandat fait mention de « tous les missionnaires, sujets ou citoyens de tout Membre de la Société des Nations ». Mais cela ne veut pas dire que tout Etat Membre, quel qu'il soit, ait des droits concernant ses missionnaires et ressortissants, car le texte vise simplement à préciser l'identité de ces missionnaires et ressortissants. Quant à savoir si les Etats Membres ont le droit de protection diplomatique, c'est une autre question.

Il n'y a donc pas de distinction fondamentale entre les dispositions relatives à la gestion et les dispositions relatives aux droits nationaux. Il faut considérer ces dernières dispositions comme faisant partie intégrante des obligations du Mandataire, lesquelles procèdent directement des objectifs du système des Mandats, c'est-à-dire de la nécessité d'accroître le bien-être matériel et moral et le progrès social des habitants. Que certaines obligations concernent ou non l'intérêt d'Etats Membres de la Société des Nations ne change rien à la nature de l'article 5 du Mandat.

Par suite, distinguer dans le Mandat deux catégories de dispositions, celles qui ont trait à la gestion et celles qui ont trait aux droits nationaux, ne revêt qu'une importance secondaire.

A propos de l'argument d'après lequel le droit des demandeurs doit

nécessairement procéder, non pas de la clause juridictionnelle, c'est-à-dire d'une disposition de procédure, mais de dispositions touchant au fond, il y a lieu de souligner qu'à notre avis les éléments de fond et les éléments de procédure sont inextricablement liés les uns aux autres dans le Mandat et que le deuxième alinéa de l'article 7 peut conférer des droits de fond aux Etats Membres de la Société des Nations à titre individuel. C'est la conclusion qui s'impose si l'on reconnaît, comme nous venons de l'exposer, que l'article 5 du Mandat ne confère aux Etats Membres aucun droit touchant au fond. Les Etats Membres ne peuvent tenir leur droit que du deuxième alinéa de l'article 7, en liaison avec d'autres dispositions du Mandat.

Sur ce point, nous ne pouvons pas ne pas tenir compte des opinions dissidentes de MM. de Bustamante et Oda jointes à l'arrêt de la Cour permanente dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*. L'un et l'autre soulignent ce qui est pour eux essentiel dans la clause compromissoire. M. de Bustamante s'exprime ainsi :

« Comme celle-ci [la Société des Nations] ne pouvait pas comparaître en qualité de partie dans un litige relatif à l'application ou à l'interprétation du Mandat, étant donné les termes restrictifs de l'article 34 du Statut de la Cour, ce sont les Membres de la Société qui ont été autorisés, en leur condition de Membres, à porter devant la Cour les questions relatives à l'interprétation ou à l'application du Mandat. » (*C.P.I.J. série A n° 2*, p. 81.)

« Chaque fois que le Grande-Bretagne, comme Mandataire, agit dans la Palestine en vertu du Mandat d'une façon générale et au point de vue de l'intérêt public, les Membres de la Société mandante ont le droit, toutes les autres conditions remplies, de demander l'intervention de la Cour permanente. Au contraire, quand la Grande-Bretagne agit au point de vue des intérêts particuliers et en face des individus ou des associations privées comme autorité publique en Palestine, nous ne sommes pas en présence de relations juridiques entre le Mandataire et les Membres de la Société mandante, mais en présence de relations juridiques entre des tiers qui n'ont rien à faire avec le Mandat même, au point de vue du droit public. » (*Ibid.*, p. 81-82.)

M. Oda déclare plus clairement encore sur la même question :

« Etant donné que le Mandat institue des rapports juridiques spéciaux, il est naturel que la Société des Nations, qui est le Mandant, ait des droits de surveillance envers le Mandataire. Suivant le Mandat, outre le droit de surveillance directe du Conseil de la Société des Nations (articles 24 et 25), un droit de surveillance indirecte est donné à la Cour, à la condition qu'il puisse être exercé seulement à la demande d'un Membre de la Société des Nations (article 26). Il faut donc considérer que la requête de celui-ci doit être présentée exclusivement en vue de sauvegarder un intérêt général et que la simple subrogation de l'Etat à un individu

pour faire valoir un intérêt privé est inadmissible. » (*Ibid.*, p. 86.)

Bien que les vues de ces deux juges dissidents soient restées minoritaires sur ce point et aient récemment fait l'objet de critiques de la part de M. Winiarski (opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 450-451), nous croyons devoir attacher de l'importance au fait que, si peu de temps après la mise en œuvre du système des Mandats, ces opinions, minoritaires sans doute, aient néanmoins été formulées.

Sir Percy Spender et sir Gerald Fitzmaurice, dans leur opinion dissidente commune jointe à l'arrêt de 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 552-553), présentent un autre argument de poids à l'encontre de la recevabilité de la demande en se référant au caractère de l'intérêt en cause, lequel, soutiennent-ils, ne permet pas que l'on aboutisse à un règlement. La thèse présentée porte sur la question de la compétence en matière de règlement.

Le différend, au sens du deuxième alinéa de l'article 7, doit nécessairement être tel qu'il ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations.

Or, en l'espèce, le différend et l'intérêt qu'il implique revêtent un caractère humanitaire qui semble peu compatible avec un règlement négocié. Cela est nettement favorable à l'idée que la demande est irrecevable, car tout procès amène en un certain sens à statuer sur un intérêt et, en la présente instance, le différend porte avant tout sur des droits de l'homme fondamentaux que l'on dit *inaliénables*.

Les auteurs de l'opinion dissidente commune (*ibid.*, p. 551), nient qu'il soit possible aux Etats demandeurs et à l'Etat défendeur de régler le différend en négociant entre eux. Cela tient en partie, semble-t-il, à la nature du différend, qui ne concerne pas leurs intérêts nationaux ni ceux de leurs ressortissants mais touche aux dispositions relatives à la gestion du Mandat, c'est-à-dire à la « mission sacrée de civilisation »; cela tient aussi en partie à l'impossibilité de procéder à un règlement quelconque qui ne serait négocié que par des Etats à titre individuel, tels que les demandeurs et le Mandataire.

Toutefois l'impossibilité fondamentale de régler par voie de négociation des questions relevant par exemple de la mission sacrée de civilisation n'empêche pas que l'on puisse arriver à un compromis concernant telle ou telle politique ou telles ou telles mesures en vue de mettre en œuvre les principes fondamentaux du Mandat. La mise en œuvre, qui est par nature une question de degré, se prête au compromis. Il ne nous est donc pas permis de conclure qu'un différend relatif à la mission sacrée de civilisation ne saurait, par nature, être réglé par voie de négociation.

La question de la compétence requise pour procéder à un règlement par voie de négociation doit être tranchée du point de vue suivant: les demandeurs, en qualité de Membres de la Société des Nations, à la fois à titre individuel et en tant qu'organes de la Société, ont un intérêt juridique à l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation et sont donc habilités à régler le différend par voie de négociation.

Si chaque Membre de la Société des Nations possède à titre individuel le droit d'intenter une action contre le Mandataire motif pris de ce que celui-ci ne respecte pas les dispositions relatives à la gestion du Mandat, on peut raisonnablement craindre que le Mandataire se voie l'objet de poursuites incessantes, que le chaos règne sur le plan de la procédure et que la situation juridique du Mandataire soit extrêmement précaire.

Quand les circonstances sont telles qu'une décision ne peut avoir force obligatoire et être valable *erga omnes*, on est contraint de s'en remettre exclusivement à la possibilité d'interventions (articles 62 et 63 du Statut de la Cour), à la sagesse de la Cour et au bon sens des intéressés, jusqu'au moment où l'on procédera aux adaptations et arrangements législatifs indispensables pour assurer l'uniformité des décisions. Toutefois ces anomalies éventuelles, imputables à un défaut du mécanisme, ne justifient pas que l'on nie tout droit d'action devant la Cour internationale en cas d'inexécution par le Mandataire des dispositions relatives à la gestion du Mandat.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, les intérêts que le système des Mandats met en jeu sont multiples. Les demandeurs, en leur qualité d'Etats Membres de la Société des Nations, ont un intérêt juridique à ce que le défendeur s'acquitte des obligations que lui imposent les dispositions relatives à la gestion du Mandat. Les demandeurs peuvent d'autre part avoir à titre individuel des intérêts qui sont de deux ordres: leurs intérêts propres en tant qu'Etats et les intérêts de leurs ressortissants. Bien que l'administration du Mandat puisse mettre en jeu les intérêts de la seconde catégorie, ceux-ci ne sont qu'accessoirés par rapport au système des Mandats. Les intérêts d'ordre général revêtent beaucoup plus d'importance car ils sont inhérents au Mandat lui-même et doivent nécessairement être pris en considération aux fins de l'interprétation de la clause compromissoire du Mandat.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, on soutient que la fonction de surveillance à exercer sur le Mandat revient au Conseil de la Société des Nations et à cet organe seul, non pas aux Etats Membres de la Société à titre individuel; par suite, ceux-ci n'auraient nullement le droit d'invoquer la juridiction de la Cour pour des questions concernant l'administration générale du Mandat et la Cour ne serait pas non plus habilitée à se prononcer sur pareilles questions.

Toutefois, nous ne saurions considérer comme contradictoire d'avoir à la fois le Conseil en tant qu'organe de surveillance du Mandat et la Cour en tant qu'organe de protection judiciaire du Mandat. Le Conseil ayant la responsabilité de la politique et de l'administration du Mandataire et la Cour ayant la responsabilité du Mandat sous ses aspects juridiques, ils ne peuvent se substituer l'un à l'autre et leurs activités ne se recoupent et ne se contredisent pas nécessairement. Ces deux organes existent sur des plans différents. On ne saurait dire du second qu'il constitue une juridiction d'appel par rapport au premier.

Du moment que l'on a adopté dans un accord de Mandat une clause compromissoire dont la portée et l'application demeurent mal déterminées parce que le texte même en est vague, il est parfaitement naturel

de vouloir trouver le juste critère d'interprétation *dans* le principe même du Mandat, qui est que le bien-être et le développement de peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes forment une mission sacrée de civilisation. Ce principe constitue un critère d'interprétation des dispositions du Mandat, y compris des dispositions du deuxième alinéa de l'article 7. Voilà la conclusion à laquelle permet d'aboutir une interprétation téléologique du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat. Ce deuxième alinéa de l'article 7 ne précise pas de quel différend il doit s'agir; il est fait mention de « tout différend, quel qu'il soit ». Le différend peut porter sur l'interprétation ou l'application des « dispositions » du Mandat. Rien ne permet de conclure qu'il doive porter exclusivement sur les intérêts propres des Etats Membres de la Société des Nations et que les « dispositions » visées concernent exclusivement celles qui tendent à protéger lesdits intérêts.

La conclusion ci-dessus est précisément conforme à une interprétation littérale du deuxième alinéa de l'article 7, c'est-à-dire au « sens naturel et ordinaire » des termes du texte.

En somme, le deuxième alinéa de l'article 7, constituant le moyen de protection judiciaire du Mandat, ne peut recevoir une interprétation qui ne tienne aucun compte des obligations absolument fondamentales imposées au Mandataire s'agissant de l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation et qui exclue les dispositions relatives à la gestion des « dispositions » auxquelles ce deuxième alinéa de l'article 7 doit précisément s'appliquer. Il ne faut pas perdre de vue l'essentiel au profit du contingent.

Pour les raisons ci-dessus, nous estimons que les demandeurs sont fondés à intenter un recours devant la Cour internationale de Justice, car à notre avis le présent différend, mettant en jeu un intérêt juridique des demandeurs, s'inscrit bien dans le cadre et dans les limites d'application du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat. Par suite, nous sommes dans l'impossibilité de souscrire à l'opinion de la Cour lorsqu'elle déclare que les demandes doivent être rejetées, faute d'un droit ou intérêt juridique.

## II

Avant d'étudier les présentes affaires au fond, nous devons répondre à une question préliminaire concernant la force de chose jugée qu'il faut ou non reconnaître aux décisions antérieurement rendues par la Cour sur des points identiques.

La première question à trancher au stade du fond est celle de savoir si le Mandat est ou non resté en vigueur après dissolution de la Société des Nations. Cette question se situe indubitablement au cœur même des présentes affaires en ce sens que l'ensemble des obligations et des droits du défendeur en qualité de Mandataire dépend de la réponse qu'on lui donne.

La Cour a étudié cette question à deux reprises. Dans son avis consultatif du 11 juillet 1950, elle a estimé que la dissolution de la Société des Nations n'avait pas d'effet destructeur et reconnu que le défendeur

demeurait soumis aux obligations lui incombant au titre du Mandat. Puis en la présente instance, au stade des exceptions préliminaires, le défendeur a, dans sa première exception, dénié au Mandat le caractère d'« un traité ou [d']une convention en vigueur » au sens de l'article 37 du Statut, sa thèse étant que la dissolution de la Société des Nations avait automatiquement entraîné la caducité du Mandat. La Cour a rejeté cette exception par son arrêt de 1962.

Pour la troisième fois, au stade de l'examen au fond des présentes affaires, on s'interroge sur l'effet que la dissolution de la Société des Nations peut avoir eu sur la survivance du Mandat.

Avant d'examiner si le Mandat a survécu ou non, nous devons résoudre une question relative à l'effet de l'avis consultatif émis par la Cour en 1950 et de l'arrêt qu'elle a rendu en 1962. Si la conclusion de la Cour en 1950 ou sa décision de 1962 ont autorité de chose jugée, une nouvelle étude du problème de la caducité du Mandat devient intégralement ou partiellement inadmissible, ou du moins superflue.

Tout d'abord, l'avis consultatif de 1950 ne peut pas avoir force obligatoire pour les intéressés, autrement dit un avis consultatif n'a pas autorité de chose jugée aux fins d'un litige ultérieur, même si la question à trancher est exactement la même. Il y a là une différence entre la procédure consultative et la procédure contentieuse. La structure de la procédure n'est pas la même dans les deux cas et la notion de partie telle qu'elle apparaît au contentieux n'existe pas dans la procédure consultative. Indépendamment de ce caractère juridique propre, l'avis consultatif n'en définit pas moins avec autorité ce qu'est le droit et sa teneur influe sur toute décision que la Cour prendra sur le même problème juridique, qu'il s'agisse ou non d'une phase ultérieure de la même instance.

Dans une opinion individuelle, sir Hersch Lauterpacht a déclaré :

« L'Assemblée générale a accepté et approuvé l'avis du 11 juillet 1950. Quelle que puisse être sa force obligatoire comme élément du droit international — question sur laquelle la Cour n'a pas à se prononcer —, il est la loi reconnue par les Nations Unies. Il continue d'en être ainsi, bien que le Gouvernement sud-africain ait refusé de l'accepter comme obligatoire pour lui-même, et bien que ce gouvernement ait agi sans tenir compte des obligations internationales telles que les a définies la Cour dans cet avis. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 46-47.)

Sir Hersch Lauterpacht ne semble pas attribuer force de chose jugée à l'avis de 1950 mais reconnaît qu'il fait néanmoins autorité pour l'interprétation d'une question de même nature.

Il est indubitable que

« la Cour internationale n'adhère pas à la doctrine du *stare decisis*; néanmoins, elle ne s'écartera pas volontiers d'une décision précédente, surtout si la procédure ultérieure implique des questions de fait et de droit identiques à tous égards à celles de la précédente procédure » (mémoires, p. 97).

L'avis consultatif fait donc autorité *de facto*, de telle sorte que la Cour peut s'en inspirer pour trancher ultérieurement des affaires identiques ou visant des problèmes du même ordre.

Selon M. Winiarski :

« Les avis ne visent formellement ni les Etats ni l'organe qui les a demandés, ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée; mais la Cour doit à sa haute mission de leur attribuer une grande valeur juridique et une autorité morale. » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 91.*)

Voyons ensuite ce qu'il en est de la décision de 1962.

On peut penser que, la Cour s'étant dans son arrêt de 1962 prononcée en faveur de la survivance du Mandat, cette conclusion a force de chose jugée (article 59 du Statut) mais que la force de chose jugée que l'on peut attribuer à l'arrêt se limite nécessairement à son dispositif et ne s'étend pas à ses motifs.

L'autorité de chose jugée qui s'attache à un arrêt rendu sur des questions de compétence doit se limiter à la décision concernant effectivement la compétence de la Cour. Au cas où cette décision est positive, son seul effet est que la Cour doit poursuivre l'examen de l'affaire au fond. Au stade préliminaire, la décision n'a pas d'autre valeur que celle-là.

La question du maintien en vigueur du Mandat a été étudiée dans la présente instance au stade des exceptions préliminaires, mais elle l'a été du point de vue du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat et de l'article 37 du Statut, c'est-à-dire essentiellement sous l'angle de la compétence de la Cour, et l'on pouvait s'attendre au stade du fond à un approfondissement des recherches et de l'argumentation. Par conséquent les motifs sur lesquels la Cour s'est fondée dans son arrêt de 1962 n'interdisent pas, et ne rendent pas vaine, une discussion nouvelle sur la question de la survivance ou de la caducité du Mandat à la suite de la dissolution de la Société des Nations. Sans doute peut-on considérer que l'on aurait dû joindre au fond la première exception préliminaire qui se rapportait à cette question.

Notre conclusion se justifie par la distinction qui existe, du point de vue des objectifs visés, entre la procédure relative aux exceptions préliminaires et la procédure relative au fond. La décision prise à l'occasion d'une exception préliminaire et établissant la compétence de la Cour ne doit pas préjuger la décision au fond et n'a donc pas nécessairement force obligatoire pour les parties; par suite, en l'espèce, il est loisible au défendeur de nier et de persister à nier que le Mandat ait survécu à la dissolution de la Société des Nations, bien que la Cour ait traité de la question au stade juridictionnel et que les mêmes arguments risquent d'être répétés.

Il y a lieu de noter par parenthèse que les demandeurs ont reconnu que l'avis consultatif de 1950 ne liait pas le défendeur au sens strict de la *res judicata* et que l'arrêt rendu par la Cour en 1962 portait sur la question

de compétence et ne réglait pas le différend quant au fond (réplique, p. 303).

Avant d'examiner l'un après l'autre les divers éléments des conclusions des demandeurs, un problème d'ordre préliminaire reste encore à résoudre, celui de savoir quelle liberté d'expression est laissée au juge qui formule une opinion dissidente. En l'occurrence, on peut se demander si un juge est habilité à traiter dans son opinion dissidente de questions qui ne sont pas abordées dans l'opinion de la majorité, notamment de questions concernant la violation par le défendeur de ses obligations aux termes du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte, la politique d'*apartheid*, la responsabilité du défendeur à l'égard des Nations Unies, etc.

La question relève de l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 57 du Statut. Elle doit être étudiée d'abord d'un point de vue général.

Dans les pays où les juges peuvent formuler des opinions séparées (individuelles ou dissidentes), un juge ne fait pas simplement partie d'une majorité anonyme, même lorsque le système veut que l'opinion majoritaire soit formulée de manière impersonnelle; il peut indiquer ses vues personnelles en joignant à l'arrêt une opinion individuelle. L'opinion de la majorité ne représente que le dénominateur commun des juges de la majorité, mais ceux-ci ne sont pas nécessairement d'accord entre eux sur les motifs énoncés.

De ce qui précède, nous pouvons conclure que l'opinion de la majorité présuppose l'existence d'opinions individuelles variées qui ont au moins pour élément commun le dispositif de la décision finale et que logiquement les libres opinions individuelles des juges vont dans le sens de l'opinion de la majorité, même si elles n'ont été élaborées que progressivement au cours du délibéré. Par suite, il est inconcevable selon nous que l'opinion de la majorité impose des limites aux opinions individuelles des juges. Ces dernières sont parfaitement indépendantes de la première. A plus forte raison en est-il ainsi dans le cas d'une opinion dissidente, laquelle, se situant sur un plan très différent de l'opinion majoritaire, doit bénéficier d'une liberté plus grande.

Envisageons maintenant la question dans le cadre de la présente instance. La phase des exceptions préliminaires étant achevée, nous en sommes à la phase de l'examen au fond. La Cour vient de se prononcer sur le fond mais relativement à une question préliminaire concernant l'intérêt juridique, sans trancher le reste des questions de fond. En effet le motif pour lequel la Cour a rejeté les demandes est que les demandeurs n'ont aucun droit ou intérêt juridique.

Entre le point de vue de la majorité et les opinions dissidentes, le désaccord ne porte pas seulement sur la question du droit ou intérêt juridique des demandeurs, mais sur l'attitude d'ensemble adoptée par la Cour à l'égard de tous les problèmes intéressant le fond. Les juges dissidents peuvent partir de l'hypothèse que leurs vues sur l'existence du droit ou intérêt juridique des demandeurs sont fondées.

Cette situation diffère donc de celle où se trouve un juge dissident lorsque la Cour rejette une requête en se déclarant incompétente. Dans ce cas-là, en effet, le juge dissident ne peut pas traiter de questions de fond en prenant pour hypothèse qu'il a raison, parce que la procédure est limitée à l'examen de l'exception préliminaire et la procédure au fond a été suspendue. En revanche, la phase pendant laquelle est traitée la question du droit ou intérêt juridique des demandeurs n'est pas une phase indépendante comme celle qui est consacrée aux exceptions préliminaires; elle fait partie intégrante de la procédure au fond. C'est pourquoi cette question n'a été dissociée des autres questions de fond ni dans les écritures ni dans les plaidoiries.

En somme, pour les motifs exposés ci-dessus, l'opinion de la majorité ne saurait limiter la portée des opinions individuelles et des opinions dissidentes; les juges sont donc fondés à évoquer toute question de fond, sans avoir à prendre aucunement en considération la teneur de l'opinion majoritaire.

\* \* \*

La controverse entre les demandeurs et le défendeur sur la question du maintien en vigueur du Mandat a constitué le point de départ de la phase relative aux exceptions préliminaires en l'espèce; il en a été de même pour la procédure au fond. Toutes les demandes et tous les griefs dont les demandeurs font état visent l'interprétation et l'application des dispositions du Mandat et présupposent que le Mandat continue d'exister; par suite, s'il est impossible de prouver que le Mandat existe, ces demandes et ces griefs tombent nécessairement.

Les conclusions finales n<sup>os</sup> 1 et 2 des demandeurs concernent cette question du maintien en vigueur du Mandat. La conclusion n<sup>o</sup> 1 est ainsi conçue:

« Le Sud-Ouest africain est un territoire sous Mandat conféré par les Principales Puissances alliées et associées à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Afrique du Sud, accepté par Sa Majesté britannique agissant pour le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud et en son nom, et confirmé par le Conseil de la Société des Nations le 17 décembre 1920. »

Dans la conclusion n<sup>o</sup> 1, les demandeurs définissent donc le statut international du territoire du Sud-Ouest africain et soutiennent que ce statut n'est pas simplement un fait historique mais existe encore à l'heure actuelle.

Dans leur conclusion n<sup>o</sup> 2, les demandeurs affirment en outre que le défendeur demeure soumis à ses obligations internationales de Mandataire. Cette conclusion n<sup>o</sup> 2 est la suivante:

« Le défendeur demeure soumis aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et dans

le Mandat pour le Sud-Ouest africain, ainsi qu'à l'obligation de transmettre aux Nations Unies les pétitions des habitants du territoire, les fonctions de surveillance étant exercées par les Nations Unies auxquelles les rapports annuels et les pétitions doivent être envoyés.»

