

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

RÉSUMÉ

Compte tenu des dispositions de son propre Statut et du statut du Tribunal administratif, la Cour a compétence pour répondre à la question sur laquelle elle est sollicitée de donner un avis consultatif (chap. I). Pour donner une réponse satisfaisante, il lui faut toutefois se prononcer quant au fond sur le jugement rendu par le Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, ce qui est compatible avec le Statut de la Cour, avec les dispositions de l'article 11 du statut du Tribunal (paragraphes 8 à 10 de la présente opinion) et avec les travaux préparatoires dudit article (par. 11-30). Il ressort en effet du libellé de l'article 11 et des travaux préparatoires que, lorsqu'un jugement est contesté au motif que le Tribunal a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, la Cour doit jouer le rôle d'une juridiction d'appel et statuer sur le fond. Il suffit que l'erreur « concerne » les dispositions de la Charte, et il n'est pas indispensable qu'elle y contrevienne directement. On est même fondé à conclure de la teneur des travaux préparatoires que la Cour est habilitée à rechercher si le jugement du Tribunal comporte une erreur d'interprétation du statut du personnel, lequel est établi en vertu de l'article 101, paragraphe 1, de la Charte (par. 11-30). L'interprétation que la Cour a donnée des statuts des tribunaux administratifs de l'OIT et des Nations Unies dans l'affaire des *Fonctionnaires de l'Unesco* et dans l'affaire *Fasla* est en accord avec les conclusions que nous venons d'énoncer (par. 31-38).

En l'espèce, on ne peut statuer quant au fond sur le jugement du Tribunal sans étudier l'historique et l'évolution de la prime de rapatriement. Cette analyse prouve que la prime n'a jamais été conçue par les organes qui l'ont proposée, approuvée et maintenue comme un avantage qui serait accordé aux fonctionnaires restant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation (chap. II). Cela est confirmé par les dispositions du statut du personnel, et par les délibérations sur ce point qui ont eu lieu à l'Assemblée générale et dans d'autres organes au fil des années (par. 40 ff). S'il est vrai que, dans la pratique, l'Organisation des Nations Unies semble avoir commencé assez tôt, encore qu'à une date incertaine, à verser la prime de rapatriement à des fonctionnaires qui ne changeaient pas de pays, l'Assemblée générale n'a apparemment été avisée qu'en 1976 de cet écart entre la pratique et le principe. L'Assemblée a toutefois été informée d'autres aménagements au régime de la prime, et elle a modifié en conséquence les textes réglementaires correspondants, d'une façon qui donne à penser qu'elle n'entendait pas autoriser le versement de la prime aux fonction-

naires restant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation (par. 47-48, 51). Lorsque l'Assemblée générale a eu vent de la pratique pour la première fois, en 1976, elle l'a critiquée (par. 52). Lorsqu'un an plus tard la Commission de la fonction publique internationale s'est à son tour penchée sur cette pratique, elle l'a jugée injustifiable et incompatible avec l'objet déclaré de la prime (par. 54-55). L'Assemblée générale a par conséquent adopté en 1978 la résolution 33/119, par laquelle elle décidait que le paiement de la prime de rapatriement serait subordonné à la présentation de pièces attestant le changement effectif de résidence, selon les modalités qui seraient établies par la Commission de la fonction publique internationale (par. 58-59). Au lieu de s'en tenir à ce mandat, la Commission a recommandé qu'il soit dérogé à l'application de la résolution dans le cas des fonctionnaires qui avaient accompli avant le 1^{er} juillet 1979 les années de service ouvrant droit à la prime (par. 60-61). Ce faisant, elle s'appuyait sur un avis du service juridique de l'ONU (par. 62-64). Sur la foi de ces recommandations, le Secrétaire général a promulgué une disposition transitoire exemptant les fonctionnaires en activité de l'application de la résolution 33/119 (par. 67). L'Assemblée générale, réagissant contre la recommandation de la Commission et l'initiative du Secrétaire général, a clairement signifié son intention de passer outre à cette disposition transitoire en adoptant la résolution 34/165, en vertu de la compétence qui lui est attribuée par l'article 101, paragraphe 1, de la Charte pour régler les relations avec le personnel (par. 68-89). A la suite de quoi, le Secrétaire général a abrogé la disposition transitoire, puis refusé de verser la prime de rapatriement à Mortished, fonctionnaire qui n'entendait pas changer de pays au moment de sa retraite, lequel s'est pourvu devant le Tribunal administratif.

Le Tribunal administratif a conclu qu'en refusant de verser la prime de rapatriement à Mortished le Secrétaire général lui avait causé un préjudice résultant de la méconnaissance de ses droits acquis. Il a ordonné réparation de ce préjudice pour un montant équivalant à celui qui aurait été dû à Mortished au titre de la prime. Cette décision du Tribunal s'appuyait sur les motifs suivants, dont aucun ne nous semble fondé (chap. III).

Premièrement, l'Organisation des Nations Unies avait assumé des obligations spéciales, de nature contractuelle, à l'égard de Mortished en ce qui concerne la prime (par. 92). Or, comme on le verra, l'Organisation des Nations Unies n'avait assumé à l'égard de Mortished aucune obligation d'ordre contractuel ayant trait au droit de bénéficier de la prime de rapatriement indépendamment de toute réinstallation. Le premier des motifs invoqués à l'appui du jugement est donc sans fondement (par. 93-98). Cette conclusion est corroborée par l'examen de la jurisprudence du Tribunal (par. 99-105). Cette jurisprudence montre de surcroît que l'Organisation des Nations Unies est libre de modifier les dispositions réglementaires visant la situation des fonctionnaires dès lors qu'il s'agit de modifications « statutaires », d'application générale, qui ne portent pas atteinte aux droits contractuels fondamentaux — et, partant, acquis — des membres du personnel.

Deuxièmement, le Tribunal a recherché si l'abrogation de la disposition transitoire par le Secrétaire général avait aboli rétroactivement un droit de *Mortished*. Il a répondu à cette question par une affirmation, sans en donner les raisons (par. 111). Recherchant ensuite si une pratique constamment suivie depuis près de trente ans « pouvait faire naître un droit acquis au sens de l'article 12.1 du statut du personnel » le Tribunal a répondu « qu'il [n'avait] pas à se prononcer sur cette question *in abstracto* » (par. 106).

Troisièmement, le Tribunal a conclu que la prime de rapatriement, étant « gagnée » par les fonctionnaires au cours des années, constituait de ce fait un bénéfice dont *Mortished* ne pouvait être privé sans qu'il y eût atteinte à ses droits acquis (par. 113). Cette conclusion se fondait dans une large mesure sur le fait que le montant de la prime de rapatriement est fonction de la durée des services. Or il ressort de l'historique de la prime que celle-ci n'a pas été conçue comme un complément de traitement graduellement « gagné », mais comme un versement de fin de service qui n'est pas plus « gagné » que ne le serait une indemnité de départ. Le nombre des années de service continu servant à déterminer le montant de la prime – mais non le droit à la prime – peut être réduit, voire effacé, et le fonctionnaire peut perdre le bénéfice de la totalité de la prime pour d'autres raisons. Il est donc manifeste que la prime n'est pas « gagnée », et que le droit au versement de la prime est fonction de la situation de l'intéressé par rapport aux conditions qui en régissent l'octroi lors de la cessation de service. La durée des services n'est qu'un moyen commode de calculer le montant de la prime (par. 114-117).

Quatrièmement, le Tribunal a conclu que la règle transitoire en elle-même était la source du droit acquis de *Mortished* (par. 118). Malgré ses mérites, cette conclusion n'est pas convaincante. En vertu du statut du Tribunal et de sa jurisprudence, un droit tel que le droit à la prime de rapatriement ne peut être exercé que conformément aux conditions qui le régissent au moment où l'intéressé l'invoque. *Mortished* a cherché à se prévaloir de la règle transitoire alors qu'elle n'était plus en vigueur. Il pouvait au surplus être privé de tout droit lui revenant en vertu de cette disposition transitoire, par un « amendement statutaire » comme celui que la résolution 34/165 visait précisément à opérer (par. 119-124).

Par son jugement, le Tribunal administratif n'a pas en fait donné un effet immédiat à la résolution 34/165 (par. 135). Les arguments que le Tribunal a avancés pour justifier cette décision ne résistent pas à l'analyse (par. 132-134, 136-141). Le Tribunal a excédé sa juridiction en dépouillant la résolution 34/165 de l'effet réglementaire qu'elle avait en vertu de l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, et, ce faisant, est allé à l'encontre des termes de la résolution et de l'intention manifeste de l'Assemblée générale (par. 142-147), intention qu'il a interprétée de façon erronée (par. 69-90, 109). En ne donnant pas un effet immédiat à la résolution 34/165, le Tribunal a également commis, à plusieurs titres, une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies, et notamment les dispositions de l'article 101, paragraphe 1 (par. 147-152). Les conclusions non fondées

du Tribunal sur la question des droits acquis de *Mortished* ne lui donnaient pas le pouvoir – que rien d'autre ne justifie – d'écarter la résolution précitée (par. 153-155).

1. Je ne puis, à mon grand regret, me ranger à l'avis de la Cour, et ce pour deux raisons essentiellement. La première est que je me fais une idée plus large que la Cour du pouvoir qu'elle a de réexaminer au fond les jugements du Tribunal administratif des Nations Unies. La seconde est que le jugement rendu par le Tribunal dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* n'est, à mon sens, nullement convaincant. Selon moi, le Tribunal a décidé dans ce jugement, au fond sinon dans la forme, qu'il ne pouvait être donné immédiatement effet à la résolution 34/165 de l'Assemblée générale, texte qui exige, pour le versement de la prime de rapatriement, la preuve de la réinstallation de l'intéressé dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation. Ce faisant, le Tribunal administratif a commis une erreur sur des questions de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies et a outrepassé sa juridiction.

I. LA COMPÉTENCE DE LA COUR

2. La compétence de la Cour internationale de Justice en matière de réformation des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies se fonde sur les dispositions pertinentes du Statut de la Cour et du statut du Tribunal administratif. La manière dont, dans les affaires antérieures, la Cour a interprété les dispositions pertinentes de ces deux statuts et du statut analogue, quoique distinct, du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail, revêt une importance particulière pour l'interprétation à donner de l'étendue de ses pouvoirs dans la présente espèce. Jugeant que les travaux préparatoires éclairaient l'intention qui avait conduit l'Assemblée à amender le statut du Tribunal et à investir la Cour d'un pouvoir de réformation, la Cour avait alors tenu compte desdits travaux préparatoires pour interpréter ce statut. Il eût été bon que, dans le cas présent, elle s'attachât pareillement à la genèse de l'amendement pertinent et qu'elle procédât exactement comme elle l'avait fait lors de la première affaire où le statut amendé avait été invoqué à l'appui de la réformation d'un jugement du Tribunal administratif (ce que d'ailleurs la Cour concède implicitement au paragraphe 63 de son avis, en mentionnant le « compromis » dont ce statut amendé est le fruit). Et cette analyse eût dû être suffisamment détaillée pour permettre à la Cour de se prévaloir, dans toute son étendue, de la compétence que l'Assemblée a entendu lui conférer, conformément au Statut qui régit son activité.

