

## OPINION DISSIDENTE DE M. GROS

Je regrette de ne pouvoir me rallier à l'avis de la Cour, tant en ce qui concerne certains problèmes de caractère préliminaire que sur le fond et j'indiquerai les motifs de ce désaccord.

1. La Cour a rendu quatre ordonnances, de manière préliminaire, sur des questions concernant la composition de la Cour; ayant voté contre deux de ces ordonnances, je dois exposer les raisons de ce vote. Il s'agit en premier lieu d'une ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971 visant l'article 48 du Statut et rejetant une objection soulevée contre un membre de la Cour, par dix voix contre quatre, sans indication de motifs. La deuxième ordonnance sur laquelle je ferai des observations est celle du 29 janvier 1971, visant les articles 31 et 68 du Statut et l'article 83 du Règlement et rejetant une demande de désignation de juge *ad hoc* par le Gouvernement sud-africain, par dix voix contre cinq, sans indication de motifs et accompagnée de deux déclarations communes, l'une de trois juges, l'autre de deux juges.

2. La Cour a dit: « c'est à la Cour elle-même et non aux Parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Même si l'un des gouvernements représentés dans la procédure n'avait pas soulevé le problème tranché par l'ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971, l'application de son Statut eût obligé la Cour à l'examiner. Le respect des dispositions de son propre Statut est une obligation rigoureuse, comme le souligne la décision de la Cour en 1963.

3. A la séance du Conseil de sécurité du 4 mars 1968 (S/PV. 1395), le représentant du Pakistan, parlant au nom des coauteurs du projet de résolution S/8429 concernant la Namibie, qui devint la résolution 246 (1968) du Conseil de sécurité, a déclaré:

« Les sept coauteurs reconnaissant avec gratitude la coopération constructive qui leur a été accordée par les ambassadeurs ... et ... l'importante contribution qu'ils ont fournie à l'élaboration de ce projet de résolution. » (P. 33-35.)

La première personne mentionnée est devenue depuis membre de la Cour; or, la résolution 246 (1968) du 14 mars 1968, dans son préambule, tient compte de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale « par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a mis fin au Mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain et a assumé la responsabilité directe au (*sic*) Territoire jusqu'à son indépendance » (S/PV. 1397 du 14 mars 1968, p. 6-10). Les procès-verbaux contiennent également des résu-

## DISSENTING OPINION OF JUDGE GROS

[Translation]

To my regret, I am unable to concur in the Advisory Opinion, whether in regard to the substance or in regard to certain problems of a preliminary character, and I propose to explain my disagreement below.

1. By way of preliminary decision, the Court made four Orders on questions concerning its composition, and as I voted against two of them I should give my reasons for doing so. The first concerned is Order No. 3 of 26 January 1971, which, having regard to Article 48 of the Statute, rejected by 10 votes to 4 an objection raised against a Member of the Court, but gave no reasons. The second Order on which I have to comment is that of 29 January 1971, which, having regard to Articles 31 and 68 of the Statute and Article 83 of the Rules of Court, rejected by 10 votes to 5 a request by the Government of South Africa for the appointment of a judge *ad hoc*; it likewise gave no reasons, and it was accompanied by two joint declarations, one made by three and the other by two Members of the Court.

2. The Court has said: "The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity" (*I.C.J. Reports 1963*, p. 29). Even if one of the Governments represented in the proceedings had not raised the problem decided by Order No. 3 of 26 January 1971, the Court would have been obliged to examine it in the application of its Statute. The observance of the provisions of its own Statute is a strict obligation, as the Court's 1963 decision emphasizes.

3. At the meeting of the Security Council on 4 March 1968, the representative of Pakistan, speaking on behalf of the co-sponsors of draft resolution S/8429 on Namibia, which was to become Security Council resolution 246 (1968), stated:

"The seven co-sponsors acknowledge with gratitude the constructive co-operation extended to them by Mr. . . . and Mr. . . . and the great contribution which they made to the formulation of the draft resolution" (S/PV. 1395, p. 32).

The first person mentioned has since become a Member of the Court; now, resolution 246 (1968) of 14 March 1968, in its preamble, takes into account the General Assembly resolution, 2145 (XXI), "by which the General Assembly of the United Nations terminated the Mandate of South Africa over South West Africa and assumed direct responsibility for the territory until its independence" (14 March 1968, S/PV. 1397, pp. 6-10). The records likewise contain summaries of several speeches,

més de plusieurs interventions de cette même personne, certaines fort développées, sur le problème de fond aujourd'hui réglé par la Cour (voir S/PV. 1387, p. 61 à 67; S/PV. 1395, p. 43 et 47; S/PV. 1397, p. 16-20).

4. Tels sont les faits. La pratique de la Cour était, jusqu'alors, d'examiner dans chaque cas de ce genre si l'article 17 du Statut était applicable et de rechercher s'il s'agissait d'une participation active d'un juge, avant son élection, dans une question dont la Cour était saisie (cf. Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale*, 1934, p. 76, qui cite une décision de la Cour, à sa vingtième session, retenant qu'un juge n'avait pas pris une « part active » au traitement de l'affaire par le Conseil de la SdN). C'est en application de ce principe qu'un juge décida de ne pas siéger dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co.*, ayant représenté son pays au Conseil de sécurité lorsque celui-ci avait été saisi de la réclamation du Royaume-Uni contre l'Iran, et que la Cour s'est déclarée d'accord sur cette décision (*C.I.J. Annuaire 1963-1964*, p. 100).

La lecture des procès-verbaux cités au paragraphe 3 ci-dessus ne laisse aucun doute sur le caractère et le fond des positions prises par le représentant aujourd'hui juge quant à la révocation du mandat du fait de la résolution 2145 (XXI); or cette résolution est la question fondamentale de la présente affaire puisqu'il s'agit d'en déterminer les conséquences juridiques. Il faut donc constater que la pratique a été changée par l'ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971 et que le critère de la participation active n'est plus retenu par la Cour.

Dans la présente affaire il s'agit en effet, non pas de participation à la rédaction d'un texte conventionnel de portée générale mais de l'expression d'opinion sur le statut international du mandat après et en fonction de la révocation prononcée dans la résolution 2145 (XXI), ce qui est le point de droit à la base de la présente affaire. Ainsi le représentant au Conseil de sécurité s'est prononcé sur le fond de l'affaire après la date critique d'octobre 1966. Il n'y a donc aucun rapport avec des précédents cités dans l'avis (par. 9) où des juges avaient contribué à la rédaction de traités internationaux applicables dans des affaires nées bien ultérieurement et auxquelles ils n'avaient pris aucune part.

La décision de la Cour contredit le principe formellement exprimé dans l'article 17 du Statut selon lequel le juge ne doit pas prendre part au règlement d'une affaire dans laquelle il est antérieurement intervenu à un autre titre. Cet article applique d'ailleurs un principe généralement admis de l'organisation judiciaire qui répond à un souci évident de bonne justice. La nouvelle interprétation qui lui a été donnée n'est donc pas justifiable.

5. Je dois exposer maintenant les raisons pour lesquelles j'estime que

some of them lengthy, which that same person made on the substantive problem now decided by the Court (see S/PV. 1387, pp. 61-66; S/PV. 1395, pp. 41 and 43-45; S/PV. 1397, pp. 16-20).

4. Such are the facts. Hitherto it has been the practice of the Court to determine in each case of this kind whether Article 17 of the Statute was applicable and to ascertain whether there had been any active participation on the part of a Member, before his election, in a question laid before the Court (cf. Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale*, 1934, p. 76, citing a decision of the Permanent Court, taken at its twentieth session in which the material point was that a Member had not played an "active part" in the treatment of the question by the Council of the League). It was in application of that principle that one Member of the Court decided not to sit in the case concerning the *Anglo-Iranian Oil Company* because he had represented his country in the Security Council when it had been considering a matter arising out of the claim of the United Kingdom against Iran, and that the Court expressed its agreement with that decision (*I.C.J. Yearbook 1963-1964*, p. 100).

No reader of the records I have cited in paragraph 3 can be left in any doubt as to the character and substance of the positions adopted by the then representative, now a judge, on the question of the revocation of the Mandate by the effect of resolution 2145 (XXI). Yet that resolution is the fundamental problem of the present proceedings, inasmuch as they are concerned with the determination of its legal consequences. It must therefore be noted that Order No. 3 of 26 January 1971 marked a change in practice, and that the Court has discarded the criterion of active participation.

It was indeed, in the present case, no participation in the drafting of a general convention that had to be considered, but the expression of opinion on the international status of the Mandate after and in function of the declaration of revocation by resolution 2145 (XXI), which is the underlying legal point of the proceedings. Thus we see that the representative in the Security Council pronounced upon the substance of the case after the critical date of October 1966. There is therefore no comparison with certain precedents cited in the Advisory Opinion (para. 9), which are instances of judges having contributed to the drafting of international treaties applicable in cases which arose much later and in which they had taken no part.

The Court's decision contradicts the principle, to which Article 17 of the Statute lends formal expression, that a Member must not participate in the decision of any case in which he has previously taken part in some other capacity. This Article, moreover, is an application of a generally accepted principle of judicial organization deriving from an obvious concern for justice. The new interpretation which has been placed upon it cannot, therefore, be justified.

5. I have now to explain why I consider that Article 68 of the Statute

l'article 68 du Statut et les articles 82 et 83 du Règlement auraient dû être appliqués d'une manière différente de celle que la Cour a adoptée dans son ordonnance du 29 janvier 1971.

L'ordonnance du 29 janvier 1971 rejetant la demande de juge *ad hoc* fut rendue après une audience à huis clos tenue le 27 janvier, où les observations du Gouvernement sud-africain furent entendues. Avec mes collègues sir Gerald Fitzmaurice et M. Petrén, j'avais réservé le droit d'exposer les raisons de notre dissentiment qui, touchant le fond sous certains aspects, ne pouvaient être indiquées au moment où était publiée l'ordonnance qui n'en avait pas tenu compte. La Cour a définitivement, le 29 janvier 1971, matérialisé son interprétation des articles pertinents du Statut et du Règlement par le refus de juge *ad hoc*, question sur laquelle il n'était plus dès lors possible de revenir, mais sans faire connaître de motivation pour l'ordonnance de rejet. Il est nécessaire, s'agissant d'une interprétation de règles obligatoires pour la Cour, d'en examiner les motifs.

Un refus de juge *ad hoc* n'est justifié que si les conditions juridiques mises à l'exercice de la faculté de demander une telle désignation ne sont pas réunies. La Cour n'a pas en effet, en cette matière, une liberté de choix et l'article 83 du Règlement est formel; s'il y a, dans une procédure, d'avis consultatif, « question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats », la Cour doit appliquer l'article 31 du Statut concernant la désignation d'un juge *ad hoc* demandé par un Etat non représenté sur le siège. Et la Cour devait « avant tout » (art. 82) se prononcer sur ce problème juridique, ce qui n'a pas été fait, la question n'ayant pas été traitée comme une question préliminaire à débattre et à trancher dans la pleine connaissance de tous ses éléments, y compris ceux qui se rattachaient à des questions de fond. Il suffira de rappeler que la notion de question préliminaire n'est pas nouvelle dans la procédure consultative et qu'il eût été naturel, vu les circonstances particulières de l'affaire, d'adopter sur ce point une approche analogue à celle de la procédure contentieuse, recommandée par l'article 68 du Statut. C'est un point que la Cour a rencontré notamment dans l'avis sur les *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requête contre l'Unesco* (C.I.J. Recueil 1956, p. 77); l'objection à la juridiction de la Cour soulevée par la Pologne dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain* (C.I.J. Mémoires, p. 153, par. 2) avait un caractère préliminaire comme celle de la Tchécoslovaquie dans l'affaire de *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (C.I.J. Mémoires, p. 204), où le Gouvernement tchécoslovaque invoque précisément l'article 68 du Statut et l'article 82 du Règlement pour demander à la Cour d'appliquer la procédure des exceptions préliminaires. (Voir l'ordonnance de la Cour permanente de Justice internationale en date du 20 juillet 1931 sur la désignation de juges *ad hoc* dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, décidant de façon préliminaire sur l'application de l'article 71 du Règlement de la Cour permanente (actuellement art. 82)

and Articles 82 and 83 of the Rules ought to have been given a different application from the one chosen by the Court in adopting the Order of 29 January 1971.

The Order of 29 January 1971 rejecting the request for a judge *ad hoc* was made after a closed hearing, held on 27 January, at which the observations of the South African Government were heard. Judge Sir Gerald Fitzmaurice, Judge Petrén and I reserved the right to make known the reasons for our dissent, which, inasmuch as they concerned the substance from certain aspects, could not be disclosed at the moment when the Order which discounted them was issued. The Court gave definitive shape to its interpretation of the relevant articles of the Statute and Rules by refusing the appointment of a judge *ad hoc*—a question which it thus made irreversible—without, however, disclosing any reasons for the Order embodying the decision. In that this was an interpretation of rules which are binding on the Court, it is necessary to examine the reasons for it.