Le défendeur, de son côté, dans ses conclusions finales (C.R. 65/95, p. 53-54) qui sont celles mêmes qu'il a énoncées dans le contre-mémoire (livre I, p. 6) et dans la duplique (vol. II, p. 483), soutient notamment, en ce qui concerne la question de la caducité ou du maintien en vigueur du Mandat à la dissolution de la Société des Nations:

« 1. Que le Mandat pour le Sud-Ouest africain dans son ensemble est devenu caduc lors de la dissolution de la Société des Nations et que le défendeur n'est plus en conséquence soumis à aucune des obligations juridiques découlant du Mandat;

2. Subsidiairement, au cas où l'on estimerait que le Mandat en tant que tel est demeuré en vigueur malgré la dissolution de la Société des Nations:

- a) en ce qui concerne les conclusions nos 2, 7 et 8 des demandeurs,  
que les obligations incombant antérieurement au défendeur en vertu du Mandat et consistant à faire rapport et à rendre compte au Conseil de la Société des Nations et à se soumettre à la surveillance de ce Conseil ont pris fin lors de la dissolution de la Société...
- b) en ce qui concerne les conclusions nos 3, 4, 5, 6 et 9 des demandeurs,  
que le défendeur n'a, sur aucun des points allégués, violé les obligations lui incombant...»

\* \* \*

Pour répondre à la question de savoir si le Mandat est devenu ou non caduc à la dissolution de la Société des Nations, il y a lieu de formuler quelques observations préliminaires sur la nature juridique et sociale et sur les caractéristiques du système des Mandats.

Le système des Mandats créé par le Pacte de la Société des Nations peut se concevoir comme un système d'administration original visant certaines possessions d'outre-mer sous-développées ayant initialement appartenu à des Etats qui ont pris part à la première guerre mondiale. Selon l'arrêt rendu en 1962 dans les affaires du *Sud-Ouest africain*,

« les principes essentiels du système des Mandats consistent avant tout dans la reconnaissance de certains droits des peuples des territoires sous-développés; dans l'établissement d'un régime de tutelle exercé sur chacun de ces peuples par une nation développée, en qualité de « Mandataire » et « au nom de la Société des Nations »; et dans la reconnaissance d'une « mission sacrée de civilisation »

incombant à la Société en tant que communauté internationale organisée et à ses Etats Membres. Ce système a pour objet reconnu le bien-être et le développement de ces peuples et il s'assortit de garanties visant la protection de leurs droits.» (*C.I.J. Recueil* 1962, p. 329.)

L'idée que les Puissances conquérantes ont la noble obligation de prendre en charge les peuples autochtones des territoires conquis et d'accroître leur bien-être existe depuis de nombreux siècles, au moins depuis l'époque de Vitoria. Mais il a fallu attendre le traité de paix signé avec l'Allemagne à Versailles en 1919 et la création de la Société des Nations pour que cette idée se concrétise sous la forme d'une institution internationale, le système des Mandats, et se traduise par un mécanisme de mise en œuvre important et complexe. Une fois la Société des Nations dissoute, la même idée et les mêmes principes ont été repris sous la forme du « régime international de tutelle » prévu dans la Charte des Nations Unies.

Les principes essentiels du système des Mandats dont nous venons de parler ont de l'importance si l'on veut définir la nature et les caractéristiques du Mandat en tant qu'institution juridique.

Ce n'est pas ici le lieu d'élaborer de façon plus ou moins parfaite une définition ou conception du Mandat. Il suffira que nous nous limitions aux divers points qu'il est indispensable de préciser pour trancher la question qui nous intéresse.

Le système des Mandats est, tant du point de vue de ses objectifs que du point de vue de sa structure, extrêmement complexe. Comme ses objectifs consistent à accroître le bien-être et le progrès social des habitants de certains territoires, ce qui forme une mission sacrée de civilisation, le Mandat se rattache étroitement par sa teneur et par son rôle à presque tous les domaines de la vie sociale et culturelle de l'homme. La politique, le droit, la morale, la religion, l'instruction, la stratégie, l'économie et l'histoire se mêlent les uns aux autres pour former un tout complexe et indissociable. Pour la Cour, il s'agit de savoir comment faire le partage entre ce qui relève du droit et ce qui est extra-juridique, notamment la politique, qui doit rester hors du domaine judiciaire — nous reviendrons du reste plus loin sur cette question.

Du point de vue de sa structure, le système des Mandats est extrêmement complexe. Les parties au Mandat en tant que traité ou convention sont d'une part la Société des Nations et d'autre part le Mandataire, en l'espèce le défendeur. Celui-ci a reçu le Mandat pour le territoire du Sud-Ouest africain « au nom de la Société des Nations ». En dehors de ces parties, il existe des personnes qui sont d'une manière ou d'une autre liées au Mandat, notamment celles qui collaborent à la mise en œuvre ou à la bonne marche du système, comme les Principales Puissances alliées et associées auxquelles ces territoires ont été cédés aux termes du traité de paix, les Etats Membres de la Société des Nations et les personnes intéressées en tant que bénéficiaires, c'est-à-dire les habitants des territoires sous Mandat. Quant à savoir si et dans quelle

mesure l'Organisation des Nations Unies et ses Etats Membres peuvent être considérés comme intéressés, c'est l'une des questions que la Cour doit trancher.

Le Mandat, constitué de ce faisceau d'éléments de caractère personnel que nous venons de définir, se présente comme un ensemble complexe d'intérêts de diverses catégories. La Société des Nations et le Mandataire, en qualité de parties au Mandat, ont le même intérêt à la bonne exécution de ses dispositions. Les habitants des territoires sous Mandat, en tant que bénéficiaires, ont un intérêt capital à son exécution.

Ce n'est pas non plus pour son propre compte mais au nom de la Société des Nations que le Mandataire exerce les droits de tutelle qui lui ont été attribués sur les populations à lui confiées. Mener à bien la « mission sacrée de civilisation » correspond à un intérêt public. La Société des Nations joue le rôle d'organe politique de la communauté internationale, gardienne de ce genre d'intérêt public.

Doté de cette structure de caractère personnel et réel, le Mandat présente à de nombreux égards des caractéristiques qui le rendent différent des autres types de traités.

En premier lieu, le Mandat est censé créer entre les parties une certaine relation d'ordre juridique dont les fins sont différentes de celles qui caractérisent les traités commerciaux prévoyant deux sortes de prestations réciproques et destinées à s'éteindre du fait de leur exécution simultanée par les cocontractants. Ces fins consistent à atteindre un but commun qui correspond à une « mission sacrée de civilisation ». En ce sens, le Mandat revêt des caractéristiques analogues à celles des traités constitutifs de droit, définis par Oppenheim comme des traités « conclus en vue de créer de nouvelles règles de droit des gens » (Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930, p. 357).

Ce qui représente pour les parties à l'accord de Mandat une « mission sacrée de civilisation », c'est l'accroissement du bien-être matériel et moral ainsi que du progrès social des habitants du territoire « non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne ».

Le Mandat constitue une méthode ou un mécanisme juridique permettant de réaliser les fins humanitaires définies ci-dessus. Par suite, entre les deux parties à l'accord de Mandat, il n'existe pas de conflit d'intérêt fondamental, ni d'échange de prestations équivalentes » comme dans les contrats synallagmatiques (voir l'opinion individuelle de M. Bustamante dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1962, p. 357 et 359) ou encore dans les contrats de type commutatif. L'accord de Mandat se caractérise plutôt par l'union de deux déclarations unilatérales, l'une émanant de la Société des Nations, l'autre du Mandataire, processus analogue à celui que l'on rencontre dans le cas de la création d'une société de personnes ou d'une société de capitaux. Ajoutons en passant que cela ne nous semble nullement empêcher de voir dans l'accord de Mandat une sorte de traité ou convention.

De toute façon, la caractéristique dont il s'agit ressort nettement du fait qu'on peut considérer la Société des Nations comme un collaborateur

du Mandataire, vu le pouvoir qui lui est donné de surveiller et de conseiller le Mandataire dans l'exécution de ses obligations.

Si l'on veut trouver en droit privé des notions juridiques comparables à l'accord de Mandat, on peut citer le *mandat*, la *tutelle* et le *trust*. Ces institutions ont quelques éléments en commun avec le système des Mandats, même si leurs principes directeurs ne suffisent pas à expliquer tous les principes qui le régissent. La tutelle et le *trust* connaissent également cette identité des fins poursuivies par les parties dont nous venons de faire état.

En deuxième lieu, le caractère à long terme de l'accord de Mandat le rend différent des autres types de contrats. Cette caractéristique s'explique par la nature même des objectifs du système des Mandats, l'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des territoires sous Mandat ne pouvant guère se réaliser dans l'instant, ni même en un laps de temps déterminé.

En troisième lieu, l'accord de Mandat exige du Mandataire un solide sens moral dans l'exécution de sa tâche, comme dans le cas de la tutelle et du *trust*. « Le Mandataire accroîtra, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire... » : les obligations qui incombent au Mandataire sont d'ordre éthique, par suite illimitées. L'accord de Mandat est un contrat qui, par nature, est régi par la bonne foi. L'exécution d'un tel contrat requiert le maximum de sagesse et de doigté.

Il découle de ce qui précède que, même si le Mandataire se voit confier les « pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire », l'accent est mis dans ce système sur les obligations du Mandataire plutôt que sur ses droits.

Précisant cette particularité du système des Mandats, l'arrêt de 1962 a énoncé :

« Les droits du Mandataire concernant le territoire sous Mandat et ses habitants se fondent sur les obligations du Mandataire et ils ne sont, pour ainsi dire, que de simples instruments lui permettant de remplir ses obligations. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 329.)

M. Bustamante a très justement souligné (*ibid.*, p. 357) l'importance de l'élément *responsabilité* par rapport à l'élément *droit* dans la fonction de Mandataire. Le Mandataire ne doit exercer ses pouvoirs qu'à seule fin d'assurer le bien-être et le progrès des habitants du territoire et non pas pour réaliser des objectifs égoïstes. Comme l'a dit M. Quincy Wright, « Il est reconnu que les Mandats, tels qu'ils sont conçus dans le Pacte, exigent du Mandataire qu'il ne tire aucun bénéfice direct de sa gestion du territoire. » C'est ce que l'on appelle le « principe de l'administration désintéressée » (Quincy Wright, *op. cit.*, p. 452-453).

Etant donné la nature et les caractéristiques du système des Mandats et de l'accord de Mandat telles que nous les avons vues ci-dessus, nous pouvons conclure que, s'il existe incontestablement des éléments contractuels dans le Mandat, ce sont néanmoins les éléments institutionnels

qui prédominent. On ne peut expliquer complètement la teneur et le rôle du système des Mandats du seul point de vue contractuel, c'est-à-dire individuel et subjectif; on doit faire également appel à son aspect institutionnel, c'est-à-dire collectif et objectif. Sous cet angle, on se trouve, d'après lord McNair, en présence de

« certains droits de possession et de gouvernement (administratifs et législatifs) qui sont valides *in rem* — *erga omnes*, c'est-à-dire contre le monde entier, ou du moins contre tout Etat qui était Membre de la Société ou qui, d'une manière quelconque, reconnaissait le Mandat » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 156).

Du point de vue purement contractuel et individualiste, le Mandat serait un lien d'ordre personnel entre les deux parties, qui ne pourrait exister que si ces parties continuaient elles-mêmes à exister. Par exemple, le contrat de mandat, en droit privé, devient caduc au décès du mandant. En revanche, le Mandat international constitue, comme nous l'avons vu plus haut, non seulement un lien, mais aussi une institution objective incorporant plusieurs types d'intérêts et de valeurs et il conserve une existence indépendante à l'égard des tiers. Le Mandat, en tant qu'institution, est dépourvu d'élément personnel et ne saurait dépendre de la volonté des parties, qui ne peuvent en disposer comme elles l'entendent, parce qu'il contient une valeur humanitaire, à savoir la nécessité d'accroître le bien-être matériel et moral des habitants du territoire. Ce sont ces particularités du Mandat qui expliquent pourquoi il fallait limiter, dans une certaine mesure, la possibilité de modifier les dispositions du Mandat et exiger à cette fin l'autorisation du Conseil de la Société des Nations (Mandat, article 7, premier alinéa).

\* \* \*

Nous allons rechercher maintenant si le Mandat pour le Sud-Ouest africain existe toujours malgré la dissolution de la Société des Nations et, dans l'affirmative, si les fonctions de surveillance autrefois imparties à la Société des Nations sont dévolues désormais à l'Organisation des Nations Unies.

Voyons tout d'abord si le Mandat existe encore malgré la dissolution de la Société des Nations.

Il se peut que cette question soit liée à une autre, celle du caractère essentiel de la surveillance du Mandat, mais on peut répondre à la première indépendamment de la deuxième car, au cas où le Mandat dans son ensemble serait devenu caduc pour quelque autre raison, il ne serait plus question de surveillance. La question de la surveillance présuppose le maintien en vigueur *prima facie* du Mandat. C'est pourquoi ce dernier point a été longuement étudié dans l'avis consultatif de 1950 et au stade des exceptions préliminaires en la présente instance, à propos de la survivance du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat qui concerne la surveillance judiciaire. Comme nous pouvons dans l'ensemble souscrire à ce que la Cour a décidé en 1950 et en 1962 nous n'aurons pas à examiner

le problème en détail. Il nous suffira de dire simplement pourquoi nous approuvons les décisions de la Cour.

La controverse à laquelle prête la question de savoir si le Mandat et par conséquent les droits et obligations qu'il créait sont devenus caducs ou sont restés en vigueur à la dissolution de la Société des Nations peut en dernière analyse s'expliquer par la méthode d'interprétation du droit que l'on adopte, méthode fondamentalement différente selon que l'on opte pour le volontarisme ou pour l'objectivisme. La controverse porte sur ceci : le droit est-il incapable d'attribuer à un traité ou convention certains effets que les parties n'ont pas prévus ou n'ont pas pu prévoir au moment de son élaboration, ou bien au contraire le droit est-il censé par voie d'interprétation combler les lacunes des actes juridiques en créant certains effets juridiques qui n'existaient pas dans l'intention initiale des parties?

Un strict formalisme juridique porte à conclure que, si l'on voit dans le Mandat un contrat entre deux parties, qui sont d'une part la Société des Nations et d'autre part le Mandataire, la dissolution de la Société entraîne par voie de conséquence nécessaire l'extinction radicale du Mandat avec tous ses liens juridiques, de sorte que rien n'en subsiste plus. C'est là le point de vue fondamental dont procède toute l'argumentation du défendeur. Ce logicisme intégral s'associe à un volontarisme rigide d'après lequel toutes les conséquences juridiques dont un acte juridique est assorti sont conçues comme étant l'effet de la volonté ou de l'intention des parties. C'est pourquoi, depuis la phase des exceptions préliminaires, le défendeur n'a cessé, au sujet de l'interprétation du Mandat, d'attacher de l'importance à la question de l'intention commune des parties et c'est pourquoi aussi il n'a cessé d'invoquer des « faits nouveaux d'importance capitale » pour réfuter la conclusion à laquelle la Cour avait abouti dans son avis consultatif de 1950 et par laquelle elle reconnaissait que le droit d'exercer une surveillance internationale était passé de la Société des Nations à l'Organisation des Nations Unies.

Il semble que, lorsqu'il analyse l'avis consultatif de 1950 et tient pour acquis que la conclusion de la Cour relative au transfert des obligations était fondée sur le consentement tacite des parties, le défendeur estime avoir trouvé le moyen de faire réexaminer et infirmer l'avis consultatif en présentant ce qu'il appelle des « faits nouveaux d'importance capitale ». Mais l'avis prenait comme point de départ fondamental l'idée d'une « institution internationale à laquelle était assigné un but international : une mission sacrée de civilisation » et ne se fondait guère sur des éléments consensuels.

Conformément à l'analyse que nous avons faite plus haut, nous devons attacher beaucoup plus d'importance à l'aspect institutionnel du Mandat, lequel, comme l'a dit lord McNair, est « valide *in rem* — *erga omnes* ». Il était dit dans l'avis de 1950 que « le but du Mandat régi par des règles internationales dépassait de beaucoup celui de rapports contractuels régis par un droit national » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 132). C'est donc sur le caractère institutionnel du Mandat que se fondait l'avis consultatif et c'est ce caractère qui constitue l'argument le plus convaincant en

faveur de la survivance du Mandat malgré la dissolution de la Société des Nations.

Vu l'importance primordiale qu'il faut attacher aux intérêts vitaux des populations des territoires sous Mandat, le Mandat ne doit pas subir le contrecoup des vicissitudes de la situation internationale. En matière de Mandat, l'identité du Mandant importe moins que celle du Mandataire. La situation du Mandataire, qui diffère de celle du Mandant, à cause des obligations particulières lui incombant, revêt un caractère extrêmement personnel et le Mandataire ne peut être remplacé par personne d'autre. Du point de vue des populations des territoires, par conséquent, il importe peu que le Mandat soit établi au nom de la Société des Nations ou bien au nom de l'Organisation des Nations Unies.

Du point de vue théorique, on peut faire appel à la notion de « communauté internationale organisée » pour expliquer la situation juridique du Mandataire. Si celui-ci doit s'acquitter d'obligations au nom de la Société des Nations, c'est d'un point de vue formel. Au fond, il est responsable devant une entité internationale — réalité sociologique constituant le soubassement de la Société des Nations — qui est la communauté internationale organisée; celle-ci a été représentée par la Société des Nations et, depuis sa dissolution, par l'Organisation des Nations Unies. En résumé, on peut estimer que, depuis la dissolution de la Société des Nations, le Mandataire continue d'avoir certaines obligations par rapport à une entité impersonnelle, qui est toujours, comme auparavant, la communauté internationale organisée et est désormais personnifiée par l'Organisation des Nations Unies.

Tout ce qui compte c'est qu'une « mission sacrée de civilisation » soit consciencieusement assumée par les Mandataires. Le Mandat, qui procède justement de l'idée d'une « mission sacrée de civilisation » existe objectivement pour toujours dès lors qu'il a été créé par accord international entre les deux parties, la Société des Nations d'une part et le Mandataire de l'autre. La permanence de la communauté internationale organisée garantit l'objectivité et la perpétuation du Mandat en tant qu'institution internationale.

Lord McNair a fort justement décrit cet aspect des choses dans son opinion individuelle, lorsqu'il a dit :

« le Mandat a créé un statut pour le Sud-Ouest africain. Ce fait est important lorsque l'on cherche à estimer quel a été l'effet de la dissolution de la Société des Nations. Ce statut — valide *in rem* — fournit l'élément de permanence qui permet à la situation juridique du territoire de survivre à la disparition de la Société des Nations, même s'il ne subsiste pas d'obligations personnelles entre l'Union et les autres anciens Membres de la Société des Nations. Des droits « réels », créés par un accord international, ont un degré de permanence plus grand que les droits personnels... » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 156-157.)

Le Mandat étant une institution, les diverses catégories d'intérêts

et de valeurs dont nous avons parlé plus haut s'y trouvent incorporés. Il s'agit d'un organisme social qui, à ce titre, doit être maintenu et protégé.

D'une manière générale, une fois réunies et groupées selon une technique juridique quelconque dans une personne morale, une société de personnes, une société de capitaux, etc., les énergies sociales ne se dissocient pas ou ne se désorganisent pas facilement sous l'effet de quelque événement extérieur ou intérieur. Dans une entreprise, pour parer à la déperdition d'énergies et de valeurs qu'une liquidation entraînerait sur le plan économique et social, la loi permet de créer un système institutionnel d'union ou de fusion, dont le résultat est analogue à celui de la masse successorale dans le cas d'une personne physique. Il s'agit là du principe d'*Erhaltung des Unternehmens* (maintien de l'entreprise) dont M. Rudolf Müller-Erbach a fait état et qui, d'après lui, est l'un des principes importants du droit commercial (*Die Erhaltung des Unternehmens, Z.f. Handelsr.*, vol. 61, 1911, p. 530 et suiv. ; *Deutsches Handelsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 1927, p. 71 et suiv.). Ce principe ne s'applique pas exclusivement à des questions relevant du droit commercial, il vaut aussi pour d'autres entités sociales.

Le Mandat, à titre d'entité sociale, doit donc être maintenu et protégé. C'est pourquoi le Mandat, à notre avis, ne prend pas fin; il continue à fonctionner. Que la Société des Nations elle-même existe ou non, cela n'a guère d'importance pour l'existence du Mandat, bien que ce soit en son nom que le Mandat soit exécuté, indépendamment de la question de la surveillance dont nous traiterons plus loin.

De plus, même si l'on part de l'hypothèse que la dissolution de la Société des Nations entraîne la caducité du Mandat, on ne peut pas affirmer que le Mandat a cessé d'exister brusquement au moment même de la dissolution de la Société des Nations. Il est reconnu, tant dans les pays de droit anglo-américain que dans les pays de droit civil, qu'aux fins de sa liquidation certaines des fonctions d'une entité demeurent (observations, p. 447). Les deux entités caduques, la Société des Nations et le Mandat, continuent l'une et l'autre à exister *de facto*. Du point de vue de la Société des Nations, il faut considérer que ses responsabilités en ce qui concerne un Mandat survivent jusqu'au moment où le statut futur du Mandat est réglé de façon définitive, par exemple par la conclusion d'un accord de tutelle; parallèlement, on peut reconnaître que le Mandat continue à exister pendant le même laps de temps.

En bref, la doctrine de la « continuation » dont les demandeurs font état est une conséquence logique de ce que nous venons de dire du caractère institutionnel du Mandat. Elle peut contribuer à renforcer l'argumentation des demandeurs.

Il se peut que les conclusions ci-dessus coïncident avec l'intention réelle des parties à l'accord de Mandat ou des intéressés, mais ce n'est pas indispensable. L'intention tacite des parties dont les demandeurs font état permettrait peut-être, si on pouvait l'établir de façon définitive, de corroborer ces conclusions. Mais la Cour doit se fonder sur

les seuls principes, indépendamment des intentions psychologiques des parties ou des intéressés, intentions qui ne coïncident pas nécessairement et dont il n'est d'ailleurs pas facile de tirer une conclusion sûre, que ce soit dans un sens positif ou négatif. A ce propos, la Cour a cité la résolution adoptée le 18 avril 1946 par la Société des Nations (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 134; *ibid.*, 1962, p. 340) dans laquelle il est dit notamment :

« 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 »,

mais il ne faut y voir qu'un élément subsidiaire dans le raisonnement qu'elle a suivi.

\* \* \*

Nous nous sommes occupés ci-dessus de la question de savoir si le Mandat survit à la dissolution de la Société des Nations. Nous sommes arrivés, comme la Cour dans son avis consultatif de 1950, à une réponse affirmative, mais indépendamment de la question de la surveillance internationale à exercer sur le Mandataire. Nous devons réexaminer la question sous l'angle de la surveillance internationale car, même si l'on peut reconnaître que le Mandat survit d'une manière générale, on pourrait le contester à certains égards.