1. Les dispositions du Statut de la Cour et le caractère judiciaire de la Cour

3. La Cour a résumé succinctement les considérations générales qui régissent les cas de ce genre, en invoquant les dispositions pertinentes de

son Statut, dans l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 171-172 (dénommée ci-après l'affaire *Fasla*), où l'on trouve le passage suivant :

« 14. S'agissant de la compétence de la Cour pour rendre l'avis demandé, on a émis des doutes sur la légalité du recours à la juridiction consultative pour la réformation des jugements du Tribunal administratif. On a fait valoir qu'en vertu de l'article 34 du Statut de la Cour la juridiction contentieuse de celle-ci ne porte que sur les différends entre Etats ; on a donc contesté que la juridiction consultative puisse être utilisée pour la réformation judiciaire de procédures contentieuses qui se sont déroulées devant d'autres tribunaux et auxquelles des personnes privées étaient parties. L'existence, en arrière-plan, d'un différend et de parties que l'avis de la Cour peut affecter ne modifie cependant pas le caractère consultatif de la fonction de la Cour, consistant à répondre aux questions qui lui sont posées à propos d'un jugement. Aussi bien, dans son avis consultatif sur les *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco (C.I.J. Recueil 1956, p. 77)*, la Cour s'est déclarée compétente pour connaître d'une demande d'avis consultatif ayant pour objet le réexamen d'une procédure judiciaire concernant des particuliers. De plus, dans la procédure consultative antérieure relative à l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité (C.I.J. Recueil 1954, p. 47)*, elle a donné suite à la demande d'avis que l'Assemblée générale lui avait adressée, bien que les questions qui lui étaient soumises eussent intéressé très directement les droits de particuliers. La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de l'attitude qu'elle a adoptée dans ces affaires. Dès lors qu'une requête pour avis consultatif est présentée par un organe dûment autorisé à cet effet conformément à la Charte, la Cour est compétente, en vertu de l'article 65 de son Statut, pour donner un avis s'il s'agit d'une question juridique qui se pose dans le cadre de l'activité de cet organe. Le fait que ce ne sont pas les droits des Etats qui sont en cause dans la procédure ne suffit pas à enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut. »

4. On observera que la Cour ne voyait aucun inconvénient à ce qu'il fût fait usage de sa juridiction consultative pour réformer des procédures contentieuses intervenues devant d'autres tribunaux et auxquelles des particuliers étaient parties. Les répercussions de l'avis de la Cour sur ces parties ne modifiaient en rien, selon elle, la nature consultative de ses fonctions, qui consistaient simplement « à répondre aux questions qui lui sont posées à propos d'un jugement ». Cela n'empêchait pas la Cour d'affirmer par ailleurs que « l'avis rendu ... doit avoir un effet décisoire à l'égard des questions en litige dans l'affaire » (*ibid.*, p. 182), entendant par-là l'affaire dans laquelle le Tribunal administratif avait statué. A quoi elle ajoutait :

« Certes cette conséquence dépasse la portée attachée par la Charte et par le Statut de la Cour à un avis consultatif. Elle résulte cependant non pas de l'avis consultatif lui-même mais d'une disposition contenue dans un instrument autonome qui a force de loi pour les fonctionnaires et le Secrétaire général. L'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT confère expressément force obligatoire à l'avis de la Cour. Traitant de cette conséquence, la Cour a dit, dans son avis consultatif donné à la demande de l'Unesco :

« Elle n'affecte en rien le mode selon lequel la Cour fonctionne : celui-ci reste fixé par son Statut et son Règlement. Elle n'affecte ni le raisonnement par lequel la Cour formera son opinion, ni le contenu de l'avis lui-même. Par conséquent, le fait que l'avis de la Cour sera accepté comme ayant force obligatoire ne fait pas obstacle à ce que suite soit donnée à la demande d'avis. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 84.)

De même l'effet spécial que l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies attribue à l'avis de la Cour n'est pas une raison pour refuser de donner suite à la demande d'avis consultatif en la présente espèce. » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 182-183.)

5. Dans la présente espèce, la Cour devait de la même façon « répondre aux questions qui lui sont posées ... au sujet d'un jugement » du Tribunal administratif. Elle ne devait pas se laisser détourner de sa mission par le fait que ses réponses ont force obligatoire pour le Secrétaire général et pour le Tribunal administratif en vertu des dispositions de l'article 11 du statut du Tribunal, lequel prévoit à dessein, à plusieurs reprises et de manière catégorique, que le Secrétaire général ou le Tribunal doit agir « conformément à l'avis de la Cour ». (Cet effet décisif des avis de la Cour est d'ailleurs confirmé par l'article 10, paragraphe 2, du statut du Tribunal, qui est ainsi rédigé : « *Sous réserve des dispositions des articles 11 et 12, les jugements du Tribunal sont définitifs et sans appel.* » (Les italiques sont de moi.)) La Cour ne devait pas davantage se laisser détourner de son objet par les divergences de vues qui peuvent se manifester sur le point de savoir si, en reconsidérant un jugement du Tribunal administratif des Nations Unies, elle joue le rôle d'une cour d'appel, ou d'une cour de cassation, ou d'une instance de réformation aux pouvoirs plus restreints. Elle ne devait pas se laisser rebuter par l'argument qui voudrait que le fait de ne pas être dotée de pouvoirs d'appel lui interdise d'examiner au fond le jugement du Tribunal et de statuer sur le fond, pour autant que l'une et l'autre opération soient requises pour répondre aux questions qui lui sont posées. Elle ne devait pas reculer enfin devant l'argument selon lequel elle ne pourrait se prononcer que sur des questions d'ordre « constitutionnel », restriction qui n'est prévue ni dans son Statut ni dans celui du Tribunal.

6. Ni la Charte des Nations Unies ni le Statut de la Cour – ni le souci de sa position, de son prestige et de sa dignité – ne lui interdisent d'examiner

au fond les jugements du Tribunal administratif des Nations Unies. Le caractère judiciaire inhérent à sa procédure ne l'en empêche pas non plus. Il suffit que, comme dans la présente espèce, la procédure suivie assure l'égalité de l'Organisation des Nations Unies et de *Mortished* devant la Cour. « La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies conformément à ses dispositions à demander cet avis. » (Statut de la Cour, art. 65, par. 1.) Si, comme dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, l'avis consultatif de la Cour est demandé sur « une question juridique » par un organe ou une institution habilitée à solliciter cet avis conformément à la Charte, la Cour doit simplement, comme dans l'affaire *Fasla*, « répondre aux questions qui lui sont posées au sujet des objections soulevées contre le jugement du Tribunal administratif » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 182). Elle n'a pas à exciper, pour ne pas répondre, de raisons qui ne sont pas imposées par son Statut ni justifiées par le statut du Tribunal administratif. Il y a donc lieu de regretter que ce soit précisément ce que la Cour fait dans son avis (voir par. 57-65).

7. Il va de soi que l'étendue précise de ce pouvoir de réformation de la Cour dépend du statut des tribunaux administratifs en question. Aussi faut-il en l'espèce examiner de près les termes des dispositions pertinentes du statut du Tribunal administratif des Nations Unies. Ce statut, et la compétence qui dérive pour la Cour de son propre Statut, doivent cependant être interprétés à la lumière de la jurisprudence établie, car la Cour

« a déclaré à maintes occasions qu'une réponse à une requête pour avis consultatif ne devrait pas, en principe, être refusée et que seules des raisons décisives pourraient motiver un refus (voir par exemple *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86 ; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 27) » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 183).

Aux fins qui nous occupent ici, cette affirmation de principe signifie, selon moi, que la Cour doit répondre à la question ou aux questions qui lui sont posées, ce qui, bien entendu, ne revient pas à donner à l'organe qui sollicite son avis les réponses qu'il semble souhaiter, mais à donner des réponses concluantes sur les questions posées. Il n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour d'admettre que seules des raisons décisives peuvent justifier un refus de répondre à une demande d'avis consultatif, puis de donner au requérant une réponse où l'on invoque des raisons contestables pour éviter de répondre réellement aux questions posées. Il est par exemple contestable, selon moi, de prétendre que la Cour ne peut statuer en appel et qu'elle doit se borner à statuer sur les objections d'ordre constitution-

nel aux jugements du Tribunal administratif des Nations Unies (voir à cet égard les paragraphes 57 à 65 du présent avis). Il est vrai que la Cour s'est prononcée comme suit dans l'avis consultatif sur l'affaire de la Namibie :

« On a fait valoir ... que la Cour ne devait pas s'arroger des pouvoirs de contrôle judiciaire quant aux mesures prises par les autres organes principaux des Nations Unies sans y avoir été expressément invitée, ni jouer le rôle d'une cour d'appel à l'égard de leurs décisions.

89. Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit. » (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 45.*)

Mais cela ne signifie pas que, lorsque la Cour est investie d'un pouvoir précis de contrôle à l'égard non pas de l'un des organes principaux des Nations Unies mais de son Tribunal administratif, le pouvoir « de contrôle judiciaire ou d'appel » lui fasse défaut. Il ressort au contraire du passage précité que la Cour, lorsqu'elle est expressément investie de pouvoirs de contrôle judiciaire ou d'appel à l'égard des décisions du Tribunal administratif des Nations Unies, doit exercer ces pouvoirs ; et qu'elle doit, pour les raisons exposées au présent paragraphe, les exercer dans toute leur plénitude.