The refusal of a judge *ad hoc* is justified only if the legal conditions for the exercise of the faculty to request such an appointment have not been satisfied. The Court has not, in effect, any freedom of choice in the matter for Article 83 of the Rules expressly provides that if “a legal question actually pending between two or more States” is involved in proceedings on a request for advisory opinion, the Court is to apply Article 31 of the Statute, which concerns the appointment of a judge *ad hoc* on the application of a State not represented on the Bench. Furthermore, the Court ought to have pronounced upon this legal problem “*avant tout*” [“above all”] (Rules, Art. 82), but this it failed to do, not treating the question as a preliminary one to be thrashed out in full cognizance of all the factors concerned, including those related to questions of substance. Needless to say, the idea of a preliminary question is nothing new in advisory procedure, and it would have been natural, in view of the particular circumstances of the case, to adopt on this point an approach analogous to that of contentious procedure, as is recommended by Article 68 of the Statute. This is a point with which the Court had to deal, for example, in connection with its Advisory Opinion on *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco (I.C.J. Reports 1956)*; Poland’s objection to the Court’s jurisdiction in *International Status of South West Africa (Pleadings, p. 153, in para. 2)* was of a preliminary nature, as was also that raised in *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* by the Government of Czechoslovakia, which specifically relied on Article 68 of the Statute and Article 82 of the Rules in requesting the Court to apply preliminary objection procedure (*Pleadings, p. 204*). (Note also the Permanent Court’s Order of 20 July 1931 on the appointment of judges *ad hoc* in *Customs Régime between Germany and Austria*, ruling by way of preliminary decision on the applicability of Article 71 of its Rules (Art. 82 in those of the present Court) and Article 31 of the

et de l'article 31 du Statut, *C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 89; ainsi que l'avis consultatif sur la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre, 1935, C.P.J.I. série A/B n° 65*, p. 69, et l'explication qu'en donne mon collègue sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion dissidente, annexe, par. 24). Aucun retard n'eût résulté d'un examen préliminaire complet de la question, le délibéré pouvant se faire en quelques séances et le délai qui eût séparé l'ordonnance de la plaidoirie sur ce point, qui fut de deux jours, n'eût guère été prolongé. Traiter le problème par ce rejet non motivé et sans l'examen adéquat est confondre la notion de préliminaire et celle de *prima facie*. Une question préliminaire est l'objet d'un examen complet et d'une décision finale; un examen *prima facie* n'est jamais approfondi, par définition, et n'est l'objet que d'une décision provisoire. Les articles 82 et 83 entraînent des décisions irrévocables, comme on le voit dans la présente affaire.

6. Le fait que la Cour n'ait pas avant tout recherché s'il y avait ou non question juridique pendante constitue un refus d'application d'une disposition formelle du Règlement sur un problème de composition de la Cour. Ce n'est pas une réponse de soutenir (par. 36 de l'avis) que, de toute manière, la décision de refus de juge *ad hoc* réservait la question de compétence de la Cour sur les points de fond; ce que l'article 82 interdit de faire, en exigeant l'examen « avant tout » du point de droit, est de fixer la composition de la Cour autrement que l'article 83 le prévoit et ce n'est qu'en tranchant le point de droit par un examen juridique et une motivation adéquate qu'il peut s'ensuivre un refus de juge *ad hoc*; non pas l'inverse.

7. La manière dont le problème a été tranché constitue donc, à mon sens, une violation du système général établi dans le Statut et le Règlement, quel que soit l'avis qu'on puisse avoir sur la notion de question juridique actuellement pendante. Mais je considère, en plus, que la présente affaire porte sur une question juridique actuellement pendante (voir par. 37-45 *infra*), ce qui aurait dû ouvrir une délibération sur la désignation d'un juge *ad hoc* — ou éventuellement de plusieurs.

L'avis affirme l'existence d'une obligation juridique à l'égard d'Etats qui n'ont jamais cessé d'affirmer que cette obligation n'existait pas. L'existence ou l'inexistence d'obligations juridiques *pour les Etats* est la question posée à la Cour; ce fut l'objet même de vives contestations dans les débats à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité, d'après le dossier de cette affaire (cf. par. 20-21 *infra*). D'après les déclarations des Etats on constate qu'il y avait opposition de vues et forte hésitation sur le droit applicable.

8. La Cour considère, dans l'avis, que la question n'est pas un différend entre des Etats ni même entre l'Organisation et un Etat. C'est une vue purement formelle des faits de la cause qui ne me paraît pas conforme aux réalités. S'il est vrai qu'un avis est donné à l'organe qui a qualité pour le demander et non pas aux Etats (*Interprétation des traités de paix, pre-*

Statute: *P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 89; see also the Advisory Opinion on the *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, 1935, P.C.I.J. Series A/B, No. 65*, p. 69, and the explanation of it given by my colleague Judge Sir Gerald Fitzmaurice in his dissenting opinion, Annex, para. 24.) A thorough preliminary examination would not have resulted in any delay, as the deliberation would only have required a few meetings and the interval separating the Order from the oral argument on that point, which was two days, would scarcely have been lengthened. To deal with the problem by a rejection not giving reasons, and without adequate examination, is to confuse the preliminary with the *prima facie*. A preliminary question is the subject of exhaustive treatment and final decision; a *prima facie* examination can never, by definition, be thoroughgoing, and can never lead but to a provisional decision. Articles 82 and 83 entail irrevocable decisions, as has been seen in the present proceedings.

6. The fact that the Court did not *avant tout* consider whether the request related to a pending legal question constitutes a refusal to apply a categorical provision of the Rules touching a problem with regard to the Court's composition. It is no reply to argue (para. 36 of the Opinion) that, in any case, the decision to refuse a judge *ad hoc* left the question of the Court's competence on the points of substance open; what Article 82 prohibits, in requiring an examination *avant tout* of the point of law, is to fix the composition of the Court otherwise than as provided by Article 83, and it is only subsequent to that point's being decided for sound reasons after a thorough legal examination that any refusal of a judge *ad hoc* may ensue—and not the reverse.

7. The manner in which the problem was decided therefore constitutes, in my judgment, a violation of the general system laid down in the Statute and Rules, whatever view one may hold of the idea of a legal question actually pending. Moreover, I consider that the present proceedings are in fact related to a legal question actually pending (see paras. 37-45 below), and this ought to have occasioned a deliberation as to the appointment of a judge *ad hoc* or, possibly, judges *ad hoc* in the plural.

The Advisory Opinion affirms the existence of a legal obligation on the part of States which have never ceased to affirm that that obligation did not exist. The existence or non-existence of legal obligations *for States* is the question put to the Court; it was even the subject of lively controversy during the discussions in the General Assembly and the Security Council, according to the documentation in the present proceedings (cf. paras. 20 et seq. below). Judging by the declarations made on behalf of States, there was a conflict of views and much hesitation as to the law applicable.

8. The Court finds in its Opinion that the question is not a dispute between States, nor even one between the Organization and a State. That is a purely formal view of the facts of the case which does not, to my mind, correspond to realities. While it is true that an advisory opinion is given to the organ entitled to request it, and not to States (*Interpretation of*

*mière phase, C.I.J. Recueil 1950, p. 71*), la présente demande d'avis a été rédigée de telle manière qu'on demandait un avis sur « les conséquences juridiques pour les Etats » et dans la réponse qu'elle apporte la Cour n'a pas cherché à modifier cette formule, malgré son ambiguïté par rapport à la règle indiquée par la Cour dans l'avis ci-dessus rappelé. Le déroulement du débat oral devant la Cour comme le texte de l'avis de la Cour placent l'Afrique du Sud dans la position de défendeur d'une manière difficile à distinguer d'une procédure contentieuse. (Voir par. 133, sous-par. 1, et les par. 118 et 129 rédigés comme des prononcés judiciaires en forme de décision.)

9. La Cour a dit dans son arrêt du 21 décembre 1962 :

« La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. » (*C.I.J. Recueil 1962, p. 328.*)

Il suffit de mettre, à la place de « différend », « question juridique actuellement pendante » pour établir que la Cour avait l'obligation d'approfondir la question au-delà de la seule affirmation que les questions litigieuses mettent bien en cause des Etats mais qu'il s'agit comme dans les avis de 1950, 1955 et 1956, de divergences de vues sur des points de droit, comme dans presque toutes les procédures consultatives (par. 34).

10. Plutôt que des généralisations, il faut appliquer à la présente affaire le critère adopté par la Cour en 1950 lorsqu'elle a déclaré que l'application des dispositions du Statut relatives à la procédure contentieuse à une procédure consultative « dépend des circonstances particulières à chaque espèce et que la Cour possède à cet égard un large pouvoir d'appréciation » (*C.I.J. Recueil 1950, p. 72*).

Quelles sont donc les circonstances particulières de l'espèce qui auraient pu déterminer la Cour à exercer ce « large pouvoir d'appréciation »? La demande d'avis porte sur un problème de fond sur lequel s'opposent l'Afrique du Sud et d'autres Etats; le fait que, parmi ces autres Etats, il y ait des nuances sur certains points est sans pertinence, la question juridique fondamentale pour tous, sans exception, étant la révocation du mandat, opposée en tant que décision obligatoire à l'Afrique du Sud par certains Etats, objet d'hésitations et de doutes pour d'autres; le but de la demande d'avis est de faire connaître à la communauté internationale quelle est la situation juridique actuelle du territoire de la Namibie (Sud-Ouest africain), donc de déterminer le contenu d'un certain statut international. C'est une autre façon de poser à nouveau la question portée devant la Cour en 1950: « Quel est le statut international du territoire? » Telle aurait pu être la demande, en précisant « après la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ».

Or toute réponse qui donne connaissance — aux Etats — de l'étendue de leurs obligations à la suite de la résolution 2145 (XXI) règle non seulement l'opposition de vues qui existe entre le titulaire du mandat

*Peace Treaties, First Phase, I.C.J. Reports 1950*, p. 71), the present request has been so framed as to seek an opinion on "the legal consequences for States", a formulation which the Court in its reply has not sought to modify despite its ambiguity in relation to the rule stressed by the Court in *Interpretation of Peace Treaties*. The course taken by the oral proceedings before the Court, as also the text of the Court's present Opinion, have placed South Africa in the position of respondent in a manner difficult to distinguish from contentious proceedings. (See paras. 133, 118 and 129, which are framed like judicial pronouncements in the form of decisions.)

9. The Court observed in its Judgment of 21 December 1962:

"A mere assertion is not sufficient to prove the existence of a dispute any more than a mere denial of the existence of the dispute proves its non-existence" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 328).

One need only substitute "legal question actually pending" for "dispute" to establish that the Court had an obligation to treat the matter in depth and take it beyond the mere assertion that, while questions did lie in dispute between States, this represented, as in the case of the 1950, 1955 and 1956 Opinions, a divergence of views on points of law, as in nearly all advisory proceedings (para. 34).

10. Rather than generalizations, it is necessary to apply to the present proceedings the test adopted by the Court in 1950, when it stated that the application of the provisions of the Statute which apply in contentious cases "depends on the particular circumstances of each case and that the Court possesses a large amount of discretion in the matter" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 72).

What then are the particular circumstances of the case which might have led the Court to exercise that "large amount of discretion"? The request for an advisory opinion relates to a substantive problem over which South Africa and other States are opposed; the existence of slight divergences of view on some points among those other States is immaterial, the basic legal question for all of them without exception being that of the revocation of the Mandate with which, as a binding decision, certain States confront South Africa, but which gives rise to doubts and hesitations on the part of others; the purpose of the Advisory Opinion is to apprise the international community of the present legal position of the Territory of Namibia (South West Africa), and thus to determine the purport of a certain international status. It is another way of putting afresh the question laid before the Court in 1950: "What is the international status of the territory?" That, with the addition of "since General Assembly resolution 2145 (XXI)", could in fact have been the request.

However, any reply purporting to apprise *States* of the extent of their obligations subsequent to resolution 2145 (XXI) must connote not only the disposal of the conflict of views between the holder of the revoked

révoqué et les Etats qui ont provoqué, puis prononcé cette révocation, mais elle tend à imposer certaine conduite à tous les Etats.

11. Il ne suffit pas que le problème soit qualifié de « situation » pour que les difficultés cessent. Comme la Cour l'a dit pour le différend, « la simple affirmation ne suffit pas ». En droit, la qualification « situation » par le Conseil de sécurité est sans effet pour la Cour. Sans contester que l'affaire de la Namibie soit et demeure pour le Conseil de sécurité une situation, la Cour devait rechercher, pour décider de sa propre compétence si, en dehors de ce qu'en a pensé le Conseil de sécurité, la demande d'avis du 29 juillet 1970 porte sur une question juridique actuellement pendante entre Etats, ou non, au sens du Règlement de la Cour (ce que la Cour avait fait dans son avis sur l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, C.I.J. Recueil 1950*, p. 72-74). Toute autre thèse ferait des organes politiques des Nations Unies l'interprète, sans appel, du Règlement de la Cour.

12. La Cour était en présence d'une question juridique, à forte configuration politique, ce qui est fréquent mais ne suffit pas pour écarter l'argument que le débat est fondamentalement juridique. L'objet du différend est l'opposition de vues entre les Etats qui, par les procédures ouvertes aux Nations Unies, ont poursuivi et ont obtenu la révocation du mandat de l'Afrique du Sud sur le territoire du Sud-Ouest africain, d'une part, et l'Afrique du Sud, d'autre part, qui s'oppose à cette révocation et aux effets qu'elle pourrait avoir. La manière dont la demande d'avis a été formulée ajoute à cette question fondamentale celle des effets pour tous les Etats, c'est-à-dire même pour des Etats qui n'ont pas pris une part active au développement de l'action au sein des Nations Unies; mais il s'agit là de conséquences, comme le dit la demande, non de la question juridique essentielle. Ceci apparaît de manière frappante dans la procédure écrite et orale où le Gouvernement sud-africain a agi en défendeur, répondant à des demandes et à de véritables conclusions présentées par d'autres gouvernements (à l'exception de l'exposé écrit du Gouvernement français qui s'apparente à une intervention d'*amicus curiae*).

13. Il existe une « opposition de thèses juridiques et d'intérêts entre le défendeur et les autres Membres des Nations Unies... » disait la Cour en 1962 (affaires du *Sud-Ouest africain*, arrêt du 21 décembre 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 345) et cette constatation n'est pas modifiée dans l'arrêt de 1966 qui n'a pas rejeté les requêtes par le motif qu'il n'y aurait pas de différend, mais uniquement sur la question de l'intérêt juridique des demandeurs en matière de dispositions du mandat « relatives à la gestion ». Il est donc impossible d'en déduire un refus de la Cour de se prononcer en aucun cas sur des violations du mandat (on pourrait, au contraire, remarquer l'allusion faite dans l'arrêt de 1966, paragraphes 11 et 12, à l'article 5 du mandat pour le Sud-Ouest africain et au droit pour chaque Etat Membre de la Société des Nations d'agir pour en obtenir le respect,

Mandate and the States which instigated and eventually pronounced the revocation, but also the imposition on all States of a certain line of conduct.