Pour le défendeur, la surveillance internationale à laquelle le Mandataire était soumis a disparu en même temps que la Société des Nations, parce que l'organe chargé de cette surveillance a également disparu avec la Société des Nations, sans être valablement remplacé par un organe correspondant de l'Organisation des Nations Unies. Le défendeur soutient à cet égard que la surveillance internationale exercée par la Société des Nations ne saurait être remplacée par une surveillance des Nations Unies, parce qu'il s'agissait non pas d'une surveillance internationale de caractère abstrait, mais exclusivement d'une surveillance exercée par un organe déterminé de la Société des Nations.

Dans son avis consultatif de 1950, la Cour a reconnu que l'obligation qui incombe au Mandataire de se soumettre à une surveillance internationale survit avec le Mandat et que la fonction de surveillance est désormais exercée par l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies. Dans son avis, la Cour a dit :

« La nécessité d'une telle surveillance subsiste en dépit de la disparition de l'organe de contrôle prévu pour les Mandats. On ne saurait admettre que l'obligation de se soumettre à surveillance aurait disparu pour la simple raison que cet organe de contrôle a cessé d'exister, alors que les Nations Unies offrent un autre organe

international chargé de fonctions analogues encore que non identiques.» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136.)

L'idée fondamentale de l'avis consultatif était que l'on doit reconnaître comme indissociables l'obligation qui incombe au Mandataire de se prêter à une surveillance internationale et le pouvoir qui lui est donné d'administrer le territoire sous Mandat. A l'appui de cette idée, on peut alléguer les raisons ci-après :

1. Le maintien d'une surveillance internationale permanente est de l'essence du système des Mandats. Comme les intérêts que le Mandat met en jeu ont un caractère humanitaire et fondamental, que les pouvoirs conférés aux Mandataires sont extrêmement étendus et que les Mandataires ont des pouvoirs discrétionnaires importants (Mandat, article 2, premier alinéa), ainsi que nous le verrons ci-après, il est impossible de ne pas assujettir à certaines restrictions et à une certaine surveillance l'exécution par les Mandataires de ses obligations et de s'en remettre exclusivement à leur bonne foi. Si les Mandataires n'exercent pas d'autorité souveraine sur les territoires sous Mandat, ils se voient en revanche conférer des pouvoirs discrétionnaires extrêmement larges en vue de leur administration. Par conséquent, à défaut d'une surveillance, quelle qu'elle soit, la réalisation des fins et des objectifs du système des Mandats demeure illusoire. Un mécanisme de surveillance efficace est indispensable si l'on veut empêcher que le système ait caractère de loi imparfaite, ou éviter tout abus de pouvoir. Ce mécanisme fait donc partie intégrante du système des Mandats en tant qu'institution sociale, en tant qu'organisme social. C'est pourquoi la thèse de la divisibilité soutenue par le défendeur est illogique.

2. Les droits de tutelle sur les régions sous Mandat sont exercés par des Mandataires, mais au nom de la Société des Nations. Les Mandataires n'ont pas de pouvoirs souverains, ils sont responsables devant la Société des Nations de l'exécution des Mandats (Quincy Wright, *op. cit.*, p. 22). Cela étant, la Société des Nations doit détenir un pouvoir de surveillance en tant que gardienne de l'intérêt public de la communauté internationale organisée, dont elle est l'organe.

3. On admet généralement que le système des Mandats, au moment où il a été élaboré, résultait d'un compromis entre deux principes : l'annexion et l'internationalisation. Le principe de la surveillance internationale exercée par la Société des Nations peut être conçu comme un compromis entre ces deux extrêmes. Tant que le Mandat survit, il faut par un moyen quelconque continuer à exercer une surveillance internationale — c'est l'élément de compromis — pour empêcher que le Mandat ne soit transformé en une sorte d'annexion.

4. Tout en contestant qu'il lui incombe de se prêter à une surveillance, le défendeur soutient qu'il conserve le droit ou le pouvoir d'administrer le territoire. Il semble ainsi admettre que ses droits et ses obligations sont divisibles, attitude qui n'est pas conforme à l'esprit du système des Mandats. Aux termes de l'avis de 1950,

« L'autorité que le Gouvernement de l'Union exerce sur le Territoire est fondée sur le Mandat. Si le Mandat avait cessé d'exister, comme le prétend le Gouvernement de l'Union, l'autorité de celle-ci aurait également cessé d'exister. Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat, tout en répudiant les obligations qui en découlent. » (*Ibid.*, p. 133.)

Le défendeur n'a véritablement rien à opposer aux critiques que les demandeurs formulent contre ce qu'ils appellent sa « théorie de la caducité partielle ».

\* \* \*

Si le Mandat survit en tant qu'institution, il faut qu'il y ait une surveillance internationale car celle-ci est indispensable pour que le système des Mandats puisse bien fonctionner. La question qui se pose est de savoir si le mécanisme de surveillance internationale qui existait du temps de la Société des Nations a disparu à la dissolution de celle-ci sans être remplacé par un mécanisme similaire. Si tel était le cas, le Mandat serait paralysé et l'on ne pourrait plus l'administrer comme il convient, ce qui serait extrêmement fâcheux du point de vue du bien-être et du progrès des populations du territoire.

Fort heureusement, le problème du mécanisme de surveillance dont le Mandat en vigueur doit être assorti a été résolu par l'apparition, non prévue à l'origine, d'une organisation internationale, l'Organisation des Nations Unies, qui est très proche de la Société des Nations par ses objectifs principaux, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales et la réalisation de fins humanitaires. En outre, on peut affirmer que l'Organisation des Nations Unies représente à plusieurs égards une forme d'organisation internationale plus perfectionnée, notamment du point de vue de sa portée et de son audience dans la communauté internationale organisée, de sa structure et de ses fonctions. On peut en dire autant des deux systèmes, le régime de tutelle des Nations Unies et le système des Mandats de la Société des Nations. C'est désormais le régime international de tutelle des Nations Unies qui remplit la « mission sacrée de civilisation » concernant les territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes. De ce système, on peut dire qu'il prolonge, en le développant, le système des Mandats de la Société des Nations.

Il n'est donc ni très anormal, ni déraisonnable de voir dans l'Organisation des Nations Unies et dans le régime de tutelle respectivement le successeur de la Société des Nations et celui du système des Mandats.

Nous ne pouvons cependant pas dire qu'il y ait eu en l'occurrence succession universelle au sens juridique. L'Organisation des Nations Unies n'est pas le légataire universel de la Société des Nations. On ne peut pas non plus dire que les dispositions afférentes au régime de tutelle s'appliquent au Mandat s'il n'y a pas eu au préalable d'accord de tutelle. Mais nul ne peut s'étonner que le pouvoir du Mandataire, exercé autre-

fois au nom de la Société des Nations, soit exercé désormais du fait des circonstances au nom des Nations Unies et que par suite le pouvoir de surveillance internationale qui appartenait autrefois à la Société des Nations appartienne désormais aux Nations Unies. L'acceptation de ce pouvoir et de la responsabilité qui l'accompagne ne semble pas constituer un excès de pouvoir de la part des Nations Unies, car tout ce qui touche à la tutelle des populations arriérées entre sans aucun doute dans leurs attributions.

Que la surveillance exercée par la Société des Nations soit désormais remplacée par la surveillance de l'Organisation des Nations Unies ne défavorise pas non plus le Mandataire. Le défendeur fait valoir les différences qui existent entre le mode de surveillance exercé par la Société des Nations et le mode de surveillance des Nations Unies: différence dans la composition de la Commission permanente des Mandats et du Conseil de tutelle (experts ou représentants politiques), différence dans la procédure de vote entre le Conseil de la Société des Nations et l'Assemblée générale des Nations Unies (règle de l'unanimité ou règle de la majorité).

On ne saurait pourtant considérer que ces deux derniers éléments imposent une lourde charge au défendeur; les différences dans la composition ou dans la procédure de vote peuvent avoir des conséquences favorables ou défavorables. Qu'il n'y ait pas identité parfaite entre les deux mécanismes de surveillance ne doit pas constituer un motif valable pour contester la surveillance elle-même.

Pour ce qui est du mécanisme de mise en œuvre de la surveillance internationale, la majorité a estimé en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136-137) que l'Organisation des Nations Unies était l'organe chargé de la surveillance, contrairement aux vues de lord McNair (*ibid.*, p. 159-160) et de M. Read (*ibid.*, p. 166-169). Cette conclusion ne pouvait découler de l'intention expresse ou tacite des parties à l'accord de Mandat et des autres intéressés, qui, au moment de l'élaboration du Mandat, ne pouvaient certainement pas prévoir un événement tel que la dissolution de la Société des Nations; de plus, l'intention des parties et des intéressés et les circonstances dans lesquelles a eu lieu la dissolution de la Société des Nations peuvent recevoir des interprétations variées. Il y avait une lacune dans l'accord de Mandat que la Cour devait combler par voie d'interprétation théorique ou logique.

Que la Société des Nations soit remplacée en tant qu'organe de surveillance par les Nations Unies n'est pas normal; c'est un phénomène exceptionnel de la période de transition, dû au fait que le défendeur n'a pas conclu d'accord de tutelle. La Charte prévoyait que les accords de tutelle feraient suite aux Mandats existants; si, conformément à l'opinion de la majorité en 1950, le défendeur en qualité de Mandataire n'était pas juridiquement tenu de conclure un accord de tutelle, on ne s'en attendait pas moins à ce qu'il le fit.

L'attitude du défendeur, qui d'une part ne conclut pas d'accord de tutelle contrairement à ce que l'on escompte normalement de lui en raison des dispositions de la Charte et qui d'autre part refuse de se

prêter à la surveillance internationale parce que le mécanisme par lequel elle s'exerce est différent, est contraire à l'esprit du Mandat et de la Charte et ne saurait se justifier.

Bref, le maintien de la surveillance internationale et sa continuation par les Nations Unies s'expliquent, indépendamment de l'origine contractuelle du Mandat et en dépit de celle-ci, par la nature du Mandat en tant qu'institution internationale tendant à favoriser l'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des habitants du territoire. Le Mandat survit indépendamment de la Société des Nations et la nécessité demeure attachée au Mandat d'une surveillance que les Nations Unies doivent désormais assurer, comme l'a fait observer l'avis consultatif de 1950 mentionné plus haut.

\* \* \*

Nous avons donc répondu par l'affirmative à la question de savoir si le Mandat survit en tant qu'institution internationale à la dissolution de la Société des Nations. Cela est conforme à la conclusion que la Cour a formulée dans son avis consultatif de 1950 et confirmée dans son arrêt de 1962. Mis à part le fondement doctrinal de cette conclusion le défendeur reconnaît lui-même que le Mandat continue à exister malgré la dissolution de la Société des Nations. Du point de vue du défendeur, en effet, nier l'existence du Mandat reviendrait à nier son droit d'administrer le territoire sous Mandat.

Le fait que, dans l'avis consultatif de 1950 comme dans l'arrêt de 1962, il a été reconnu que le Mandat présentait un aspect institutionnel en plus de son aspect contractuel peut rendre le système des Mandats plus durable que la Société des Nations elle-même et lui conférer une existence objective indépendante de l'intention initiale ou ultérieure des parties. Cette reconnaissance a été purement et simplement le fruit d'une interprétation scientifique du système des Mandats tenant largement compte de l'esprit et des objectifs du système ainsi que de sa réalité sociale. Un pareil mode d'interprétation peut être qualifié de sociologique ou de téléologique, par opposition à un strict formalisme juridique. En nous fondant sur une conception du Mandat qui en fait une institution de caractère sociologique, nous nous écartons de la doctrine conceptuelle traditionnelle, qui conduirait facilement à juger que le Mandat est devenu caduc à la dissolution de la Société des Nations.

Ce que nous disons de la survivance du Mandat peut s'appliquer au maintien en vigueur de la surveillance internationale et au remplacement du Conseil de la Société des Nations par l'Organisation des Nations Unies. Il faut répondre à cette deuxième question dans le même sens qu'à la première. La continuation par les Nations Unies de la surveillance internationale du Mandat se déduit logiquement de la survivance du Mandat en tant qu'institution internationale.

On soutient que, pour affirmer l'existence de la surveillance internationale, c'est-à-dire de l'obligation incombant au défendeur de rendre compte aux Nations Unies, l'avis consultatif s'est fondé sur la théorie

de la « nécessité », mais que la Cour ne saurait outrepasser ses fonctions de tribunal.

Il est indéniable qu'un tribunal dit le droit mais ne légifère pas. Dans la pratique toutefois, il est extrêmement difficile de faire le départ. Sans doute les juges disent le droit, mais ils n'obéissent pas à des automatismes. On ne peut leur nier dans leurs activités judiciaires un certain pouvoir créateur. Ce qui ne leur est pas permis, c'est de créer le droit indépendamment d'un système, d'une institution ou d'une norme juridique existants. Ce qui leur est permis, c'est d'énoncer ce que l'on peut logiquement déduire de la raison d'être d'un système juridique, d'une institution ou d'une norme juridique. Dans ce dernier cas, il est possible de combler les lacunes apparaissant dans l'intention du législateur ou des parties.

En ce qui concerne la conclusion relative au maintien de la surveillance internationale, on ne saurait dire que la Cour ait outrepassé ses fonctions d'interprétation du droit. A cet égard elle n'a pas, dans son avis de 1950, créé du droit simplement parce que cela était nécessaire ou souhaitable, sans qu'il y eût aucune justification en droit ni en fait. Le maintien en vigueur du Mandat après la dissolution de la Société des Nations, l'importance que revêt la surveillance internationale dans le système des Mandats, la création de l'Organisation des Nations Unies qui, en tant que communauté internationale organisée, présente d'exactes correspondances politiques et sociales avec la défunte Société des Nations, notamment en ce qui concerne la « mission sacrée de civilisation » à accomplir au profit des populations ne s'administrant pas encore complètement elles-mêmes, la création du régime international de tutelle, le fait que le défendeur est Membre des Nations Unies et le fait, enfin, qu'il se refuse à conclure un accord de tutelle contrairement à ce qu'on pouvait espérer en vertu de la Charte: tous ces facteurs, isolément et dans leur ensemble, suffisent à établir que la surveillance internationale doit continuer par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations Unies.

On ne saurait nier qu'il y ait nécessité, en ce sens qu'il faut éviter que l'absence de surveillance paralyse le système des Mandats. Néanmoins nous ne voulons pas fonder exclusivement la conclusion qui précède sur son caractère nécessaire ou souhaitable; nous la fondons sur la raison d'être et la structure théorique du système des Mandats dans son ensemble.

Nous devons donc admettre que la nécessité d'ordre social et individuel constitue l'un des principes directeurs de l'évolution du droit par le moyen de l'interprétation comme de la législation. On peut recourir au principe de l'effet utile, souvent invoqué, pour expliquer comment l'avis consultatif de 1950 s'est référé à l'argument de la nécessité afin de reconnaître le maintien du Mandat et de la surveillance internationale (cf. sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 277-280).

En l'espèce, nous ne pouvons nier que la nécessité ait créé le droit indépendamment de l'intention des parties et des intéressés. L'explication qui fait appel à l'intention raisonnablement présumée des parties (Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, vol. I, 8<sup>e</sup> éd., p. 168) paraît

constituer un compromis avec le volontarisme. L'« intention raisonnablement présumée » ne correspond pas exactement à l'intention psychologique, qui n'a très probablement pas existé. La Cour doit déterminer cette intention raisonnablement présumée en tenant compte de tous les facteurs juridiques et extra-juridiques, parmi lesquels la nécessité. En procédant ainsi, les juges ne sont pas loin d'agir comme le font les législateurs.

Ajoutons par parenthèse, bien que la Cour n'ait pas la faculté de statuer *ex aequo et bono* sans l'accord des parties (Statut, article 38, paragraphe 2), que le processus d'interprétation défini plus haut peut parfaitement répondre aux exigences de la justice et du bon sens. Le contraire surprendrait la plupart des intéressés et l'opinion publique dans son ensemble.

Ce processus d'interprétation, connu depuis trois quarts de siècle, surtout dans les pays de droit civil, sous le nom de méthode de libre recherche scientifique ou *Freirecht*, libère les juges de l'obligation de s'en tenir à une interprétation rigide du droit écrit et souligne le pouvoir créateur qui leur est donné dans leur activité judiciaire. Rien ne permet de penser que la même méthode soit inapplicable au domaine du droit international, sauf si l'on adhère à la tendance opposée, c'est-à-dire à un volontarisme strict issu du concept de souveraineté mais contraire à la conception du droit qui attribue à celui-ci une existence objective et indépendante de la volonté et de l'intention de ceux auxquels il s'adresse.

En résumé, la divergence d'opinion qui se manifeste sur les questions qui nous occupent s'explique en dernière analyse par une opposition entre deux modes d'interprétation : l'interprétation téléologique ou sociologique d'une part, l'interprétation conceptuelle ou formaliste de l'autre.

\* \* \*

Pour ces motifs, 1) le Sud-Ouest africain est un territoire sous Mandat ; 2) le défendeur demeure soumis aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain, les fonctions de surveillance étant exercées par les Nations Unies auxquelles les rapports annuels doivent être envoyés. (Nous examinerons plus loin ce qu'il en est de l'obligation de transmettre des pétitions, dont les demandeurs font mention dans leur conclusion n° 2.) Sur ces points, les conclusions nos 1 et 2 des demandeurs sont bien fondées.

### III

Nous devons à présent examiner les conclusions finales nos 3 et 4 des demandeurs, qui constituent l'essentiel des présentes affaires en ce sens qu'elles visent les obligations fondamentales énoncées au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

Les conclusions que les demandeurs ont présentées à la Cour dans

leurs mémoires, conclusions qu'ils ont complétées dans leur réplique et modifiées au cours de la procédure orale le 19 mai 1965, touchent aux griefs formulés contre le défendeur en sa qualité de Mandataire pour le territoire du Sud-Ouest africain; il s'agit essentiellement d'allégations par lesquelles les demandeurs soutiennent que le défendeur a violé les obligations lui incombant au titre de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et du Mandat pour le Sud-Ouest africain.

Les conclusions des demandeurs portent sur de nombreuses obligations prévues dans diverses dispositions du Pacte et du Mandat (deuxième alinéa de l'article 2, article 4, article 6 et premier alinéa de l'article 7), mais les principales questions juridiques en cause sont indubitablement celles qui visent l'obligation incombant au défendeur à titre de Mandataire, en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, d'accroître, « par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du Territoire ».

Nous croyons plus commode, pour l'examen des conclusions des demandeurs, de faire une distinction entre, d'une part, les questions d'ensemble qui concernent les obligations générales incombant au défendeur à titre de Mandataire en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte, et, d'autre part, les obligations découlant de certaines dispositions précises du Mandat et du Pacte; nous traiterons d'abord des premières.

En bref, les problèmes juridiques qui se posent en l'espèce se ramènent en dernière analyse à la question de savoir si le défendeur, en qualité de Mandataire, s'acquitte ou non des obligations formulées au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat pour le territoire du Sud-Ouest africain, ce qui représente simplement l'application concrète à ce territoire du principe énoncé au paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte concernant le système des Mandats en général.

Avant d'étudier en détail les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs, nous devons chercher à répondre à la question — soulevée par le défendeur — de savoir si un règlement judiciaire du présent différend est possible. Si le présent différend revêt un caractère politique, administratif, technique ou autre et non pas un caractère juridique, la Cour n'est pas habilitée à en connaître.

Il y a lieu de se rappeler à ce propos que le défendeur n'a pas argué devant la Cour du caractère politique du litige au stade des exceptions préliminaires et qu'il ne l'a fait qu'ultérieurement, au début de la procédure orale, par l'entremise de son conseil (C.R. 65/18, p. 6 et suiv.). Il convient de noter que le défendeur ne soutient cette thèse qu'en ce qui concerne les obligations d'ordre général lui incombant comme Mandataire en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte, et non pas en ce qui concerne les obligations précises énoncées dans les articles 3, 4, 5, 6 et 7 du Mandat. Par suite, la controverse entre les Parties sur la possibilité d'un règlement judiciaire en la présente instance n'a d'importance réelle que pour les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs, qui visent les principes et les objectifs généraux du système des Mandats.

Comme on ne peut pas considérer le Mandat indépendamment de certains éléments d'ordre politique, administratif, économique, technique et culturel, la question de la possibilité d'un règlement judiciaire n'en est que plus complexe.

Le défendeur nie que des questions relevant du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat soient susceptibles de règlement judiciaire. Il argue de la nature même du pouvoir donné au Mandataire, qui est d'ordre politique et technique et en conséquence de caractère étendu et général et par suite discrétionnaire.

Le système des Mandats a pour objectifs déclarés « le bien-être et le développement » de peuples « non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne ».

Le « bien-être et le développement » correspondent au « bien-être matériel et moral » et au « progrès social » dont il est question au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat. Ces objectifs « forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission » — tel est le principe qu'on doit appliquer aux colonies et territoires visés par le système des Mandats. Des garanties pour l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation sont prévues dans le Pacte comme dans les divers actes de Mandat, mais les objectifs du système des Mandats sont larges, abstraits et généraux, comme en témoignent les termes « bien-être », « développement » et « progrès ».

A strictement parler, ces notions, qui procèdent de jugements de valeur, peuvent avoir un contenu différent selon les systèmes et modes de pensée philosophiques, théologiques et politiques; par suite, il peut être extrêmement difficile de faire l'unanimité sur le sens exprès ou implicite de ces termes et sur l'importance qu'il convient d'attribuer, dans la hiérarchie des valeurs, à une valeur donnée. Qu'entend-on par bien-être ou progrès? A quoi faut-il attribuer la priorité en cas de conflit entre le bien-être matériel et le bien-être moral? Y a-t-il une différence entre le « progrès » et le « développement »? S'agissant de ces deux dernières notions, il peut y avoir de profondes divergences de vues entre les évolutionnistes ou pragmatistes et les conservateurs. Sur la manière d'apprécier le bien-être moral et sur le contenu de cette notion, les idéalistes et les matérialistes peuvent ne pas s'entendre non plus.

Toutefois, les auteurs de l'article 22 et ceux de l'accord de Mandat ne semblent pas avoir approfondi les choses de ce point de vue. Par la formule simple qu'ils ont mise au point, ils voulaient simplement indiquer que l'on devait appliquer à l'administration des territoires sous Mandat le principe du bon gouvernement. Il leur fallait trouver une idée ou un principe pouvant servir de dénominateur commun à des vues et à des conceptions politiques divergentes sur la notion de bon gouvernement, ce qui s'impose chaque fois que l'on veut définir l'objectif constitutionnel d'un Etat démocratique ou encore, cas analogue, d'une organisation internationale dont les buts sont d'ordre aussi général que ceux de la Société des Nations ou de l'Organisation des Nations Unies.

Lorsque les législateurs d'une communauté politique parviennent à

trouver une formule constitutionnelle acceptable pour la majorité de ses membres, il n'y a pas lieu d'être trop optimiste sur l'interprétation qui en sera donnée. Chacun l'interprétera, le cas échéant, conformément à ses vues philosophiques ou politiques; chacun attribuera un sens différent à la même formule. On aboutira inévitablement, dans l'interprétation, au subjectivisme, au relativisme et à l'anarchisme et, pour ce qui est de la société démocratique, à la multiplicité des partis politiques.

Le fait que les communautés dont l'orientation générale en matière politique et administrative est régie par des principes abstraits parviennent dans la plupart des cas à exister, à survivre et même à prospérer ne s'explique pas par leur technique législative ou par la manière selon laquelle leurs objectifs sont exprimés sur le plan constitutionnel; seuls comptent en définitive le bon sens et la sagesse politique dont témoignent leurs dirigeants et leurs divers éléments.

