

OPINION DISSIDENTE DE M. EL-KHANI

A mon grand regret, je me vois dans l'obligation de me dissocier de l'avis que la Cour a estimé devoir rendre en la présente espèce. Je considère en effet que, pour des raisons de principe liées à la nature même de la juridiction de la Cour, et à cause des irrégularités procédurales commises au niveau de l'instance qui l'a saisie, la Cour aurait dû, en l'espèce, refuser de donner suite à la requête pour avis consultatif.

A. RAISONS TENANT AU RÔLE DE LA COUR

La Cour a décidé, à la majorité, de donner suite à la requête présentée par le Comité des demandes de réformation de jugements du Tribunal administratif (appelé ci-après le Comité). Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît l'article 65 de son Statut, la Cour accepte de donner un avis consultatif sur la question dont les Etats-Unis d'Amérique ont saisi le Comité, au sujet de la « légitimité » du jugement n° 273 prononcé par le Tribunal administratif des Nations Unies (appelé ci-après le Tribunal) dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, question que le Comité a adoptée.

Ainsi la Cour a été indirectement amenée à étudier une affaire opposant un fonctionnaire de l'Organisation des Nations Unies au Secrétaire général, dans le cadre de la réformation d'un jugement du Tribunal. Or, je crois pour commencer que la tâche principale de la Cour devrait être de s'occuper des affaires opposant les Etats, qui seuls ont qualité pour se présenter devant elle (Statut, art. 34), les individus n'y ayant pas accès.

Animée par un souci d'égalité qui a fait défaut au sein du Comité, la Cour n'a pas tenu d'audience en l'espèce ; sinon le conseil de M. Mortished aurait dû plaider devant la Cour.

Il est vrai qu'en vertu de l'article 96 de la Charte des Nations Unies et de l'article 65 du Statut de la Cour les organes des Nations Unies à ce autorisés peuvent demander un avis consultatif à la Cour. Le Comité des demandes de réformation est un de ces organes en vertu de l'article 11, paragraphe 4, du statut du Tribunal administratif ; mais n'est-ce pas là une manière indirecte de donner accès à la Cour à tout fonctionnaire à propos duquel le Comité jugerait, pour une raison ou pour une autre, qu'une demande repose sur des « bases sérieuses » ? Un tel pouvoir discrétionnaire ne risque-t-il d'ailleurs pas d'être utilisé sans égard au droit étant donné la nature politique et la composition du Comité ? Je ne crois pas

qu'un tel accès illimité à la Cour ait été dans les intentions de ceux qui, en 1955, ont voulu élargir les possibilités de contestation de jugements du Tribunal administratif.

D'autre part, l'avis consultatif mentionne, au paragraphe 26, le point évoqué par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique dans son exposé écrit :

« L'Assemblée paraît avoir décidé que ni l'Organisation des Nations Unies ni elle-même ne seraient tenues par un jugement défavorable du Tribunal administratif qui soulèverait des doutes juridiques sérieux [c'est-à-dire si, le jugement étant contesté, le Comité avait estimé que la contestation reposait sur des bases sérieuses] à moins que la Cour ne confirme la décision du Tribunal administratif sur le droit ».

Je trouve que c'est entrer dans les intentions futures de chaque Etat Membre des Nations Unies ou prétendre parler au nom de l'Assemblée générale que de pouvoir formuler une pareille affirmation. Je ne crois pas que la Cour, dont la juridiction, les attributions et les fonctions sont régies par son Statut et par la Charte des Nations Unies, puisse fonder ses jugements sur des considérations probables ou des intentions futures non exprimées.

Dans son avis, la Cour, se fondant sur une jurisprudence ancienne, réfute l'argument du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique ; elle conclut cependant que si

« un avis consultatif de sa part était juridiquement indispensable pour qu'un jugement du Tribunal administratif devienne définitif, cette considération ne devrait pas l'empêcher de préserver intégralement le caractère discrétionnaire de l'exercice de sa fonction consultative » (*ibid.*).

Selon moi la Cour aurait dû en l'occurrence user du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'article 65 de son Statut et refuser de donner un avis.

B. QUESTION DES IRRÉGULARITÉS

L'avis consultatif rendu par la Cour énumère, d'une façon explicite, claire et fort détaillée, les irrégularités qui entachent la requête du Comité concernant le jugement n° 273 du Tribunal. Malgré le caractère fondamental de ces irrégularités, qui, d'après l'avis consultatif, constitueraient presque des « raisons décisives » pour ne pas répondre à la requête, la Cour décide de donner suite à la demande pour « aider l'Assemblée générale au cas où celle-ci déciderait de reconsidérer la procédure actuellement suivie en matière de réformation des jugements du Tribunal administratif » (avis consultatif, par. 79).