11. It is not enough to describe the problem as a "situation" for the difficulties to cease. As the Court said in respect of disputes, "a mere assertion is not sufficient". From the viewpoint of law the description "situation" used by the Security Council has no effect so far as the Court is concerned. Without denying that the Namibia affair is and remains for the Security Council a situation, the Court, in order to determine its own competence, had to enquire whether, quite apart from what the Security Council may have thought, the request of 29 July 1970 did or did not relate to a legal question actually pending between States, within the meaning of the Rules of Court (as the Court did in its Opinion on the *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, I.C.J. Reports 1950*, pp. 72-74). Any other view would confer on the political organs of the United Nations the right to interpret, subject to no appeal, the Rules of Court.

12. The Court was faced with a legal question with pronounced political features, which is often the case, but which is not enough to overrule the argument that the issue is, at bottom, a legal one. The subject of the dispute is the conflict of views between, on the one hand, those States which, through the procedures available to the United Nations, have sought and procured the revocation of South Africa's Mandate for the Territory of South West Africa and, on the other hand, South Africa, which attacks that revocation and such effects as it might have. The way in which the request was framed adds to this basic question that of the effects for all States, that is to say even for States which have not taken any active part in the development of the action proceeded with in the United Nations; but this relates to consequences, as the request itself says, and not to the essential legal question. All this emerges strikingly from the written and oral proceedings, in which the Government of South Africa behaved like a respondent, replying to veritable claims and submissions presented by other Governments (with the exception of the French Government, whose written statement is more in the nature of an intervention by an *amicus curiae*).

13. There is, said the Court in 1962, a "conflict of legal views and interests—between the respondent on the one hand, and the other Members of the United Nations . . . on the other hand" (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 345); and this observation was not modified in the Judgment of 1966, which dismissed the Applications not on the ground that there was no dispute, but solely in regard to the question whether the Applicants had a legal interest in the carrying-out of the "conduct" clauses of the Mandate. It is therefore impossible to deduce therefrom any refusal on the part of the Court to pronounce in any circumstances on whether there had been breaches of the Mandate (on the contrary, one might note the allusion in paras. 11 and 12 of the 1966 Judgment to Article 5 of the

ce qui reconnaît un intérêt juridique à prouver certaines violations du mandat). L'avis répond, comme cela est montré par son contenu, au souci exprimé, dans les débats au Conseil de sécurité précédant la demande d'avis, de prouver que le mandat a été légalement révoqué, c'est-à-dire, selon l'avis, une question juridique remontant aux origines du mandat, apparue en tout cas devant la Cour dès 1950 comme nous le verrons plus loin (*infra*, par. 25).

La Cour aurait pu être encouragée à admettre l'existence d'un véritable différend entre Etats par la constatation que l'Assemblée générale elle-même s'est prononcée dans sa résolution 1565 (XV) du 18 décembre 1960 sur « le différend qui oppose l'*Ethiopie, le Libéria et d'autres Etats Membres à l'Union sud-africaine* » (c'est moi qui souligne). Ne suffit-il pas en reprenant cette constatation de se demander, selon la formule de la Cour dans l'avis du 30 mars 1950 sur l'*Interprétation des traités de paix*, si la position juridique des Parties « ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72)? Dans le même sens, M. Koretsky disait dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, à bien des égards comparable, que c'était « une espèce d'arrêt, comme si [la Cour] était saisie d'un cas concret » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 254).

14. Le fait qu'un organe politique des Nations Unies se saisit d'une situation ne peut avoir pour effet juridique la disparition d'un différend entre deux ou plusieurs Etats intéressés au maintien ou à la modification de la situation. Ce sont deux plans différents et parallèles; l'un est la manifestation d'un intérêt politiques des Nations Unies à faciliter le règlement d'une situation d'intérêt général pour la communauté des Etats, l'autre est la constatation de l'existence entre certains Etats d'intérêts juridiques opposés qui leur donnent une place particulière dans l'appréciation de la situation d'intérêt général. Naturellement le fait qu'il y ait une opposition de vues juridiques ne dessaisit jamais le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale des droits qu'ils tiennent de la Charte de prendre en considération la situation telle qu'elle se présente. Mais, de la même manière, il est impossible d'admettre que la seule évocation d'une situation générale par les organes politiques des Nations Unies fasse disparaître l'élément-différend entre Etats, s'il en existe un à la base de cette situation générale, alors précisément que ce cas est prévu par le Règlement de la Cour. C'est pourquoi, dans chaque cas, se pose la question de savoir si l'on est en présence ou non d'un véritable différend. Sinon l'article 82 et l'article 83 du Règlement sont dépourvus de sens, alors que leur but est d'assurer les Etats que, si un avis est demandé à propos d'une question juridique les opposant, ils bénéficieront du droit de

Mandate for South West Africa and to the right of every League member to take action to secure its observance, which connotes recognition of a legal interest in the proving of certain breaches of the Mandate). The Advisory Opinion, as is apparent from its contents, meets the concern, expressed during the discussions in the Security Council preceding its request, for proof that the Mandate was lawfully revoked; and this, by the Opinion's own admission, comprises a legal question rooted in the very origins of the Mandate, one which at all events, as we shall see below (para. 25), made its appearance before the Court as long ago as 1950.

The Court might perhaps have been encouraged to admit the existence of a genuine dispute between States if it had taken note of the fact that the General Assembly itself, in its resolution 1565 (XV) of 18 December 1960, made a pronouncement on "the dispute which has arisen between *Ethiopia, Liberia and other member States, on the one hand, and the Union of South Africa on the other*" (my emphasis). Need one do more than recall this fact and raise the question as to whether, in the words of the Court's Advisory Opinion of 30 March 1950 on the *Interpretation of Peace Treaties*, "the legal position of the parties . . . cannot be in any way compromised by the answers that the Court may give to the question put to it" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 72)? Judge Koretsky had a similar point in mind when, in what was in many respects a comparable case, he observed that the Court, in its Advisory Opinion, would be giving "some kind of judgment as if it had before it a concrete case" (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, dissenting opinion, *I.C.J. Reports 1962*, p. 254).

14. The fact that a political organ of the United Nations places a situation on its agenda cannot have the legal effect of the disappearance of a dispute between two or more States interested in the maintenance or modification of the situation. These are two different and parallel planes; one is the manifestation of the United Nations' political interest in facilitating settlement of a situation of general concern for the community of States, the other is the determination of the existence as between certain States of opposed legal interests which give them a special position in the appraisal of the situation of general concern. Naturally, the fact that there is a divergence of views on the law does not rob the Security Council or the General Assembly of the rights they derive from the Charter to consider the situation as it presents itself. But in the same way it is impossible to admit that the mere calling-in of a general situation by the political organs of the United Nations could bring about the disappearance of the element of a dispute between States if there exists such an element underlying the general situation, when such a case is in fact provided for in the Rules of Court. This is why, in each case, the question arises of whether one is or is not confronted with what is really a dispute. Articles 82 and 83 of the Rules of Court would otherwise have no meaning, whereas their purpose is to reassure States that, if an advisory opinion be requested in relation to a legal question over which they are divided,

présenter leurs vues dans les mêmes conditions et avec les mêmes garanties que dans une procédure contentieuse, notamment quant à la composition de la Cour.

15. En conclusion sur ce point, dire comme le fait l'avis, qu'il n'y a pas de différend et que l'application des articles 82 et 83 du Règlement ne se pose pas, c'est supposer que la Cour a pu résoudre, dès le premier jour du procès, la question de fond, c'est-à-dire l'existence de la compétence des Nations Unies pour révoquer le mandat, en tant qu'organisation internationale. Or, le moins qu'on ait pu dire, le jour de l'ordonnance du 29 janvier 1971, avant tout débat et délibéré sur le fond, est que cela était encore un point à établir. C'est une question si importante pour toute la suite de l'examen de l'affaire que la Cour devait la trancher « avant tout », ce qu'elle n'a pas fait. L'argument selon lequel ce serait l'ordonnance du 29 janvier 1971 qui a établi qu'il n'y avait pas de question juridique pendante entre l'Afrique du Sud et d'autres Etats mais simplement un avis à donner à un organe politique sur les conséquences et les incidences de ses décisions revient à dire que, avant tout débat oral sur le fond, la Cour a pu judiciairement décider le problème de fond sur lequel la demande d'avis porte. Refuser le juge *ad hoc* demandé par l'Afrique du Sud avant d'avoir élucidé cette question de fond c'était irrémédiablement préjuger celle-ci. Les questions d'existence, de consistance d'un différend, de parties intéressées, tout a été résolu *in limine litis* par le seul effet du rejet de la demande de juge *ad hoc*, car il était désormais impossible de revenir en arrière et de modifier ce refus, même dans l'hypothèse où l'examen du fond aurait amené la Cour à conclure qu'il y avait bien une question juridique pendante entre plusieurs Etats. Le fait que la Cour ait confirmé la décision de refus de juge *ad hoc* dans l'étude du fond ne la relève pas du grief de ne pas avoir étudié le point de droit « avant tout ».

16. J'ajouterai que, même si la Cour n'avait pas admis, après examen préliminaire et complet du point de droit, que l'article 83 lui faisait obligation d'accepter la demande de désignation de juge *ad hoc*, l'article 68 du Statut lui en laissait la faculté et je me réfère à la déclaration de mes collègues M. Onyeama et M. Dillard à ce sujet sur l'ordonnance du 29 janvier 1971. Lorsqu'il s'agit de décider si un Etat a légalement été déchu d'un titre juridique et de déterminer les conséquences juridiques de cette révocation, la Cour a intérêt à appliquer la disposition de son Statut qui prévoit le rapprochement de la procédure consultative et de la procédure contentieuse. La thèse soutenue au paragraphe 39 de l'avis selon laquelle la seule hypothèse où la Cour peut accepter un juge *ad hoc* dans une procédure consultative est celle de l'article 83 du Règlement ne me semble pas acceptable (cf. l'argumentation de sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, annexe, par. 25, et de M. Onyeama, opinion individuelle).

they will enjoy the right to present their views in the same way and with the same safeguards as in contentious procedure, more particularly where the composition of the Court is concerned.

15. To conclude in regard to this point, to say, as the Opinion does, that there is no dispute, and that the question of the application of Articles 82 and 83 of the Rules does not arise, is to suppose that the Court was, on the very first day of the proceedings, able to resolve the substantive question, namely the existence of a power in the United Nations, as an international organization, to revoke the Mandate. But on the day the Order of 29 January 1971 was made, before any discussion or deliberation of the substantive issues, the least that can be said is that this was still a point which remained to be proved. This is a question which was so important for all the subsequent examination of the case that the Court ought to have resolved it "*avant tout*", but this it failed to do. The argument that it was the Order of 29 January 1971 which established that there was no legal question pending between South Africa and other States, but merely an opinion to be given to a political organ on the consequences and repercussions of its decisions, is equivalent to an assertion that, before any oral proceedings on the substance of the case, the Court could have judicially decided the substantive problem to which the request for an advisory opinion related. To refuse the judge *ad hoc* applied for by South Africa before settling this basic question was to prejudice it irremediably. The questions whether a dispute existed, what it consisted of and who the parties might be were all disposed of *in limine litis* by the mere effect of the dismissal of the application for a judge *ad hoc*, for it was thereafter impossible to go back and modify that refusal, even if the examination of the substantive issues had eventually led the Court to conclude that there was in fact a legal question pending between States. The fact that the Court has confirmed the decision to refuse a judge *ad hoc* in its consideration of the substance does not exonerate it from the charge of having failed to consider the point of law "*avant tout*".

16. I would add that, even if the Court, after thorough preliminary examination of the point of law, had decided that Article 83 did not oblige it to accept the application for the appointment of a judge *ad hoc*, Article 68 of the Statute left it the power to do so, and on this point I would refer to the declaration of my colleagues Judges Onyeama and Dillard appended to the Order of 29 January 1971. When it is a matter of deciding whether a legal title has lawfully been withdrawn from a State and determining the legal consequences of that revocation, it is in the compelling interest of the Court that it should apply that clause of its Statute which provides for the closer approximation of advisory to contentious procedure. I am unable to accept the contention in paragraph 39 of the Opinion, to the effect that the circumstances contemplated in Article 83 of the Rules are the only ones in which the Court may agree to the appointment of a judge *ad hoc* in advisory proceedings (cf. the reasoning of Judge Sir Gerald Fitzmaurice in paragraph 25 of the Annex

17. Les deux décisions de la Cour concernant sa composition affectent la règle, constamment suivie, selon laquelle la Cour, lorsqu'elle donne un avis, exerce une fonction judiciaire (*Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, C.I.J. Recueil 1960, p. 153: « en tant que corps judiciaire, la Cour doit dans l'exercice de sa fonction consultative rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire »; formule reprise dans l'affaire du Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963, p. 30). Il est certain en effet que, si les arrêts et les avis constituent deux formes de décision pour la Cour, ils sont toujours l'expression de la conviction du juge sur des règles de droit international. Il n'y a pas deux façons de dire le droit. Pour les motifs exposés dans les paragraphes précédents, les ordonnances du 26 janvier 1971 n° 3 et du 29 janvier 1971 ne me paraissent pas remplir les exigences d'une bonne administration de la justice que les dispositions statutaires et réglementaires ont pour but d'assurer.