Vu ce qui précède, nous inclinons à conclure que la notion de l'accroissement du « bien-être matériel et moral » et du « progrès social des habitants », c'est-à-dire l'objectif visé par le Mandat pour le Sud-Ouest africain (article 2, deuxième alinéa), a en soi un caractère politique et n'est donc pas susceptible de détermination ou de règlement judiciaire.

Nous ne voulons pas dire par là que le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat ne possède pas le caractère d'une norme juridique. Les législateurs peuvent adopter dans leur système de normes juridiques des normes culturelles pertinentes sur le plan social mais ne procédant pas de jugements de valeur juridiques: normes morales, politiques, économiques, techniques, etc. En pareil cas, une norme culturelle tout à fait étrangère par nature aux normes juridiques, applicable par exemple à la circulation ou à l'architecture, est incorporée au système juridique. On peut dire que la technique dont il s'agit se voit attribuer une valeur juridique ou qu'elle est intégrée dans le système juridique.

Ce phénomène d'intégration des normes culturelles au sein des normes juridiques intervient très fréquemment entre le droit d'une part, la morale et la politique de l'autre. Les dispositions dont nous nous occupons en fournissent un exemple typique.

L'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des habitants est l'objectif ultime imposé au Mandataire. Cet objectif est essentiellement de nature politique, mais également de nature morale et humanitaire. En l'occurrence, les obligations politiques et morales du Mandataire découlant de l'accord de Mandat sont incorporées au droit.

Les obligations qui incombent au défendeur en qualité de Mandataire sont différentes des devoirs précis qui sont énoncés dans le Pacte et dans l'accord de Mandat; leur contenu étant clairement défini, ces obligations se présentent comme l'objectif suprême du système des Mandats, qui est de caractère politique. Elles sont donc générales, vagues et abstraites et par suite elles ne sont pas susceptibles de règlement judiciaire, bien que nous ne puissions contester le caractère juridique de l'accord de Mandat dans son ensemble.

C'est l'une des raisons pour lesquelles, même dans les pays où l'on prévoit un contrôle judiciaire de la constitution, certains des plus hauts principes constitutionnels échappent en théorie et en pratique à l'action des tribunaux. Pour certaines dispositions constitutionnelles, il n'existe donc aucune garantie d'application, tout comme dans le cas d'une *lex imperfecta*.

C'est là une conséquence de la différence fondamentale qui existe entre le droit et la politique ou l'administration.

La différence fondamentale entre le droit et la politique ou l'administration est que le droit distingue d'une façon catégorique ce qui est bien et juste de ce qui est mauvais et injuste, tandis que la politique et l'administration, qui sont les moyens d'atteindre certains objectifs précis et qui obéissent surtout à des considérations d'opportunité, font la distinction entre ce qui est réalisable et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est efficace et ce qui ne l'est pas. Par suite, lorsqu'il faut se prononcer en droit, il n'y a que l'alternative du juste ou de l'injuste sans moyen terme, tandis qu'en matière politique ou administrative il existe des choix nombreux du point de vue de l'opportunité et de l'efficacité. En politique, on peut opérer une gradation; le droit est catégorique et absolu.

Comme nous l'avons signalé plus haut, le bon gouvernement a des objectifs et un contenu vagues et sans définition précise. Supposons que nous en traduisions l'idée, comme dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain, par la formule de l'accroissement du bien-être matériel et moral ainsi que du progrès social. On peut concevoir alors un nombre infini de politiques pour réaliser les objectifs d'un bon gouvernement, qui sont d'ordre général et abstrait. Dans chaque cas concret, les objectifs à réaliser seront d'ordre spirituel ou matériel, directs ou indirects, importants ou moins importants, essentiels ou non, urgents ou non. Le bon gouvernement consiste à choisir les moyens de réaliser certaines fins. C'est une caractéristique de la politique et de l'administration que le pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes l'emporte sur le reste; comme le Mandat vise au bien-être et au progrès des habitants et par suite relève de la politique et de l'administration, il se caractérise par le caractère discrétionnaire de l'action du Mandataire.

Donc, pour accroître le bien-être et le progrès des populations, on peut concevoir un très grand nombre de politiques et de mesures. Le Mandataire a le pouvoir discrétionnaire de choisir celles qu'il juge les plus appropriées et les plus efficaces pour atteindre les objectifs du Mandat.

Le 7 mai 1965, sir Gerald Fitzmaurice a demandé aux Parties (C.R. 65/27, p. 57-59) si l'on pouvait considérer que la disposition relative à l'accroissement du bien-être et du progrès social serait respectée du moment qu'il y aurait accroissement total « tout bien pesé », ou bien si l'on pouvait considérer qu'un accroissement total ne suffirait pas dès lors qu'il n'y aurait pas accroissement du bien-être et du progrès dans tel ou tel secteur de l'action gouvernementale. Si l'on admet que le Mandataire s'est vu conférer en principe un pouvoir discrétionnaire pour s'acquitter des obligations qui lui incombent au titre du deuxième

alinéa de l'article 2 du Mandat et qui consistent à accroître le bien-être et le progrès des habitants, le Mandataire peut choisir librement toute politique ou toute mesure qu'il juge propices à l'accomplissement de cette mission; par suite, le fait qu'une politique ou une mesure se solde par un échec partiel peut ne pas être nécessairement considéré comme une violation du Mandat. La raison en est que le pouvoir discrétionnaire reconnu au Mandataire s'étend à la faculté de porter un jugement de valeur sur les diverses politiques et mesures que l'on peut adopter pour atteindre les objectifs du Mandat.

En outre, la notion de bien-être et de progrès met en jeu un élément quantitatif. On ne peut pas savoir, à un moment donné, si l'accroissement du bien-être et du progrès a été réalisé ou non. Que le Mandataire soit tenu d'accroître le bien-être et le progrès « par tous les moyens en son pouvoir » (version française), ou *to the utmost* (version anglaise), signifie que les obligations lui incombant au titre du deuxième alinéa de l'article 2 sont souples et qu'une très grande latitude lui est laissée pour l'accomplissement de sa mission.

Les tribunaux n'ont pas à enquêter sur l'opportunité. Il ne leur appartient pas de dire si le Mandataire a opportunément exercé son pouvoir discrétionnaire. Par suite, lorsqu'il soutient que le Mandataire exerce un pouvoir discrétionnaire ne pouvant faire l'objet d'aucun recours judiciaire à moins d'avoir été utilisé de mauvaise foi, le défendeur a fondamentalement raison. Les obligations politiques sont par nature incompatibles avec le contrôle judiciaire.

Le fait que le Mandataire soit doté d'un pouvoir discrétionnaire concernant l'administration du territoire est énoncé au premier alinéa de l'article 2, qui dispose: «Le Mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire...»

Ce que nous venons de dire ne signifie pas que le Mandataire jouisse d'une latitude illimitée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré pour s'acquitter des obligations découlant du Mandat. L'exercice de ce pouvoir est avant tout limité par les dispositions précises de l'acte de Mandat et par celles de l'article 22 du Pacte. Le premier alinéa de l'article 2 parle de « pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat ». Du reste, les demandeurs ont fondé leurs conclusions nos 5, 6, 7, 9 respectivement sur le premier alinéa de l'article 2 du Mandat, l'article 22 du Pacte, l'article 6 du Mandat et l'article 22 du Pacte, le premier alinéa de l'article 7 du Mandat. Sur ces points, on ne saurait contester la possibilité d'un règlement judiciaire relativement aux conclusions des demandeurs et le défendeur n'ose pas la contester. La controverse sur la possibilité d'un règlement judiciaire en la présente instance doit donc se limiter aux conclusions nos 3 et 4 des demandeurs, conclusions qui portent exclusivement sur le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et sur l'article 22 du Pacte dans la mesure où celui-ci intéresse le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat.

A cet égard, la question est de savoir si le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par le premier alinéa de l'article 2 exclut toute possibilité de violation du Mandat et du Pacte dont nous avons parlé plus haut seraient violées. Si une norme juridique quelconque est applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Mandataire, elle constitue une limite à ce pouvoir et l'éventuelle transgression de ladite norme entraîne une violation du Mandat et par suite la possibilité d'un recours judiciaire en la matière.

\* \* \*

Nous en arrivons à l'examen des conclusions finales n<sup>os</sup> 3 et 4 des demandeurs. La conclusion n<sup>o</sup> 3 est la suivante :

« Par les lois et règlements et par les méthodes et actes officiels décrits dans les écritures, le défendeur a pratiqué l'*apartheid*, c'est-à-dire qu'il a établi une distinction fondée sur la race, la couleur, l'origine nationale ou tribale, lorsqu'il a fixé les droits et devoirs des habitants du Territoire; ... cette pratique constitue une violation de ses obligations telles qu'elles figurent à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations; et ... le défendeur a le devoir de cesser sur-le-champ de pratiquer l'*apartheid* dans le Territoire » (conclusions finales des demandeurs, C.R. 65/35, p. 69).

En même temps, les demandeurs ont présenté une autre conclusion portant le n<sup>o</sup> 4, qui est la suivante :

« Par l'effet des principes économiques, politiques, sociaux et éducatifs appliqués dans le Territoire, par les lois et règlements et par les méthodes et actes officiels décrits dans les écritures, le défendeur, au regard des « standards » internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable ou de ces deux critères à la fois, n'a pas accru, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du Territoire; ... cette carence constitue une violation de ses obligations, telles qu'elles figurent à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; et ... le défendeur a le devoir de mettre sur-le-champ un terme aux violations indiquées ci-avant et de prendre toutes les mesures possibles pour remplir ses obligations aux termes desdits articles » (conclusions finales des demandeurs, 19 mai 1965, C.R. 65/35, p. 69-70).

Le Président de la Cour, sir Percy Spender, a prié les demandeurs d'apporter une précision relativement aux conclusions n<sup>os</sup> 3 et 4 qui figurent à la page 197 des mémoires, lesquelles ne diffèrent pas essentiellement des conclusions finales n<sup>os</sup> 3 et 4 telles que nous venons de les rappeler. Il a demandé quelle était la distinction entre la conclusion n<sup>o</sup> 3 et la conclusion n<sup>o</sup> 4 (C.R. 65/23, 28 avril 1965, p. 31).

Les demandeurs ont répondu que la distinction entre la conclusion n° 3 et la conclusion n° 4 était purement verbale (C.R. 65/35, 19 mai 1965, p. 71). Cette réponse, formulée après que les conclusions des demandeurs eurent été modifiées, peut être considérée comme applicable aux conclusions n°s 3 et 4 révisées.

Il y a lieu de signaler que la différence essentielle entre le libellé initial et le libellé final des conclusions n°s 3 et 4 est qu'un membre de phrase, savoir: « au regard des « standards » internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable ou de ces deux critères à la fois », a été inséré entre les mots « le défendeur » et « n'a pas accru, par tous les moyens », ce qui semble prouver l'identité de fond des deux conclusions.

Nous analyserons chacune de ces deux conclusions, qui sont au centre même des conclusions des demandeurs et sur lesquelles les Parties ont fait porter l'essentiel de leur argumentation. La question en cause est indubitablement celle de la politique d'*apartheid* que le défendeur est censé avoir pratiquée en tant que Mandataire.

Nous considérerons d'abord la notion d'*apartheid*. Pour la définir, les demandeurs disent que le défendeur « a établi une distinction fondée sur la race, la couleur, l'origine nationale ou tribale, lorsqu'il a fixé les droits et les devoirs des habitants du Territoire ».

On peut constater qu'il n'existe pas entre les Parties de divergence d'opinion sur la notion d'*apartheid* proprement dite, bien que le défendeur préfère recourir à des expressions comme *développement séparé* au lieu d'*apartheid*. En tout cas, il n'y a pas eu, semble-t-il, de discussion sur la notion même d'*apartheid*. De plus, nous devons également reconnaître que le défendeur ne nie pas qu'il pratique l'*apartheid*; mais il veut démontrer le caractère licite et raisonnable de cette politique dans le cadre du système des Mandats et prouver qu'elle est compatible avec les obligations lui incombant en tant que Mandataire, en même temps qu'indispensable à l'exécution de ces obligations.

D'après la conclusion n° 3, la pratique de l'*apartheid* constituerait une violation des obligations du défendeur telles qu'elles sont définies à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte. Mais on ne sait pas au juste si, d'après les demandeurs, la violation dont le défendeur se rendrait coupable par rapport à ces obligations en pratiquant l'*apartheid* se situe sur le plan de la politique ou du droit. A considérer la conclusion n° 3 et à s'en tenir à son interprétation littérale, on pourrait ne retenir que le point de vue politique: l'*apartheid* n'est pas compatible avec les objectifs du Mandat, c'est-à-dire avec l'accroissement du bien-être et du progrès social des habitants, sans qu'il y ait à tenir compte de normes ou de « standards » juridiques quels qu'ils soient. Si les demandeurs en restaient là, l'affaire soulèverait une question de pouvoir discrétionnaire et ne serait pas, sous cet angle, susceptible d'un règlement judiciaire, comme le soutient du reste le défendeur.

Mais les demandeurs ne disent pas que le défendeur viole ses obligations indépendamment de toute norme juridique ou de tout « standard » juridique. Du fait que les demandeurs ont modifié la conclusion n° 4

telle qu'elle était énoncée dans les mémoires, en y insérant le membre de phrase: «au regard des «standards» internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable», la violation des obligations définies à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte (conclusion n° 3), qui correspond exactement au fait de n'avoir pas accru par tous les moyens possibles le bien-être matériel et moral et le progrès social des habitants du territoire (conclusion n° 4), revêt désormais un sens particulier; elle acquiert un caractère juridique. Les demandeurs ne fondent plus désormais leur accusation directement sur une infraction au bien-être et au progrès imputable à la pratique de l'*apartheid*; ce qu'ils estiment violés, ce sont certains «standards» internationaux, c'est une certaine norme juridique internationale, ce n'est plus directement l'obligation d'accroître le bien-être et le progrès social des habitants. Effectivement, si les «standards» ou la norme existent, il se peut que le défendeur doive les respecter dans le cadre de l'obligation générale qui lui incombe d'accroître le bien-être et le progrès social.

A partir de ce qui précède, on peut comprendre la relation entre la conclusion n° 3 et la conclusion n° 4 des demandeurs de la façon suivante: les deux conclusions portent sur le même problème, savoir le caractère illicite de la politique et de la pratique de l'*apartheid*. Toutefois, la teneur de chacune de ces conclusions n'est pas tout à fait la même, de sorte que la distinction entre les deux n'est pas purement verbale, contrairement à ce que les demandeurs ont répondu au Président; ces deux conclusions semblent se compléter.

En résumé, les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs sous leur nouvelle forme reposent sur une norme et/ou des «standards». Cette norme et ces «standards» ont été ajoutés par les demandeurs à la conclusion n° 4. Pour les demandeurs, l'existence de cette norme ou de ces «standards» applicables aux obligations découlant du Mandat restreint en droit le pouvoir discrétionnaire conféré au défendeur et rend la pratique de l'*apartheid* illicite, si bien que l'*apartheid* constitue une violation des obligations incombant au Mandataire.

Les demandeurs entendent l'*apartheid* comme suit:

«En application de l'*apartheid*, le statut, les droits, les devoirs, les chances et les charges de la population sont arbitrairement déterminés et répartis d'après la race, la couleur et la tribu, dans le cadre d'une structure qui ne tient compte ni des besoins ni des aptitudes des groupes et des individus qu'elle affecte et qui subordonne les intérêts et les droits de la grande majorité des habitants aux préférences d'une minorité... [Ce chapitre] traite de l'*apartheid* tel qu'il est pratiqué, tel qu'il est réellement, tel qu'il se manifeste et s'est manifesté dans la vie de la population du territoire...» (Mémoires, p. 108.)

Les demandeurs soutiennent qu'il existe une norme ou des «standards» qui interdisent la pratique de l'*apartheid*. Cette norme ou ces «standards» ne sont rien d'autre que ceux de non-discrimination ou non-séparation.

Le défendeur nie qu'il existe une norme ou des «standards» interdi-

sant la pratique de l'*apartheid* et il s'efforce de justifier cette pratique par le caractère discrétionnaire du pouvoir conféré au Mandataire. Il souligne que l'*apartheid* n'est illicite que lorsque cette politique est pratiquée de mauvaise foi.

Pour les demandeurs, l'existence et la validité objective d'une norme de non-discrimination rendent inutile de se référer à l'intention ou aux mobiles pour établir s'il y a ou non violation de ladite norme. On peut appliquer à la thèse que le défendeur présente en arguant de la bonne foi le principe d'après lequel un précepte juridique doit, à la différence d'un précepte moral et sauf indication contraire, être appliqué objectivement et indépendamment des mobiles des intéressés et autres circonstances particulières.

\* \* \*

Nous devons nous arrêter sur la question de l'existence d'une norme ou de « standards » juridiques de non-discrimination. C'est une question qui touche aux sources du droit international et en même temps au droit des Mandats. En outre, la question est intimement liée à l'essence même et à la nature des droits fondamentaux de l'homme, dont l'Organisation des Nations Unies s'est fixé pour objectif de développer et d'encourager le respect (Charte des Nations Unies, article 1, paragraphe 3) et parmi lesquels le principe de l'égalité devant la loi — principe qui, pour les demandeurs, constitue l'antithèse de la politique d'*apartheid* — occupe la première place.

La notion de *norme internationale* ou de « standards » internationaux peut être conçue comme se rattachant au principe de l'égalité devant la loi.

Il s'agit de savoir s'il existe sur le plan international une norme juridique concernant l'égalité devant la loi et si elle régit impérativement le comportement du défendeur dans l'exécution des obligations qui lui incombent comme Mandataire. Il faut rechercher si le principe de l'égalité devant la loi figure parmi les sources de droit international visées à l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour.

Nous passerons donc en revue les sources de droit international mentionnées dans la disposition précitée.

Nous considérerons d'abord les conventions internationales ou les traités internationaux. Il ne s'agit pas ici d'invoquer des traités bilatéraux « spéciaux » ou « particuliers » constitutifs de droit, mais seulement des traités multilatéraux constitutifs de droit, tels que la Charte des Nations Unies, la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, la convention sur le génocide, qui revêtent une importance particulière sur le plan législatif. Toutefois, ces traités constitutifs de droit eux-mêmes ne lient que les Etats signataires et non les Etats qui n'y sont pas parties.

La question est de savoir si la Charte des Nations Unies contient une norme juridique d'égalité devant la loi et un principe de non-dis-

crimination à raison de la religion, de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de l'opinion politique, etc. L'un des buts de l'Organisation des Nations Unies (article 1, paragraphe 3) est de réaliser la coopération internationale en « développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». De plus, l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de faciliter, « sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (article 13, paragraphe 1 *b*). En matière de coopération économique et sociale internationale, les Nations Unies doivent favoriser notamment « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » (articles 55 *c*) et 56). Dans ce domaine, le Conseil économique et social peut faire des recommandations en vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous (article 62, paragraphe 2). Enfin, l'un des buts essentiels du régime de tutelle consiste à « encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » (article 76 *c*)).

Ces références répétées de la Charte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, que l'on retrouve quatre fois au moins, sont l'une des différences entre la Charte et le Pacte de la Société des Nations, instrument où l'on ne sentait pas aussi nettement que dans la Charte le rapport étroit qui lie la paix et le respect des droits de l'homme. Cependant, la Charte ne va pas jusqu'à définir les droits de l'homme et les libertés fondamentales et ne prévoit pas non plus de mécanisme concret pour protéger et garantir ces droits et ces libertés. La Déclaration universelle des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1948, qui vise à définir chaque droit et chaque liberté et à leur donner un contenu concret, n'est qu'une déclaration adoptée par l'Assemblée générale et non pas un traité liant les Etats Membres. Jusqu'à présent, on n'est guère arrivé à codifier cette question des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sauf de façon extrêmement restreinte, par exemple dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1953, qui n'a qu'une portée régionale et non pas universelle, et dans quelques rares conventions particulières comme celles qui visent le génocide ou les droits politiques de la femme, mais dont l'application se limite à leur objet précis.

Etant donné cette situation, est-ce que les demandeurs peuvent, sur la base de l'interprétation de la Charte, soutenir qu'il existe une norme juridique relative à l'égalité devant la loi, norme prescrivant de n'exercer aucune discrimination fondée sur la religion, la race, la couleur, etc., et interdisant par suite la pratique de l'*apartheid*? Ce que la Charte exige se limite-t-il exclusivement à l'obligation de « réaliser la coopération internationale ... en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales », etc.?

Vu les circonstances, il paraît difficile d'admettre que la Charte impose

expressément une obligation juridique en ce qui concerne les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Mais, d'un autre côté, on ne peut pas ne pas tenir compte de l'importance considérable que la Charte accorde à l'exercice effectif des droits de l'homme et au respect des libertés fondamentales. L'article 56 de la Charte stipule : « Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation. » (L'article 55 énonce les buts de la coopération économique et sociale internationale, parmi lesquels figure « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. ») Or, ceux qui s'engagent à agir en coopération avec l'Organisation pour assurer le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent violer ces droits et ces libertés sans se contredire. Comment pourrait-on, d'une part, prêcher à autrui le respect des droits de l'homme et, de l'autre, nier pour soi-même l'obligation de les respecter? Des dispositions de la Charte qui rappellent les droits de l'homme et les libertés fondamentales, on peut donc déduire que l'obligation juridique de respecter ces droits et ces libertés s'impose aux Etats Membres.

M. Spiropoulos a confirmé dans les termes suivants le caractère obligatoire des dispositions de la Charte qui ont trait aux droits de l'homme :

« [La Charte] oblige les Etats Membres à respecter les droits de l'homme; il s'ensuit que toute violation de ces droits est une violation des dispositions de la Charte. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, Sixième Commission, 138<sup>e</sup> séance, 7 décembre 1948, p. 765.*)

M. Jessup a, lui aussi, attribué le même caractère aux dispositions relatives aux droits de l'homme :

« Comme nous consacrons le présent ouvrage au droit qui se crée, nous essayons de distinguer constamment le droit existant d'une part et les objectifs futurs du droit de l'autre. Le respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux de l'homme est une obligation qui est déjà inscrite dans le droit, tout au moins pour les Etats Membres des Nations Unies. Ce devoir leur est imposé par la Charte. » (Philip C. Jessup, *Modern Law of Nations*, 1948, p. 91.)

Sans aucun doute, dans les conditions actuelles, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales est très imparfaitement assurée sur le plan international. L'œuvre de codification dans ce domaine du droit a très peu progressé, que ce soit du point de vue de la définition de chaque droit et de chaque liberté ou du point de vue du mécanisme permettant leur respect effectif. Mais il ne fait guère de doute que les droits et les libertés de l'homme existent; sinon, il serait logiquement inconcevable qu'on les respecte; la Charte présuppose l'existence de droits et de libertés de l'homme qui doivent être respectés; on ne saurait imaginer qu'il existe pareils droits et libertés sans qu'il y ait des obligations correspondantes pour les personnes visées et une norme

juridique à la base de ces obligations. Il ne fait pas non plus de doute que lesdites obligations ne sont pas seulement d'ordre moral et qu'elles ont aussi un caractère juridique vu la nature même de leur objet.