2. Les dispositions du statut du Tribunal administratif

A. Les termes du statut

8. Quels sont les pouvoirs de contrôle judiciaire que confère à la Cour le statut du Tribunal administratif des Nations Unies ? L'article 11, paragraphe 1, du statut est ainsi rédigé :

« 1. Si un Etat Membre, le Secrétaire général ou la personne qui a été l'objet d'un jugement rendu par le Tribunal (y compris toute personne qui a succédé *mortis causa* à ses droits) conteste le jugement en alléguant que le Tribunal a outrepassé sa juridiction ou sa compétence ou n'a pas exercé sa juridiction ou a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies ou a commis, dans la procédure, une erreur essentielle qui a provoqué un mal-jugé, cet Etat Membre, le Secrétaire général ou l'intéressé peut, dans les trente jours suivant le jugement, demander par écrit au Comité créé en vertu du paragraphe 4 du présent article de prier la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur la question. »

Ainsi le statut prévoit quatre motifs de contestation des jugements du Tribunal administratif. Deux d'entre eux – l'excès de juridiction ou de

compétence, et l'erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies — sont en jeu dans la présente affaire, puisque ce sont là, comme le montre la transcription des débats du Comité des demandes de réformation, les motifs sur lesquels celui-ci s'est appuyé pour solliciter un avis consultatif. Le Comité a d'ailleurs donné la première place à la question de l'erreur de droit : tout en décidant en effet que ce n'était pas là le seul motif pour lequel la demande reposait « sur des bases sérieuses » et en y ajoutant l'excès de juridiction ou de compétence, le Comité a surtout mis l'accent sur l'erreur de droit concernant les dispositions de la Charte. Cette hiérarchie sera respectée dans la présente opinion dissidente, comme elle l'est dans l'avis de la Cour, étant donné que c'est cet aspect de la question qui est principalement en jeu dans le jugement contesté du Tribunal administratif. Les deux motifs — l'erreur de droit et l'excès de juridiction — n'en sont pas moins inextricablement liés dans la présente espèce. Les observations suivantes porteront donc d'abord sur l'énoncé des deux motifs de contestation, tel qu'il apparaît à l'article 11, paragraphe 1, du statut. Ce texte sera ensuite analysé à la lumière des travaux préparatoires.

9. A première vue, le motif selon lequel le Tribunal a « excédé sa juridiction ou sa compétence » n'appelle que des commentaires assez brefs. Les limites de la juridiction ou de la compétence du Tribunal sont en effet précisées dans son statut, et en particulier à l'article 2, dont le passage pertinent se lit comme suit :

«1. Le Tribunal est compétent pour connaître des requêtes invoquant l'inobservation du contrat d'engagement des fonctionnaires du Secrétariat des Nations Unies ou des conditions d'emploi de ces fonctionnaires, et pour statuer sur lesdites requêtes. Les termes « contrat » et « conditions d'emploi » comprennent toutes dispositions pertinentes du statut et du règlement en vigueur au moment de l'inobservation invoquée, y compris les dispositions du règlement des pensions du personnel.

.

3. En cas de contestation touchant sa compétence, le Tribunal décide. »

Le Tribunal, lorsqu'il statue sur une requête invoquant l'inobservation du contrat d'engagement ou des conditions d'emploi d'un fonctionnaire, agit donc, à première vue, dans le cadre de sa compétence. Cette formule assez générale est toutefois tempérée par deux réserves, qui présentent une importance cruciale dans la présente affaire. La première est que « les termes « contrat » et « conditions d'emploi » comprennent toutes dispositions pertinentes du statut et du règlement en vigueur *au moment de l'inobservation invoquée...* ». La deuxième est que le statut du Tribunal administratif ne comporte aucune disposition qui permettrait de penser que sa compétence soit assez étendue pour lui permettre de décider qu'il ne doit pas être donné immédiatement effet à une résolution de l'Assemblée

générale régissant les conditions d'emploi du Secrétariat à laquelle l'Assemblée a entendu donner un tel effet.

10. Le sens de la clause relative à l'erreur de droit concernant les dispositions de la Charte appelle lui aussi quelques observations. On notera que la mention explicite de l'« erreur de droit » dans l'énoncé des motifs de contestation semble exclure l'erreur de fait. Cette formule est, de surcroît, assortie de l'expression « concernant les dispositions de la Charte », ce qui signifie qu'il n'est pas indispensable que l'erreur du Tribunal mette directement en jeu une disposition de la Charte proprement dite. Il suffit que l'erreur soit « en rapport avec » la Charte, qu'elle « ait trait à » la Charte, qu'elle y soit « liée ». On se reportera à cet égard, pour la version anglaise du texte, aux définitions figurant dans le *Webster's Third New International Dictionary, Unabridged*, 1976, page 1916. Bien entendu, l'expression « les dispositions » de la Charte ne peut pas non plus désigner toutes les dispositions de la Charte, car aucune erreur du Tribunal ne peut porter sur la totalité de ces dispositions ; il faut donc entendre cette expression au sens de « une ou plusieurs dispositions » de la Charte. Toutefois l'erreur du Tribunal, pour pouvoir être invoquée comme motif de contestation, doit être en rapport avec l'une au moins des dispositions de la Charte, ou y être liée.

B. Les travaux préparatoires

i) Raisons du recours aux travaux préparatoires

11. Le meilleur moyen de comprendre le sens véritable des termes employés à l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif (et par conséquent d'apprécier le pouvoir de réformation attribué à la Cour par cet article) est de se reporter aux travaux préparatoires. La Cour devait donc, dans le cas présent, procéder exactement comme lors des précédentes affaires où le sens d'un traité ou d'un texte législatif était controversé, c'est-à-dire étudier les travaux préparatoires. Si l'on objecte à cela que le recours à ce moyen supplémentaire d'interprétation ne se justifie que lorsque le texte est obscur, je répondrai que les différences d'interprétation dont témoigne l'écart entre l'avis de la Cour et les opinions dissidentes dans la présente espèce suffisent à attester ce manque de clarté. Qui plus est, on notera que dans l'affaire qui se rapproche le plus de la présente espèce, à savoir l'affaire *Fasla*, la Cour a rappelé par trois fois la nécessité de recourir aux travaux préparatoires pour élucider le sens de l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif. Elle a fait observer que : « Certes les documents montrent que l'article 11 n'a pas été introduit dans le statut du Tribunal administratif des Nations Unies exclusivement, ni même principalement, pour assurer une protection juridictionnelle aux fonctionnaires... » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 183.) Elle a conclu que : « le texte de l'article 11 comme l'historique de son élaboration démontrent qu'on avait entendu limiter les possibilités de contester les jugements du Tribunal administratif aux motifs précis envisagés dans l'article » (*ibid.*, p. 188). Et elle est revenue aux recommandations du Comité qui avait établi le texte de

l'article 11 et aux délibérations de la Cinquième Commission de l'Assemblée générale à ce sujet, en déclarant :

« 50. L'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT envisage seulement une contestation élevée contre « une décision du Tribunal affirmant sa compétence » et ne fait aucune mention d'un non-exercice de sa juridiction par le Tribunal. De même, dans le projet d'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies recommandé à l'Assemblée générale par le Comité spécial chargé d'étudier la question de la réformation des jugements du Tribunal administratif, le seul motif de contestation envisagé tenait à ce que le Tribunal avait « outrepassé sa juridiction ou sa compétence ». Les termes « ou n'a pas exercé sa juridiction » ont été ajoutés à la 499^e séance de la Cinquième Commission sur la proposition de la délégation indienne...

... Il apparaît en outre que, en acceptant le non-exercice de la juridiction comme motif supplémentaire de contestation, l'Assemblée générale y a vu un cas du même genre que ceux dans lesquels le Tribunal excède sa compétence ou sa juridiction ; la Cinquième Commission semble donc avoir envisagé que le fait d'outrepasser sa juridiction ou de ne pas l'exercer soulève essentiellement des problèmes de juridiction ou de compétence au sens strict. De manière plus générale, on trouve dans l'historique de l'article 11, montrant que les motifs de contestation mentionnés dans cette disposition ne devaient s'appliquer qu'à des cas « exceptionnels », la confirmation de la portée relativement étroite que l'on a voulu donner au non-exercice de la juridiction en tant que motif de contestation. » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 189.)

Etant donné que dans l'affaire *Fasla* la Cour s'est reportée à maintes reprises et avec un grand souci du détail aux travaux préparatoires de l'article présentement en cause, il semble particulièrement indiqué de procéder à une analyse serrée de ces mêmes travaux préparatoires dans la présente espèce.

ii) *La Cour suggère une procédure de réformation pour les jugements du Tribunal administratif*

12. La revision du statut du Tribunal administratif qui a abouti au texte actuel de l'article 11 semble être une conséquence de l'initiative prise par la Cour dans son avis consultatif sur l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant l'indemnité*, *C.I.J. Recueil 1954*, page 56, où, évoquant la possibilité d'une réformation des jugements du Tribunal administratif, elle déclarait ce qui suit :

« Pour que les jugements prononcés par un tel tribunal pussent être révisés par un corps autre que ce tribunal lui-même, il faudrait, de l'avis de la Cour, que le statut de ce tribunal ou les autres instruments juridiques qui le régissent, contiennent des dispositions expresses à cet

effet. L'Assemblée générale a le pouvoir d'amender le statut du Tribunal administratif, en vertu de l'article II de ce statut, et de prévoir des voies de recours devant un autre organe. Mais comme le statut actuel ne contient aucune disposition de ce genre, il n'y a pas de motifs de droit sur lesquels l'Assemblée générale puisse se fonder pour réviser les jugements déjà prononcés par ce tribunal. Si l'Assemblée générale envisageait d'instituer, pour les différends à venir, des dispositions prévoyant la révision des jugements du Tribunal, la Cour estime que l'Assemblée générale elle-même, étant donné sa composition et ses fonctions, ne pourrait guère agir comme un organe judiciaire examinant les arguments des parties, appréciant les preuves produites par elles, établissant les faits, et disant le droit qui s'y applique – alors surtout que l'une des parties aux différends est l'Organisation des Nations Unies elle-même. »

On observera que la Cour parlait en 1954 de « révision » des jugements du Tribunal administratif et de prévoir des « voies de recours ». Quant aux fonctions de l'éventuel organe de contrôle judiciaire, elle les définissait en termes généraux – examiner les arguments des parties, apprécier les preuves produites par elles, établir les textes et dire le droit – en précisant à juste titre que tel n'était pas le rôle de l'Assemblée générale.

iii) *L'Assemblée générale donne suite à la suggestion de la Cour*

13. Cette même année, l'Assemblée générale donna suite à la suggestion de la Cour en décidant d'« accepter le principe de la réformation des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies » (résolution 888 (IX)). Le projet de résolution parlait à l'origine de l'institution d'une procédure de « recours » et non de « réformation ». Présentant l'amendement, accepté par la suite, qui visait à remplacer « recours » par « réformation », le représentant du Canada déclara en séance plénière, au nom des coauteurs du projet :

« Les membres de l'Assemblée savent sans doute que ... le mot « review » est un terme plus large qui comprend non seulement les recours mais aussi d'autres procédures judiciaires.