Auparavant, l'avis énonce :

« Certes les irrégularités qui, depuis le début, ont marqué la présente affaire, pourraient fort bien être considérées comme des « raisons décisives » permettant à la Cour de décliner la requête. Toutefois la stabilité et l'efficacité des organisations internationales, dont l'Organisation des Nations Unies représente l'exemple suprême, sont d'une importance si fondamentale pour l'ordre mondial que la Cour ne saurait manquer d'aider un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies à asseoir son fonctionnement sur des bases fermes et sûres. » (Avis consultatif, par. 45.)

Tout en convenant que la stabilité et l'efficacité des organisations internationales doivent être maintenues et renforcées, que la coopération à cette fin entre les différents organes et institutions de la famille des Nations Unies doit être resserrée et que le devoir de la Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation, est d'aider à asseoir le fonctionnement de ses organes sur des bases solides de droit et de légalité, je ne crois pas que la Cour doive pour autant sacrifier les principes élémentaires de la procédure, élément principal d'une bonne justice.

* * *

Je me propose d'examiner en détail quelques-unes de ces irrégularités qui me paraissent suffisantes pour que la Cour décide de ne pas donner suite à la requête pour avis consultatif présentée par le Comité.

1. *La composition du Tribunal administratif*

L'article 3, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif précise que :

« Le Tribunal se compose de sept membres, tous de nationalité différente. Trois d'entre eux *seulement* siègent dans chaque espèce. » (Les italiques sont de moi.)

En vertu de l'article 6, paragraphe 1, de ce statut :

« Sous réserve des dispositions du présent Statut, le Tribunal arrête son règlement. »

L'article 6, paragraphe 1, du règlement est ainsi conçu :

« Le président désigne *les trois membres* du Tribunal qui, *conformément à l'article 3 du Statut*, composent le Tribunal siégeant dans chaque affaire ou groupe d'affaires. Il peut également désigner un ou plusieurs autres membres du Tribunal en qualité de suppléants. » (Les italiques sont de moi.)

Il ressort clairement de ces textes que le Tribunal ne peut être composé que

de trois membres. Le mot *seulement* qui figure à l'article 3, paragraphe 1, du statut exclut toute interprétation de nature à permettre que quatre membres au lieu de trois « siègent dans chaque espèce ».

Les membres suppléants désignés par le président du Tribunal (règlement, art. 6) sont choisis, comme ce mot l'indique, pour remplacer, le cas échéant, un membre qui tombe malade, qui s'absente ou qui est empêché de siéger. Mais il est incompréhensible, et même illicite, qu'un membre suppléant « remplace » un membre titulaire du Tribunal qui est présent, sinon la composition du Tribunal serait de quatre, et non de trois membres, ce qui constituerait une violation de l'article 3, paragraphe 1, de son statut. Il est vrai qu'en l'espèce il n'y a pas eu de problème de majorité ; mais, à supposer que la présidente et ce membre suppléant soient d'un côté et les deux vice-présidents de l'autre, quelle opinion l'emporterait ? N'y aurait-il pas alors un élément additionnel d'erreur essentielle dans la procédure ayant provoqué un mal-jugé ?

Je présume que s'il est arrivé dans le passé, et notamment dans ce qui a précédé l'avis de 1954 (*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*), que les jugements du Tribunal administratif aient été signés par quatre membres, c'était peut-être parce que le membre suppléant avait remplacé l'un des autres membres ordinaires, malade, absent ou empêché de siéger à un stade quelconque de l'instance. Ou encore ce membre suppléant avait une spécialisation ou une qualification exceptionnelle que les autres membres ne possédaient pas. De toute façon, aucune explication n'a été donnée alors et le cas n'a pas soulevé de critique. Il ne devrait pas pour autant constituer un précédent.

Mais dans l'affaire *Mortished*, le membre suppléant qui, par une étrange coïncidence, possède la nationalité de l'Etat qui devait plus tard demander la réformation du jugement n° 273, n'a pas seulement siégé à toutes les phases de l'affaire, il a aussi émis une opinion dissidente contrariant l'unanimité des membres qui composaient le Tribunal. Le Comité n'ayant pas du tout examiné cet aspect témoigne là d'une certaine insouciance à l'égard tant des règles de procédure que d'un examen suffisamment approfondi des « bases sérieuses » de la demande.

Je crois que la Cour aurait dû tenir compte de cet aspect juridique de la procédure pour décliner la requête pour avis consultatif.