Par voie de conséquence, ni les imperfections d'ordre législatif dont souffre la définition des droits et des libertés de l'homme, ni l'absence d'un mécanisme pour leur mise en œuvre ne constituent des motifs de nier leur existence ou la nécessité de les protéger en droit.

Au surplus, il y a lieu de souligner que, comme nous l'avons vu plus haut, les dispositions de la Charte se réfèrent constamment au principe de l'égalité devant la loi par le membre de phrase « sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

A supposer qu'une norme juridique ou des « standards » juridiques de non-discrimination existent dans la Charte des Nations Unies, les demandeurs sont-ils habilités, en invoquant cette norme, à saisir la Cour internationale de Justice au titre du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat? Le défendeur soutient que la norme alléguée ne fait pas partie intégrante de l'accord de Mandat et que par conséquent la question posée par cette norme sort du cadre des différends que la clause compromissoire permet de porter devant la Cour internationale de Justice. La thèse des demandeurs reviendrait donc à introduire dans l'accord de Mandat un élément nouveau étranger à cet instrument.

Il est évident que, comme le soutient le défendeur, l'accord de Mandat ne contient pas de clause sur l'égalité devant la loi et qu'une telle clause ne fait pas formellement partie de l'acte de Mandat. Néanmoins, soit que le principe de l'égalité devant la loi fasse partie intégrante de la Charte des Nations Unies, soit qu'il constitue une source indépendante de droit international général, il peut être ou bien appliqué directement au Mandat à titre, en quelque sorte, de droit du Mandat au sens large ou encore, tout au moins dans le cas des « standards », appliqué à titre de principe régissant l'interprétation de l'accord de Mandat. Par suite, le différend relatif à la légalité de l'*apartheid* relève de l'interprétation et de l'application des dispositions envisagées au deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

La conclusion ci-dessus ne se justifie que si l'on suppose que le défendeur est lié par la Charte des Nations Unies non seulement comme Etat Membre, mais aussi comme Mandataire. La Charte, qui relève par sa nature du droit international spécial ou du droit de la communauté internationale organisée, est applicable à toutes questions relevant des objectifs et de la compétence des Nations Unies et intéressant les Etats Membres, y compris la question du Mandat. Du moment que nous reconnaissons l'unité de la personnalité, la logique veut que le comportement d'un Etat comme Membre des Nations Unies obéisse au même principe que son comportement en tant que Mandataire, notamment en ce qui concerne la protection et les garanties à assurer aux droits et aux libertés de l'homme.

\* \* \*

A propos de la thèse des demandeurs selon laquelle la norme de non-discrimination ou de non-séparation est une règle de droit international coutumier, il y a lieu de formuler les observations ci-après.

Les demandeurs énumèrent des résolutions et déclarations émanant d'organismes internationaux et condamnant la discrimination raciale, la ségrégation, la séparation et l'*apartheid* et ils soutiennent que ces résolutions et déclarations, parce qu'elles ont été approuvées à une majorité écrasante, ont force obligatoire à l'encontre d'un Etat qui s'y oppose, le défendeur. A la question de savoir si le consentement de tous les Etats est indispensable à la création d'une règle de droit international coutumier, il faut, à notre avis, répondre par la négative. En effet, les dispositions de l'article 38, paragraphe 1 *b*), du Statut n'excluent pas la possibilité de dissidences en matière de création du droit international coutumier; le fait qu'un ou plusieurs Etats aient une opinion contraire ne saurait les autoriser à faire obstruction au moyen d'un veto, ce que le législateur qui a rédigé l'article 38 n'a probablement pas prévu.

La thèse des demandeurs soulève une question importante qui est de savoir si les résolutions et déclarations émanant d'organisations internationales peuvent être admises comme éléments générateurs d'une coutume au sens de l'article 38, paragraphe 1 *b*), c'est-à-dire comme « preuve d'une pratique générale ».

D'après le droit international traditionnel, une pratique générale résultait de la répétition par les Etats d'actes isolés manifestant tous l'acceptation d'une certaine règle de droit de même contenu. Cette répétition d'actes constituait un processus historique s'étendant sur une longue période. On peut dire que le processus de formation d'un droit coutumier était individualiste. Mais ce processus s'est modifié en s'adaptant à l'évolution de la vie internationale. L'apparition d'organisations telles que la Société des Nations ou l'Organisation des Nations Unies, accompagnées de leurs diverses institutions spécialisées et affiliées, a eu l'effet de substituer pour une bonne part la méthode de la « diplomatie parlementaire » au système individualiste des négociations internationales traditionnelles (affaires du *Sud-Ouest africain*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 346), ce qui a nécessairement influé sur le mode de création du droit international coutumier. Au lieu de faire connaître ses vues à un petit nombre d'Etats directement intéressés, un Etat peut, par le truchement d'une organisation de ce genre, faire connaître sa position à tous les Etats membres de l'organisation et savoir immédiatement comment ils réagissent. Autrefois, la répétition et l'*opinio juris sive necessitatis* pouvaient s'associer en un processus séculaire, extrêmement long et lent, pour créer du droit coutumier. De nos jours, vu les progrès des moyens de communication et d'information, le processus de formation d'une coutume par le truchement d'organisations internationales est infiniment plus facile et plus rapide; la création d'une coutume ne demande guère plus que l'espace d'une génération, voire beaucoup moins. C'est là un exemple des inévitables transformations du droit par suite de l'évolution du substrat social.

Nous ne pouvons évidemment pas admettre que des résolutions, déclarations, arrêts, décisions, etc., aient isolément force obligatoire pour les Etats membres de l'organisation. Ce que le droit international coutumier exige, c'est la répétition d'une même pratique; par suite, il faut en l'espèce que des résolutions, déclarations, etc., sur la même question aient été adoptées à plusieurs reprises par la même organisation ou par plusieurs organisations.

On doit noter en même temps que, chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des Etats participants, la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettrait le processus normatif traditionnel. Ce système collectif cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international.

En résumé, on peut dire que, lorsque les organes compétents de la communauté internationale font connaître leur position par une accumulation de résolutions, déclarations, décisions, etc., qui constituent des interprétations autorisées de la Charte, il faut y voir la preuve d'une coutume internationale au sens de l'article 38, paragraphe 1 *b*), du Statut.

En l'espèce, les demandeurs soutiennent qu'il existe une norme internationale et des « standards » internationaux de non-discrimination et de non-séparation et ils se réfèrent à la source de droit international dont nous venons de parler. Ils énumèrent des résolutions de l'Assemblée générale qui ont nié vigoureusement et à maintes reprises que l'application d'une politique d'*apartheid* et de discrimination raciale corresponde à une interprétation correcte de la Charte: résolutions 1178 (XII) du 26 novembre 1957, 1248 (XIII) du 30 octobre 1958, 1375 (XIV) du 17 novembre 1959 et 1598 (XV) du 13 avril 1961; ils citent aussi des résolutions du Conseil de sécurité visant la politique d'*apartheid* telle qu'elle est pratiquée dans la République sud-africaine: résolution du 7 août 1953, déclarant la politique du Gouvernement sud-africain incompatible avec les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et contraire aux obligations de ce pays en tant qu'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, et résolution du 4 décembre 1963, aux termes de laquelle « les politiques d'*apartheid* et de discrimination raciale ... répugnent à la conscience de l'humanité... » Les demandeurs citent également le rapport du Comité du Sud-Ouest africain pour 1956.

D'autre part les onze accords de tutelle, qui contiennent chacun une disposition relative à la norme d'après laquelle il est interdit de pratiquer officiellement une discrimination ou une séparation fondées sur l'appartenance à un groupe ou à une race, peuvent être considérés eux aussi comme contribuant à faire universellement accepter la norme de non-discrimination, et cela en sus de l'importance que la disposition en question revêt dans chacun des accords de tutelle par l'effet de l'article 38, paragraphe 1 *a*), du Statut.

Au surplus, la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale en 1948 constitue, sans avoir force obligatoire par elle-même, la preuve de l'interprétation et de l'application qu'il convient de donner aux dispositions pertinentes de la Charte. On peut en dire autant du projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats adopté par la Commission du droit international en 1949, du projet de pacte relatif aux droits civils et politiques, du projet de pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1963 et de certains traités et déclarations de portée régionale tels que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 3 septembre 1953, la Charte de l'Organisation des Etats américains signée le 30 avril 1948, la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948 et le projet de déclaration relatif aux droits et devoirs internationaux de 1945.

De ce qui précède, nous concluons que la norme interdisant la discrimination ou la séparation fondée sur la race est désormais une règle de droit international coutumier, comme le soutiennent les demandeurs, et que par suite les obligations incombant au défendeur à titre de Mandataire sont régies par cette norme juridique, du fait qu'il est Membre de l'Organisation des Nations Unies, soit directement, soit au moins par voie d'interprétation du deuxième alinéa de l'article 2.

L'un des arguments présentés au sujet de l'application de ladite norme juridique est que, même s'il est vrai qu'on puisse faire appel à elle pour évaluer les obligations incombant au défendeur au titre du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, encore faut-il qu'elle ait existé à l'époque où le Mandat a été concédé. C'est là évidemment un problème de droit intertemporel.

Le défendeur nie que l'on puisse appliquer une règle de droit nouvelle à une question née sous le régime d'une règle ancienne ou, en d'autres termes, qu'une règle nouvelle de droit coutumier puisse avoir un effet rétroactif. De leur côté, les demandeurs fondent leur argumentation sur « la pertinence de l'évolution de la pratique et des vues des Etats, l'élargissement des données d'expérience et des connaissances en matière de science politique et sociale que l'on applique à la définition des obligations intéressant la nature et l'objectif du Mandat en général et les dispositions du deuxième alinéa de l'article 2 »; bref, l'argumentation des demandeurs repose sur la notion de « l'évolution continue, dynamique et croissante » de l'obligation du Mandataire.

Sur ce point, nous sommes, pour l'essentiel, de l'avis des demandeurs. Nous admettons qu'une règle nouvelle de droit coutumier est rétroactivement applicable à une question née il y a plus de quarante ans, et cela pour les raisons suivantes.

Il ne s'agit pas en fait d'une opposition entre deux règles de droit, l'une ancienne, l'autre nouvelle; autrement dit nous ne nous trouvons pas devant une règle de droit modifiée, problème qu'il faudrait résoudre en appliquant le principe de la protection des droits acquis, en adhé-

rant par conséquent au principe de la non-rétroactivité. En l'espèce, ce n'est pas la protection des droits acquis du défendeur qui est en jeu, mais ses obligations, car les principaux objectifs du système des Mandats sont d'ordre éthique et humain. Le défendeur n'a pas plus le droit d'adopter aujourd'hui un comportement inhumain qu'il ne l'a eu pendant quarante ans. Par suite, reconnaître qu'il s'est créé une règle nouvelle de droit international coutumier en matière de non-discrimination ne doit pas être considéré comme préjudiciable au Mandataire; cela correspond seulement à une interprétation authentique de dispositions qui existaient déjà, celles du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et celles du Pacte. On a simplement précisé ce qui manquait de précision il y a quarante ans. Ce qui aurait dû être clair depuis quarante ans se trouve dégagé grâce à la création d'une règle nouvelle de droit coutumier, équivalant à une interprétation authentique dont l'effet est rétroactif.

En résumé, le processus de création du droit international coutumier, qui était individualiste, est en voie de transformation et devient collectiviste. On peut voir dans ce phénomène l'adaptation du processus normatif traditionnel du droit international à la réalité concrète marquée par le développement de la communauté internationale organisée. Du point de vue sociologique, on peut dire qu'il y a là une transition entre la création traditionnelle de la coutume et la législation internationale par voie conventionnelle.

\* \* \*

Après avoir invoqué l'article 38, paragraphe 1 *b*), du Statut, les demandeurs fondent subsidiairement leur thèse relative à la norme juridique sur l'article 38, paragraphe 1 *c*), c'est-à-dire sur les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Les demandeurs invoquent cette source de droit international d'une part pour justifier de façon indépendante l'existence de la norme de non-discrimination et d'autre part pour renforcer à titre subsidiaire les arguments qu'ils énoncent à l'appui de leur théorie.

La question est de savoir si la norme juridique de non-discrimination ou de non-séparation qui interdit la pratique de l'*apartheid* peut être reconnue comme un principe effectivement visé par la disposition du Statut dont il s'agit.

Cette disposition est libellée de façon très large et très vague; le sens n'en est pas clair. Elle se prête à de multiples interprétations, qui vont de la plus étroite à la plus libérale.

Il faut donc, pour répondre à la question, préciser la notion de « principes généraux de droit ». La limiter à des principes de droit privé ou à des principes de procédure paraîtrait, du point de vue de l'interprétation littérale, insoutenable. Dans la mesure où ces « principes généraux de droit » ne sont pas précisés, il y a lieu de croire que le terme « droit » recouvre toutes les branches du droit, à savoir le droit interne, le droit public, le droit constitutionnel et administratif, le droit privé, le droit

commercial, le droit touchant au fond et le droit de la procédure, etc. Cela ne veut pas dire que le droit international fasse des emprunts à ces diverses branches de droit mécaniquement ou, pour reprendre l'expression de lord McNair, « en important des institutions d'ordre privé, « en bloc, toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 148).

Ce que le droit international peut puiser avec profit à ces sources, ce sont des « principes » de base, des « principes » directeurs. Ces principes ne doivent donc pas procéder seulement des dispositions législatives et des institutions de droit interne: ils doivent procéder aussi des concepts fondamentaux qui sont à la base de chaque branche du droit et du droit en général, dans la mesure où l'on peut les considérer comme « reconnus par les nations civilisées ».

Par suite, les principes généraux de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut ne se limitent pas à certains principes de droit fondamentaux tels que la limitation de la souveraineté des Etats, l'arbitrage, la limitation du droit de légitime défense, *pacta sunt servanda*, le respect des droits acquis, la responsabilité civile pour préjudice causé à des tiers, le principe de la bonne foi, etc. Il y a lieu d'attribuer à l'épithète « généraux » le sens qu'elle revêt dans les expressions *théorie générale de droit*, *the general theory of Law*, *die Allgemeine Rechtslehre*, ce sens étant: communs à toutes les branches du droit. Mais les « principes » eux-mêmes ont une très grande portée et on peut estimer qu'ils visent non seulement la théorie générale du droit mais encore la théorie générale de chaque branche de droit interne dans la mesure où elle est reconnue par les nations civilisées. On peut en outre concevoir qu'ils comprennent non seulement les principes juridiques mais aussi les concepts juridiques fondamentaux dont les normes juridiques sont constituées: personne, droit, devoir, propriété, acte, contrat, succession, etc.

Bref, ces principes recouvrent ce que l'on peut appeler la « vérité juridique » (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 24).

Il s'agit de savoir si une norme juridique de non-discrimination et de non-séparation existe désormais dans le cadre de la société internationale, comme le soutiennent les demandeurs. Des études de droit comparé prouveraient sans aucun doute qu'il existe dans le droit interne de presque tous les Etats des lois à l'encontre de la discrimination et de la ségrégation raciales. On peut donc faire la preuve que cette norme est reconnue par les nations civilisées. Si la condition relative aux « principes généraux » est bien remplie, si l'on peut dire, en interprétant largement la disposition qui figure à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, que les principes généraux incluent la norme relative à la protection des droits de l'homme, cette norme doit figurer parmi les sources de droit international.

Dans ce contexte, nous devons considérer le rapport qui peut exister entre une norme relative aux droits de l'homme et le droit international. Au départ, les principes généraux sont censés être des principes de droit

privé dégagés grâce à la méthode du droit comparé et applicables par analogie à des questions de caractère international. Ces principes, qui sont par nature communs à toutes les nations, revêtent le caractère de *jus gentium*. Relevant initialement du droit privé et ayant le caractère de *jus gentium*, ils peuvent être incorporés au droit international pour être appliqués par analogie à des questions de caractère international, comme nous savons que peuvent s'appliquer à l'interprétation des traités certaines règles du droit des contrats. Dans le cas de la protection des droits de l'homme sur le plan international, au contraire, il ne s'agit pas de savoir si l'on peut appliquer par analogie un principe ou une norme de droit privé à une question de caractère international, mais de savoir si l'on peut reconnaître la valeur juridique d'un fait juridique identique dans le domaine juridique interne et dans le domaine juridique international.

Bref, les droits de l'homme qu'il s'agit de protéger sont partout les mêmes; ils ne sont pas le produit d'un système juridique particulier dans la hiérarchie de l'ordre juridique; ce sont les mêmes droits de l'homme qu'il faut partout reconnaître, respecter et protéger. L'uniformité des lois internes quant à la protection des droits de l'homme ne s'explique pas, comme dans le cas du droit des contrats et des transactions d'ordre commercial ou maritime, par des considérations d'opportunité de la part des organes législatifs ou par le pouvoir qu'a toute collectivité de créer une coutume; cette uniformité préexistait malgré la forme plus ou moins vague des principes en cause. Cela est de la nature du *jus naturale* du droit romain.

Les droits internes unifiés, qui ont le caractère de *jus gentium*, et le droit relatif aux droits de l'homme, qui a le caractère de *jus naturale* au sens du droit romain, font partie du droit de la communauté mondiale, que l'on peut appeler droit mondial, *common law* de l'humanité (Jenks), droit transnational (Jessup), etc., et ils relèvent en même temps du droit international par le moyen de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Mais il y a toutefois une différence entre les deux cas. Dans le premier, les principes généraux se présentent comme des éléments communs aux divers droits internes; dans le second, il n'existe qu'un seul et même droit valable pour tous les types de sociétés humaines, que leurs rapports résistent d'une hiérarchie ou d'une coordination.

Cette distinction entre les deux catégories de droit de caractère international revêt de l'importance lorsqu'on veut savoir quelle portée attribuer à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Le défendeur soutient que, quand les demandeurs invoquent un principe reconnu par les nations civilisées, ils ne procèdent pas au raisonnement par analogie qu'envisage le paragraphe 1 c) de l'article 38. Aux yeux du défendeur, en effet, la norme de non-différenciation invoquée pour interdire la répartition des individus à l'intérieur d'un même État d'après leur appartenance à une race, une classe ou un groupe ne saurait être appliquée par analogie à l'ordre international, car cela signifierait que toutes les nations doivent être traitées sur un pied d'égalité malgré les différences de race, de couleur, etc., conclusion qui serait absurde

(C.R. 65/47, p. 7). Si nous limitons l'application de l'article 38, paragraphe 1 c), à une stricte transposition analogique de certains principes de droit interne, nous devons effectivement reconnaître le bien-fondé de l'argument du défendeur. Mais cette disposition ne s'applique pas exclusivement à des cas d'analogie avec le droit interne ou le droit privé, bien que de tels cas soient les plus fréquents. Son application doit nécessairement s'étendre à la protection des droits de l'homme sur le plan international. Il ne faut pas y voir un exemple de raisonnement par analogie. En réalité, tout droit de l'homme est un et valable sur le plan international comme sur le plan national.

Le problème n'est pas ici d'ordre *international*, au sens où il intéresserait les Etats entre eux; il porte sur la validité des droits de l'homme dans le domaine international, c'est-à-dire sur la question de savoir si un Etat est tenu de protéger les droits de l'homme sur le plan international comme il est tenu de le faire sur le plan national.

Le principe de la protection des droits de l'homme découle de la notion même de l'homme en tant que *personne* et de ses relations avec la société, que l'on ne peut dissocier du caractère universel de la nature humaine. L'existence des droits de l'homme n'est pas fonction du bon vouloir des Etats sur le plan interne, elle ne dépend ni de leurs lois, ni d'autres mesures législatives; sur le plan international, elle ne dépend ni des traités, ni des coutumes, dans la création desquels leur volonté expresse ou tacite constitue l'élément essentiel.

Les Etats ne sauraient créer les droits de l'homme par législation ou par convention; ils ne peuvent qu'en confirmer l'existence et en assurer la protection. Ils n'ont guère, en la matière, qu'un rôle déclaratoire. C'est bien en ce sens que s'est prononcée la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* (C.I.J. Recueil 1951, p. 23):

« La réponse à ces questions doit être cherchée dans les traits particuliers que présente la Convention sur le génocide... Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime de droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats *même en dehors de tout lien conventionnel*. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire « pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux » (préambule de la Convention) » (Les italiques sont de nous.)

Les droits de l'homme sont nés avec l'homme. Ils ont existé indépendamment des Etats et avant leur création. Les étrangers, les apatrides

même ne peuvent en être privés. Quels que soient le groupe ou la société considérés, depuis la famille, le club, la société commerciale ou industrielle jusqu'à l'Etat ou la communauté internationale, les droits de l'homme doivent être protégés à tous les échelons de cette hiérarchie sociale, exactement comme le droit d'auteur est protégé sur le plan national et sur le plan international. Il ne doit pas y avoir du point de vue juridique solution de continuité en matière de protection des droits de l'homme. Comment pourrait-on croire raisonnablement que les droits de l'homme soient fonction des mesures législatives adoptées par les Etats sur le plan national ou sur le plan international et qu'ils puissent en conséquence être valablement abolis ou modifiés au gré des Etats?

Lorsqu'un droit existe indépendamment de la volonté des Etats et que par suite il ne peut être ni aboli ni modifié, pas même par la voie constitutionnelle, parce qu'il est profondément ancré dans la conscience de l'humanité et dans celle de tout homme raisonnable, on peut l'appeler un *droit naturel* par opposition au *droit positif*.

Les constitutions de certains pays qualifient les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'épithètes telles que *inaliénables, sacrés, éternels, inviolables*, etc. On peut en déduire que la garantie des droits de l'homme et des libertés fondamentales présente une importance supraconstitutionnelle.

Si l'on est fondé à introduire en droit international un *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international), sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les Etats, il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du *jus cogens*.

Par interprétation de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, nous considérons que la notion des droits de l'homme et de leur protection figure parmi les principes généraux visés par ledit article.

On pourrait évidemment critiquer cette interprétation en disant qu'elle nous fait tomber dans le piège de la doctrine du droit naturel. Mais il est indéniable que certains éléments relevant du droit naturel sont inhérents à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Cette disposition élargit le concept de source du droit international et va au-delà des limites du positivisme juridique d'après lequel, les Etats n'étant liés que de leur propre gré, le droit international ne peut être que le produit du consentement des Etats et des restrictions qu'ils s'imposent à eux-mêmes. Il est très net que l'article 38, paragraphe 1 c), s'inspire d'une manière de voir différente, car il ne précise pas que le consentement des Etats soit indispensable à la reconnaissance des principes généraux. Les Etats qui ne reconnaissent pas un principe ou vont même jusqu'à contester sa validité sont néanmoins soumis à son emprise. Grâce à cette source, le droit international peut voir sa validité fondée, en dehors de la volonté des Etats, dans le droit naturel et il revêt en partie l'aspect supranational et suprapositif du droit naturel.

On trouve confirmation du caractère de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut dont nous venons de faire état dans les délibérations du comité

de juristes qui l'a élaboré. Si l'on avait accepté la proposition initiale du baron Descamps, on aurait parlé de « la conscience juridique des peuples civilisés », notion qui faisait clairement appel à l'idée de droit naturel. Les membres positivistes du comité se sont opposés à cette proposition par la voix de M. Root. Le projet définitif, que reproduit l'actuel alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38, a été le fruit d'un compromis entre les deux écoles, naturaliste et positiviste; il n'est donc pas difficile d'y retrouver l'idée de droit naturel (voir notamment Jean Spiropoulos, *Die Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, 1928, p. 60 et suiv.; Bin Cheng, *op. cit.*, p. 24-26).