12. Cette modification ... a donc pour objet de ne pas limiter l'étude du comité spécial à une seule forme déterminée de réformation judiciaire. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, 515^e séance plénière, p. 570, par. 11-12.*)

Par la résolution 888 (IX), l'Assemblée générale invita les Etats Membres à faire connaître leur opinion « sur l'institution d'une procédure qui permette la réformation des jugements rendus par le Tribunal administratif », et créa un comité spécial de réformation des jugements du Tribunal administratif (dénommé ci-après le Comité spécial), qui était chargé d'étudier sous tous ses aspects la question de l'institution d'une procédure de cette nature.

iv) *Le rapport du Secrétaire général sur les procédures de réformation*

14. Le Secrétaire général prêta son concours au Comité spécial en lui soumettant une série de mémoires et de documents de travail (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, annexes*, point 49 de l'ordre du jour : rapport du Comité spécial chargé d'étudier la question de la réformation des jugements du Tribunal administratif, annexe II, p. 17 et suiv.). Dans ces documents, le Secrétaire général rappelait la genèse des dispositions (qui existaient à l'époque et sont toujours en vigueur) de l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT, où le Bureau international du Travail voyait un moyen de « faire appel » à la Cour internationale de Justice (p. 19). Le Secrétaire général relevait qu'en recommandant à l'OIT d'appuyer cette disposition, le directeur du Bureau international du Travail avait « fait observer que cet article n'avait pas pour objet de faire juger une seconde fois les affaires par la Cour internationale de Justice, mais simplement de permettre de l'inviter à définir la compétence du Tribunal » (*ibid.*, p. 20).

15. Pour ce qui est de la portée de la réformation et des pouvoirs de l'organe de réformation des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies, le Secrétaire général voyait essentiellement trois possibilités :

- « a) examen de tous les aspects de l'affaire ;
- b) examen du seul point de vue du droit ;
- c) examen de certains points de droit (incompétence ou grave vice de forme, par exemple) » (*ibid.*, p. 23).

Au sujet de la possibilité a), le Secrétaire général faisait valoir que

« le nombre des demandes en réformation abusives serait sans aucun doute très grand, et la procédure s'en trouverait inutilement compliquée. Il n'y a guère, semble-t-il, de raison pour que, s'agissant des faits, les conclusions du Tribunal administratif ne soient pas définitives. » (*Ibid.*, p. 24.)

A propos de la possibilité b), le Secrétaire général indiquait:

« Un examen du point de vue du droit comprendrait l'interprétation du statut et du règlement du personnel aussi bien que des autres dispositions du contrat et de certains principes généraux de droit qui pourraient être en jeu. Il comprendrait aussi l'interprétation des dispositions applicables de la Charte des Nations Unies... » (*Ibid.*)

Et le Secrétaire général faisait l'observation suivante en ce qui concerne la possibilité c) :

« Enfin, la réformation peut ne porter que sur certains points de droit importants. Telle est la solution adoptée dans l'article XII du Statut du Tribunal administratif de l'OIT. Aux termes de cet article, la

Cour internationale de Justice peut être priée de donner un avis consultatif sur deux sortes de questions : a) incompétence du Tribunal ; b) faute essentielle dans la procédure suivie. » (*Ibid.*)

16. Abordant la possibilité de confier la réformation à la Cour internationale de Justice, le Secrétaire général écrivait que la procédure consultative pourrait convenir pour l'examen de certaines questions juridiques et de la validité des jugements, comme cela était prévu dans le statut du Tribunal administratif de l'OIT. Il estimait cependant que, « si on entendait donner à la réformation une portée plus vaste », il serait peut-être difficile d'avoir recours à la juridiction consultative :

« Il se pourrait qu'un nouvel examen au fond d'une affaire mette en jeu des questions qui ne seraient pas strictement juridiques au sens de l'article 65 du Statut de la Cour, et qu'il exige des parties une participation plus active que la Cour ne jugerait pouvoir le permettre. La méthode consultative ne conviendrait sans doute pas pour un nouvel examen de cette sorte, qui pourrait même être jugé incompatible avec le Statut de la Cour. » (*Ibid.*, p. 25.)

En faisant allusion à l'article 65 du Statut de la Cour, le Secrétaire général semblait vouloir dire que, s'il était approprié de soumettre à la Cour « toute question juridique » dans une procédure consultative, il ne convenait pas en revanche de lui poser des questions de fait, c'est-à-dire des questions « qui ne seraient pas strictement juridiques ». Il concluait en ces termes :

« Il est sans doute impossible de faire le départ de façon stricte entre les cas pour lesquels on pourrait faire appel à la juridiction consultative de la Cour et les autres. Les différentes propositions qui pourront être faites devront être examinées en fonction du Statut de la Cour et de la nature de sa juridiction consultative. » (*Ibid.*, p. 25.)

17. Au document de travail du Secrétaire général était jointe une lettre exposant les vues du conseil du personnel de l'Organisation des Nations Unies. Pour celui-ci, il était « indispensable que la réformation ne puisse être demandée que lorsqu'il s'agit d'importants points de droit mettant en jeu des questions de principe » (*ibid.*, p. 35). Et le conseil poursuivait en ces termes : « La réformation ne devrait pas porter sur des éléments de fait : les conclusions du Tribunal administratif quant aux faits devraient être définitives. » (*Ibid.*)

v) *Les travaux du Comité spécial et son rapport*

18. Le rapport du Comité spécial chargé d'étudier la question de la réformation des jugements du Tribunal administratif est révélateur, car il anticipe certains des problèmes qui ont été débattus dans la présente affaire. On y trouve le passage suivant, consacré à la signification du terme « réformation » :

« 11. Deux interprétations du terme « réformation », tel qu'il figure dans la résolution 888 (IX) de l'Assemblée générale, ont été proposées. On pouvait d'abord considérer que ce terme ne visait qu'une procédure de recours par laquelle les parties à l'instance initiale pouvaient demander à un organe de recours d'examiner à nouveau l'affaire, ou certains de ses aspects. Mais on pouvait aussi y voir une procédure autre qu'une procédure de recours au sens technique du terme. On a fait valoir que le projet de résolution ... avait été modifié par l'Assemblée générale ... plénière et que les mots « procédure de recours contre les jugements » avaient été remplacés par « procédure de réformation des jugements ». Les auteurs de l'amendement avaient proposé cette substitution car, à leur avis, le terme « réformation » avait un sens plus large qui comprenait la procédure de recours ainsi que d'autres moyens judiciaires. La majorité des représentants ont été d'avis que le Comité pouvait considérer comme réformation, soit une procédure de recours au sens étroit du terme, soit une procédure de réformation d'un autre genre qui satisfît aux exigences judiciaires, par exemple un examen des points de droit faisant intervenir la juridiction consultative de la Cour internationale de Justice. » (Rapport du Comité spécial, *loc. cit.*, p. 4.)

19. Le rapport du Comité spécial, qui avait pris pour base de discussion un document de travail du Secrétaire général, s'exprime comme suit au sujet des limites du pouvoir à attribuer à l'organe de réformation :

« Les membres du Comité ont reconnu en général qu'il ne devrait y avoir de réformation que dans des cas exceptionnels et que les différents aspects de l'affaire ne devraient pas tous faire l'objet d'une réformation complète, en particulier, que la réformation ne devrait pas porter sur les points de fait en tant que tels. Les avis des membres du Comité ont été cependant très partagés en ce qui concerne la nature exacte des motifs de réformation. Certains ont fait valoir d'une part que la réformation devrait s'étendre à toutes les questions de droit ; d'autres représentants ont par contre défendu qu'elle devrait être limitée aux deux motifs énoncés à l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT, savoir : les questions de compétence et les fautes essentielles dans la procédure suivie. D'autres membres du Comité ont proposé des solutions intermédiaires. » (*Ibid.*)

Il y est indiqué que le représentant des Etats-Unis, soutenant que les Etats Membres devaient être habilités à demander le déclenchement de la procédure de réformation, avait déclaré que :

« Lorsque se posaient des questions importantes mettant en jeu l'interprétation ou l'application de la Charte *ou du statut du personnel*, les Etats Membres devaient pouvoir exposer pleinement leur point de vue et demander qu'il soit examiné de façon approfondie. » (*Ibid.*, p. 7 ; les italiques sont de moi.)

20. Le rapport analyse les propositions concrètes qui avaient été faites au sujet de la portée du pouvoir de réformation. On y relève les passages suivants :

« Selon la proposition de la France ... et les suggestions du Secrétaire général ... les motifs de réformation auraient été limités à ce que prévoit l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail ... ni les faits ni le droit en général ne devant faire l'objet d'un nouveau jugement.

La proposition de la Chine, des États-Unis et de l'Irak ... faisait porter la réformation sur « toutes questions de droit importantes que soulève le jugement » et prévoyait qu'un comité déciderait si les questions étaient suffisamment importantes pour justifier la procédure de réformation...

En ce qui concerne la portée de la réformation, la différence fondamentale existant entre ces propositions était la suivante : d'après les unes, la réformation devait être strictement limitée aux deux motifs indiqués dans le statut du Tribunal de l'OIT, alors que, selon les autres, elle devait porter sur toutes les questions de droit importantes. » (*Ibid.*, p. 8 et 9.)

21. Dans un effort pour surmonter ces divergences de vues, la Chine, les États-Unis, l'Irak, le Pakistan et le Royaume-Uni présentèrent une proposition de compromis commune. Donnant des « précisions » sur cette proposition, le représentant britannique, sir Vincent Evans (alors conseiller juridique de la mission du Royaume-Uni auprès de l'Organisation des Nations Unies, plus tard conseiller juridique du Foreign and Commonwealth Office), expliqua ce qui suit au nom des coauteurs. Vu toute l'importance de cette explication, nous ne la citons pas d'après le rapport résumé du Comité, mais d'après les comptes rendus de séances, qui sont plus complets. La compétence de la Cour internationale de Justice en matière de réformation, précisa sir Vincent, devait se limiter à « trois motifs précis » :

« Le premier et le troisième de ces motifs sont sensiblement les mêmes que ceux qu'a retenus l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT, et que les membres du Comité paraissent admettre d'une manière générale. Le deuxième motif vise à donner partiellement satisfaction aux représentants qui voudraient que toute importante question de droit donne ouverture à recours, mais il est énoncé de manière à éviter le risque de voir la procédure de réformation devenir une procédure normale dans toutes les affaires. Le texte s'efforce de définir avec le maximum de précision les questions de droit qui peuvent donner ouverture à recours. *Les mots* : « *concernant les dispositions de la Charte* » ne visent pas seulement l'interprétation des dispositions de la Charte, mais aussi l'interprétation ou l'application du statut du personnel édicté en application du chapitre XV de la Charte. » (A/AC.78/SR.10, p. 3 ; les italiques sont de moi.)