\* \* \*

18. Un autre revirement de jurisprudence de la Cour est notable dans la manière dont la Cour hésite à examiner la légalité de l'acte juridique qui a provoqué la question sur laquelle il lui est demandé de se prononcer, à savoir la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale. Dans les paragraphes 88 et 89 de l'avis, la Cour déclare que la demande d'avis ne porte pas sur la validité de la résolution 2145 (XXI) ou des résolutions du Conseil de sécurité, ni sur leur conformité avec la Charte. Ce n'était pas l'habitude de la Cour de tenir pour acquises les prémisses d'une situation juridique dont on lui demandait de dire les conséquences; dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a déclaré:

« Le rejet de l'amendement français ne constitue pas une injonction pour la Cour d'avoir à écarter l'examen de la question de savoir si certaines dépenses ont été « décidées conformément aux dispositions de la Charte », si la Cour croit opportun de l'aborder. On ne doit pas supposer que l'Assemblée générale ait ainsi entendu lier ou gêner la Cour dans l'exercice de ses fonctions judiciaires; la Cour doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif. » (C.I.J. Recueil 1962, p. 157.)

La situation est semblable dans les deux affaires; dans *Certaines dépenses des Nations Unies*, comme dans l'affaire actuelle, on s'était demandé s'il convenait de préciser que la Cour devait examiner l'ensemble de la situation juridique et notamment la validité d'actes de l'Assemblée générale.

to his dissenting opinion, and that of Judge Onyeama in his separate opinion).

17. The two decisions of the Court concerning its composition affect the constantly followed rule that the Court, when it gives an advisory opinion, is exercising a judicial function (*Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1960*, p. 153: "The Court as a judicial body is . . . bound in the exercise of its advisory function to remain faithful to the requirements of its judicial character"; a formula reiterated in *Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963*, p. 30). For it is certain that while advisory judgments and advisory opinions are for the Court two different forms of decision, they are always the expression of its confirmed view as a tribunal on rules of international law. There are no two ways of declaring the law. For the reasons I have set down in the foregoing paragraphs, Order No. 3 of 26 January 1971 and the Order of 29 January 1971 do not appear to me to satisfy the requirements of that good administration of justice which it is the purpose of the Statute and Rules to secure.

\* \* \*

18. Another deviation from the line of the Court's case-law is to be observed in the way in which the Court has hesitated to examine the lawfulness of the legal step which gave rise to the question upon which the Court is asked to pronounce, i.e., General Assembly resolution 2145 (XXI). In paragraphs 88 and 89 of the Opinion the Court declares that the question of the validity or the conformity with the Charter of resolution 2145 (XXI), or of the Security Council resolutions, did not form the subject of the request for advisory opinion. It used not to be the Court's habit to take for granted the premises of a legal situation the consequences of which it has been asked to state; in the case concerning *Certain Expenses of the United Nations* it declared that:

"The rejection of the French amendment does not constitute a directive to the Court to exclude from its consideration the question whether certain expenditure were 'decided on in conformity with the Charter', if the Court found such consideration appropriate. It is not assumed that the General Assembly would seek to hamper or fetter the Court in the discharge of its judicial functions; the Court must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 157.)

The situation in the two cases is parallel; in *Certain Expenses of the United Nations*, as in the present case, there was some question as to the desirability of stating that the Court should examine the whole of the legal situation and in particular the validity of the acts of the General

Mais, à la différence de l'affaire actuelle, et bien que la thèse de l'examen le plus large ait été rejetée par l'Assemblée générale avec un amendement français présenté à cet effet, la Cour avait alors estimé de sa compétence et de son devoir de faire cet examen, pour remplir pleinement sa tâche de juge. Comment, en effet, un juge peut-il déduire une obligation d'une situation quelconque sans avoir d'abord éclairci la question de la légalité des origines de cette situation? Entre le prononcé de la Cour en 1962 et le présent avis il y a changement d'attitude.

19. Dans la présente affaire où la Cour a fondé son avis sur une interprétation des articles 24 et 25 de la Charte sur les pouvoirs du Conseil de sécurité aussi bien que sur une interprétation de la nature juridique des pouvoirs de l'Assemblée générale, il eût semblé particulièrement opportun d'exercer sans ambiguïté le pouvoir de la Cour d'interpréter la Charte que l'Assemblée générale elle-même lui a formellement reconnu dans la résolution 171 (II) du 14 novembre 1947. Cette résolution recommande le renvoi à la Cour des points de droit « relatifs à l'interprétation de la Charte ».

20. Je dois donc indiquer brièvement les raisons pour lesquelles je suis en désaccord avec la Cour en ce qui concerne la nature juridique de la résolution 2145 (XXI) et ses effets.

C'est le contenu de la résolution 2145 (XXI) qui détermine la portée de cet acte; il comporte divers énoncés :

- a) sur le droit du peuple du Sud-Ouest africain à la liberté et à l'indépendance, fondé sur la Charte, la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale et ses résolutions antérieures concernant le territoire (par. 1 et 7 du préambule, par. 1 de la résolution 2145 (XXI));
- b) sur le rappel des obligations du mandat et des pouvoirs de contrôle des Nations Unies, en tant que successeur de la SdN (par. 2 du préambule, par. 2 de la résolution);
- c) sur l'administration du territoire considérée comme contraire au mandat, à la Charte et à la Déclaration des droits de l'homme (par. 5 du préambule, par. 3 de la résolution);
- d) sur la condamnation de l'*apartheid* et de la discrimination raciale comme crime contre l'humanité (par. 6 du préambule);
- e) sur le droit de reprendre l'administration du territoire sous mandat (par. 11 du préambule, par. 4, 5, 6 et 7 de la résolution).

21. Il est important également de rappeler que la quasi-unanimité invoquée fréquemment comme un argument en faveur de certains effets juridiques à reconnaître à la résolution 2145 (XXI) recouvre de sérieuses divergences de vues.

Assembly. But, unlike what has occurred in the present case, and although the General Assembly eschewed placing the Court's terms of reference on the broadest basis when it rejected the amendment of France submitted for that purpose, the Court nevertheless, on that occasion, found that it had competence and was bound to conduct that thorough examination in order to acquit itself fully of its judicative task. How indeed can a court deduce any obligation from a given situation without first having tested the lawfulness of the origins of that situation? Between the Court's decision in 1962 and the present Opinion a change of attitude is manifest.

19. In the present case, in which the Court has based its Opinion on an interpretation of Articles 24 and 25 of the Charter as to the powers of the Security Council, and on an interpretation of the legal nature of the powers of the General Assembly, it would have seemed particularly appropriate to have exercised unambiguously the Court's power to interpret the Charter, which the General Assembly itself, in resolution 171 (II) of 14 November 1947, formally recognized that it possesses. That resolution recommends the reference to the Court of points of law "relating to the interpretation of the Charter".

20. I must therefore briefly indicate the reasons why I disagree with the Court with regard to the legal nature of resolution 2145 (XXI) and its effects.

It is the content of resolution 2145 (XXI) which determines the scope of that decision; it contains various declarations:

- (a) as to the right of the peoples of South West Africa to freedom and independence, based on the Charter, General Assembly resolution 1514 (XV), and its previous resolutions concerning the Territory (first and seventh paragraphs of the preamble, para. 1 of resolution 2145 (XXI));
- (b) recalling the obligations under the Mandate and the supervisory powers of the United Nations as the successor to the League of Nations (second paragraph of preamble, para. 2 of the resolution);
- (c) as to the administration of the Territory in a manner regarded as contrary to the Mandate, the Charter, and the Universal Declaration of Human Rights (fifth paragraph of preamble, para. 3 of resolution);
- (d) as to condemnation of *apartheid* and racial discrimination as constituting a crime against humanity (sixth paragraph of preamble);
- (e) as to the right to take over the administration of the mandated territory (eleventh paragraph of preamble; paras. 4, 5, 6 and 7 of resolution).

21. It is also important to recall that underneath the quasi-unanimity which is often urged in favour of resolution 2145 (XXI) having certain legal effects there lie serious differences of view.

- a) L'URSS et neuf autres Etats (Albanie, Biélorussie, Cuba, Hongrie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Ukraine, Yougoslavie) ont exprimé des réserves (voir second exposé écrit du Secrétaire général, par. 30-39) sur la constitution d'un organisme des Nations Unies pour administrer le territoire de la Namibie, qui est l'un des objets essentiels de la résolution 2145 (XXI) (cf. dernier par. du préambule et par. 4 et 5 de la résolution).
- b) L'Australie et le Japon ont fait état des problèmes juridiques complexes en cause et rappelé la nécessité pour l'Assemblée générale de « s'en tenir strictement aux limites que lui tracent la Charte et le droit international » (même exposé écrit, par. 49 pour l'Australie et par. 57 pour le Japon).
- c) Le Canada a dit que « l'Assemblée générale n'était pas appelée à trancher sur le plan juridique la question de savoir si, d'une façon ou d'une autre, le Gouvernement sud-africain avait failli aux obligations découlant du mandat... » (*eod. loc.*, par. 50), alors que, on l'a vu au paragraphe 20 ci-dessus, les paragraphes 5 et 6 du préambule et le paragraphe 3 de la résolution se prononcent formellement sur ce sujet.
- d) La Belgique a expliqué que « l'adhésion de la délégation belge [à la résolution 2145 (XXI)] n'impliquait pas pour autant qu'elle l'approuvait sans nuances ni réserves ». La délégation belge eût préféré que « le point de droit relatif à la compétence de l'Assemblée générale eût été clarifié avec toute la précision souhaitable » (*eod. loc.*, par. 40).  
Le Brésil a de même déclaré que la décision de révocation du mandat et de prise d'une responsabilité directe des Nations Unies pour le territoire « reposerait sur des bases juridiques contestables » et il a « exprimé un certain nombre de réserves ». Par exemple: « l'Assemblée générale n'avait pas le droit de décider de révoquer le Mandat » (*eod. loc.*, par. 60).
- e) L'Italie et les Pays-Bas ont formellement réservé leur position sur le paragraphe 4 concernant ce point essentiel de la résolution 2145 (XXI) qu'est la prise de responsabilité directe de l'ONU en Namibie (*eod. loc.*, par. 45 et 46). La Nouvelle-Zélande a réservé sa position sur les modalités d'exécution.
- f) Israël a estimé que « l'aspect politique de la question du Sud-Ouest africain l'emportait sur les éventuels problèmes juridiques et que le respect le plus scrupuleux des subtilités juridiques pouvait en l'occurrence céder le pas à la sagesse politique de la majorité de l'Assemblée générale » (*eod. loc.*, par. 51).
- g) On sait que deux Etats ont voté contre la résolution 2145 (XXI) et que trois se sont abstenus en manifestant dans chaque cas leurs réserves formelles.

- (a) The Soviet Union and nine other States (Albania, Byelorussia, Cuba, Czechoslovakia, Hungary, Poland, Romania, Ukraine, Yugoslavia) expressed reservations (see Secretary-General's second written statement, paras. 30 to 39) with regard to the setting-up of a United Nations organism for the administration of the Territory of Namibia, which is one of the essential objects of resolution 2145 (XXI) (cf. last paragraph of preamble and paras. 4 and 5 of the resolution).
- (b) Australia and Japan drew attention to the complexity of the legal problems involved and reminded the General Assembly that it "must keep strictly within the framework of the Charter and of international law" (*ibid.*, Australia: para. 49; Japan: para. 57).
- (c) Canada said that "the General Assembly was not called upon to make a juridical judgment as to whether in one respect or another the government in charge of the Mandate had been delinquent in carrying out the Mandate entrusted to it..." (*ibid.*, para. 50), whereas, as we have seen in paragraph 20 above, the fifth and sixth paragraphs of the preamble and paragraph 3 of the resolution make formal declarations on that subject.
- (d) The representative of Belgium explained "that his delegation's support of the text [resolution 2145 (XXI)] for which he had voted did not, in any way, imply that the delegation approved it without doubts or reservations. His delegation would have preferred the point of law of the General Assembly's competence to be clarified as fully as possible" (*ibid.*, para. 40).
- In the same way, Brazil declared that the decision for the Mandate to be revoked and the United Nations to take over direct responsibility for the Territory "would be based on doubtful juridical grounds" and "expressed a series of reservations". For example: "it was not... legitimate for the General Assembly to decide to revoke the Mandate" (*ibid.*, para. 60).
- (e) Italy and the Netherlands formally reserved their position with regard to paragraph 4, concerning an essential point of resolution 2145 (XXI): the assumption by the United Nations of direct responsibility for Namibia (*ibid.*, paras. 45 et seq.). New Zealand reserved its position with regard to the methods of implementation.
- (f) Israel considered "that the political aspect of the question of South West Africa outweighed the possible legal problems, and that even the most scrupulous concern for legal niceties might at this juncture cede its place to the political wisdom of the majority of the General Assembly" (*ibid.*, para. 51).
- (g) It will be recalled that two States voted against resolution 2145 (XXI) and that three abstained, while all indicating definite reservations.

22. Ainsi, ce sont vingt-quatre Etats qui, d'une manière ou d'une autre, ont formulé opposition, réserve ou doute. Le fait que dix-neuf de ces Etats aient voté pour la résolution 2145 (XXI) n'enlève rien à la portée de leurs observations et réserves faites sur ce texte car, en le votant, ces Etats ne les retiraient pas; leur vote avait donc la signification d'une acceptation d'une solution politique dont certains caractères demeuraient, pour chacun d'eux, l'objet des opinions exprimées. Ce n'est donc pas dans une quasi-unanimité d'intentions que la résolution 2145 (XXI) fut votée, mais à une très forte majorité, visiblement dominée par le sentiment qu'on ne faisait pas du droit.