En outre, si l'article 38, paragraphe 1 c), peut jouer un rôle important en comblant les lacunes des sources positives du droit afin d'éviter des décisions du type *non liquet*, c'est uniquement dans la mesure où cette disposition a trait au droit naturel. Comme l'a dit M. J. L. Brierly: « L'insertion [de cette disposition] est importante parce qu'elle met en échec la doctrine positiviste d'après laquelle le droit international n'est constitué exclusivement que de règles auxquelles les Etats ont donné leur consentement. » (J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6<sup>e</sup> éd., p. 63.) Sur les principes généraux de droit, M. Rosenne a formulé les observations ci-après:

« [Ces principes] jouissant d'une existence indépendante, leur validité en tant que normes juridiques ne tient pas au consentement proprement dit des parties... Le Statut donne officiellement à cet élément la même importance qu'aux deux éléments positivistes que sont la coutume et le traité, ce qui revient à reconnaître, d'un point de vue positiviste, la notion grotienne de la coexistence du droit positif et de ce que l'on appelle le droit naturel des gens (au sens grotien) sans subordination de l'un à l'autre. » (Shabtai Rosenne, *The International Court of Justice*, 1965, vol. II, p. 610.)

Il s'agit donc de savoir si l'on peut dire de la norme de non-discrimination et de non-séparation invoquée comme représentant une sorte de protection des droits de l'homme qu'elle est reconnue par les nations civilisées et fait partie des principes généraux de droit.

Il convient de préciser tout d'abord que la reconnaissance d'un principe par les nations civilisées ne signifie pas, comme nous l'avons vu plus haut, qu'il doive être reconnu par *toutes* les nations civilisées, ni que des actes officiels, législatifs par exemple, soient nécessaires; cette reconnaissance a donc un caractère très souple. Toutefois, le principe de l'égalité devant la loi figure dans le droit interne de presque tous les Etats, quelle que soit la nature de leur régime politique, république ou monarchie, et malgré les différences qui peuvent apparaître dans le degré de précision des dispositions pertinentes. Ce principe fait désormais partie intégrante de la constitution de la plupart des pays civilisés du monde, y compris les pays de *common law*. (D'après Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 2<sup>e</sup> éd., 1956, vol. I, p. 7, environ 73 pour cent des constitutions nationales contiennent des clauses relatives à l'égalité devant la loi.)

Comme nous venons de le dire, il n'est pas indispensable que la reconnaissance de ce principe se manifeste par des actes législatifs; elle peut résulter de l'attitude des délégations des Etats Membres participant à l'élaboration de résolutions, déclarations, etc., contre la discrimination raciale au sein des organes de la Société des Nations, de l'Organisation des Nations Unies et autres organisations qui, nous l'avons vu ci-dessus, jouent un rôle important dans la création du droit international coutumier.

De ce qui précède, on peut déduire que la norme alléguée de non-discrimination et de non-séparation — parce qu'elle se fonde sur la Charte des Nations Unies, notamment sur ses articles 55 *c*) et 56, et sur de nombreuses résolutions et déclarations de l'Assemblée générale et d'autres organes des Nations Unies et parce qu'elle a la nature d'un principe général — constitue une source de droit international au sens des dispositions des alinéas *a*) à *c*) de l'article 38, paragraphe 1, du Statut. En l'espèce donc, on peut invoquer cumulativement trois catégories de sources pour établir l'existence de la norme susmentionnée: 1) les conventions internationales, 2) la coutume internationale, 3) les principes généraux de droit.

Dans la pratique, il suffit de pouvoir invoquer l'une quelconque de ces trois sources, mais il peut théoriquement y avoir une différence dans leur importance relative. D'un point de vue positiviste et volontariste, c'est la convention qui a le plus d'importance, la coutume vient ensuite et les principes généraux ne jouent qu'un rôle auxiliaire. Au contraire, si l'on adopte le point de vue objectif supranational, ce sont les principes généraux qui jouent le premier rôle, les autres ne venant qu'après. Compte tenu du fait que la convention et la coutume sont en général la manifestation et la concrétisation de principes généraux qui existaient déjà, nous sommes quant à nous portés à attribuer à cette troisième source de droit international un rôle essentiel par rapport aux deux autres.

Nous dirons, pour nous résumer, que le principe de la protection des droits de l'homme est reconnu comme constituant une norme juridique au titre des trois sources principales de droit international, savoir: 1) les conventions internationales, 2) la coutume internationale, 3) les principes généraux de droit. Or, le principe de l'égalité devant la loi ou de l'égalité de la protection de la loi correspond lui-même à une sorte de norme fondée sur les droits de l'homme. Par suite, ce que nous avons dit des droits de l'homme en général s'applique au principe de l'égalité. (Voir Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 121. L'auteur reconnaît comme principe général de droit le principe du respect des droits de l'homme, y compris celui de l'égalité devant la loi.)

Nous devons en l'espèce envisager le principe de l'égalité par rapport au Mandat. Les demandeurs arguent de ce principe, qui leur paraît condamner la pratique de l'*apartheid*. Ils soutiennent non seulement que cette pratique constitue une violation des obligations incombant au défendeur au titre de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte (conclusion n° 3), mais aussi que le défendeur, « par l'effet des principes

économiques, politiques, sociaux et éducatifs ... au regard des « standards » internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable ou de ces deux critères à la fois, n'a pas accru, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du Territoire ». Les demandeurs semblent vouloir dire par là que la pratique de l'*apartheid* par le défendeur correspond à une violation des « standards » internationaux et/ou de la norme juridique internationale, c'est-à-dire du principe d'égalité, et constitue par conséquent une violation de l'obligation qui lui incombe d'accroître par tous les moyens, etc. S'il y a effectivement violation de ce principe, la conséquence inévitable doit être que le Mandataire n'accroît pas le bien-être, etc. Il s'agit de savoir si le principe de l'égalité est applicable aux dispositions du Mandat ou non. Le défendeur nie que le Mandat contienne le principe de l'égalité du point de vue de la race, de la couleur, etc.

Sur ce point, nous rappellerons les vues que nous avons exposées plus haut touchant la thèse du défendeur, pour qui la norme de non-discrimination découverte dans la Charte ne fait pas partie intégrante de l'accord de Mandat, ce qui le conduit à soutenir que la question de cette norme n'entre pas dans le cadre des différends visés par le deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

Nous estimons que le principe de l'égalité, sans être expressément mentionné dans l'acte de Mandat, fait, par sa nature même, partie intégrante du système des Mandats et est donc incorporé au Mandat lui-même. Que ce principe figure dans le Mandat se justifie par son caractère de droit naturel.

Il semble paradoxal que les habitants des territoires sous Mandat soient, sur le plan international, mieux protégés que les ressortissants des divers Etats, grâce à l'application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 7, mais ce problème d'interprétation excède le cadre de la présente instance.

Nous allons étudier à présent la teneur du principe de l'égalité qui doit être appliqué à la question de l'*apartheid*.

#### IV

Comme nous l'avons vu, les objectifs du système des Mandats, qui consistent à accroître le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire, sont par nature d'ordre politique. La réalisation de ces objectifs se mesure nécessairement d'après des critères politiques et la méthode utilisée pour les atteindre relève du pouvoir discrétionnaire conféré au Mandataire par le premier alinéa de l'article 2 du Mandat et par l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

Le pouvoir discrétionnaire du Mandataire n'est cependant pas illimité. Outre les règles générales qui interdisent au Mandataire d'abuser de son pouvoir et de témoigner de mauvaise foi dans l'exécution de ses obligations, et en sus des dispositions précises du Mandat et du Pacte, le Mandataire est soumis aux dispositions de la Charte des Nations Unies en sa qualité d'Etat Membre de l'Organisation, au droit interna-

tional coutumier, aux principes généraux de droit et aux autres sources de droit international mentionnées à l'article 38, paragraphe 1, du Statut. D'après la thèse des demandeurs, la norme et/ou les « standards » qui interdisent la pratique de l'*apartheid* ont force obligatoire et limitent le pouvoir discrétionnaire du Mandataire, soit directement, soit par voie d'interprétation du Mandat. Le défendeur, de son côté, nie l'existence de pareille norme et/ou de pareils « standards ».

La divergence de vues entre les Parties peut se résumer comme suit : il s'agit de savoir si la politique de discrimination raciale ou de développement séparé est en soi incompatible avec le bien-être et le progrès social des habitants ou non, c'est-à-dire de savoir si la politique d'*apartheid* est par nature illicite et constitue une violation du Mandat ou bien si cela dépend des motifs qui l'inspirent (bonne ou mauvaise foi), de ses résultats ou de ses effets. Pour le défendeur, l'*apartheid* n'est pas interdit en soi ; seule l'est une sorte particulière de discrimination qui aboutit à l'oppression.

Cette divergence entre les vues fondamentales des Parties retentit sur le rôle qu'elles attribuent aux moyens de preuve à apporter à l'appui de leurs thèses respectives. Au contraire des demandeurs, qui ont nié la nécessité d'appeler à la barre des témoins et des experts et de se rendre sur place, le défendeur a fait appel à de très nombreux témoins et experts et invité la Cour à procéder à une descente sur les lieux au Sud-Ouest africain, en Afrique du Sud et dans d'autres pays d'Afrique.

Nous chercherons tout d'abord à déterminer le contenu de la norme et des « standards » que les demandeurs accusent le défendeur de violer.

Les demandeurs soutiennent, comme ils le disent dans leurs mémoires (p. 108), que le défendeur a violé les obligations lui incombant en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat parce qu'il a agi « d'une manière systématique et positive en vue de s'opposer au bien-être de l'immense majorité de la population du Sud-Ouest africain, d'entraver son progrès social et de contrarier son développement ». Dans cette entreprise systématique, le défendeur a officiellement établi et maintenu la politique d'*apartheid* ou de développement séparé, qui en est un des aspects les plus insidieux. Voici ce qu'il faut entendre par *apartheid*:

« En application de l'*apartheid*, le statut, les droits, les devoirs, les chances et les charges de la population sont arbitrairement déterminés et répartis d'après la race, la couleur et la tribu, dans le cadre d'une structure qui ne tient compte ni des besoins ni des aptitudes des groupes et des individus qu'elle affecte et qui subordonne les intérêts et les droits de la grande majorité des habitants aux préférences d'une minorité. » (Mémoires, p. 108.)

Les demandeurs soutiennent que cette politique « est incompatible avec les conceptions modernes des droits de l'homme, de la dignité et de la liberté de l'homme, qui ne tiennent pas compte de la race, de la couleur ni de la croyance », conclusion que le défendeur conteste.

Les normes juridiques de non-discrimination ou de non-séparation

invoquées comme s'appliquant à l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, et comme rendant l'*apartheid* illicite sont définies par les demandeurs en ces termes :

« Dans l'analyse ci-après des normes juridiques pertinentes, les termes *non-discrimination* ou *non-séparation* sont utilisés dans leur sens habituel et généralement admis : sous une forme négative, ces termes indiquent l'absence d'une politique ou d'une action gouvernementale répartissant le statut, les droits, les devoirs, les privilèges ou les charges compte tenu de l'appartenance à un groupe, à une classe ou à une race et non compte tenu du mérite, des capacités ou des aptitudes des individus ; sous une forme affirmative, ces termes désignent la politique et l'action gouvernementales qui ont pour objet d'assurer aux individus en tant que tels l'égalité des chances et une protection égale devant la loi. » (Réplique, p. 274.)

Les demandeurs veulent montrer qu'il existe des normes juridiques de « non-discrimination » ou de « non-séparation » qui auraient en soi un caractère absolu et inconditionnel ; autrement dit, on doit se prononcer sur le respect ou l'inobservation de ladite norme sans tenir compte des motifs, des résultats, des effets, etc. Par suite, pour les demandeurs, il y a violation de la norme de non-discrimination dès lors qu'existe le moindre fait discriminatoire, abstraction faite de toute intention d'opprimer de la part du Mandataire.

De son côté, le défendeur ne reconnaît pas qu'il existe une norme de non-discrimination absolue et veut prouver qu'il est indispensable d'établir une différenciation entre les groupes pour administrer une communauté multiraciale, multinationale ou multilingue. Les écritures et les comptes rendus des audiences abondent en exemples qui nous montrent que, partout dans le monde où il y a des sociétés multiculturelles, les divers groupes ethniques sont traités de façon différente. Les nombreux exemples de traitement différencié cités par le défendeur ou par les témoins et experts semblent se rattacher au système visant à assurer la protection des groupes minoritaires au sein de collectivités multiculturelles et relèvent non seulement du droit public mais aussi du droit privé.

La doctrine du traitement différencié applicable aux différents groupes est un principe politique fondamental que le défendeur a adopté pour administrer non seulement la République sud-africaine mais aussi le territoire limitrophe qu'est le Sud-Ouest africain. Ce sont les différences d'ordre géographique, historique, ethnologique, économique et culturel entre les divers groupes ethniques qui ont, selon le défendeur, nécessité l'adoption de la politique d'*apartheid* ou de développement séparé. Il dit cette politique indispensable à l'accroissement du bien-être et du progrès social des habitants du territoire. Il soutient que, si chaque groupe doit développer la personnalité qui lui est propre jusqu'au stade de l'autodétermination, c'est le développement séparé qui constitue la meilleure façon d'assurer le bien-être et le progrès social des habitants. L'autre solution possible, consistant à créer une société intégrée mixte dans le cadre d'une démocratie de type occidental, pro-

duirait nécessairement des rivalités, des frictions et des luttes et aboutirait au chaos, à l'effusion de sang et à l'apparition de systèmes dictatoriaux, comme d'autres pays d'Afrique en portent témoignage. Par suite, la méthode la plus appropriée est d'appliquer au territoire le principe de l'administration indirecte, par lequel on conserve le tribalisme en tirant parti de ses avantages.

En résumé, il semble que l'idée sous-jacente à la politique d'*apartheid* ou de développement séparé corresponde à une philosophie raciale qui, sans être absolument identique à l'idéologie nazie, attribue une très grande importance aux éléments raciaux ou ethnologiques en matière politique, juridique, économique et culturelle. Au surplus, la méthode de l'*apartheid* procède de conceptions sociologiques, donc nettement déterministes, comme le prouve le fait qu'au cours de la procédure orale, la position du défendeur a été vigoureusement appuyée par de nombreux témoins et experts qui se trouvaient être des sociologues et des ethnologues.

Contrairement aux demandeurs, qui condamnent la politique d'*apartheid* ou de développement séparé du défendeur en la disant illicite, le défendeur conçoit cette politique comme quelque chose de neutre. Il y voit un outil qui peut être employé à une fin bonne ou mauvaise, exactement comme un couteau peut être utilisé soit par un chirurgien soit par un assassin.

\* \* \*

Avant de résoudre la question, nous devons examiner le contenu du principe de l'égalité devant la loi. L'existence de ce principe est universellement reconnue, comme nous l'avons vu ci-dessus, mais sa teneur précise n'est pas très claire.

Il a été reconnu comme l'un des principes fondamentaux de la démocratie et du gouvernement modernes fondés sur le règne du droit. Sir Hersch Lauterpacht l'a dit dans les termes suivants :

« Le droit d'invoquer l'égalité devant la loi correspond en somme à celui des droits de l'homme qui est absolument fondamental. Il est énoncé en premier dans la plupart des constitutions écrites. C'est le point de départ de toutes les autres libertés. » (Sir Hersch Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, 1945, p. 115.)

Historiquement, ce principe découle de l'idée chrétienne de l'égalité des hommes devant Dieu. Les hommes sont tous les enfants de Dieu et sont donc tous frères, malgré les différences imposées par la nature et la société, entre l'homme et la femme, l'époux et l'épouse, le maître et l'esclave, etc. L'idée de l'égalité des hommes vient du fait que ceux-ci « se distinguent des autres êtres vivants par un élément commun, la raison » (Lauterpacht, *op. cit.*, p. 116). Cette idée, qui existait déjà chez les stoïciens, a été développée par les scolastiques et reprise par les tenants du droit naturel et les encyclopédistes du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle. Elle a pris corps, du point de vue législatif, à la fin du

XVIII<sup>e</sup> siècle, en apparaissant pour la première fois dans les déclarations des droits de certains Etats d'Amérique, puis dans la Déclaration des droits de l'homme de la Révolution française; enfin, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, le principe de l'égalité est devenu, comme nous l'avons vu, l'un des éléments communs aux constitutions des pays modernes d'Europe et d'autres régions.

D'un point de vue philosophique, le principe de l'égalité devant la loi se rattache à notre avis aux notions de liberté et de justice. La liberté de l'individu, qui est l'une des idées fondamentales du droit, n'est pas absolue et doit être limitée par le principe de l'égalité, qui permet d'attribuer à chaque individu la part de liberté qui lui revient. En d'autres termes, il ne peut y avoir de liberté qu'à condition d'appliquer le principe de l'égalité.

De quelle façon l'individu se voit-il attribuer sa part de liberté eu égard au principe d'égalité? Quel est le contenu de ce principe? Le principe est que ce qui est égal doit être traité également et que ce qui est différent doit être traité différemment, c'est-à-dire en fonction de la différence de fait. C'est ce qu'Aristote appelait la justice commutative et la justice distributive.

La base du principe de l'égalité est que tous les hommes ont la même valeur intrinsèque, qu'ils constituent une fin en soi et ne peuvent servir d'instrument à autrui, ce qui interdit par conséquent l'esclavage. L'idée de l'égalité des hommes en tant que personnes et de l'égalité de traitement entre les personnes est par nature d'ordre métaphysique. Elle est à la base de tous les systèmes de droit modernes, démocratiques et humanitaires, en tant que principe de droit naturel. Toutefois, cette idée n'exclut pas la possibilité de traiter les personnes différemment compte tenu de différences de fait, c'est-à-dire compte tenu du sexe, de l'âge, de la langue, de la religion, de la situation économique, de l'instruction, etc. Appliquer mécaniquement un même traitement à des situations différentes serait aussi injuste qu'appliquer un traitement différent à des situations semblables.

Nous savons que le droit répond aux besoins concrets d'individus et de sociétés considérés isolément. Si les individus diffèrent les uns des autres et si les sociétés diffèrent les unes des autres, leurs besoins diffèrent nécessairement et par suite le contenu du droit peut n'être pas le même partout. D'où la relativité du droit quant aux situations particulières.

L'histoire du droit atteste qu'il existe, à côté d'une tendance à la généralisation, une tendance remarquable à l'individualisation ou à la différenciation, que révèlent par exemple l'élaboration d'un droit commercial distinct du droit privé général dans les pays de droit civil ou la création du droit du travail. Le fait que le droit commercial et le droit du travail soient devenus des branches indépendantes du droit peut se concevoir comme l'octroi d'un privilège à la classe des commerçants ou à celle des travailleurs ou comme un traitement spécial au bénéfice de ces classes. En droit criminel, la législation pénale a témoigné récemment d'une tendance à l'individualisation de la peine.

Nous pouvons donc dire que le principe de l'égalité devant la loi

ne correspond pas à une égalité absolue, qui voudrait que les hommes soient tous traités également compte non tenu des situations individuelles et concrètes, mais correspond plutôt à une égalité relative, c'est-à-dire au traitement égal de ce qui est égal et inégal de ce qui est inégal.

Il s'agit de savoir dans quels cas le traitement doit être identique ou différent. Si l'on retenait le fait que personne n'est à strictement parler égal à qui que ce soit d'autre et que chacun peut se prévaloir de certaines particularités, on pourrait facilement faire échec au principe de l'égalité de traitement en invoquant n'importe quelle différence d'ordre concret et juridique; cela reviendrait pratiquement à nier l'existence dudit principe. Il ne peut être question d'un traitement différencié que dans la mesure où il porte sur ce qui fait précisément la différence. Traiter différemment ce qui est inégal, en fonction de cette inégalité, n'est pas seulement licite mais indispensable. Le problème est de savoir s'il y a ou non différence. Par suite, l'existence de certaines différences ne justifie pas n'importe quelle forme de traitement différencié, mais seulement le traitement différencié qui correspond bien aux différences elles-mêmes, celui qu'impose l'idée de justice. «Le principe qui veut que l'on traite également ce qui est égal et inégalement ce qui est inégal est un des éléments essentiels de l'idée de justice.» (Goetz Hueck, *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung in Privat-recht*, 1958, p. 106 [traduction de l'anglais].)

Bref, la différence de traitement est licite lorsqu'elle peut se justifier d'après le critère de la justice. On peut d'ailleurs remplacer la notion de justice par celle de *comportement raisonnable* qu'invoque en général l'école juridique anglo-américaine.

Le critère de la justice ou du comportement raisonnable en matière de différences de traitement exclut en bonne logique l'arbitraire. La notion d'arbitraire se réfère en l'occurrence à des faits purement objectifs et non à la situation subjective des intéressés. On peut donc déterminer l'arbitraire sans se préoccuper du mobile ou de l'objet.

Il n'est pas douteux que le principe de l'égalité a force obligatoire pour les organes administratifs. Le pouvoir discrétionnaire qu'ils exercent compte tenu de considérations d'opportunité est limité par la norme de l'égalité et toute infraction à cette norme rend une mesure administrative illégale. Le pouvoir judiciaire doit lui aussi obéir à ce principe. Mais qu'en est-il du pouvoir législatif? Lorsqu'une constitution formule le principe de l'égalité en des termes tels que: «Tous les citoyens sont égaux devant la loi», on peut se demander si ce principe lie aussi le législateur. Etant donné la nature du principe, il faut nécessairement répondre par l'affirmative. On ne saurait autoriser le législateur à exercer ses pouvoirs arbitrairement et déraisonnablement. Il est lié non seulement dans l'exercice du pouvoir législatif ordinaire, mais aussi dans l'exercice du pouvoir constituant. La raison en est que le principe de l'égalité, relevant du droit naturel et étant par conséquent d'ordre supraconstitutionnel, se trouve au sommet de la hiérarchie du système de droit et que toutes les lois positives, constitution comprise, doivent s'y conformer.

Pour justifier sa politique d'*apartheid* ou de développement séparé, le défendeur invoque de nombreux exemples de traitement différencié: traités de minorités, toilettes publiques distinctes pour hommes et femmes, etc. En pareils cas, personne n'irait critiquer la différence de traitement sous prétexte qu'elle viole la norme de non-discrimination ou de non-séparation, à supposer que cette norme existe. Les demandeurs ont beau arguer du caractère absolu de la norme, ils ne pourraient, même de leur point de vue, soutenir que les cas précités de traitement différencié en constituent une violation.

Quel est donc le critère qui permet de faire la distinction entre une discrimination licite et une discrimination illicite?

Dans le cas des traités de minorités, la norme de non-discrimination, représentant l'autre face du principe de l'égalité devant la loi, interdit à un Etat de priver les membres d'un groupe minoritaire des droits, intérêts et débouchés assurés au groupe majoritaire. On leur garantit au contraire le libre exercice de leur religion et la liberté de l'enseignement. Si on leur confère ces garanties, c'est par souci de protéger leurs intérêts et non pas en vue de pratiquer une discrimination. Comme le but est de les protéger, la protection ne peut pas leur être imposée et ils sont par conséquent libres de l'accepter ou de la refuser.