2. La composition du Comité

L'avis énumère de façon très claire les irrégularités qui entachent la composition et le fonctionnement du Comité.

L'article 11, paragraphe 4, du statut du Tribunal administratif dispose :

« Aux fins du présent article, il est créé un Comité, autorisé en vertu du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte à demander des avis consultatifs à la Cour. Le Comité est composé des Etats Membres

représentés au Bureau de la dernière en date des sessions ordinaires de l'Assemblée générale. Le Comité se réunit au Siège de l'Organisation et établit son propre règlement. »

Ce comité est composé de vingt-neuf membres, choisis suivant une distribution régionale et géographique bien établie aux Nations Unies. C'est un organe essentiellement politique mais qui exerce ici une compétence quasi judiciaire. Il a le pouvoir discrétionnaire de juger si une demande de réformation repose ou non sur des « bases sérieuses ». Il peut donc accepter cette demande ou la rejeter.

Etant donné son caractère quasi judiciaire et l'importance et la nouveauté du cas (c'est la première fois qu'une demande de réformation est introduite par un Etat), tous les membres du Comité auraient dû être présents ou représentés à la vingtième session qui a pris la décision. Or, il n'y en avait que dix-sept. Aucune liste officielle des membres assistant à cette session n'a été communiquée à la Cour et, autant qu'on puisse en juger, le quorum et le nombre de voix exigés par le règlement intérieur du Comité semblent avoir été tout juste respectés.

Il faut relever ici la présence du représentant du Canada qui, en l'absence du représentant de la Sierra Leone, président de la Sixième Commission, et désigné par celui-ci pour le représenter au Comité en sa qualité de vice-président de la Sixième Commission, a non seulement assisté aux séances du Comité mais en a été élu président, a dirigé ses délibérations et a pris part au vote. Or la présence du représentant du Canada est illicite, ce qui ne l'a pas empêché d'émettre un vote important en l'occurrence. Le membre de la Sierra Leone aurait dû se faire suppléer par quelqu'un de sa délégation et non par un étranger au Comité.

Le Comité, qui est un organe essentiellement politique, a des attributions judiciaires lorsqu'il décide qu'une demande de réformation « repose sur des bases sérieuses ». Or, pour prendre une telle décision, il lui faut étudier à fond non seulement la validité juridique de la demande elle-même et sa concordance avec les motifs de réformation énumérés à l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif, mais aussi le jugement lui-même. (L'article 65 du Statut de la Cour insiste sur le caractère juridique de la question que l'organe des Nations Unies est autorisé à lui poser.)

Une telle étude nécessite des qualifications judiciaires. Ce comité, qui constitue un lien entre le Tribunal, l'Etat demandeur et la Cour aura à vérifier la valeur juridique et la spécificité de la demande avant de décider si elle repose ou non sur des bases sérieuses.

Ces exigences ne semblent pas satisfaites dans le cas d'espèce. Le Comité lui-même ne paraît pas avoir été légalement constitué et son président, le délégué du Canada, n'avait pas qualité pour en faire partie. Donc si le représentant des Etats-Unis, par souci d'égalité et de justice, n'aurait pas dû prendre part au vote et si le représentant du Canada n'avait pas à être

présent, sur les dix-sept membres présents il n'en resterait que quinze. Dans ces conditions le quorum et le nombre de voix exigés par le règlement intérieur du Comité ont été respectés d'extrême justesse et la formation du Comité paraît irrégulière faute d'un président légalement élu. Il s'ensuit que la demande de réformation présentée par ce Comité est elle-même irrégulière et la Cour aurait dû la rejeter d'emblée.

3. *L'inégalité des parties au sein du Comité*

L'avis insiste bien sur cette inégalité entre les parties, qui n'a fait que s'accentuer au sein du Comité, celui-ci n'ayant pas permis au conseil de M. Mortished d'assister au Comité et de prendre part à ses délibérations, fait qui a privé l'une des parties de la possibilité de connaître les motifs de la demande de réformation et d'y répondre. Certes, cette inégalité a été effacée devant la Cour par la suppression de la phase orale, mais n'est-ce pas là une lacune qui aurait dû être comblée au sein du Comité avant d'atteindre la Cour ?

Je trouve là une autre raison importante qui aurait dû porter la Cour à décliner la demande d'avis.

4. *La formulation unique de la question*

La Cour commence par citer dans son avis la question telle qu'elle lui est posée.

« Dans son jugement n° 273 concernant l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* le Tribunal administratif des Nations Unies pouvait-il légitimement déterminer que la résolution 34/165 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1979, qui subordonne le paiement de la prime de rapatriement à la présentation de pièces attestant la réinstallation du fonctionnaire dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation, ne pouvait prendre immédiatement effet ?