Le Secrétaire général a exposé à la Cour que la notion de réserve était inapplicable au vote des actes des organes des Nations Unies (audience du 8 mars 1971). Comme l'avis ne s'est pas prononcé sur ce point, il suffira de rappeler que la pratique est constante et qu'elle a été rendue nécessaire par la nécessité pour des Etats qui veulent se désolidariser d'une certaine action de manifester clairement leur attitude (sur l'utilité et le sens de ces réserves, voir l'opinion de M. Koretsky dans *Certaines dépenses des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1962*, p. 279). Le refus de cette pratique et de ses effets aurait pour conséquence de présenter les organes politiques des Nations Unies comme des organes de décision, semblables à ceux d'un Etat ou d'un super-Etat, ce que les Nations Unies ne sont pas, comme la Cour l'a déclaré dans une formule souvent citée. Si, en effet, une minorité d'Etats qui ne sont pas d'accord avec un acte proposé devaient être liés, quels que soient leur vote et leurs réserves, l'Assemblée générale serait un parlement fédéral. Quant au Conseil de sécurité, l'affirmation de l'inexistence du droit de réserve ou d'abstention serait, pour les membres permanents, un simple encouragement à l'exercice du veto. Toute la souplesse permise par l'énoncé de réserves et par l'abstention serait retirée dans la vie quotidienne des Nations Unies, comme le disait M. Koretsky:

« L'abstention au cours du vote de résolutions relatives à telles ou telles mesures proposées par l'Organisation doit plutôt être considérée comme l'expression d'un désir de ne pas participer à l'exécution de ces mesures (ni éventuellement à leur financement) en même temps que de ne pas empêcher leur mise en œuvre par ceux qui ont voté pour. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 279.)

23. La résolution 2145 (XXI) est une recommandation de l'Assemblée générale concernant un territoire sous mandat. Sauf exception, les recommandations n'ont pas de force obligatoire à l'égard des Etats Membres de l'Organisation. C'est donc, soit dans le droit des mandats, soit dans la Charte qu'il faut découvrir la justification de l'exception.

24. Reprenons en premier lieu la question de la révocation dans

22. Thus there were 24 States which, in one way or another, expressed opposition, reservations or doubt. The fact that 19 of these States voted for resolution 2145 (XXI) does not in any way diminish the effect of the observations and reservations they made upon the text, for in voting for it the States in question did not withdraw them; thus their votes signified acceptance of a political solution of which some features remained, for each of them, the subject of the opinions expressed. Resolution 2145 (XXI), therefore, was not voted with quasi-unanimity of intention; it was voted by a large majority, clearly under the strong impression that law was not being made.

It was argued before the Court on behalf of the Secretary-General that the concept of reservations was not applicable to the voting of decisions in organs of the United Nations (hearing of 8 March 1971). As the Opinion makes no pronouncement on that point, suffice it to recall that the practice is a constant one, necessitated through the need to provide States wishing to dissociate themselves from a course of action with a means of making their attitude manifest (on the usefulness and meaning of such reservations, see the opinion of Judge Koretsky in *Certain Expenses of the United Nations, I.C.J. Reports 1962*, p. 279). The consequence of the rejection of this practice and its effects would be to treat the political organs of the United Nations as organs of decision similar to those of a State or of a super-State, which, as the Court once declared in an oft-quoted phrase, is what the United Nations is not. For if a minority of States which are not in agreement with a proposed decision are to be bound, however they vote, and whatever their reservations may be, the General Assembly would be a federal parliament. As for the Security Council, to affirm the non-existence of the rights of making reservations and of abstention would, for the permanent members, be a simple encouragement to use the veto. The everyday operation of the United Nations would be deprived of all the flexibility made possible by statements of reservation and by abstention; as Judge Koretsky put it:

“Abstention from the vote on the resolutions on these or those measures proposed by the Organization should rather be considered as an expression of unwillingness to participate in these measures (and eventually in their financing as well) and as unwillingness to hamper the implementation of those measures by those who voted ‘in favour’ of them.” (*I.C.J. Reports 1962*, p. 279.)

23. Resolution 2145 (XXI) is a recommendation of the General Assembly concerning a mandated territory. With certain exceptions, recommendations have no binding force on member States of the Organization. It is therefore either in the law of mandates or in the Charter that justification for an exception must be discovered.

24. First, let us re-examine the question of revocation under the man-

le système des mandats tel qu'il fut établi à l'origine. Le statut international du territoire sous mandat a été défini par l'avis de la Cour en 1950 et « il est conforme aux principes d'une saine interprétation que la Cour protège la mise en œuvre de son avis du 11 juillet 1950, non seulement dans ses clauses individuelles mais encore par rapport à son but principal » (opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht, avis du 1<sup>er</sup> juin 1956, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 45). C'est dans cet esprit qu'il faut rechercher si le pouvoir de révocation du mandat a été considéré comme un élément du statut international défini par la Cour, soit dans l'avis de 1950 qui constitue le plus large exposé des principes en la matière, soit dans la procédure et les débats annexes à cet avis.

25. Il faut rappeler le texte de la demande d'avis faite dans la résolution du 6 décembre 1949 de l'Assemblée générale, sur le point c) :

« L'Union sud-africaine a-t-elle compétence pour modifier le statut international du Territoire du Sud-Ouest africain ou, dans le cas d'une réponse négative, qui a compétence pour déterminer et modifier le statut international du Territoire? »

La question était posée de façon assez générale pour que, soit dans l'avis, soit dans les opinions, le problème de la modification unilatérale du statut par les Nations Unies ait pu être évoqué; « déterminer et modifier le statut » est la compétence la plus large, puisqu'elle permet à la fois de définir et délimiter les obligations actuelles, et aussi de les « modifier ». Il est donc important de constater que le seul prononcé de la Cour, en termes identiques dans la motivation et dans la réponse à la demande d'avis sur le point c), a été :

« que la compétence pour déterminer et modifier le statut international du territoire du Sud-Ouest africain appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies ».

Si la conclusion de la Cour répondait, à l'époque, à une prétention du mandataire de modifier unilatéralement le statut, la formule de l'avis est absolue et elle ne comporte aucune indication visant des exceptions pour le cas de révocation unilatérale du mandat, ou de modification partielle, moins importante, du statut par les Nations Unies. Il faut reconnaître que ni la Cour, ni aucun juge participant à la procédure de 1950 n'ont envisagé l'existence d'un pouvoir de révocation appartenant aux Nations Unies en cas de violation des obligations du mandataire.

Ce n'est pas, cependant, que le problème n'ait pas été soulevé devant la Cour à l'époque. Le mémoire du Gouvernement des Etats-Unis avait abordé la question (*Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J.*

dates system as it was originally established. The international status of the mandated territory was defined by the Court's Opinion of 1950, and "it is in accordance with sound principles of interpretation that the Court should safeguard the operation of its Opinion of 11 July 1950 not merely with regard to its individual clauses but in relation to its major purpose" (separate opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht annexed to Opinion of 1 June 1956, *I.C.J. Reports 1956*, p. 45). It is in this spirit that enquiry must be made whether the power of revocation of the Mandate was, either in the 1950 Opinion which is the broadest account of the principles governing the matter, or in the proceedings and arguments preceding that Opinion, regarded as being an element of the international status defined by the Court.

25. It will be recalled that the question put by point (c) of the request for opinion contained in the General Assembly resolution of 6 December 1949 ran as follows:

"Has the Union of South Africa the competence to modify the international status of the territory of South West Africa, or, in the event of a negative reply, where does competence rest to determine and modify the international status of the territory?"

This question was put in a sufficiently general way for it to have been possible, either in the Opinion of the Court, or in the separate and dissenting opinions, to raise the question of unilateral modification of the status of the Territory by the United Nations; competence "to determine and modify the status" is the widest kind of competence, since it enables the existing obligations both to be defined, and their limits stated, and also to be "modified". It is therefore important to observe that the only statement by the Court on point (c), to be found in identical terms in the reasoning and in the reply itself, was:

"that competence to determine and modify the international status of South West Africa rests with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations".

While it is true that the Court's conclusion replied, at the time, to a claim by the Mandatory to modify the status of the Territory unilaterally, the formula used in the Opinion is absolute, and does not contain any suggestion of exceptions, as for example the case of unilateral revocation of the Mandate, or of any partial, less substantial, modification of the status by the United Nations. It must be recognized that neither the Court nor any judge who took part in the 1950 proceedings was ready to admit the existence of a power of revocation appertaining to the United Nations in case of violation of the Mandatory's obligations.

This was not, however, because the problem was not raised before the Court at the time. The written statement of the United States Government touched on the question (*I.C.J. Pleadings, International Status of*

*Mémoires*, p. 137-139) et le Secrétaire général, dans son exposé oral, lui avait donné assez d'importance pour en faire l'une de ses conclusions:

« Quatrièmement, la possibilité d'une révocation en cas de violation grave de ses obligations par un Mandataire n'était pas complètement exclue. On avait suggéré que, dans une circonstance exceptionnelle de cette nature, c'était au Conseil, ou à la Cour permanente, ou aux deux, qu'il appartiendrait de décider. » (*Ibid.*, p. 234.)

Puis l'exposé développait la thèse d'« *une solution d'accord entre les Nations Unies et le Mandataire* » (*ibid.*, p. 236, en italiques dans le texte) qui sera confirmée par la Cour dans sa réponse à la question *c*). L'exposé sur ce point se terminait par:

« La Cour internationale de Justice ne pourrait-elle être mise à même de remplir un rôle constructif? » [pour l'interprétation et l'application du mandat] (*ibid.*, p. 237).

Sans tirer un argument décisif de ces faits, ils interdisent cependant de prétendre, à l'inverse, que la question de la révocation unilatérale du mandat est exclue de la réponse de la Cour à la question *c*) parce que le problème n'avait pas été mentionné dans la procédure. Comme on le voit, il avait été posé par les Etats-Unis et par le Secrétaire général.

26. Dès le 14 décembre 1946, l'Assemblée générale avait adopté une résolution 65 (I) invitant l'Union sud-africaine à proposer un accord de tutelle à l'examen de l'Assemblée générale. Et, depuis lors, se succèdent les invitations à négocier, résolution 141 (II) du 1<sup>er</sup> novembre 1947, résolution du 26 novembre 1948, jusqu'à la demande d'avis du 6 décembre 1949. Après l'avis du 11 juillet 1950, l'Assemblée générale a poursuivi ses efforts pour une négociation avec l'Union sud-africaine (résolution 449 A (V) du 13 décembre 1950; résolution 570 A (VI) du 19 janvier 1952 où l'on trouve: « Fait solennellement appel au Gouvernement de l'Afrique du Sud pour qu'il reconsidère sa position et le presse de reprendre des négociations ... en vue de conclure un accord pour la complète exécution de l'avis consultatif »; résolution 651 (VII) du 20 décembre 1952 qui maintient les instructions de négocier données au Comité spécial des Cinq par les résolutions 570 A (VI) du 19 janvier 1952, 749 A (VIII) du 28 novembre 1953, etc.) Jusqu'à la onzième session en 1957, l'Assemblée générale ne semble pas avoir conçu d'autre voie de solution pour le Sud-Ouest africain que celle de la négociation et ce n'est que dans une résolution 1060 (XI) du 26 février 1957 que le Comité du Sud-Ouest africain fut chargé de rechercher les moyens juridiques à la disposition des organes des Nations Unies, des Membres des Nations Unies ou des anciens membres de la Société des Nations; c'est de là que vint l'initiative de deux Etats Membres des Nations Unies et anciens membres de la SdN aboutissant

*South West Africa*, pp. 137-139) and the Secretary-General, in his oral statement, attributed sufficient importance to it to make it one of his conclusions:

“Fourth, the possibility of revocation in the event of a serious breach of obligation by a mandatory was not completely precluded. It was suggested that in the event of an exceptional circumstance of this kind it would be for the Council or for the Permanent Court or for both to decide” (*ibid.*, p. 234).

Then the statement went on to discuss the notion of “*a solution agreed between the United Nations and the mandatory Power*” (*ibid.*, p. 236, italics in the original), which was to be confirmed by the Court in its reply to question (c). On this point, the statement ended as follows:

“Could not the International Court of Justice be put into a position to play a constructive role?” [for the interpretation and application of the Mandate] (*ibid.*, p. 237).

Without seeking to base a decisive argument on these facts, they do nevertheless make it impossible to advance the contrary argument that the reason why the question of unilateral revocation of the Mandate was not mentioned in the Court’s reply to question (c) was because the problem had not been mentioned during the proceedings. As is apparent, it had been raised by the United States and by the Secretary-General.

26. As early as 14 December 1946, the General Assembly had adopted resolution 65 (I), inviting the Union of South Africa to propose a trusteeship agreement for the consideration of the General Assembly. And from that time on, invitations to negotiate followed each other; resolution 141 (II) of 1 November 1947, resolution of 26 November 1948, and so on up to the request for advisory opinion of 6 December 1949. After the Opinion of 11 July 1950, the General Assembly continued its efforts towards negotiation with the Union of South Africa (resolution 449 A (V) of 13 December 1950; resolution 570 A (VI) of 19 January 1952, in which the Assembly: “Appeals solemnly to the Government of South Africa to reconsider its position, and urges it to resume negotiations . . . for the purpose of concluding an agreement providing for the full implementation of the advisory opinion”; resolution 651 (VII) of 20 December 1952, which maintained the instructions to negotiate given to the *Ad Hoc* Committee of Five by resolution 570 A (VI) of 19 January 1952, resolution 749 A (VIII) of 28 November 1953, etc.). Up to the time of the Eleventh Session, in 1957, the General Assembly does not seem to have conceived of any other means of solution of the problem of South West Africa than that of negotiation, and it was only in resolution 1060 (XI) of 26 February 1957 that the Committee on South West Africa was instructed to examine the legal means at the disposal of the organs of the United Nations, the Members of the United Nations, or the former

aux arrêts de la Cour de 1962 et 1966. La question posée au Comité du Sud-Ouest africain était :

« Quelle est l'action juridique dont disposent *les organes de l'Organisation des Nations Unies*, les Membres de l'ONU ou les anciens membres de la SdN ... pour assurer que l'Union sud-africaine s'acquitte des obligations qu'elle a assumées en vertu du Mandat...? » (C'est moi qui souligne.)