22. Le représentant des Etats-Unis déclara à son tour :

« 2) Pour ce qui est des circonstances dans lesquelles le comité de filtrage pourrait demander un avis consultatif, le projet commun ne donne pas entière satisfaction à la délégation américaine, qui persiste à attacher un grand poids aux arguments selon lesquels le droit en général et les indemnités excessives devraient pouvoir donner lieu à réformation, quels que soient les motifs invoqués et les circonstances de l'affaire. 3) Toutefois, par souci de conciliation, le Gouvernement des Etats-Unis a décidé d'appuyer le projet commun. 4) Le Gouvernement des Etats-Unis considère que le deuxième motif mentionné au paragraphe 1) *visé notamment* les questions suivantes : a) les questions mettant en jeu l'article 101 de la Charte, lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de confirmer la façon dont le Secrétaire général a jugé la conduite d'un fonctionnaire du point de vue des normes de travail, de compétence et d'intégrité requises du personnel de l'Organisation ; b) les questions mettant en jeu l'article 97, lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de confirmer la décision du Secrétaire général dans les cas où il a donné des directives à un fonctionnaire ou pris contre lui des mesures disciplinaires ; c) les questions mettant en jeu l'article 100 qui impose à tout fonctionnaire l'obligation de s'abstenir de tout acte qui est incompatible avec sa situation de fonctionnaire international, responsable seulement envers l'Organisation. » (*Ibid.*, p. 6, les italiques sont de moi.)

23. Le compromis proposé reçut un accueil mitigé. On s'accordait certes à reconnaître que, selon la proposition conjointe, l'avis consultatif de la Cour serait obligatoire pour les parties à l'instance devant le Tribunal administratif, interprétation que devait confirmer plus tard la Cinquième Commission. Mais une minorité non négligeable de représentants contestait l'opportunité de charger la Cour de régler ainsi les différends entre l'Organisation des Nations Unies et les fonctionnaires ; cette minorité s'opposait à ce que l'on permît aux Etats Membres de déclencher la procédure de réformation ; et elle estimait que la composition du comité de filtrage envisagé ne lui permettrait pas d'exercer ses fonctions de façon satisfaisante. Sur la question même de la portée de la compétence de réformation qu'il convenait d'attribuer à la Cour, les interventions furent relativement succinctes. Le représentant de l'Australie, selon lequel il convenait de choisir comme organe de réformation une autre institution judiciaire que la Cour, déclara : « Les motifs de recours prévus par le projet commun sont trop limitatifs. » (A/AC.78/SR.11, p. 5.) Le représentant du Pakistan, coauteur de la proposition de compromis, fit observer que ce texte devait être interprété « restrictivement, d'une façon qui respecte autant que possible l'esprit de l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT » (*ibid.*, p. 6). Le représentant de la Chine fit siens les arguments du représentant du Royaume-Uni, et recommanda que l'on ajoutât au texte une disposition sur les erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte, « car une précédente décision du Tribunal

administratif prêtait le flanc à la critique à cet égard... Sa délégation [attachait] une grande importance au paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. » (*Ibid.*, p. 7.) Le président, parlant en sa qualité de représentant de Cuba, déclara que sa délégation voterait en faveur du projet conjoint, car elle approuvait tant la limitation de la portée des recours que la reconnaissance du droit d'intervention aux Etats Membres (*ibid.*). Le représentant d'Israël n'avait pas d'objection à formuler contre la portée de la réformation prévue dans ce projet (A/AC.78/SR.12, p. 3). Et le représentant de l'Irak expliqua qu'il avait voté en faveur du projet, bien que sa délégation eût préféré que la portée de la réformation fût plus large (*ibid.*, p. 7).

24. Aucun autre représentant n'évoqua la question de la portée du pouvoir de réformation qu'il convenait d'attribuer à la Cour. On remarquera qu'aucune objection directe ne fut faite à la signification donnée par sir Vincent Evans à la formule « concernant les dispositions de la Charte » ; apparemment, son interprétation était acceptée. Cependant, le rapport du Comité spécial ne reproduit pas exactement ses paroles. Alors que sir Vincent avait précisé qu'en se servant de cette formule les coauteurs entendaient viser non seulement « l'interprétation des dispositions de la Charte, mais aussi l'interprétation ou l'application du statut du personnel édicté en application du chapitre XV de la Charte », le rapport du Comité spécial est, sur ce point essentiel, rédigé dans les termes suivants :

« Dans l'esprit des auteurs, la formule « erreur de droit concernant les dispositions de la Charte » visait non seulement le cas où le Tribunal administratif aurait apparemment mal interprété la Charte mais aussi le cas où, en interprétant et en appliquant certains des articles du statut du personnel, il aurait apparemment agi d'une façon incompatible avec les dispositions du chapitre XV de la Charte. » (Rapport du Comité spécial, *loc. cit.*, p. 11.)

vi) *L'examen de la question par la Cinquième Commission*

25. L'examen du rapport du Comité spécial par la Cinquième Commission confirma ce que ce rapport indiquait clairement, à savoir que l'expression « une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies » ne désignait pas seulement les erreurs relatives à la Charte elle-même, mais aussi les erreurs concernant l'interprétation ou l'application du statut du personnel. Malgré tout, ni les débats de la Cinquième Commission ni le rapport correspondant ne règlent entièrement la question de la portée de ce motif de contestation des jugements du Tribunal administratif.

26. Prenant la parole au début de la discussion, le représentant du Royaume-Uni déclara :

« Pour ce qui est de la portée de la réformation, on a admis, d'une manière générale, que la réformation ne devait pas s'étendre à des points de fait et que, comme le Secrétaire général l'a lui-même pro-

posé, elle devait avoir un caractère exceptionnel et ne pas être appliquée automatiquement à toutes les affaires. Toutefois, il y a eu divergences de vues lorsqu'on s'est demandé s'il fallait ne prévoir que les deux motifs de réformation énoncés à l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT. La recommandation que le Comité a faite dans son rapport est un compromis : le Comité a retenu les deux motifs énoncés dans le statut du Tribunal administratif de l'OIT et il en a ajouté un troisième, celui d'une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte. On a estimé que le troisième motif serait approprié dans les cas où le Tribunal administratif, en interprétant et en appliquant certains articles du Statut du personnel, agirait d'une façon incompatible avec les dispositions de la Charte, notamment avec celles du chapitre XV. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, Cinquième Commission*, 493^e séance, p. 40.)

Le représentant du Royaume-Uni fut suivi par le représentant de la Norvège, qui s'opposa aux recommandations du Comité spécial visant les motifs de réformation, en faisant valoir que « la portée de la réformation » semblait en contradiction avec l'intention de limiter la réformation à des cas exceptionnels (*ibid.*, p. 43). Les représentants de Cuba et du Pakistan, au contraire, déclarèrent qu'il avait été « jugé nécessaire » de retenir le motif de l'erreur de droit, « en prévision des cas dans lesquels l'interprétation de la Charte faite par le Tribunal pourrait être contestée ou dans lesquels son interprétation du statut du personnel pourrait être considérée comme incompatible avec le chapitre XV de la Charte » (*ibid.*, p. 43-44). Le représentant des Pays-Bas exprima son désaccord dans ces termes :

« l'organe de réformation aurait, en fait, une compétence illimitée puisque l'on pourrait contester un jugement en alléguant que le Tribunal administratif a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, instrument dont la portée est extrêmement générale » (*loc. cit.*, 494^e séance, p. 47).

Le représentant de la Yougoslavie, hostile lui aussi aux recommandations du Comité spécial, affirma que « la procédure envisagée tendrait à transformer la Cour internationale de Justice en un tribunal chargé de connaître en appel des jugements rendus par des tribunaux administratifs internationaux... » (*ibid.*, p. 53). A quoi d'autres représentants, dont celui de l'Argentine, répondirent que la procédure envisagée serait seulement employée :

« dans le cas exceptionnel où la décision du Tribunal serait contestée pour des motifs circonstanciés. La procédure envisagée sauvegarderait les intérêts tant des fonctionnaires que de l'Assemblée générale, en ce sens que les jugements du Tribunal ne pourraient plus être remis en discussion » (*ibid.*, p. 54).

Le représentant des Philippines soutint ce qui suit :

« A juste titre, on a prévu, dans le nouvel article 12, que les de-

mandes portant sur les questions de fait seraient soumises au Tribunal lui-même, alors qu'aux termes de l'article 11 les demandes fondées sur des points de droit seraient soumises à la Cour internationale de Justice qui est l'organe judiciaire international suprême, ce qui favoriserait l'élaboration d'une jurisprudence internationale cohérente... » (*Ibid.*, p. 55.)

Le représentant de la Nouvelle-Zélande ne souleva pas d'objection contre la portée que l'on proposait de donner à la procédure de réformation :

« il ne s'agira que de points de droit. Si les jugements du Tribunal sont contestés, seule la Cour interprétera les principes de droit, et, dans ces conditions, il est certain qu'aucune des règles essentielles de la justice ne sera violée. Il semble aussi raisonnable de penser que les cas qui entrent dans la catégorie des « erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte » devraient donner lieu à réformation si une procédure de réformation est instituée. » (*Loc. cit.*, 496^e séance, p. 57.)

Le représentant de la Suède formula au contraire une objection :

« Revenant sur la recommandation du Comité spécial aux termes de laquelle la réformation d'un jugement pourrait être demandée lorsque le Tribunal administratif aurait commis une erreur sur un point de droit relatif aux dispositions de la Charte, le représentant de la Suède fait observer que ... la recommandation s'appliquerait à tous les cas énumérés au paragraphe 82 du rapport du Comité spécial (A/2909) et s'étendrait alors à toute l'activité d'un fonctionnaire de l'Organisation des Nations Unies. » (*Ibid.*, p. 61 et 62.)

Quant au représentant du Mexique, il déclara qu'il préférerait lui aussi que les motifs de réformation fussent limités aux questions de compétence ou d'erreur commise dans la procédure (*ibid.*, p. 63).

27. A ce stade des débats de la Cinquième Commission, la délégation de l'Inde, qui avait auparavant proposé d'ajouter un quatrième motif de contestation, à savoir le défaut d'exercice de la compétence, soumit des amendements radicaux au projet du Comité spécial : il s'agissait de substituer une chambre du Tribunal administratif au comité de filtrage, et le Tribunal administratif plénier à la Cour internationale de Justice. Les coauteurs de la proposition de compromis inscrite au rapport du Comité spécial s'opposèrent à ces amendements. Prenant la parole pour les combattre et préconisant l'adoption de la proposition de compromis, le représentant des Etats-Unis affirma : « *il convient que la Cour internationale de Justice soit l'autorité compétente en dernier ressort pour interpréter les dispositions de la Charte ou du statut du personnel que les décisions du Tribunal peuvent mettre en jeu* » (*loc. cit.*, 498^e séance, p. 70 ; les italiques sont de moi). Les amendements de l'Inde ne furent pas adoptés.