Et, plus loin, l'avis ajoute :

« La Cour doit donc se demander si elle doit se contenter de répondre à la question telle qu'elle est posée ou, ayant examiné celle-ci, refuser d'y donner suite ; ou si, conformément à sa jurisprudence, elle doit s'efforcer de dégager ce qui lui paraît être l'intention véritable du Comité, puis de chercher à répondre, de façon rationnelle et satisfaisante, aux « points de droit ... véritablement mis en jeu. » (Par. 47.)

Après son examen « des motifs de contestation auxquels le Comité a trouvé des « bases sérieuses » (*ibid.*, par. 48), et après divers développements, la Cour accepte l'interprétation que le Comité a donnée de cette

question vague et ambiguë et conclut elle aussi que les deux des quatre motifs dégagés par le représentant du Royaume-Uni, acceptés et amplifiés par le représentant des États-Unis, sont les points juridiques sur lesquels la Cour doit donner son avis. C'est donc grâce au représentant du Royaume-Uni que les deux motifs de réformation sont enfin définis. Toutefois la question est restée la même, sans aucune formulation nouvelle de nature à la rendre plus claire, plus juridique ou plus conforme aux exigences de l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif des Nations Unies. Elle est restée vague, imprécise et mal rédigée. Elle prête à équivoque et est contraire aux termes de l'article 65, paragraphe 2, du Statut de la Cour qui prescrit :

« Les questions sur lesquelles l'avis consultatif de la Cour est demandé sont exposées à la Cour par une requête écrite qui formule, *en termes précis*, la question sur laquelle l'avis de la Cour est demandé. Il y est joint tout document pouvant servir à élucider la question. »
(Les italiques sont de moi.)

Or les « termes précis » que l'on trouve dans la question : « *warranted* », « légitimement », ne spécifient nullement les deux motifs visés par les États-Unis, adoptés par le Comité et repris par la Cour.

En 1973, dans l'affaire *Fasla*, la question posée à la Cour indiquait bien, et très clairement, les deux motifs de la demande de réformation.

Dans le cas d'espèce la Cour n'a pas donné sa propre interprétation de la question comme elle l'a fait en 1980 (*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*). Elle aurait ainsi ajouté à la confusion déjà existante et, quoique sa jurisprudence l'autorise à agir ainsi, elle ne devrait le faire qu'en cas d'extrême nécessité. La Cour a admis l'interprétation du Comité, lequel, en énonçant deux motifs de réformation pour une question unique, a créé une confusion qui a abouti à la diversité du vote tant au sein du Comité lui-même qu'au sein de la Cour. On se demande si le deuxième motif qui a été dégagé, à savoir l'excès de compétence, n'est pas inclus dans le premier : l'erreur de droit ; ou si l'erreur de droit n'engendre pas d'excès de compétence. C'est pour éviter toute équivoque que le Statut de la Cour exige que la question soit précise et accompagnée de « tout document pouvant servir à l'élucider » (art. 65, par. 2). Si tel n'est pas le cas, et si la question lui paraît vague, mal rédigée, imprécise et prêtant à équivoque, la Cour a la faculté et l'obligation de la rejeter. C'est ce qu'elle aurait dû faire à mon avis.

La Cour ne peut se dérober à ses obligations judiciaires. Si elle reconnaît que les erreurs commises dans une procédure de nature « quasi judiciaire » sont fondamentales, qu'elles constituent des « raisons décisives » pour rejeter la demande d'avis, c'est sacrifier la procédure que de ne pas en tenir compte et de dire que, malgré ces erreurs flagrantes, la Cour, pour aider l'Organisation des Nations Unies à asseoir son autorité et son fonction-

nement sur des bases solides, accepte de donner suite à la requête et d'émettre son avis.

* * *

J'ai donc voté contre le point 1 du dispositif de l'avis consultatif parce que je considère :

- a) que la Cour, dont le rôle primordial est de connaître des affaires entre les Etats, ne devrait pas être amenée à donner des avis qui aboutissent finalement à la détourner de sa juridiction principale et à la réduire à être une cour d'appel des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies opposant des fonctionnaires au Secrétaire général ;
- b) que les erreurs graves dont la requête est entachée constituent des « raisons décisives » devant inciter la Cour à considérer la requête pour avis consultatif comme irrecevable.

J'ai voté contre les points 2 A et 2 B, par souci de cohérence et parce que je crois que la Cour aurait dû s'arrêter au premier point.

(Signé) A. EL-KHANI.