La ligne générale adoptée par les Nations Unies était donc d'engager l'Afrique du Sud à négocier un accord de tutelle, avec certaines tentatives d'aménagement d'un statut international d'attente comme le rappelle l'avis dans son paragraphe 84.

27. Il suffira de constater que, entre 1950 et 1960, date des requêtes de l'Ethiopie et du Libéria, lorsqu'il s'agissait de poursuivre l'œuvre accomplie par la Cour dans son avis du 11 juillet 1950, personne n'a soutenu qu'il existait un pouvoir de révocation du mandat par les organes des Nations Unies, ou même un pouvoir de modification des règles du mandat par cette voie unilatérale. Et la preuve se trouve dans les faits; il était connu en 1960 qu'une procédure contentieuse devant la Cour serait longue et comporterait des risques alors que, selon l'avis de la Cour aujourd'hui, il a toujours existé un pouvoir unilatéral de révocation du mandat par l'Assemblée générale, depuis le refus de l'Afrique du Sud de se soumettre à surveillance et de présenter des rapports sur son administration du territoire. Le moins qu'on puisse dire est que l'Assemblée générale n'était certes pas consciente d'avoir ce pouvoir en 1960, lorsqu'elle se contenta de féliciter l'Ethiopie et le Libéria de leur initiative (résolution 1565 (XV) du 18 décembre 1960), et que les Etats opposés aux prétentions de l'Afrique du Sud n'en étaient pas plus avertis car, ainsi qu'on l'a vu en octobre 1966, il eût été infiniment plus simple et plus rapide de « modifier » le mandat par action unilatérale dès 1960, même après consultation de la Cour sur la méthode à employer, par une demande d'avis telle que celle à laquelle la Cour a maintenant répondu *ex post facto*. Or cela ne fut jamais envisagé avant la révocation prononcée en octobre 1966, tellement l'idée d'un pouvoir unilatéral de révocation du mandat apparaissait fragile.

28. En 1955, lors de l'avis sur la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (avis du 7 juin 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 67 et suiv.), M. Lauterpacht étudia de manière exhaustive tous les problèmes soulevés par la mise en œuvre de l'avis du 11 juillet 1950 et, parmi ceux-ci, celui de la situation juridique du mandataire qui refuserait systématiquement de tenir compte des recommandations qui lui sont adressées (cf. opinion individuelle, p. 118, 120-121 et 122). Il est important de noter que, même

Members of the League of Nations; this was the source of the initiative of the two member States of the United Nations, who were also former Members of the League of Nations, which resulted in the Court's Judgments of 1962 and 1966. The question put to the Committee on South West Africa was:

“What legal action is open to *the organs of the United Nations*, or to the Members of the United Nations, or to the former Members of the League of Nations . . . to ensure that the Union of South Africa fulfils the obligation assumed by it under the Mandate . . .” (emphasis supplied).

The general line followed by the United Nations was thus to obtain a South African commitment to negotiate a trusteeship agreement, with certain attempts to arrange an interim international status, as the Opinion recalls in paragraph 84.

27. It will be sufficient to observe that between 1950 and 1960, the date of the Applications filed by Ethiopia and Liberia, when it was a question of carrying on the work done by the Court in its Opinion of 11 July 1950, no-one claimed that there existed a power of revocation of the mandate by the organs of the United Nations, or even a power to modify the provisions of the mandate by such unilateral means. The facts afford the proof: it was known in 1960 that contentious proceedings before the Court would be lengthy and would involve some risk, whereas, according to the Court's present Opinion, a power of unilateral revocation of the Mandate by the General Assembly has always existed, ever since the refusal by South Africa to submit to supervision and present reports on its administration of the Territory. The least that can be said is that the General Assembly was certainly not aware in 1960 that it had such power, when it contented itself with commending Ethiopia and Liberia upon their initiative (resolution 1565 (XV) of 18 December 1960), and that the States which opposed the claims of South Africa were no better informed since, as became apparent in October 1966, it would have been infinitely more simple and rapid to “modify” the mandate by unilateral action in 1960, even after having consulted the Court on the means to be used, by a request for advisory opinion similar to that to which the Court has now replied *ex post facto*. But this was never contemplated at any time before the revocation declared in October 1966, so flimsy did the idea of a unilateral power to revoke the Mandate appear.

28. In 1955, at the time of the Opinion on *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa* (Advisory Opinion of 7 June 1955, *I.C.J. Reports 1955*, pp. 67 ff.), Judge Lauterpacht gave exhaustive study to all the problems raised by the implementation of the Opinion of 11 July 1950, including that of the legal position of a mandatory which systematically refused to take account of the recommendations addressed to it (cf. his separate opinion at pp. 118, 120-121 and 122). It is important to note that, even

lorsqu'il suppose atteinte « la limite imperceptible entre l'impropriété et l'illégalité, entre la discrétion et l'arbitraire, entre l'exercice de la faculté juridique de ne pas tenir compte de la recommandation et l'abus de cette faculté » (p. 120), M. Lauterpacht ne se prononce pas sur la sanction juridique possible et passe sous silence l'idée de révocation pour violation de l'obligation du mandataire d'agir de bonne foi. Le but de sa démonstration est l'affirmation du caractère juridique de cette obligation, l'idée de sanction n'étant invoquée que comme une confirmation de ce caractère.

29. La conclusion à tirer de la conduite des Nations Unies et des Etats les plus directement intéressés à la solution du problème du Sud-Ouest africain est que le pouvoir de révocation n'est pas un élément du système des mandats tel qu'il fut établi à l'origine. Il n'est pas conforme à une interprétation raisonnable des pouvoirs de l'Assemblée générale en matière de mandats de découvrir aujourd'hui qu'elle avait, depuis vingt-cinq ans, ce que le Conseil de la SdN n'avait pas revendiqué pour lui-même et ainsi, non seulement le moyen de révoquer le mandat mais, par la simple évocation de cette compétence, la possibilité de contraindre le mandataire à lui rendre compte, argument qui ne fut jamais employé.

30. Le système décrit dans l'avis du 11 juillet 1950, qui n'allait pas jusqu'à l'affirmation d'une obligation juridique de négocier un accord de tutelle, ne comportait pas, même implicitement, la notion de révocation unilatérale, l'accent ayant été mis de manière exclusive sur l'idée de négociation entre Nations Unies et mandataire. Comme l'arrêt du 21 décembre 1962 (affaires du *Sud-Ouest africain*) l'a exposé ensuite, « le Conseil ne pouvait imposer ses vues au Mandataire ... et le Mandataire pouvait demeurer sourd aux admonestations du Conseil » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 337); l'avis de 1950 (*Statut international du Sud-Ouest africain*) avait dit que « le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait donc dépasser celui qui a été appliqué sous le régime des Mandats ... » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 138).

La preuve de l'existence d'un pouvoir de révocation dans le régime des mandats n'a pas été faite.

31. La seconde justification présentée à l'appui de la révocation du mandat se réfère à un pouvoir particulier des Nations Unies de décider la révocation, même si ce pouvoir n'existait pas à l'origine pour les mandats, par une sorte de transposition d'une règle générale sur la violation des traités. On tente de justifier la résolution 2145 (XXI) dans ses effets, par un appel à la théorie générale de la violation des obligations conventionnelles, en affirmant l'existence d'un droit pour les Nations Unies, comme partie à un traité, le mandat, de dénoncer ce traité comme sanction du refus par l'autre partie, le mandataire, d'exécuter ses obligations.

En premier lieu, l'idée que le régime du mandat est un traité ou résulte

when he supposes that the Mandatory had over-stepped "the imperceptible line between impropriety and illegality, between discretion and arbitrariness, between the exercise of the legal right to disregard the recommendation and abuse of that right" (p. 120), Judge Lauterpacht does not pronounce on the possible legal sanctions, and makes no mention of the idea of revocation for violation of the obligation of the Mandatory to act in good faith. The purpose of his argument is the affirmation of the legal nature of that obligation, the idea of sanction only being relied on as a confirmation thereof.

29. The conclusion to be drawn from the conduct of the United Nations and of the States most directly concerned by solution of the problem of South West Africa is that the power of revocation is not a feature of the mandates system as it was originally established. It is not consistent with any reasonable interpretation of the powers of the General Assembly in the field of mandates to discover today that it has had for 25 years what the Council of the League of Nations had never claimed, and thus has not merely means to revoke the Mandate, but also, merely by drawing attention to such power, the possibility of obliging the Mandatory to render account to it, which is an argument that was never employed.

30. The system described in the Opinion of 11 July 1950, which did not go so far as to affirm the existence of a legal obligation to negotiate a trusteeship agreement, did not entail, even implicitly, the concept of unilateral revocation, the accent being laid exclusively on the idea of negotiation between the United Nations and the Mandatory. As the Judgment of 21 December 1962 in the *South West Africa* cases subsequently explained, "the Council could not impose its own view on the mandatory . . . and the mandatory could continue to turn a deaf ear to the Council's admonitions" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 337); the 1950 Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* had said that "the degree of supervision to be exercised by the General Assembly should not therefore exceed that which applied under the mandates system . . ." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 138).

The existence in the mandates system of a power of revocation has not been proved.

31. The second justification presented to support the revocation of the Mandate refers to a special power of the United Nations to take a decision to revoke it, even if such power did not exist with regard to mandates originally, by a sort of transposition of a general rule relating to violation of treaties. It is sought to justify resolution 2145 (XXI), with regard to its effects, by an appeal to the general theory of the violation of treaty obligations, and by affirmation of the existence of a right for the United Nations, as a party to a treaty, namely the Mandate, to put an end to that treaty by way of sanction for the refusal of the other party, the Mandatory, to fulfil its obligations.

In the first place, the idea that the mandates system is a treaty or

d'un traité n'est pas historiquement exacte, comme le rappelait M. Basdevant :

« La Cour a cru pouvoir se fonder sur le caractère de traité reconnu par elle au Mandat établi par la décision du Conseil de la SdN du 17 décembre 1920. Je ne souscris pas à cette interprétation. Je m'en tiens au caractère de l'acte accompli par le Conseil de la SdN le 17 décembre 1920 ... Il ne m'est pas apparu *qu'à cette époque* le caractère propre de cet acte du Conseil ait été contesté. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 462; c'est moi qui souligne.)

Il faut ajouter que, même si l'on admet que le mandat est un traité, il n'y a pas dans le droit des traités de règle permettant à une partie de mettre fin discrétionnairement à un traité au cas où elle soutient que l'autre partie a commis une violation du traité. Il faut un examen des prétentions contradictoires et l'une ne prévaut pas sur l'autre avant la décision d'un tiers, conciliateur, arbitre ou juge.

32. Le régime du mandat ayant été internationalement établi est devenu obligatoire dans les conditions où il a été établi, c'est-à-dire sans qu'un pouvoir de révocation y ait été inclus. Pour modifier tout statut international de caractère objectif, il faut lui appliquer les règles qui lui sont propres. La thèse de la compétence unilatérale de révocation du mandat par l'Assemblée générale n'est fondée que sur l'idée de la nécessité, quelque apparence qu'on lui donne. Et la fin ne justifie pas les moyens, comme le rappelait M. Koretsky en 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 268). Dire qu'un pouvoir est nécessaire, qu'il découle logiquement d'une certaine situation, est l'aveu de l'inexistence d'une justification juridique. Nécessité n'a pas de loi, dit-on; c'est en effet qu'on sort du droit lorsqu'on invoque la nécessité.

33. Dans ces conditions, le problème des conséquences juridiques de la résolution 2145 (XXI) et des résolutions connexes du Conseil de sécurité se pose pour moi d'une manière très différente de celle que la Cour adopte. Comme l'ont dit M. Lauterpacht en 1955 et M. Koretsky en 1962, je considère que les recommandations de l'Assemblée générale ne créent pas « d'obligation juridique de passer à exécution, bien qu'en certaines circonstances elles constituent une autorisation légale pour les membres décidés à s'y conformer soit individuellement soit collectivement » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 115). En la présente affaire, faute de pouvoir de révocation dans le régime du mandat, ni l'Assemblée générale, ni même le Conseil de sécurité ne peuvent faire naître ce pouvoir *ex nihilo*. Il y a donc des recommandations, hautement respectables, mais qui n'obligent pas juridiquement les Etats Membres à une action communautaire ou individuelle. Cette thèse classique fut exposée à la Cour par le représentant de l'URSS dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* (exposé écrit, *C.I.J.*

results from a treaty is not historically correct, as was recalled by Judge Basdevant:

“The Court has felt able to rely on what it recognizes as the treaty character of the Mandate established by the decision of the Council of the League of Nations of 17 December 1920. I do not subscribe to this interpretation. I adhere to the character of the instrument made by the Council of the League of Nations on 17 December 1920 ... I have not found anything to indicate that *at that time* the particular character of the Council’s instrument was disputed” (*I.C.J. Reports 1962*, p. 462; emphasis supplied).

It must be added that, even if one concedes that the Mandate is a treaty, there is no rule in the law of treaties enabling one party at its discretion to put an end to a treaty in a case in which it alleges that the other party has committed a violation of the treaty. An examination of the rival contentions is necessary, and the one cannot prevail over the other until there has been a decision of a third party, a conciliator, an arbitrator or a tribunal.

32. The mandates system having been established on the international level, it became binding subject to the conditions on which it was established, that is to say without the inclusion therein of any power of revocation. To modify any international status of an objective kind, there must be applied thereto the rules which are proper to it. The argument for the unilateral power of revocation of the mandate by the General Assembly has no basis but the idea of necessity, however it may be clothed. And, as Judge Koretsky recalled in 1962, the end does not justify the means (*I.C.J. Reports 1962*, p. 268). To say that a power is necessary, that it logically results from a certain situation, is to admit the non-existence of any legal justification. Necessity knows no law, it is said; and indeed to invoke necessity is to step outside the law.