28. Le rapport de la Cinquième Commission à l'Assemblée générale n'apporte guère d'éclaircissements sur la portée de la compétence de réformation qui devait être attribuée à la Cour, question à laquelle seuls les passages suivants sont consacrés :

« 15. Les auteurs du projet commun révisé ont dit que le nouvel article 11 avait pour objet de limiter la réformation à des cas exceptionnels. Deux des motifs de réformation étaient analogues aux motifs énoncés dans le statut du Tribunal administratif de l'OIT, à savoir les questions de compétence et une faute essentielle dans la procédure suivie. Un motif supplémentaire était prévu, savoir les « erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte ». Les auteurs du projet ont appelé l'attention de la Commission sur l'interprétation qu'ils donnaient à cette expression, interprétation qui était exposée dans le rapport du Comité spécial (A/2909). On a soutenu, au cours du débat, que les motifs de réformation avaient un caractère si fondamental que l'intérêt de la justice obligeait à les prendre en considération lorsqu'ils étaient invoqués.

16. D'après le projet d'article 11 la réformation pouvait être demandée par le Secrétaire général, par le fonctionnaire intéressé ou par un Etat Membre. Les partisans du projet commun révisé ont estimé qu'un Etat Membre était légitimement intéressé à l'application correcte de la Charte et du statut du personnel et qu'en outre ses intérêts financiers étaient en cause ; il n'était pas raisonnable de supposer qu'un Etat Membre qui contesterait un jugement du Tribunal administratif le ferait uniquement pour des raisons politiques.

.....

18. Conformément au nouvel article 11 proposé, il appartenait à la Cour internationale de Justice, organe judiciaire indépendant et impartial jouissant du plus haut prestige, de statuer sur les questions juridiques importantes. Les défenseurs du projet commun révisé ont ajouté que la Cour était l'organe judiciaire suprême qui pouvait statuer sur le droit de la Charte, et qu'aucun organe n'était plus compétent pour régler les autres différends au sujet desquels une demande de réformation était recevable. La Cour ne serait pas saisie de questions futiles, car seuls certains cas exceptionnels lui seraient soumis. Il serait au demeurant inutile et coûteux de créer un nouvel organe d'appel. Si la Cour internationale de Justice ne réglait que les différends entre Etats, l'article 96 de la Charte permettait aux organes de l'Organisation des Nations Unies dûment autorisés de demander l'avis consultatif de la Cour sur des questions juridiques. » (Rapport de la Cinquième Commission, document A/3016, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, annexes*, point 49 de l'ordre du jour, p. 43.)

C. *Conclusions sur la portée du pouvoir de réformation de la Cour au motif de l'erreur de droit*

29. De l'analyse consacrée ci-dessus aux travaux préparatoires du statut du Tribunal administratif, il semble légitime de tirer les conclusions suivantes au sujet de la portée du pouvoir de réformation de la Cour, en particulier dans le cas d'une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte :

– En élaborant et en adoptant l'article 11 actuel du statut du Tribunal administratif des Nations Unies, l'Assemblée générale a voulu qu'il fût possible de demander à la Cour des avis consultatifs pour lesquels celle-ci devrait statuer sur les points de droit soulevés par les jugements du Tribunal, sans cependant réexaminer les questions de fait. La Cour est donc compétente pour réexaminer le bien-fondé des jugements du Tribunal, dans la mesure où cela est compatible avec son Statut.

– Cependant, la Cour ne peut réexaminer toutes les conclusions de droit : elle doit se borner aux quatre motifs « exceptionnels » de contestation des jugements qui sont précisés à l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal.

– Trois de ces quatre motifs relèvent essentiellement de la procédure : le fait d'outrepasser sa juridiction ou sa compétence, le fait de ne pas exercer sa juridiction et le fait de commettre, dans la procédure, une erreur essentielle provoquant un mal-jugé.

– Le quatrième motif porte sur le fond : c'est l'erreur sur une question de droit concernant les dispositions de la Charte. Il n'est pas indispensable que cette erreur porte sur l'interprétation ou l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Charte ; il suffit qu'elle « concerne » cette ou ces dispositions, c'est-à-dire qu'elle ait un lien avec elles. Voilà le point essentiel. D'ailleurs les débats du Comité spécial et de la Cinquième Commission montrent bien que la portée du pouvoir de réformation de la Cour s'accorde avec le sens large du mot « concernant ». Selon l'interprétation la plus restrictive, qui est indiquée dans le rapport du Comité spécial et les procès-verbaux de la Cinquième Commission, cette compétence inclut « non seulement le cas où le Tribunal administratif aurait apparemment mal interprété la Charte mais aussi le cas où, en interprétant et en appliquant certains des articles du statut du personnel, il aurait apparemment agi d'une façon incompatible avec les dispositions du chapitre XV de la Charte ». Selon une interprétation plus libérale, la compétence de la Cour ne vise « pas seulement l'interprétation des dispositions de la Charte, mais aussi l'interprétation ou l'application du statut du personnel édicté en application du chapitre XV de la Charte » (telle est l'interprétation de la clause de l'erreur de droit que donna le représentant du Royaume-Uni en présentant le projet au nom de tous ses coauteurs) ; ou bien la compétence de la Cour inclut « l'interprétation de la Charte ou du statut du personnel fondé sur celle-ci que les décisions du Tribunal peuvent mettre en jeu »

(telle est l'interprétation de la disposition de la même clause donnée par les Etats-Unis, coauteurs du texte, à la fin d'un débat approfondi à la Cinquième Commission, et peu avant l'adoption dudit texte).

30. Les deux interprétations – stricte, et libérale – diffèrent évidemment. On peut cependant les rapprocher sans trahir le texte ; et à l'appui de ce rapprochement on peut faire observer que les représentants du Royaume-Uni et des Etats-Unis, protagonistes de la proposition relative à l'article 11, semblent les avoir tenues pour interchangeables. Si on les rapproche ainsi, on peut soutenir que les termes utilisés par ses deux coauteurs principaux éclairent le sens du texte reproduit dans le rapport du Comité, surtout après que l'un des coauteurs, les Etats-Unis, en eut confirmé l'interprétation libérale entre le moment de la présentation du rapport à la Cinquième Commission et celui de son adoption. Ou bien l'on peut soutenir que la portée apparemment plus restreinte du texte figurant dans le rapport du Comité spécial montre que l'interprétation libérale préférée par les coauteurs n'était pas déterminante : conclusion certainement renforcée par le fait que les Etats-Unis, au moment où ils jouèrent le rôle que l'on sait dans la recherche d'une procédure de réformation, se préoccupaient surtout des jugements du Tribunal qui leur paraissaient incompatibles avec les dispositions du chapitre XV. Si l'on accepte l'interprétation libérale, comme cela est fort possible, la Cour est manifestement compétente en l'espèce pour rechercher si le jugement du Tribunal administratif *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* se réfère au sens véritable du statut du personnel. Mais, même si l'on retient l'interprétation stricte, la Cour est au moins compétente pour rechercher si ce jugement reflète le sens véritable du statut du personnel dans la mesure où le Tribunal a pu en faire une interprétation et une application contraires aux dispositions du chapitre XV de la Charte. Dans un cas comme dans l'autre, il suffit que cette inexactitude « concerne » lesdites dispositions.

3. *L'interprétation des statuts des tribunaux administratifs par la Cour dans l'affaire des Fonctionnaires de l'Unesco et dans l'affaire Fasla*

A. *L'affaire des Fonctionnaires de l'Unesco*

31. Dans la mesure où il peut se rapporter à la question de la compétence de la Cour dans la présente espèce, l'avis consultatif concernant l'affaire des *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* (C.I.J. Recueil 1956, p. 77 ; désignée ci-après affaire des *Fonctionnaires de l'Unesco*) doit, si on veut l'interpréter correctement, être situé dans le contexte des travaux préparatoires analysés ci-dessus, et être comparé avec l'interprétation donnée dans l'affaire *Fasla* au statut du Tribunal administratif des Nations Unies, qui est différent du statut du Tribunal administratif de l'OIT.

32. Dans l'affaire des *Fonctionnaires de l'Unesco*, la Cour, s'en tenant exclusivement aux dispositions de l'article XII du statut du Tribunal

administratif de l'OIT, a noté que la contestation dont les jugements de ce tribunal étaient l'objet se référait « à la compétence du Tribunal administratif et à la validité de ces jugements » (p. 83). Considérant sa procédure consultative « comme faisant en quelque sorte fonction de recours » contre les jugements du Tribunal (p. 84), elle a estimé qu'il ne lui était pas nécessaire de se prononcer sur la valeur en droit de l'article XII du statut (p. 85). Cela dit, elle a abordé la première question qui lui était posée, et qui était de savoir si le Tribunal administratif était compétent en vertu de son statut pour connaître de certains griefs. A propos de la décision par laquelle le Tribunal s'était déclaré compétent, la Cour s'est ainsi exprimée :

« La Cour n'est pas limitée à l'examen des motifs que le Tribunal administratif a expressément invoqués à l'appui de sa décision, elle doit arriver, pour les motifs qu'elle jugera déterminants, à sa propre décision au sujet de la compétence du Tribunal. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 87.)