De toute façon, dans le cas d'une minorité, on offre à ses membres, qui sont citoyens au même titre que les membres du groupe majoritaire, la possibilité de préserver leurs valeurs religieuses, éducatives ou linguistiques, ce qui revient à reconnaître les droits de l'homme et les libertés fondamentales qui sont les leurs.

Dans ces conditions l'esprit des traités de minorités n'est pas négatif ou prohibitif, mais positif et confirmatif.

Il s'agit de savoir si la politique d'*apartheid* ou de développement séparé s'inspire du même esprit que les traités de minorités auxquels le défendeur n'a cessé de se référer, ou si l'on peut s'appuyer sur le traitement différent des deux sexes quant aux toilettes publiques pour justifier la politique d'*apartheid*.

En ce qui concerne l'*apartheid*, nous ne pouvons contester qu'il soit raisonnable en certaines matières et à certains égards de traiter différemment les groupes ethniques. Comme nous l'avons vu, la différenciation en droit et en politique représente l'une des tendances les plus remarquables de la société politique moderne. Cette tendance, procédant elle-même de la notion de justice, ne peut pas être tenue pour néfaste. Par ce biais, la justice s'adapte à la réalité sociale dont la structure va se compliquant et se diversifiant de plus en plus du point de vue de l'économie, de l'emploi, de la culture, etc.

C'est pourquoi le traitement différencié doit nécessairement, nous l'avons dit, se justifier par son caractère raisonnable. Il peut être raisonnable de protéger certains droits et certaines libertés fondamentales de l'homme, comme nous l'avons vu à propos des traités de minorités,

ou bien de tenir compte d'éléments de distinction tels que l'incapacité des mineurs à conclure des contrats, ou les différences physiques entre hommes et femmes.

En ce qui concerne la protection des minorités, ce que l'on protège, ce n'est pas le groupe religieux ou linguistique dans son ensemble, mais les individus qui le composent, le groupement religieux ou linguistique ne correspondant qu'à un nom et ne constituant pas un groupe à proprement parler. S'agissant du traitement différencié appliqué aux mineurs ou aux hommes et aux femmes du fait de leur sexe, il est évident que dans un pays donné les mineurs, les incapables, les hommes, les femmes ne représentent ni les uns ni les autres des groupes. Il est douteux que l'on puisse assimiler un groupe racial ou ethnique à des catégories comme celles des mineurs, des incapables, des hommes ou des femmes. Sur ce point, notre conclusion est négative. Nos raisons sont les suivantes : aucune définition scientifique et précise de la race n'a été établie ; ce que l'homme prend en général, par simple bon sens, pour des critères permettant de distinguer les races entre elles, c'est l'apparence extérieure, notamment certaines caractéristiques physiques, comme la couleur de la peau, les cheveux, etc., lesquelles ne constituent pas en soi des éléments pertinents justifiant un traitement politique ou juridique différent ; s'il peut être nécessaire de traiter une race différemment d'une autre, cette nécessité ne s'explique pas par des caractéristiques physiques ou raciales, mais par des facteurs d'ordre religieux, linguistique, éducatif, social, etc., qui sont en eux-mêmes sans rapport avec la race ou la couleur.

En résumé, dans des cas de ce genre, un traitement différencié peut s'imposer raisonnablement du fait de différences quant à la religion, la langue, l'instruction, les coutumes, etc., mais non pas du fait de la race ou de la couleur. C'est pourquoi le défendeur essaye parfois de justifier le traitement différencié qu'il applique aux groupes en s'appuyant sur la notion de groupes culturels. La différence de traitement se justifierait alors si une différence culturelle l'imposait véritablement. Mais il y aurait lieu de la condamner si des raisons d'ordre culturel étaient invoquées pour dissimuler une intention sous-jacente d'ordre racial.

De toute façon, comme nous l'avons vu ci-dessus, tous les hommes sont égaux devant la loi et ont des chances égales, indépendamment de leur religion, de leur race, de leur langue, de leur sexe, de leur groupement social, etc. Ce sont des personnes et leur dignité veut qu'ils soient traités en tant que personnes. Tel est le principe de l'égalité, qui constitue l'un des droits de l'homme et l'une des libertés fondamentales ayant un caractère universel, valable pour l'humanité entière. D'autre part, les hommes étant dotés d'une individualité, vivant dans des milieux divers et dans des situations différentes, ne sont pas tous semblables et ils ont besoin, à certains égards, d'être traités différemment sur le plan politique, juridique et social. D'où les exemples de traitement différencié cités plus haut. L'égalité de traitement est un principe mais, à l'appliquer mécaniquement, sans avoir égard à tous les facteurs concrets, on engendre l'injustice. C'est ce qui justifie un traitement différencié sur la base de circonstances concrètes correspondant à des cas

particuliers. Pareil traitement est autorisé, voire requis, pour des considérations de justice; il ne représente pas un déni de justice.

L'égalité étant donc la règle et la différence de traitement l'exception, il incombe à ceux qui appliquent un traitement différencié d'en prouver la raison d'être et le caractère raisonnable.

La norme de non-discrimination ou de non-séparation, présentée par les demandeurs comme absolue, semblerait ne pas souffrir d'exception. La politique d'*apartheid* ou de développement séparé, en vertu de laquelle le statut, les droits, les devoirs, les privilèges ou les charges sont répartis compte tenu de l'appartenance à un groupe, à une classe ou à une race et non compte tenu du mérite, des capacités ou des aptitudes des individus, est aux yeux des demandeurs illicite, que les motifs en soient inspirés par la bonne ou la mauvaise foi, par l'intention d'opprimer ou par celle de protéger, et que les effets ou les résultats en soient bons ou mauvais pour les populations en cause. Si l'on s'en tenait à ce point de vue, toutes les mesures de protection adoptées dans le cas des minorités et dans certains autres cas relèveraient d'une discrimination illicite, et c'est là une conclusion qui étonnerait de la part des demandeurs. Mais ils considèrent que pareilles mesures n'ont rien à voir avec la question de la discrimination. Dans le cas des traités de minorités, la protection que l'on entend accorder aux habitants vise leur existence, leur liberté et le libre exercice de leur religion. Or, le défendeur explique précisément la politique d'*apartheid* par ce genre de raison, c'est-à-dire par le même souci de protection que celui dont s'inspirent les traités de minorités.

Nous devons reconnaître, d'une part, que le traitement différencié est licite dès lors qu'il contient un élément de justice ou présente un caractère raisonnable. Mais nous ne pouvons pas, d'autre part, tenir pour licites toutes les mesures de différenciation qui ont été appliquées ou qui vont l'être dans le cadre de l'*apartheid* ou du développement séparé. Le défendeur a essayé de prouver dans ses écritures et dans les témoignages produits par lui qu'il existe une tendance générale à la différenciation entre les groupes religieux, raciaux et linguistiques. Mais, pour les demandeurs, les nombreux exemples cités par le défendeur et par ses témoins et experts ne sauraient justifier la politique d'*apartheid*, parce qu'ils se situent sur un plan tout à fait différent de celui de l'*apartheid* et parce qu'ils sont par nature parfaitement étrangers à cette politique, laquelle fait essentiellement appel à une certaine philosophie raciale et à une certaine sociologie des groupes.

Ce qui importe c'est de savoir si, pour les besoins de la justice, il est nécessaire de faire exception au principe de l'égalité; or, il incombe au défendeur de prouver cette nécessité, c'est-à-dire de démontrer le caractère raisonnable du traitement différencié qu'il applique.

A propos du *comportement raisonnable*, deux considérations entrent en ligne de compte. Il faut, d'une part, savoir s'il est indispensable de faire exception sur le plan individuel au principe général de l'égalité devant la loi et de l'égalité des chances. En ce sens, la nécessité peut être conçue comme étant de même nature que celle à laquelle répondent

les traités de minorités, qui visent à assurer certaines protections et à accorder certains avantages. Il faut, d'autre part, savoir si le traitement différencié est ou non préjudiciable à la dignité de l'individu.

Par exemple, en matière d'enseignement, question sur laquelle les Parties se sont longuement attardées, l'utilisation de la langue vernaculaire comme moyen d'enseignement présente un intérêt incontestable, ce qui conduit à créer des écoles séparées pour les enfants des divers groupes ethniques, notamment pour les blancs et les « indigènes ». En ce sens, on peut estimer que l'enseignement séparé et les établissements scolaires séparés ont un caractère raisonnable. Cela se justifie par la nature du problème en cause. Même en pareil cas pourtant, comme il s'agit d'un problème racial et ethnique délicat, il faut être extrêmement prudent dans la façon de le traiter. En revanche, pour ce qui concerne l'utilisation de certains services publics, hôtels, autobus, etc., on ne saurait justifier un traitement discriminatoire et séparé sur la base des groupes raciaux comme on peut justifier la séparation des fumeurs et des non-fumeurs dans les trains.

Nous ne pouvons condamner la totalité des mesures adoptées au titre de la politique d'*apartheid* ou de développement séparé qu'applique le défendeur, notamment celles qu'envisage la Commission Odendaal, sous prétexte qu'elles sont motivées par la notion de race et, par suite, n'ont aucun caractère raisonnable. Il se peut que certaines mesures soient de même nature que les mesures de protection prévues par les traités de minorités et autres. Nous ne pouvons toutefois approuver comme présentant un caractère raisonnable toutes les mesures constituant une sorte de traitement différencié qui sont prises en vertu de la politique d'*apartheid*.

La politique d'*apartheid* se caractérise notamment par des restrictions fondées sur la distinction raciale. On cherche par certaines mesures à protéger les indigènes, comme en témoigne la création de réserves et de foyers (*homelands*) qui s'assortit de restrictions apportées aux droits fonciers; mais il est fait état aussi de plusieurs sortes de restrictions apportées aux droits et aux libertés des « indigènes » qui vivent et travaillent dans le secteur méridional, c'est-à-dire dans la région blanche en dehors des réserves. Ces restrictions, si tant est qu'elles existent bien, se présentent dans de nombreux cas comme des violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales; elles constituent donc des infractions au principe de l'égalité devant la loi, notamment en ce qui concerne la discrimination faite entre les indigènes et les blancs.

\* \* \*

Nous ne sommes pas ici tenus de traiter de façon exhaustive des allégations formulées par les demandeurs quant aux violations du Mandat dont le défendeur se rendrait coupable par la législation (au sens large) qu'il applique au territoire. En effet, les demandeurs ne reprennent pas dans leurs conclusions les points énumérés à ce sujet dans leurs mémoires (p. 118-166). Nous ne sommes donc pas tenus de

donner notre avis sur ces questions. Mais à titre d'exemple nous allons en évoquer quelques-unes. Ce qu'il s'agit de trancher pour nous, c'est la question de savoir si la politique d'*apartheid* appliquée par le défendeur constitue ou non une violation du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat.

A titre d'exemple, nous envisagerons la liberté de choix de l'emploi (cf. mémoires, p. 121, 122 et 136).

En ce qui concerne la fonction publique, la participation des « indigènes » à l'administration semble dans la pratique limitée aux emplois les plus bas et les moins spécialisés, ceux de commissionnaire et de balayeur par exemple. Cette pratique des emplois réservés pour les « indigènes » est confirmée par le budget territorial, où les emplois sont répartis en deux rubriques, selon qu'ils concernent les « européens » ou les « indigènes ».

Dans les industries extractives, les « indigènes » ne peuvent, par exemple, obtenir de permis de prospection pour les gisements de métaux précieux ou de minéraux de base; ils ne peuvent non plus faire le commerce de métaux précieux non travaillés, ni occuper des postes de directeur, directeur adjoint, chef de service ou chef d'exploitation au fond, etc., dans des mines appartenant à des personnes d'origine « européenne»; enfin ils ne peuvent pas non plus entrer dans les cadres de la police. En ce qui concerne ces emplois, l'avancement des « indigènes » se heurte à certains « plafonds » déterminés. Le rôle de l'« indigène » est limité à celui d'ouvrier non qualifié.

Dans l'industrie de la pêche, les entreprises ont en majeure partie pour propriétaires et dirigeants des « européens ». Dans l'ensemble, le rôle des indigènes est limité aux travaux non qualifiés (mémoires, p. 119).

En ce qui concerne les chemins de fer et les ports, tous les postes supérieurs de l'administration sont réservés aux « européens », sous réserve de certaines exceptions temporaires. Il semble que la politique officielle soit de ne pas recruter de « non-européens » parmi les cadres.

La question est de savoir si ces restrictions sont raisonnables ou non et s'il est véritablement indispensable de faire exception à l'application générale du principe de l'égalité ou de la non-discrimination.

Au cours de la procédure orale, les Parties ont examiné longuement et en détail le problème des « plafonds ». Pour se défendre contre les accusations d'arbitraire, d'injustice et de comportement déraisonnable que formulent les demandeurs, le défendeur présente, en résumé, deux arguments: il allègue d'une part la nécessité d'assurer la paix sociale et d'autre part le principe de l'équilibre ou de la réciprocité.

Le défendeur soutient que, d'une manière générale, les blancs ne veulent pas servir sous les ordres des « indigènes » dans la hiérarchie industrielle ou bureaucratique. Si l'on ne tenait pas compte de ce fait et si les « indigènes » pouvaient occuper des situations les mettant à même d'exercer une autorité sur les blancs, il y aurait nécessairement des frictions entre les deux groupes et la paix sociale serait perturbée. En présentant cet argument, le défendeur semble manifester un certain pessimisme sur la possibilité de voir coexister harmonieusement divers éléments raciaux et ethniques au sein d'une société intégrée.

Il peut indéniablement exister entre les groupes raciaux et ethniques des causes de friction, de conflit et d'animosité qui font obstacle à leur coexistence et à leur coopération au sein d'une communauté politique paisible. Nous admettrons volontiers que c'est là un aspect de la réalité de la nature humaine et de la vie en société. Il n'en est pas moins vrai que l'humanité aspire à un idéal, qu'elle lutte pour un idéal, qui est de réaliser une société harmonieuse à partir d'éléments racialement hétérogènes en surmontant les difficultés nées de préjugés et d'antagonismes raciaux instinctifs et primitifs. Ces sentiments instinctifs doivent être étouffés et non pas encouragés. Dans les sociétés démocratiques modernes, c'est essentiellement grâce aux progrès de l'enseignement humanitaire que l'on parviendra à ce résultat. Mais la politique et le droit ont un rôle tout aussi important à jouer en ce qui est d'atténuer les préjugés et antagonismes raciaux afin d'éviter un effondrement et une catastrophe. L'Etat est tenu d'éduquer la population en ce sens au moyen de mesures législatives et administratives appropriées.

Quand on prend en considération la réaction psychologique des blancs qui, s'il n'y avait pas de « plafonds », devraient se soumettre, le cas échéant, à l'autorité d'« indigènes », on ne fait rien d'autre que justifier ou reconnaître officiellement ce préjugé racial ou ce sentiment de supériorité raciale de la population blanche qui est contraire à la dignité humaine.

En outre, les individus qui pourraient par leur mérite personnel progresser dans la hiérarchie s'il n'y avait pas de « plafonds » sont indûment privés de cette possibilité de promotion.

Le défenseur soutient que les individus qui se voient interdire dans les régions blanches d'occuper des emplois répondant à leurs capacités et à leurs aptitudes peuvent trouver satisfaction dans leur propre foyer (*homeland*), où ils ne font l'objet d'aucune restriction. Toutefois, même s'ils trouvent des emplois dans leur foyer, leur situation risque d'être sensiblement différente et par suite, dans la plupart des cas, ils peuvent n'avoir pas envie de retourner dans les foyers du secteur septentrional et l'on ne saurait les y forcer.

Le défenseur, probablement conscient du caractère déraisonnable de ces situations pénibles, essaye d'expliquer qu'il s'agit d'un sacrifice nécessaire exigé de certains individus dans l'intérêt du maintien de la paix sociale. Or, il est injuste d'exiger un sacrifice au profit de la paix sociale lorsque ce sacrifice est si grave qu'il revient à humilier la personne humaine dans sa dignité.

La création de « plafonds » appliqués à certains emplois viole les droits de l'homme au détriment des « indigènes » de deux façons : il y a d'abord violation du principe de l'égalité devant la loi et du principe de l'égalité des chances ; il y a ensuite violation du droit de choisir librement son emploi.

D'autre part, le défenseur préconise la création de « plafonds » en arguant du principe de la réciprocité ou de l'équilibre entre deux situations juridiques : s'il est vrai que, dans les régions blanches, les « indigènes » voient restreindre certains de leurs droits et de leurs libertés, inversement, dans les régions « indigènes », des limites correspondantes

sont mises aux droits et aux libertés des blancs. Le défendeur veut prouver par là qu'en bonne logique le principe de l'égalité des blancs et des « indigènes » est bien respecté. Mais il ne suffit pas, pour justifier le traitement différencié défavorisant un certain groupe ethnique dans la région A, que le même traitement soit appliqué à un autre groupe dans la région B. Dans chaque cas pris isolément, le traitement inégal constitue un comportement illicite; il ne saurait y avoir compensation entre l'un et l'autre, pas plus qu'il ne peut y en avoir entre deux obligations résultant chacune d'actes illicites.

Au surplus, si l'on envisage les intérêts des différents groupes, ceux des « indigènes » vivant dans la région blanche en dehors des réserves sont bien plus considérables que ceux des blancs vivant dans les zones indigènes, car le nombre des « indigènes » est de loin supérieur. Arguer de la compensation est donc injuste au point de vue quantitatif.

On soutient également, en ce qui concerne les restrictions imposées aux non-blancs qui voudraient faire des études d'ingénieur, que le véritable but de cette politique est d'empêcher les intéressés de se sentir frustrés lorsqu'ils se verraient dans l'impossibilité de trouver des assistants blancs pour servir sous leurs ordres. On n'est cependant pas fondé à prendre prétexte de ce sentiment de frustration éventuel pour limiter les possibilités d'enseignement offertes aux non-blancs; en effet ce sentiment s'explique par un préjugé racial des blancs qui doit être éliminé et d'autre part il est plus important de donner aux non-blancs la possibilité d'une promotion sociale dans l'avenir. Il n'est donc pas justifié d'arguer du sentiment de frustration chez les non-blancs.

\* \* \*

Pour terminer, nous formulerons les observations suivantes sur les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs.

1. Le principe de l'égalité devant la loi exige que ce qui est égal soit traité également et que ce qui est différent soit traité différemment. La question se pose donc de savoir ce qui est égal et ce qui est différent.

2. Tous les êtres humains, malgré des différences quant à leur aspect extérieur et à d'autres caractéristiques mineures, sont égaux dans leur dignité en tant que personnes, de sorte que, du point de vue des droits de l'homme et de libertés fondamentales, il est indispensable de les traiter également.

3. Le principe de l'égalité ne s'entend pas d'une égalité absolue mais d'une égalité relative; autrement dit, la différence de traitement doit correspondre à la différence des situations concrètes et individuelles. Un traitement différencié ne doit pas être appliqué arbitrairement; il doit avoir un caractère raisonnable ou bien se conformer à la justice, comme dans le cas du traitement appliqué aux minorités ou du traitement différent des deux sexes quant aux toilettes publiques, etc. En pareils cas, la différenciation vise la protection des intéressés, elle ne leur porte pas préjudice et elle ne leur est donc pas imposée contre leur gré.

4. La discrimination fondée sur « la race, la couleur, l'origine nationale ou tribale » lorsqu'il s'agit de fixer les droits et les devoirs des habitants du territoire n'est pas considérée comme raisonnable ou juste. La race, la couleur, etc., ne sont pas en soi des éléments qui peuvent influencer sur les droits et les devoirs des habitants, comme c'est le cas pour le sexe, l'âge, la langue, la religion, etc. Lorsqu'il doit y avoir une différenciation, elle doit s'expliquer par la différence de langue, de religion, de coutume, etc., et non par la différence raciale en soi. Or, dans le cas de la politique d'*apartheid*, la relation logique et concrète indispensable qui doit exister entre la différence et le traitement différencié, et qui peut justifier le traitement différent des deux sexes, le traitement spécial des minorités, etc., n'existe pas.

Nous ne voyons pas dans quel cas la distinction entre « indigènes » et blancs — la distinction raciale à proprement parler, en dehors des différences d'ordre linguistique ou culturel — pourrait influencer nécessairement sur la répartition des droits et des devoirs des habitants du territoire.

5. Par conséquent, la pratique de l'*apartheid* est fondamentalement déraisonnable et injuste. Ce caractère déraisonnable et injuste n'est pas fonction de l'intention ni des mobiles du Mandataire, donc de sa mauvaise foi. C'est la distinction fondée sur la race qui est en soi contraire au principe de l'égalité, lequel relève du droit naturel, et qui est par suite illicite.

La thèse du défendeur dont nous avons fait état et d'après laquelle la politique d'*apartheid* a un caractère neutre, car c'est un outil dont on peut se servir à une fin ou à une autre, n'est pas fondée. Si la politique d'*apartheid* n'est qu'un moyen, on peut lui appliquer cet axiome que la fin ne justifie pas les moyens.

6. S'agissant des allégations relatives à la violation par le défendeur des obligations qui lui incombent en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, nous dirons que la politique d'*apartheid*, qui englobe des éléments incompatibles avec le principe de l'égalité devant la loi, viole l'article en question, car le respect du principe de l'égalité devant la loi doit être considéré comme une condition indispensable à l'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des habitants du territoire.

7. Comme nous l'avons vu, en ce qui concerne l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, seules des questions de caractère juridique peuvent être du ressort de la Cour. Diverses mesures que le défendeur, en qualité de Mandataire, a adoptées dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour accroître le bien-être matériel et moral et le progrès social des habitants ne relèvent pas d'un examen judiciaire, car elles appartiennent au domaine politique et administratif.

Par suite, certaines questions qui ont été exposées de façon extrêmement détaillée dans les écritures et au cours de la procédure orale — comme la question de savoir si l'objectif ultime du système des Mandats doit être l'indépendance ou l'annexion et si, dans le premier cas, il faut

préférer pour l'administration locale un régime unitaire ou un régime fédéral, ou bien la question de savoir si et dans quelle mesure on peut ou doit appliquer le principe de l'administration indirecte ou respecter la coutume tribale — n'ont, bien qu'elles soient fondamentalement liées à la politique d'*apartheid*, aucune pertinence pour une décision juridique sur le problème de l'*apartheid*.

Ces questions revêtent en effet un caractère purement politique ou administratif et c'est aux organes compétents de la Société des Nations ou de l'Organisation des Nations Unies qu'il aurait fallu ou qu'il faudrait peut-être en renvoyer l'étude et l'examen.

8. La Cour ne peut juger de la légalité ou de l'illégalité de la politique d'*apartheid* dans son ensemble; mais elle peut dire qu'il existe dans cette politique des éléments qui ne sont pas conformes au principe de l'égalité devant la loi, aux « standards » internationaux ou à la norme internationale de non-discrimination et de non-séparation. Elle peut déterminer si elle doit l'examiner en fonction du principe de l'égalité des lois, proclamations, ordonnances et autres mesures officielles prises pour mettre en œuvre la politique d'*apartheid*. Aux fins des présentes affaires, il suffit peut-être de procéder, comme nous l'avons fait ci-dessus, à l'étude de quelques points à titre d'exemple pour établir que le défendeur viole le principe de l'égalité et par suite les obligations que lui impose le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et l'article 22 du Pacte.