33. In these circumstances, for me the problem of the legal consequences of resolution 2145 (XXI), and of the related resolutions of the Security Council, arises in a way very different from that adopted by the Court. As Judge Lauterpacht said in 1955, and as Judge Koretsky said in 1962, I consider that the recommendations of the General Assembly, “although on proper occasions they provide a legal authorization for Members determined to act upon them individually or collectively, ... do not create a legal obligation to comply with them” (*I.C.J. Reports 1955*, p. 115). In the present case, in the absence of a power of revocation in the mandates system, neither the General Assembly nor even the Security Council can cause such a power to come to birth *ex nihilo*. Thus we have here recommendations which are eminently worthy of respect, but which do not bind member States legally to any action, collective or individual. This classic view was laid before the Court by the representative of the USSR in the case concerning *Certain Expenses of the United Nations*

*Mémoires*, p. 273; exposé oral, *ibid.*, p. 411-412). En 1962 et en 1970, la France a également soutenu que les Nations Unies ne pouvaient, par la voie des recommandations, légiférer et contraindre les Etats Membres (*C.I.J. Mémoires, Certaines dépenses des Nations Unies*, p. 133-134; exposé écrit dans la présente affaire, *C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 365-368, avec le rappel des réserves faites « maintes fois », *ibid.*, p. 368, note 1; voir aussi la déclaration du Gouvernement des Etats-Unis à propos de l'attitude de certains Etats après l'avis sur *Certaines dépenses des Nations Unies*, notamment sur le problème du double standard parmi les Etats Membres, Nations Unies, doc. A/AC.121/SR.15.Corr.1).

La résolution 2145 (XXI) est une recommandation dont la portée politique est considérable mais les Etats Membres des Nations Unies, même ceux qui l'ont votée, ne sont pas tenus par une obligation juridique d'agir conformément à ses dispositions et ils demeurent libres de déterminer leur action.

34. Il reste à examiner l'argument que le Conseil de sécurité a, s'il en était besoin, « confirmé » la résolution 2145 (XXI) (cf. en ce sens l'exposé oral du Gouvernement des Etats-Unis, audience du 9 mars 1971). Mais comment un acte irrégulier peut-il être rendu légitime par un organe qui n'a déclaré qu'en « prendre acte » ou en « tenir compte »? Régulariser un acte signifie le pouvoir de faire soi-même ce que le premier organe n'a pu faire valablement. Et le Conseil de sécurité n'a pas, par lui-même, plus de pouvoir de révoquer le mandat que l'Assemblée générale, si ce pouvoir de révocation n'existait pas dans le système des mandats. Le problème demeure.

Quant à la thèse selon laquelle les articles 24 et 25 de la Charte permettent au Conseil de sécurité d'intervenir directement dans la révocation du mandat et de prendre des décisions obligatoires pour les Etats parce que la situation a été traitée en relation avec le maintien de la paix et de la sécurité internationales, c'est une nouvelle tentative pour modifier les principes de la Charte sur les pouvoirs reconnus par les Etats aux organes qu'ils instituèrent. Il ne suffit pas de dire qu'une affaire a un « écho » sur le maintien de la paix pour que le Conseil de sécurité se transforme en gouvernement mondial. La Cour a bien défini les conditions de la Charte :

« Ceci n'équivaut pas à dire que l'Organisation soit un Etat, ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un Etat. Encore moins cela équivaut-il à dire que l'Organisation soit un « super-Etat », quel que soit le sens de cette expression. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179.)

35. Il n'y a pas d'exemple d'affaire portée devant le Conseil de sécurité où l'un des Etats Membres ne puisse prétendre que la persistance d'une certaine situation porte atteinte, immédiate ou lointaine, au maintien de

(written statement, *I.C.J. Pleadings*, p. 273; oral statement, *ibid.*, pp. 411 f.). In 1962 and in 1970, France also argued that the United Nations could not, by way of recommendation, legislate so as to bind member States (*I.C.J. Pleadings, Certain Expenses of the United Nations*, pp. 133 f.; written statement of France in the present case, *Pleadings*, Vol. I, pp. 365-368, with the reminder of frequently expressed reservations, *ibid.*, p. 368, note; see also the declaration of the United States Government on the attitude of certain States following the Opinion on *Certain Expenses of the United Nations*, in particular on the problem of the double standard obtaining among member States: UN doc. A/AC.121/SR.15.Corr.1).

Resolution 2145 (XXI) is a recommendation with considerable political impact, but the member States of the United Nations, even including those which voted for its adoption, are under no legal obligation to act in conformity with its provisions, and remain free to determine their own course of action.

34. There is still to be considered the argument that the Security Council has, if need be, "confirmed" resolution 2145 (XXI) (cf. the statements made in this sense on behalf of the United States Government by Mr. Stevenson, hearing of 9 March 1971). But how can an irregular act be rendered legitimate by an organ which has declared only to have "taken note" of it or "taken it into account"? To regularize an act connotes the power of doing oneself what the first organ could not properly do. And the Security Council has no more power to revoke the Mandate than the General Assembly, if no such power of revocation was embodied in the mandates system. Hence the problem remains.

As for the contention that the Security Council was entitled under Articles 24 and 25 of the Charter to intervene directly in the revocation of the Mandate and take decisions binding on States because the situation was being dealt with under the head of the maintenance of international peace and security, that is another attempt to modify the principles of the Charter as regards the powers vested by States in the organs they instituted. To assert that a matter may have a distant repercussion on the maintenance of peace is not enough to turn the Security Council into a world government. The Court has well defined the conditions of the Charter:

"That is not the same thing as saying that [the United Nations] is a State, which it certainly is not, or that its legal personality and rights and duties are the same as those of a State. Still less is it the same thing as saying that it is a 'super-State', whatever that expression may mean." (*I.C.J. Reports 1949*, p. 179.)

35. There is not a single example of a matter laid before the Security Council in which some member State could not have claimed that the continuance of a given situation represented an immediate or remote

la paix. La Charte a été établie avec trop de précautions pour en laisser détruire l'équilibre. Ici encore on peut rappeler les formules du représentant de l'URSS devant la Cour en 1962 :

« Le fait d'opposer l'efficacité de l'Organisation des Nations Unies à l'observation des principes de la Charte des Nations Unies est juridiquement dépourvu de tout fondement, tout comme il est dangereux. Il est évident pour tous que le respect des principes de la Charte des Nations Unies est la condition nécessaire de l'efficacité des Nations Unies. L'expérience des Nations Unies prouve clairement que c'est seulement en se fondant sur la stricte observation des principes de la Charte des Nations Unies que l'Organisation peut devenir un instrument efficace du maintien de la paix et de la sécurité internationales et du développement de relations amicales entre Etats. » (*C.I.J. Mémoires, Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, p. 411-412, traduction du Greffe; voir aussi l'exposé écrit du Gouvernement français dans la même affaire, *eod. loc.*, p. 134; cf. la déclaration faite au Parlement au nom du Gouvernement du Royaume-Uni sur la nature juridique de l'obligation résultant de recommandations du Conseil de sécurité dans *Hansard*, vol. 812, n° 96, 3 mars 1971, p. 1763 et suiv.)

C'est ce qu'avaient bien marqué dans le débat sur la présente affaire les délégués de plusieurs Etats au Conseil de sécurité, qui indiquèrent que la seule façon d'obliger les Etats eût été de prendre en Conseil une décision fondée sur le chapitre VII de la Charte, après avoir procédé aux constatations nécessaires, méthode que le Conseil choisit de ne pas adopter.

La mesure de la solidarité acceptée dans une organisation internationale est fixée par l'acte constitutif. On ne peut la modifier ultérieurement par une interprétation fondée sur des buts et principes toujours très largement énoncés, tels la coopération internationale ou le maintien de la paix. Sinon, une association d'Etats créée pour assurer une coopération internationale ne se différencierait en rien d'une fédération. Ce serait précisément le « super-Etat » que les Nations Unies ne sont pas.

36. Il n'y a donc pas d'autres conséquences pour les Etats que l'obligation d'examiner de bonne foi la mise en œuvre des recommandations faites par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité sur la situation de la Namibie (cf. déclaration orale des Etats-Unis, par. IV *in fine*, audience du 9 mars 1971).

\* \* \*

37. Il me paraît impossible cependant de s'arrêter à ces seules constatations juridiques, vu l'importance des intérêts humanitaires en cause et celle de la question de principe posée devant la Cour depuis plus de vingt

threat to the maintenance of peace. But the Charter was drawn up with too much precaution for the disturbance of its balance to be permitted. Here again the words used before the Court in 1962 by the Soviet representative are apposite:

“The opposing of the effectiveness of the United Nations Organization to the observance of the principles of the United Nations Charter is legally groundless and dangerous. It is clear to everyone that the observance of the principles of the United Nations Charter is the necessary condition of the effectiveness of the United Nations. The experience of the United Nations clearly shows that only on the basis of the strict observance of the principles of the United Nations Charter can the Organization become an effective instrument for the maintenance of international peace and security and the development of friendly relations among States.” (*I.C.J. Pleadings, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, pp. 411 f.; see also the French Government’s written statement in the same case, *ibid.*, p. 134, and cf. the parliamentary statement of H.M. Government on the legal nature of obligations arising out of Security Council recommendations: *Hansard*, Vol. 812, No. 96, 3 March 1971, pp. 1763 ff.)

The same point was stressed by the delegates of several States in Security Council discussions of the matter with which the Court is now concerned. They pointed out that the only way of laying States under obligation would be for the Council to take a decision based on Chapter VII of the Charter after proceeding to effect the requisite determinations, a method which the Council chose not to adopt.

The degree of solidarity accepted in an international organization is fixed by its constitution. It cannot be subsequently modified through an interpretation based on purposes and principles which are always very broadly defined, such as international co-operation or the maintenance of peace. Otherwise an association of States created with a view to international co-operation would be indistinguishable from a federation. It would be precisely the “super-State” which the United Nations is not.

36. There are therefore no other consequences for States than the obligation of considering in good faith the implementation of the recommendations made by the General Assembly and the Security Council concerning the situation in Namibia (cf. oral statement on behalf of the United States, hearing of 9 March 1971, section IV *in fine*).

\* \* \*

37. Nevertheless, considering the importance of the humanitarian interests at stake and of the question of principle raised before the Court for over 20 years, one cannot, I feel, merely record these legal

ans. Il serait regrettable de ne pas indiquer les moyens de poursuivre l'œuvre de la Cour de 1950. J'estime que la Cour pouvait approcher la question posée par le Conseil de sécurité d'une manière différente, plus conforme à ses traditions, et qui eût ouvert aux Nations Unies des perspectives de solution au lieu d'une impasse. Cette approche n'ayant pas été retenue, je ne puis qu'en indiquer les grandes lignes.

Ce qui est essentiel dans une demande d'avis, comme dans une requête contentieuse, c'est son objet, non les motivations présentées au cours de la procédure. Le juge saisi d'une affaire doit juger cette affaire et non une autre (cf. *Société commerciale de Belgique, C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173; *Pêcheries, C.I.J. Recueil 1951*, p. 126 sur « des éléments qui ... pourraient fournir les motifs de l'arrêt et non en constituer l'objet »<sup>1</sup>; de même, dans l'arrêt des *Minquiers et Ecréhous*, la Cour distingue entre les raisons invoquées et les demandes, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 52). La demande faite à la Cour était de définir le statut juridique actuel de la Namibie, les prétentions contradictoires des Etats n'étant que des explications proposées à la Cour, les uns tenant que la révocation du mandat est définitive, les autres qu'elle est douteuse ou illégale. Mais la demande est véritablement de faire déclarer par la Cour ce qu'il est advenu du mandat et quelles sont les conséquences juridiques de diverses actions, soit du mandataire, soit des Nations Unies. La Cour pouvait répondre à cette demande par d'autres motifs que ceux qui furent invoqués devant elle et par un autre système de raisonnement, à la seule condition de ne pas répondre à une autre demande que celle qui fut formulée, évitant ainsi de transformer l'affaire « en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même » (*C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173; c'est moi qui souligne).

38. L'avis de 1950 définit le Sud-Ouest africain comme « un territoire soumis au Mandat international assumé par l'Union sud-africaine le 17 décembre 1920 » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 143). Il existe donc un régime international de mandat, en vigueur tant qu'il n'y a pas été mis fin par un procédé opposable juridiquement à tous les Etats intéressés. La protection des peuples non encore pleinement capables de se gouverner eux-mêmes constituant « une mission sacrée de civilisation », réalisée dans le statut de mandat en 1920, a continué de porter effet. La Cour, en 1950, avait montré la voie juridique à suivre pour modifier et, éventuellement, terminer le statut. C'est cette voie qu'il fallait suivre.

39. Certes l'avis consultatif du 11 juillet 1950 n'a pas imposé à l'Afrique du Sud, comme une obligation juridique, la conclusion d'un accord

<sup>1</sup> Le texte anglais de l'arrêt ne rend pas aussi clairement la distinction entre motifs et objet, mais c'est le texte français qui fait foi.

findings and leave the matter there. It would be regrettable not to indicate means of pursuing what the Court established in 1950. It was in my view open to the Court to adopt towards the question put by the Security Council a different approach, one which would not only have been more in conformity with its traditions but also have offered the United Nations some prospects of a solution, instead of an impasse. However, as that approach was not adopted, I cannot do more than outline it.