Et elle a ajouté :

« Les termes « compétent pour connaître » employés dans la demande d'avis signifient qu'il s'agit de déterminer si le Tribunal administratif était juridiquement qualifié pour examiner les requêtes dont il était saisi et statuer au fond sur les prétentions qui y étaient énoncées. Le fait que le Tribunal aurait bien ou mal jugé au fond, qu'il aurait bien ou mal interprété et appliqué le droit pour juger au fond n'affecte pas sa compétence. Celle-ci doit être appréciée en recherchant si la requête était de celles dont l'examen au fond relève de la connaissance du Tribunal administratif selon les dispositions gouvernant la compétence de celui-ci. Cette distinction entre la compétence et le fond est très importante dans le régime juridique du Tribunal administratif. Les erreurs que le Tribunal administratif peut être amené à commettre au sujet de sa compétence sont susceptibles d'être redressées par la Cour sur demande d'avis émanant du Conseil exécutif. Les erreurs de fait ou de droit que commettrait le Tribunal administratif dans ses jugements sur le fond ne peuvent pas donner lieu à une telle procédure : à ses jugements sur le fond s'applique purement et simplement la disposition de l'article VI du statut du Tribunal portant que les jugements de celui-ci sont « définitifs et sans appel. » (*Ibid.*)

33. Il est évident que, pour parvenir à cette conclusion, la Cour avait dû se pencher sur « le régime juridique du Tribunal administratif » de l'OIT. La distinction entre la compétence et le fond « est très importante » dans ce régime, car « les erreurs de fait ou de droit ... sur le fond » que commettrait le Tribunal ne peuvent pas être redressées par la Cour. Il est aisé de démontrer que la situation est différente dans le régime du Tribunal administratif des Nations Unies, qui venait d'être adopté quand la Cour a

été saisie de l'affaire des *Fonctionnaires de l'Unesco*. Aussi serait-il erroné dans la présente espèce de reprendre simplement la conclusion de la Cour dans ladite affaire, suivant laquelle :

« La demande d'avis consultatif présentée conformément à l'article XII n'est pas un appel quant au fond du jugement. Elle se limite à une contestation de la décision du Tribunal affirmant sa compétence ou à des cas de faute essentielle dans la procédure. En dehors de cela, il n'y a aucun recours contre les décisions du Tribunal administratif. Une contestation de l'affirmation de compétence ne peut être transformée en une procédure contre la façon dont la compétence a été exercée ou contre le fond de la décision. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 98.)

En effet, la Cour, quand elle considère les jugements du Tribunal administratif des Nations Unies, agit, lorsque le motif de contestation invoqué est une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, en vertu de pouvoirs de réformation que l'on a voulu nettement plus étendus que ceux qu'elle peut exercer en vertu de l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT.

B. *L'affaire Fasla*

34. L'affaire *Fasla* intéresse la question à l'examen, et elle est instructive à bien d'autres égards pour l'affaire en cause. Dans l'affaire *Fasla*, le Comité des demandes de réformation avait demandé un avis consultatif aux motifs que le Tribunal administratif n'avait pas exercé sa compétence et qu'il avait commis des erreurs essentielles dans la procédure. « Ce sont là, a dit la Cour, par leur nature même, des questions juridiques, du genre de celles que la Cour a considérées en 1956 ... comme des questions juridiques au sens de l'article 96 de la Charte » (*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1973*, p. 175). Puis la Cour a invoqué « l'historique de l'article 11 » pour montrer qu'elle « ne devait intervenir qu'exceptionnellement » (p. 177), et, dans un passage d'un intérêt tout particulier, a estimé que :

« la procédure qui se déroule devant la Cour n'en demeure pas moins une procédure consultative, dans laquelle la Cour a pour tâche non pas de refaire le procès mais de répondre aux questions qui lui sont posées au sujet des objections soulevées contre le jugement du Tribunal administratif » (p. 182).

Etant donné les travaux préparatoires de l'article 11, il est manifeste que la Cour voulait dire par-là qu'elle n'examinerait pas les faits de l'espèce. Elle ne voulait pas dire — et ne pouvait pas vouloir dire — qu'il lui était interdit d'examiner le fond, si les questions posées nécessitaient un tel examen. La Cour a noté que le Comité des demandes de réformation « n'est autorisé à demander, et la Cour à donner, un avis consultatif que sur les questions juridiques qui peuvent légitimement être considérées comme se rattachant

à un ou plusieurs de ces quatre motifs » (p. 184). Elle a dit, conformément à la tradition que « la Cour peut interpréter les termes de la requête et préciser la portée des questions qui y sont posées » (*ibid.*) ; et elle a ajouté qu'elle pouvait « aussi tenir compte de tous les éléments se rapportant à ces questions qui peuvent lui être nécessaires pour se former une opinion » (*ibid.*). Ainsi, dans la présente espèce, les documents du Comité des demandes de réformation peuvent être pris en considération pour interpréter les termes de la requête, bien que la Cour soit en principe « liée par le libellé des questions formulées dans [celle-ci] » (*ibid.*). La Cour n'a vu « aucune raison d'adopter une interprétation restrictive des questions énoncées dans la requête » (p. 187). Elle a déclaré ensuite :

« Comme elle l'a déjà indiqué, la Cour n'a pas pour mission, en vertu de l'article 11 du statut du Tribunal administratif, de refaire le procès mais de donner son avis sur les questions qui lui sont soumises au sujet des objections soulevées contre le jugement. La Cour n'est donc pas habilitée à substituer son opinion à celle du Tribunal sur le fond de l'affaire tranchée par celui-ci. *Son rôle est de déterminer s'il ressort des circonstances de l'espèce, concernant le fond ou la procédure, qu'une contestation formulée contre le jugement pour l'un des motifs mentionnés à l'article 11 est fondée.* Ce faisant, la Cour ne s'en tient pas à la teneur de la décision contestée elle-même mais elle prend en considération tous les aspects de la procédure qui s'est déroulée devant le Tribunal ainsi que tous les éléments pertinents que le fonctionnaire et le Secrétaire général lui soumettent au sujet des objections soulevées contre le jugement. *La Cour examine ces objections au fond, compte tenu des renseignements dont elle dispose.* » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 187-188 ; les italiques sont de moi.)

Là encore, il est évident que l'intention exprimée était celle de ne pas refaire le procès, c'est-à-dire de ne pas rechercher les faits ni de substituer, de façon générale, l'opinion de la Cour sur le fond à celle du Tribunal. Mais le rôle de la Cour reste de déterminer s'il ressort des circonstances de l'espèce, « concernant le fond ou la procédure », qu'une contestation du jugement pour l'un des motifs mentionnés à l'article 11 est fondée. Telle est précisément la tâche qui incombait à la Cour dans la présente espèce. De plus, en s'en acquittant, la Cour, pour rester fidèle à ses conclusions dans l'affaire *Fasla*, ne devait pas se limiter à la teneur du jugement contesté dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, mais tenir compte de tous les éléments relatifs aux objections à ce jugement qui avaient été portés à sa connaissance. La résolution 34/165 de l'Assemblée générale faisait partie de ces éléments, dans sa lettre et dans son esprit. La Cour devait donc, en examinant les objections au jugement rendu par le Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished*, statuer sur ces objections « au fond » – comme elle l'a dit dans l'affaire *Fasla* – et à la lumière des éléments d'information dont elle disposait, c'est-à-dire non seulement des termes des résolutions de l'Assemblée générale mais aussi des débats préalables à leur adoption.

35. La Cour a dit en outre dans l'affaire *Fasla* :

« De plus, ainsi que la Cour l'a souligné dans son avis consultatif donné à la demande de l'Unesco, on ne saurait, par le simple biais d'une contestation d'un jugement du Tribunal administratif, au motif que celui-ci aurait outrepassé sa juridiction, attaquer les décisions du Tribunal sur le fond...

De même, dans le cas de l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies, une contestation de la décision fondée sur le non-exercice de la juridiction ou une erreur procédurale essentielle ne peut être transformée en une procédure contre le fond de la décision. *Cela ne veut pas dire que, le cas échéant, si un jugement était contesté en raison d'une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, la Cour ne pourrait pas être appelée à examiner la décision au fond.* Mais le texte de l'article 11 comme l'historique de son élaboration démontrent que l'on avait entendu limiter les possibilités de contester les jugements du Tribunal administratif aux motifs précis envisagés dans l'article. » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 188 ; les italiques sont de moi.)

Elle a ajouté que, « pour déterminer si le Tribunal a exercé des pouvoirs juridictionnels applicables en l'espèce, la Cour doit tenir compte de la substance et pas seulement de la forme » (p. 189-190). Et elle a fait observer enfin que le fait qu'elle s'abstint d'enquêter sur les faits « ne signifie pas que, dans une procédure de réformation, la Cour s'estime empêchée d'examiner les faits de la cause en toute liberté ou de contrôler l'appréciation des faits par le Tribunal » (p. 207).

36. La leçon principale de l'affaire *Fasla*, appliquée à la présente espèce, est que, dans l'hypothèse correspondant précisément à l'affaire *Mortished*, autrement dit « si un jugement était contesté en raison d'une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte », la Cour serait « appelée à examiner la décision au fond ». A cela, une seule restriction : que la contestation soit limitée « aux motifs précis envisagés » dans l'article 11 du statut du Tribunal administratif. Comme on l'a démontré plus haut, il est certain que le motif de l'erreur de droit « concernant » les dispositions de la Charte englobe jusqu'à un certain point l'interprétation du statut du personnel par la Cour. Cette compétence de la Cour ne doit pas s'exercer dans toutes les affaires de ce genre, car on a voulu que le pouvoir de réformation conféré à la Cour soit « exceptionnel », alors que l'interprétation du statut du personnel par le Tribunal rentre dans ses attributions courantes. Mais elle devait certainement jouer dans une affaire comme l'affaire *Mortished*, où le comité autorisé par l'Assemblée générale demandait un avis consultatif sur la question, vraiment exceptionnelle, consistant à savoir si le Tribunal administratif pouvait légitimement ne pas donner effet immédiatement à une résolution de l'Assemblée générale. Il est incontestable,

comme on le verra plus loin, que cette question exceptionnelle et l'erreur de droit commise à son sujet « concernent » les dispositions de la Charte.

37. L'affaire *Fasla* est encore instructive d'un autre point de vue. En effet, le Tribunal administratif s'y étant trouvé amené à transposer le préjudice subi par le requérant en termes monétaires, la Cour a estimé qu'à cet égard le Tribunal tenait de son statut un pouvoir discrétionnaire considérable. Elle a ajouté :

« Si la Cour jouait *en l'espèce* le rôle d'une cour d'appel, elle aurait peut-être le droit de formuler ses propres conclusions sur le montant de l'indemnité à allouer. Mais tel n'est pas le cas. *Vu les motifs de contestation sur lesquels la procédure actuelle se fonde ...* la Cour doit se borner à conclure que l'indemnité n'a rien de si déraisonnable qu'elle se situe hors des limites du pouvoir discrétionnaire du Tribunal. Cela étant, on ne saurait considérer que le Tribunal a omis d'exercer sa juridiction à cet égard. » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 197 ; les italiques sont de moi.)

Ce passage signifiait visiblement que si, dans une autre affaire de réformation des jugements du Tribunal administratif, la Cour n'avait pas à connaître d'un motif procédural, comme dans l'affaire *Fasla*, mais d'un motif de fond, comme c'est le cas dans l'affaire *Mortished*, elle jouerait effectivement « le rôle d'une cour d'appel ».