9. Les mesures incriminées par les demandeurs semblent correspondre à des violations de certains des droits de l'homme et des libertés fondamentales: droits concernant la sécurité de la personne, droit de résidence, liberté de déplacement, etc. Or, ces mesures étant appliquées aux seuls « indigènes » à l'exclusion des « blancs », les violations incriminées, si elles existent, constituent peut-être en même temps des violations du principe d'égalité et de non-discrimination.

Bref, nous interprétons les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs comme visant la violation par le défendeur de deux catégories de droits de l'homme, les droits individuels et les droits à l'égale protection de la loi. Il est indéniable qu'en qualité de Mandataire le défendeur est tenu de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales, notamment les droits à l'égale protection de la loi, qui sont une condition indispensable au bien-être matériel et au progrès social des habitants du territoire. Ainsi, ce que nous avons exposé ci-dessus au sujet du principe de l'égalité envisagé sous l'angle des dispositions de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, est applicable aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales en général.

10. Du point de vue de la procédure, il y a lieu de considérer deux problèmes. Le premier intéresse l'effet de l'amendement que les demandeurs ont apporté à leurs conclusions nos 3 et 4 (mémoires, 15 avril 1961, p. 197-199) dans leurs conclusions du 19 mai 1965 (C.R. 65/35). Comme il est licite de modifier les conclusions jusqu'au stade de la procédure orale et que la modification a été faite dans le cadre de la demande énoncée par les requêtes, rien ne permet de contester sa validité. De

plus, nous tenons à signaler que, pendant la procédure orale, le défendeur n'a formulé aucune objection à l'encontre dudit amendement.

Le second problème concerne le choix par la Cour des motifs de ses décisions.

A ce sujet, nous estimons que, tout en étant liée par les conclusions des Parties, la Cour est parfaitement libre de choisir les motifs de ses décisions. Les Parties ont la latitude de présenter et de développer les thèses qu'elles désirent quant à l'interprétation des dispositions du Mandat, du Pacte, de la Charte, etc., mais, n'étant nullement liée en matière juridique par les arguments des Parties, la Cour peut exercer comme elle l'entend sa faculté d'interprétation pour approuver ou rejeter les conclusions des Parties.

Pour les motifs exposés ci-dessus, les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs sont bien fondées.

## V

Nous allons ci-après examiner une par une les autres conclusions des demandeurs.

La conclusion finale n° 5 est ainsi conçue :

« Le défendeur, par ses paroles et par ses actes, a agi à l'égard du Territoire d'une manière incompatible avec le statut international du Territoire et a entravé par là les chances qu'avaient les habitants du Territoire de s'engager dans la voie de l'autodétermination; ... ces agissements constituent une violation des obligations du défendeur telles qu'elles figurent au premier alinéa de l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; ... le défendeur a le devoir de mettre sur-le-champ un terme à ces agissements et de s'abstenir dans l'avenir de pareils agissements; et ... le défendeur a le devoir de respecter en toute bonne foi le statut international du Territoire. » (C.R. 65/35, p. 70).

Les actes du défendeur que les demandeurs déclarent incompatibles avec le statut international du territoire sont les suivants (mémoires, chap. VIII, p. 189-194):

- a) attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union aux habitants du territoire;
- b) représentation du Sud-Ouest africain au Parlement de l'Union;
- c) séparation administrative du Caprivi Zipfel oriental;
- d) remise des réserves « indigènes » du Sud-Ouest africain au *South African Native Trust* (administration des biens indigènes) et transfert de l'administration des affaires « indigènes » au ministre de l'administration et du développement bantous de l'Union.

En ce qui concerne la question a), le Conseil de la Société des Nations a clairement précisé dans une résolution adoptée le 23 avril 1923 que le statut des habitants indigènes d'un territoire sous Mandat est distinct de celui des ressortissants de la Puissance mandataire et qu'en consé-

quence les habitants indigènes d'un territoire sous Mandat n'acquièrent pas la nationalité de la Puissance mandataire à raison de la protection qui leur est accordée (Société des Nations, *Journal officiel*, 1923, p. 604, cité dans les mémoires p. 190). Cela découle tout naturellement du fait que la Puissance mandataire n'est pas investie de la souveraineté et n'a pas de pouvoir souverain sur le territoire sous Mandat et sur ses habitants.

La question du statut des habitants du Sud-Ouest africain a été réglée par les lois n° 18 de 1926 et n° 40 de 1927, qui ont été abrogées en 1949 par la loi actuellement en vigueur: le *South African Citizenship Act*, loi n° 44 de 1949. Aux termes de l'article 2, paragraphe 2, de cette dernière loi, les habitants du Sud-Ouest africain nés et domiciliés dans le territoire sont automatiquement devenus citoyens de l'Union à raison de leur lieu de naissance.

Il va de soi que les habitants du territoire auraient pu être naturalisés par la Puissance mandataire à titre individuel et sur demande. Mais, compte tenu de l'esprit du Mandat et du statut international du territoire, l'attribution généralisée et obligatoire de la citoyenneté du défendeur ne saurait se justifier. Le défendeur risque d'avoir du mal à se défendre si on l'accuse d'avoir ouvertement l'intention de procéder à une incorporation progressive du territoire aboutissant à une annexion *de facto*.

L'attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union aux habitants du territoire n'a pas un effet purement théorique. Elle peut revêtir une grande importance pour ce qui est du droit des habitants à adresser des pétitions à l'Organisation des Nations Unies. Si cette attribution généralisée est tenue pour valable et si les habitants du territoire ont acquis la citoyenneté de l'Union, ils perdent le droit qu'ils ont eu d'adresser des pétitions aux Nations Unies et ils ne peuvent plus exercer que le droit de pétition qui leur appartient en tant que sujets à l'égard de la plus haute autorité législative et administrative du pays, c'est-à-dire l'Afrique du Sud.

A notre avis, l'attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union aux habitants du territoire est incompatible avec le statut international du territoire et dépasse les limites et la portée du pouvoir discrétionnaire reconnu au Mandataire par le premier alinéa de l'article 2 du Mandat; cette disposition, aux termes de laquelle «le Mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat. Ce territoire sera administré selon la législation du Mandataire *comme partie intégrante de son territoire*» (les italiques sont de nous), ne saurait être interprétée de manière à justifier l'attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union. En effet, si elle reconnaît de tels pouvoirs au Mandataire dans le domaine administratif et législatif relativement à un Mandat C, c'est pour des raisons techniques d'opportunité et d'économie; cela n'autorise l'adoption d'aucune mesure de caractère nettement politique risquant de porter atteinte au statut international du territoire.

En ce qui concerne la question *b*), le *South West Africa Amendment*

*Act*, loi n° 23 de 1949, prévoit la présence de représentants élus du Sud-Ouest africain tant au Sénat qu'à la *House of Assembly* du Parlement de l'Union. Non seulement cette loi supprime de la législation de l'Union toute référence au Mandat en tant que tel, mais encore elle n'établit aucune distinction entre les représentants du territoire et ceux des provinces de l'Union. Les représentants du territoire sont pleinement habilités à intervenir et à voter sur les questions intéressant l'Union.

Outre la question de la discrimination, qui intervient en la matière puisque les représentants du territoire ne sont élus que par les « européens », nous ne pouvons manquer d'attribuer une grande importance à la présence de représentants élus du Sud-Ouest africain au Parlement de l'Union. Cette nouvelle loi ne semble pas s'inscrire dans les « pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire ... comme partie intégrante [du] territoire » de l'Union (article 2, premier alinéa); c'est en fait beaucoup plus qu'une simple mesure administrative qu'autoriserait la disposition précitée dans la mesure où le Sud-Ouest africain serait traité comme partie intégrante du territoire de l'Union; c'est un acte constitutionnel qui vise à la fois l'Afrique du Sud et le territoire du Sud-Ouest africain, qui porte notamment atteinte au statut international du territoire en constituant « une étape importante vers le rattachement politique du territoire à l'Union » (rapport du Comité du Sud-Ouest africain, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, onzième session, suppl. n° 12*, p. 8 (A/3151), 1956, cité dans les mémoires p. 192-193) et qui implique l'incorporation du territoire du Sud-Ouest africain à l'Afrique du Sud, en tant que cinquième province.

Le défendeur ne peut donc justifier la présence de représentants du Sud-Ouest africain au Parlement de l'Union en arguant du membre de phrase « administré ... comme partie intégrante de son territoire » qui figure au premier alinéa de l'article 2 du Mandat. L'acte du défendeur est incompatible avec le statut international du territoire, tel qu'il est reconnu par les dispositions de l'article 22 du Pacte et celles du Mandat pour le Sud-Ouest africain.

La question *c)* a trait à la séparation de la partie orientale du Caprivi Zipfel sur le plan administratif. Cette région du Sud-Ouest africain, qui a la forme d'une bande étroite située à l'extrémité nord-est du territoire, a vu fréquemment modifier les modalités de son administration depuis l'entrée en vigueur du Mandat. Cela s'explique par des facteurs géographiques, notamment par le fait que cette région est très éloignée de Windhoek, centre administratif du territoire, et qu'il est difficile d'y accéder.

En 1939, par la proclamation n° 147 de l'Union, l'administration du Caprivi Zipfel oriental a cessé d'être du ressort de l'administrateur du Sud-Ouest africain pour relever directement de l'Union. En 1955, le Comité du Sud-Ouest africain a, dans son rapport, condamné cette séparation comme violant le Mandat, essentiellement pour les motifs ci-après:

« une telle mesure risque d'aller à l'encontre de la condition *b*) des conditions générales à prévoir avant qu'il puisse être mis fin au régime des Mandats dans un pays placé sous ce régime que le Conseil de la Société des Nations a approuvées le 4 septembre 1931, à savoir: « être capable de maintenir son intégrité territoriale et son indépendance politique ». (Rapport du Comité du Sud-Ouest africain, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, suppl. n° 12*, p. 10 (A/2913), 1955, cité dans les mémoires, p. 193-194.)

On ne peut nier que les facteurs géographiques soient de nature à jouer un rôle important dans l'élaboration des systèmes d'administration et l'adoption de mesures pertinentes. Nous estimons que l'on est fondé dans ce domaine à arguer du membre de phrase « sous réserve des modifications nécessitées par les conditions locales » (Mandat, article 2, premier alinéa) et que la faculté de décider s'il est ou non nécessaire de dissocier l'administration de cette région de l'administration du reste du territoire s'inscrit parfaitement dans le cadre du pouvoir discrétionnaire accordé au Mandataire par ladite disposition du Mandat. En outre, nous estimons que la séparation administrative, ayant en soi un caractère technique, ne saurait nuire à la réalisation des « conditions générales à prévoir » invoquées ci-dessus.

En conséquence, la thèse des demandeurs sur ce point n'est pas fondée.

En ce qui concerne la question *d*), deux problèmes se posent. Pour ce qui est du premier, indépendamment du fait qu'on peut l'envisager du point de vue du deuxième alinéa de l'article 2, c'est-à-dire notamment du point de vue de la politique d'*apartheid* ou de développement séparé, il faut signaler que la remise des réserves indigènes au *South African Native Trust* est une mesure de caractère administratif obéissant essentiellement à des considérations d'ordre économique; elle n'a donc rien à voir avec le statut international du territoire. Comme la question *c*), cela relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire imparti au défendeur en qualité de Mandataire. Pour ce qui est du second problème, celui du « transfert de l'administration des affaires « indigènes » au ministre de l'administration et du développement bantous de l'Union », il nous suffira de renvoyer à ce que nous avons dit à propos de la question *c*) et du premier point de la question *d*).

Pour les motifs exposés ci-dessus, la thèse des demandeurs relativement à la question *d*) n'est pas fondée.

\* \* \*

Dans leurs conclusions, initiales aussi bien que finales, les demandeurs déclarent que le défendeur demeure assujéti à l'obligation de transmettre les pétitions des habitants du territoire (conclusion n° 2) et que le défendeur n'a pas transmis à l'Assemblée générale des Nations Unies les pétitions des habitants du territoire adressées à l'Assemblée générale, que cette carence est une violation de ses obligations de Mandataire

et que le défendeur a le devoir de transmettre ces pétitions à l'Assemblée générale (conclusion n° 8).

Ni l'article 22 du Pacte ni le Mandat ne contiennent de dispositions sur ce point. La seule base juridique de la thèse des demandeurs est le règlement de procédure adopté le 31 janvier 1923 par le Conseil de la Société des Nations quant aux pétitions émanant des territoires sous Mandat. Les Mandats élaborés après la première guerre mondiale ne mentionnaient pas le droit de pétition parce que ce droit était « conçu comme une conséquence naturelle du système créé par le Pacte... L'acceptation et l'examen de pétitions sont donc devenus par la suite l'une des caractéristiques principales du système des Mandats » (sir Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, 1950, p. 244-245). A défaut de la garantie que constitue la reconnaissance d'un droit de pétition, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le plan général et dans le cadre des Mandats risquerait de rester illusoire. Ce droit est inhérent à la conception même de corps politique ou d'institution politique. Même si le droit de pétition n'est fondé sur aucune disposition juridique, il y a là, « en un sens, un droit naturel » (Duncan Hall, *Mandates, Dependencies and Trusteeship*, 1948, p. 198). En ce sens le règlement de procédure de la Société des Nations susmentionné et les dispositions de la Charte visant la compétence du Conseil de tutelle (article 87 b)) n'ont guère qu'une valeur de confirmation.

Le droit de pétition s'assortit pour le Mandataire de l'obligation de transmettre des pétitions à l'organe de surveillance, qui les accepte et les examine. A cet égard, ce qu'on peut dire de la nécessité de la surveillance internationale, qui subsiste malgré la dissolution de la Société des Nations et le remplacement du Conseil de la Société par l'Assemblée générale comme organe chargé de la surveillance, peut s'appliquer au droit de pétition.

De ce qui précède, on peut conclure que le Mandataire a l'obligation de transmettre à l'Assemblée générale des pétitions émanant des habitants du territoire et, en conséquence, que la conclusion n° 2 relative aux pétitions est bien fondée.

D'autre part, il ressort clairement des écritures et de la procédure orale que le défendeur a failli à cette obligation; par suite, la conclusion n° 8 est bien fondée.

\* \* \*

La conclusion finale n° 6 des demandeurs s'énonce comme suit:

« Le défendeur a établi des bases militaires sur le Territoire en violation de ses obligations telles qu'elles figurent à l'article 4 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; ... le défendeur a le devoir de supprimer sur-le-champ toutes les bases militaires établies sur le Territoire; et ... le défendeur a le devoir de s'abstenir d'établir des bases militaires sur le Territoire. »

L'article 4 du Mandat, qui s'inspire en partie du paragraphe 5 de l'article 22 du Pacte, dispose:

«L'instruction militaire des indigènes sera interdite, sauf pour assurer la police locale et la défense locale du territoire. En outre, aucune base militaire ou navale ne sera établie dans le territoire, ni aucune fortification.»

La deuxième phrase de l'article 4 définit la situation du territoire sous Mandat du point de vue de la militarisation. Elle prescrit la neutralisation du territoire en interdisant d'y établir des bases militaires ou navales ou des fortifications. Le Mandataire n'est donc pas autorisé à se servir du territoire à des fins militaires en y installant des bases ou des fortifications. C'est là une restriction imposée sur le plan concret aux activités militaires qu'il peut exercer.

La première phrase de l'article 4 du Mandat interdit de donner aux indigènes une instruction militaire. On peut dire que cette disposition s'inspire d'une fin humanitaire, qui est d'empêcher d'exploiter la population indigène sur le plan militaire.

Toutefois, l'interdiction relative à l'instruction militaire des indigènes n'est pas absolue; leur instruction est permise s'agissant d'assurer la police locale et la défense locale du territoire. La raison en est peut-être que le principe humanitaire dont s'inspire la disposition visée ne s'étend ni à la police locale, ni à la défense locale.

Cette première phrase de l'article 4 ne concerne que l'instruction des indigènes; elle ne dit rien de l'instruction des blancs. Par suite, on peut se demander si leur instruction militaire est autorisée d'une manière générale ou, tout au moins, aux fins de la police locale et de la défense locale.

Du fait que la disposition vise seulement les indigènes et qu'il n'y a pas de raison d'interdire l'instruction des blancs aux fins de la police locale et de la défense locale, même si l'on veut neutraliser militairement le territoire, on peut déduire que l'instruction des blancs n'est pas interdite quand il s'agit d'assurer la police locale et la défense locale du territoire.

Néanmoins, la question se pose de savoir s'il est permis de donner aux blancs une instruction militaire à des fins autres que la police locale et la défense locale. Nous estimons qu'une disposition visant la protection des indigènes ne concerne pas les blancs et que l'instruction militaire des blancs en général n'est pas incompatible avec le principe de la neutralisation du territoire. Ce principe ne doit pas être considéré comme incompatible avec le droit et le devoir du Mandataire de défendre le territoire au cas où celui-ci serait attaqué.

Le défendeur doit assumer ce droit et ce devoir dans les limites prescrites par l'article 4, c'est-à-dire sans établir dans le territoire de bases militaires ni de fortifications. A ces réserves près, on peut considérer que le défendeur est autorisé à entretenir dans le territoire des installations destinées à l'instruction militaire des non-indigènes.

Il convient à cet égard de préciser quelques points concernant les thèses des Parties. A la question de savoir s'il est pertinent que les bases militaires en cause correspondent à des desseins d'agression, il faut

répondre non. La Cour doit trancher la question objectivement; elle n'a pas à examiner les mobiles que peut avoir le défendeur pour établir des bases militaires.

A la question de savoir si la caractéristique d'une base militaire est d'être utilisée par une armée ou une flotte en vue d'opérations ou d'une campagne, il y a lieu de répondre par l'affirmative, étant entendu que l'interdiction a des effets concrets surtout en temps de paix et que les opérations ou la campagne ne peuvent être qu'éventuelles. A la question de savoir si la place qu'une installation occupe dans la hiérarchie administrative et militaire du défendeur permet d'établir son caractère militaire, il y a lieu de répondre par la négative. La place qu'une installation occupe dans la hiérarchie administrative et militaire n'a absolument aucune influence sur son caractère de base militaire.

Dans leur conclusion, les demandeurs mettent en cause les bases militaires que le défendeur est censé avoir installées dans le territoire et non pas l'instruction militaire des indigènes. Les demandeurs soutiennent que le défendeur entretient trois bases militaires dans le territoire: les installations du régiment Windhoek, un terrain d'atterrissage militaire situé dans le district de Swakopmund (Sud-Ouest africain) et « au moins une installation militaire dans le Kaokoveld ou à proximité » dans un secteur du territoire.

Les demandeurs n'ont toutefois présenté aucune preuve directe pour étayer leurs accusations. Ils ont dit simplement (mémoires, p. 181) avoir été informés des faits invoqués et y ajouter foi, mais ils n'ont pas fait appel au témoignage de leurs informateurs. En revanche, le défendeur a produit des témoignages directs à l'encontre des indications des demandeurs fondées sur les renseignements qui leur auraient été fournis et sur leur conviction. La déposition d'un expert, qui s'est rendu aux trois endroits incriminés en septembre 1965 et qui a été cité par le défendeur au cours de la procédure orale, nous a nettement donné l'impression qu'il n'y a pas de base militaire aux trois endroits visés. De leur côté, les demandeurs n'ont produit aucun élément probatoire pour répondre aux preuves contraires du défendeur et ils n'ont pas contesté la déposition de l'expert.

Des éléments de preuve dont la Cour dispose, il résulte que le défendeur n'a pas établi de base militaire ou navale dans le territoire. Par suite, la conclusion n° 6 des demandeurs n'est pas fondée.

\* \* \*

La conclusion n° 9 des demandeurs s'énonce comme suit:

« Le défendeur a tenté d'apporter aux dispositions du Mandat des modifications de fond sans l'autorisation des Nations Unies; ... cette tentative constitue une violation de ses obligations telles qu'elles figurent à l'article 7 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; et ... l'autorisation des Nations Unies est une condition préalable indispensable à toute tentative de la part du défendeur de modifier directement ou indirectement les dispositions du Mandat. »

La réponse à cette question dépend de la nature du premier alinéa de l'article 7 du Mandat. Cette disposition interdit-elle au défendeur de modifier unilatéralement le Mandat en raison de la nature contractuelle de celui-ci ou impose-t-elle au défendeur l'obligation de s'abstenir de tout comportement incompatible avec les dispositions du Mandat?

A notre avis, il convient de donner au premier alinéa de l'article 7 la première des deux interprétations dont nous venons de faire état. Cette disposition définit simplement la condition préalable à toute modification ou à tout amendement du Mandat: l'autorisation du Conseil de la Société des Nations. Il s'agit donc d'une disposition purement procédurale. L'inobservation de la condition énoncée a pour seul effet d'empêcher toute modification du Mandat.

Dans leurs requêtes, les demandeurs fondent leur accusation sur le fait que le défendeur aurait apporté ou tenté d'apporter des modifications de fond aux dispositions du Mandat; dans leurs mémoires, ils soutiennent que le défendeur a tenté d'apporter des modifications au Mandat.

Qu'on accuse le défendeur d'avoir effectivement modifié le Mandat ou d'avoir simplement tenté de le faire, le résultat est le même.

Toute modification est impossible sans l'autorisation des Nations Unies. Comme toute tentative de modification présuppose qu'il est possible de modifier, ce genre de tentative est également impossible sans l'autorisation des Nations Unies.

Les faits invoqués par les demandeurs pour établir que le défendeur a tenté de modifier le Mandat ne sont pas précisés dans la conclusion finale n° 9 mais ils sont énoncés dans les chapitres V, VI, VII et VIII des mémoires (conclusion n° 9). Les chapitres V, VI et VIII visent les allégations concernant des infractions à l'article 2 du Mandat et le chapitre VII les allégations concernant des infractions à l'article 4 du Mandat.

La violation alléguée de ces articles, à supposer qu'elle soit vérifiée, concerne simplement leurs dispositions et non pas le premier alinéa de l'article 7.

Nous pouvons faire quelques observations complémentaires à propos du premier alinéa de l'article 7.

Toute modification unilatérale est interdite non seulement au Mandataire mais aussi à la Société des Nations.

Le premier alinéa de l'article 7 revêt pour le Mandat, du moment qu'il survit à la dissolution de la Société, une signification essentielle, analogue à celle que présente l'article 6 pour la surveillance administrative. Par suite, l'Assemblée générale des Nations Unies a remplacé le Conseil de la Société des Nations.

Si le Mandat reste en vigueur à titre d'institution en dépit de la dissolution de la Société des Nations, la nécessité d'obtenir l'autorisation des deux parties pour toute modification ultérieure du Mandat subsiste. En ce sens, l'élément contractuel subsiste en même temps que les éléments institutionnels.

Enfin, le grief des demandeurs d'après lequel, en tentant de modifier

les dispositions du Mandat, le défendeur à violé le premier alinéa de l'article 7 peut être considéré comme relevant du différend qui a existé entre les Parties avant le dépôt des requêtes, en ce sens que ce grief constitue un élément du différend.

Pour les motifs exposés ci-dessus, la conclusion n° 9 des demandeurs n'est pas fondée.

(*Signé*) Kotaro TANAKA.