What is essential in the case of a request for advisory opinion, as in that of a contentious application, is its actual subject, not the reasoning advanced in the course of the proceedings. A court seised of a matter must judge that matter and not another (cf. *Société Commerciale de Belgique, P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 173; *Fisheries, I.C.J. Reports 1951*, p. 126 concerning “*des éléments qui . . . pourraient fournir les motifs de l'arrêt et non en constituer l'objet*”<sup>1</sup>; similarly, in the *Minquiers and Ecrehos Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 52, the Court distinguished between the reasons advanced and the requests made). The request made to the Court was that it should define the present legal status of Namibia, and the opposing contentions of States were no more than explanations proposed to the Court, some holding that the revocation of the Mandate was final, others that it was dubious or illegal. But this is veritably a request that the Court declare what has become of the Mandate and what are the legal consequences of various actions, whether on the part of the Mandatory or on the part of the United Nations. The Court was at liberty to reply to that request with reference to other reasons than those advanced before it, and by another system of argument, on one condition, that it did not reply to another request than that formulated and that it thus avoided transforming the case “into another dispute which is different in character” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 173; my emphasis).

38. The 1950 Advisory Opinion defines South West Africa as “a territory under the international Mandate assumed by the Union of South Africa on December 17th 1920” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 143). Thus there exists an international mandatory régime which remains in force for so long as it has not been ended by a procedure legally opposable to all States concerned. The principle of the protection of peoples not yet fully capable of governing themselves, constituting “a sacred trust of civilization” concretized in the mandate status of 1920, still holds good. The Court had in 1950 shown the legal path to follow in order to modify and, if so desired, terminate that status. It was that path which ought to have been followed.

39. The Advisory Opinion of 11 July 1950 did not, to be sure, impose upon South Africa, as a legal obligation, the conclusion of a trusteeship

<sup>1</sup> The English text of the Judgment does not render so clearly as the French, which is the authoritative text, the distinction between reasons (*motifs*) and subject-matter (*objet*).

de tutelle. En n'allant pas jusqu'à l'extrême logique de la position de principe qu'elle prenait en disant : « Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat, tout en répudiant les obligations qui en découlent » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133), la Cour refusait de dire qu'il y avait une obligation de transformer le mandat en tutelle, parmi les obligations du mandataire. Mais la discussion ne s'arrête pas là, comme le montre la suggestion faite par M. Charles De Visscher, dans des écrits postérieurs complétant les vues exprimées dans son opinion de 1950 sur la portée de l'obligation de négocier (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 186 et suiv.) ainsi que l'examen du problème par M. Lauterpacht en 1955 (par. 28, *supra*).

40. J'estime que la Cour devait reprendre les observations de ces deux juges et les mettre en œuvre dans son avis. Dans son arrêt du 20 février 1969 (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48), la Cour a rappelé le contenu de toute obligation de négocier, déjà définie dans l'avis consultatif sur le *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne* : l'obligation « n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords » (*C.P.J.I. série A/B n° 42*, p. 116) et, en ce qui concerne l'arrêt de 1969, la Cour disait que les négociations menées dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* n'avaient pas satisfait à ces conditions.

41. Rappelons brièvement la thèse du Gouvernement de l'Afrique du Sud sur l'impossibilité où il s'est trouvé de négocier avec les Nations Unies après l'avis du 11 juillet 1950 : cette thèse est exposée de façon fort claire dans le contre-mémoire sud-africain et la plaidoirie du 11 octobre 1962 (*C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. II, p. 86-95, et vol. VII, p. 241-250). Selon ce gouvernement, le Comité spécial établi en 1950 et le Comité du Sud-Ouest africain en 1953 avaient comme mission de rechercher les moyens de mettre en œuvre l'avis consultatif ; de même, le Comité des bons offices établi en 1957 devait rechercher un accord qui conserverait au territoire pris dans son ensemble un statut international et qui soit conforme aux buts des Nations Unies. L'argument de l'Afrique du Sud est fondé sur ces termes de référence précis et en fait la cause de l'absence de négociation pour la mise en œuvre de l'avis de 1950. C'est ainsi que l'Afrique du Sud offrit en 1959 d'« entrer en discussion avec un organisme *ad hoc* des Nations Unies qui pourrait être constitué après consultation avec le Gouvernement de l'Union et qui aurait toute possibilité d'aborder sa mission de façon constructive, permettant les plus amples discussions et l'examen de toutes les possibilités » ; cette déclaration fut reprise en 1960 en termes identiques (*eod. loc.*, vol. I, p. 83, mémoire de l'Ethiopie ; vol. II, p. 91, contre-mémoire sud-africain).

42. De son côté, l'Assemblée générale, déjà avant l'avis de 1950, en 1946, 1947 et 1948, par trois résolutions successives, avait invité l'Afrique du Sud à négocier un accord de tutelle. Après que la Cour eut déclaré que

agreement. The Court refrained from taking to its logical extreme the position of principle which it adopted in saying "To retain the rights derived from the Mandate and to deny the obligations thereunder could not be justified" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133) and declined to say that the Mandatory's obligations included that of converting the Mandate into a trusteeship agreement. But that is not the end of the matter, as is shown by the suggestion of Judge De Visscher made in subsequent writings supplementing the views of his 1950 Opinion on the purport of the obligation to negotiate (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 186 ff.) and also the treatment of the problem by Judge Lauterpacht in 1955 (para. 28 above).

40. In my view the Court should in its present Opinion have taken up and acted upon the observations made on this point by the two judges mentioned. In its Judgment of 20 February 1969 (*North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, p. 48) it recalled the import of any obligation to negotiate, already defined in the Advisory Opinion on *Railway Traffic between Lithuania and Poland*: it is an obligation "not to enter into negotiations but also to pursue them as far as possible with a view to concluding agreements" (*P.C.I.J., Series A/B, No. 42, 1931*, p. 116). In 1969 the Court found that the negotiations conducted prior to the *North Sea Continental Shelf* cases had not satisfied that condition.

41. Let us briefly recall the position hereon of the South African Government, which is to the effect that it was impossible for it to negotiate with the United Nations following the Advisory Opinion of 11 July 1950. This contention is very clearly argued in the South African Counter-Memorial and the oral statement of 11 October 1962 (*I.C.J. Pleadings, South West Africa*, Vol. II, pp. 86-95, and Vol. VII, pp. 241-250). According to that Government the *Ad Hoc* Committee set up in 1950 and the Committee on South West Africa in 1953 had been charged to seek ways and means of implementing the Advisory Opinion; similarly, the Good Offices Committee set up in 1957 was to seek an agreement whereby the Territory as a whole would continue to have an international status consistent with the purposes of the United Nations. South Africa's argument is based on these strict terms of reference and identifies them as the cause of the absence of any negotiations with a view to the implementation of the 1950 Opinion. Thus in 1959 South Africa offered "to enter into discussions with an appropriate United Nations *ad hoc* body that might be appointed after prior consultation with the South African Government and which would have a full opportunity to approach its task constructively, providing for fullest discussion of all possibilities", and this statement was repeated in identical terms in 1960 (*ibid.*, Vol. I, p. 83, Mémorial of Ethiopia; and Vol. II, p. 91, Counter-Memorial).

42. Even before the 1950 Opinion the General Assembly, by successive resolutions in 1946, 1947 and 1948, had for its part thrice called upon South Africa to negotiate a trusteeship agreement. After the Court had

l'Afrique du Sud n'avait pas l'obligation juridique de placer le territoire sous le régime de tutelle, de nombreuses tentatives furent faites par l'Assemblée, que le présent avis rappelle dans le paragraphe 84 (voir aussi par. 26, *supra*).

43. On peut résumer, très sommairement, l'opposition des thèses de la manière suivante. Les Nations Unies cherchaient à aboutir à la négociation d'un accord de tutelle; l'Afrique du Sud ne voulait pas transformer le mandat en tutelle. Il faut rechercher qui a abusé de sa position juridique dans cette controverse sur l'étendue de l'obligation de négocier. La différence dans l'appréciation du problème juridique en 1950 et aujourd'hui porte uniquement sur ce point. En 1950 la Cour ne pouvait envisager dans son avis l'hypothèse que l'obligation de comportement reconnue par elle à l'égard de l'Afrique du Sud en déclarant qu'un accord devrait être conclu pour modifier le mandat rencontrerait des difficultés d'application; d'où le silence sur ce point. Mais les règles générales sur l'obligation de négocier suffisent. Si une négociation avait été entamée de bonne foi et si, à un moment donné, sur des points précis objectivement discutables, l'accord n'avait pu se faire, on pourrait soutenir que l'avis de 1950 sur l'inexistence d'une obligation juridique de mettre le territoire sous tutelle empêche d'aller plus loin, parce que, dans cette hypothèse, le refus d'acceptation d'un projet d'accord de tutelle par le mandataire pourrait être jugé raisonnablement justifié. « Nulle partie ne peut prétendre imposer ses conditions à l'autre » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 139). Mais les faits sont différents: il n'y a jamais eu de commencement de la négociation pour un accord de tutelle par le fait de l'Afrique du Sud. La violation de la règle de droit en l'espèce est la violation de l'obligation de négocier de bonne foi. Dire que les Nations Unies devaient accepter la négociation d'un accord autre qu'un accord de tutelle selon les bases proposées par l'Afrique du Sud est de la part de ce gouvernement interpréter l'avis de 1950 contrairement à son sens et abuser de sa qualité de partie qualifiée pour modifier le mandat. En voulant imposer aux Nations Unies sa propre conception de l'objet de la négociation pour la modification et la transformation du mandat, l'Afrique du Sud n'a pas rempli l'obligation de comportement instituée par l'avis de 1950.

Par contre les Nations Unies n'abusaient aucunement de leur situation juridique en refusant toute autre négociation que celle qui aboutirait à un accord de tutelle, car tel était bien le but reconnu par l'avis de 1950 et déjà envisagé par la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946. « L'intention a évidemment été de sauvegarder les droits des Etats et des peuples en toutes circonstances et à tous égards, jusqu'à ce que chaque territoire soit placé sous le Régime de Tutelle » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 134). Les Nations Unies auraient pu légitimement constater cette situation

found that South Africa was under no legal obligation to bring the Territory within the trusteeship system, the Assembly took many further initiatives to which paragraph 84 of the present Opinion alludes (see also para. 26 above).

43. The conflict of standpoints can be roughly summarized as follows: The aim of the United Nations was to arrive at the negotiation of a trusteeship agreement, whereas South Africa did not want to convert the Mandate into a trusteeship. It is necessary to determine which party has been misusing its legal position in this controversy on the extent of the obligation to negotiate. The difference in the appreciation of the legal problem as between 1950 and today bears solely on that point. In 1950 the Court was unable, in its Opinion, to envisage the hypothesis that difficulties might arise over the implementation of the obligation to observe a certain line of conduct which it found incumbent on South Africa in declaring that an agreement for the modification of the Mandate should be concluded; hence its silence on that point. But the general rules concerning the obligation to negotiate suffice. If negotiations had been begun in good faith and if, at a given juncture, it had been found impossible to reach agreement on certain precise, objectively debatable points, then it might be argued that the Opinion of 1950, finding as it had that there was no obligation to place the Territory under trusteeship prevented taking the matter further, inasmuch as the Mandatory's refusal to accept a draft trusteeship agreement could in that case reasonably be deemed justified: "No party can impose its terms on the other party" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 139). But the facts are otherwise: negotiations for the conclusion of a trusteeship agreement never began, and for that South Africa was responsible. The rule of law infringed herein is the obligation to negotiate in good faith. To assert that the United Nations ought to have accepted the negotiation of anything other than a trusteeship agreement on bases proposed by South Africa, that, coming from the Government of South Africa, is to interpret the 1950 Advisory Opinion contrary to its meaning and to misuse the position of being the party qualified to modify the Mandate. In seeking to impose on the United Nations its own conception of the object of the negotiations for the modification and transformation of the Mandate, South Africa has failed to comply with the obligation established by the 1950 Opinion to observe a certain line of conduct.

The United Nations, on the other hand, was by no means misusing its legal position when it refused to negotiate with any other end in view than the conclusion of a trusteeship agreement, for such indeed was the goal acknowledged by the 1950 Opinion and already envisaged by the League of Nations resolution of 18 April 1946. "It obviously was the intention to safeguard the rights of States and peoples under all circumstances and in all respects, until each territory should be placed under the Trusteeship System" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 134). It would have been

d'impasse dans la négociation et mettre en demeure l'Afrique du Sud de remplir son obligation de négociier.

44. Cette vue des choses est renforcée par la constante interprétation donnée par l'Afrique du Sud de ses propres pouvoirs, qu'il s'agisse de la prétention à l'incorporation du territoire, essentiellement contraire au régime du mandat, ou de sa thèse sur les titres juridiques de l'Afrique du Sud autres que le mandat. La situation juridique du mandataire reconnue formellement par la Cour en 1950 donnait le droit à l'Afrique du Sud de négocier les conditions de la transformation du mandat en tutelle; depuis 1950 cette situation a été utilisée pour faire obstacle au principe même de la transformation.

45. Une telle analyse faite par la Cour et fondée sur la constatation judiciaire d'une violation de l'obligation de transformer le mandat par la négociation, comme le prescrivait l'avis de 1950, aurait eu des conséquences juridiques en ce qui concerne le maintien de la présence de l'Afrique du Sud dans le territoire sous mandat. J'estime que, dans cette perspective, ces conséquences juridiques auraient été fermement motivées en droit.

*(Signé)* André GROS.

legitimate for the United Nations to have taken note of the deadlock and demanded South Africa's compliance with its obligation to negotiate.

44. This view is reinforced by South Africa's consistent interpretation of its own powers, whether it be its pretention to the incorporation of the Territory—something essentially incompatible with the mandate régime—or its contentions with regard to its legal titles apart from the Mandate. The legal position of Mandatory formally recognized by the Court in 1950 gave South Africa the right to negotiate the conditions for the transformation of the Mandate into a trusteeship; since 1950 that position has been used to obstruct the very principle of such transformation.

45. An analysis on these lines, if carried out by the Court and based on a judicial finding that there had been a breach of the obligation to transform the Mandate by negotiation as the 1950 Opinion prescribed, would have had legal consequences in respect of the continued presence of South Africa in the mandated territory. I consider that, in that context, the legal consequences concerned would have been founded upon solid legal reasons.

*(Signed)* André GROS.