38. Telle est précisément la conclusion à laquelle avait abouti dès 1958 un éminent auteur, M. Leo Gross, qui, appréciant les mérites de la nouvelle version de l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies, faisait observer qu'un recours alléguant une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte « ne portait pas sur la validité du jugement, mais sur le contenu de la décision ». Ce motif, concluait-il, confère à la Cour internationale de Justice « une véritable juridiction d'appel ». Et il ajoutait : « L'idée que la Cour puisse réexaminer au fond les questions de droit ... passait pour un aspect essentiel du compromis entre les différents partisans de la procédure de réformation... » (L. Gross, « Participation of Individuals in Advisory Proceedings, before the International Court of Justice : Question of Equality between the Parties », *52 American Journal of International Law*, 16, 36 (1958)).

II. ORIGINES ET ÉVOLUTION DE LA PRIME DE RAPATRIEMENT

39. Le jugement du Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* ne peut être analysé que par rapport au caractère de la prime de rapatriement et aux débats et autres faits qui ont entouré cette institution à l'Assemblée générale. Il est par conséquent nécessaire de présenter de façon suffisamment détaillée les origines et l'évolution de la prime de rapatriement, ainsi que le régime prévu pour cette prime dans les résolutions 33/119 et 34/165 de l'Assemblée générale.

1. Les débuts de la prime de rapatriement et l'intention à laquelle elle répondait (1949-1950)

40. En 1949, un comité d'experts en matière de traitements et salaires, indemnités et congés des Nations Unies proposa d'abolir l'indemnité d'expatriation alors en vigueur. Dans son rapport, il recommandait en revanche qu'une prime de rapatriement fût versée aux fonctionnaires rapatriés, dans les termes suivants :

« Le comité a ... reconnu qu'en quittant l'Organisation pour rentrer dans leur pays les membres du personnel ont à supporter certaines dépenses extraordinaires, ce qui justifierait pleinement le versement, au moment de leur retour, d'une prime globale spéciale. Ces dépenses résulteraient par exemple des facteurs suivants : a) la perte, pendant la durée de leur emploi aux Nations Unies, des contacts professionnels et des relations d'affaires avec leurs compatriotes ... b) la nécessité d'abandonner leur résidence et de liquider leurs obligations à l'étranger ; et c) les frais que doivent normalement encourir les membres du personnel pour se réinstaller avec leur famille dans leur pays d'origine. Le comité estime donc qu'il y aurait lieu de remplacer l'indemnité d'expatriation actuelle par une prime de rapatriement qui aurait pour objet de contribuer à couvrir ces dépenses extraordinaires. Non seulement ce système permettrait à l'Organisation de réaliser des économies et de simplifier son administration, mais encore il serait à l'avantage des membres du personnel qui bénéficieraient de cette somme au moment où ils en auraient effectivement besoin.

Le comité propose d'attribuer cette prime à tous les membres du personnel que l'Organisation est tenue de rapatrier dans leur pays d'origine. Elle ne serait pas accordée aux membres du personnel qui feraient l'objet d'un renvoi sommaire. Le montant de la prime devrait varier suivant la durée de l'emploi à l'Organisation des Nations Unies, étant entendu qu'elle ne serait versée qu'aux membres du personnel ayant un minimum de deux ans de service. » (A/C.5/331, p. 2.)

41. La proposition tendant à instaurer cette prime de rapatriement ainsi que les raisons d'être et l'objet de la prime furent acceptés (avec des modifications de barème) par le Comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires (CCQAB), qui précisa que la prime serait payable aux fonctionnaires « retournant dans leur pays » (A/1313, par. 69). Le Secrétaire général appuya la proposition du comité d'experts, la considérant lui-aussi comme une contribution « aux dépenses que [les anciens fonctionnaires] doivent faire pour se réinstaller dans leur propre pays » (A/1378, p. 91). La Cinquième Commission, de son côté, accepta la prime de rapatriement, sous forme de « versement aux fonctionnaires, lorsqu'ils sont rapatriés dans leur pays d'origine, d'une prime forfaitaire ... » (A/C.5/400, p. 116). A la suite de cela, l'Assemblée générale adopta en 1950 une résolution qui modifiait comme suit le statut du personnel, alors provisoire :

« Le Secrétaire général fixera un barème pour le versement de primes de rapatriement, en se conformant aux maximums et conditions prévus à l'annexe II¹ du présent statut. » (Résolution 470 (V).)

L'annexe II du nouveau statut du personnel spécifiait :

« Auront droit, en principe, à la prime de rapatriement les fonctionnaires que l'Organisation devra rapatrier mais à l'exclusion de ceux qui auraient été révoqués. Les conditions et définitions relatives au droit à la prime seront déterminées en détail par le Secrétaire général. Le montant de la prime variera selon le temps que le fonctionnaire considéré aura passé au service de l'Organisation des Nations Unies... » (*Ibid.*)

Le Secrétaire général publia en conséquence une circulaire où l'on pouvait lire :

« Le principe d'une prime de rapatriement a été adopté. Cette prime sera versée aux membres du personnel rapatriés aux frais des Nations Unies dans leur pays d'origine. N'auront pas droit à la prime les membres du Secrétariat exerçant officiellement leurs fonctions dans leur pays d'origine au moment de la cessation de service, ainsi que les fonctionnaires révoqués. » (ST/AFS/SER.A/72, p. 8.)

2. *Le CCQA s'écarte de l'intention exprimée par l'Assemblée générale (1951-1952)*

42. Quelle que fût la clarté d'expression et d'intention de toutes les parties en cause, l'idée apparut dès 1951, dans l'administration des Nations Unies et des institutions spécialisées, que, nonobstant le principe qui voulait que la prime de rapatriement ne pût être payée qu'aux fonctionnaires rentrant dans leur pays, en pratique elle devait également être payée à ceux qui n'y rentraient pas. C'est ainsi qu'un document de travail rédigé par le Secrétariat des Nations Unies à l'intention du Comité consultatif pour les questions administratives (CCQA), organe du Comité administratif de coordination (CAC), contient le passage suivant :

« *Question 1* : L'Assemblée générale a disposé que la prime de rapatriement devait être payée aux personnes que l'Organisation est « tenue de rapatrier ». Ce principe fondamental étant admis, la prime de rapatriement doit-elle être versée lorsque le fonctionnaire n'est pas effectivement rapatrié, c'est-à-dire, *a*) lorsqu'il reste dans le pays du lieu d'affectation ; *b*) lorsqu'il s'installe dans un pays autre que son pays d'origine ?

Réponse : De manière générale, l'ONU serait portée à considérer

¹ Dans les versions ultérieures, l'annexe II est devenue l'annexe IV.

que, d'après le texte de l'Assemblée générale, le versement de la prime est de rigueur dans ces deux cas, notamment parce qu'il serait impossible de contrôler le lieu de résidence définitif de l'intéressé. » (COORDINATION/CC/A.12/13.)

Ce document, daté du 20 mars 1952 et classé « Distribution restreinte », allait dans le même sens qu'un avis émis l'année précédente, lors de la onzième session du CCAQ. Le compte rendu provisoire des débats de la douzième réunion de cette session contient le passage suivant :

[Traduction du Greffe]

« *Question 1* : La prime de rapatriement doit-elle être payée même lorsque le fonctionnaire n'a pas été effectivement rapatrié ?

M. MCDIARMID (Organisation des Nations Unies) dit que, selon l'ONU, si le fonctionnaire a le droit d'être rapatrié, il a également droit à la prime de rapatriement, qu'il retourne ou non dans son pays d'origine. Il est impossible après tout de vérifier le lieu de résidence définitif de l'intéressé.

M. CALDWELL (Bureau international du Travail) approuve ce principe et voit dans certaines considérations politiques un argument supplémentaire en faveur de son adoption.

Sur la suggestion de M. REYMOND (Bureau international du Travail), *il est convenu* de prendre acte de l'avis selon lequel, bien qu'une telle règle ne soit pas entièrement en accord avec l'objet de la prime, aucune autre procédure n'est possible d'un point de vue administratif. » (CC/A.11/SR.12, 5 mai 1951, p.12.)

43. En mai 1952, lors de sa douzième session, le CCQA adopta un rapport classé lui aussi « Distribution restreinte », qui contient certains passages particulièrement intéressants :

« Primes de rapatriement »

Ce sujet est considéré comme suffisamment important pour qu'un rapport complet soit soumis au Comité administratif de coordination, qui est invité à approuver les principes énumérés ici.

De toutes les institutions qui ont accepté le régime commun des traitements et indemnités, l'OACI est la seule à ne pas avoir prévu de prime de rapatriement parmi les indemnités qu'elle verse. Aux fins de l'uniformisation des pratiques dans les administrations où la prime est versée, les principes suivants sont proposés :

a) Le Statut du personnel de l'ONU prévoit que la prime est versée lorsque l'Organisation est « tenue de rapatrier ». Cette expression a été également adoptée par la FAO et l'Unesco. L'OIT et l'OMS ont adopté le critère selon lequel la prime est versée à tout fonctionnaire en poste « dans un lieu d'affectation situé hors de son pays ». La formulation de l'OIT et de l'OMS semble mieux évoquer l'intention de cette

disposition. Sans suggérer de modifier les statuts existants, il est proposé que les autres organisations fassent une place à ce concept dans leurs règlements.

b) Compte tenu de l'alinéa a) précédent, on estime que la prime devrait être versée au terme de deux années de service accompli hors du pays d'origine, que le fonctionnaire soit ou non effectivement rapatrié et indépendamment des circonstances dans lesquelles la cessation de service est intervenue (en comprenant la démission, mais en excluant le renvoi sans préavis).

c) Toutefois, l'Organisation est affranchie de son obligation lorsque le fonctionnaire adopte la nationalité du pays du lieu d'affectation.

g) Au cas où un fonctionnaire en poste hors de son pays d'origine est ensuite muté dans son propre pays, il peut encore prétendre au versement de la prime ; les réductions suivantes sont toutefois applicables :

- i) le montant de la prime à laquelle peut prétendre le fonctionnaire n'est pas modifié si la cessation de service intervient au cours des trois premiers mois de service dans le pays d'origine du fonctionnaire ;
- ii) chaque mois de service au-delà de trois mois annulerait, aux fins du calcul de la prime, une année de service hors du pays d'origine ouvrant droit au versement de la prime.

Par conséquent, le montant réel de la prime (si le fonctionnaire peut encore y prétendre) dépendrait de la durée de la période écoulée entre la mutation dans le pays d'origine et la cessation de service. » (COORDINATION/R.124, p. 6-8.)

44. On remarquera que, selon le CCQA, « l'intention » était de verser la prime de rapatriement à tout fonctionnaire en poste dans un lieu d'affectation situé hors de son pays d'origine, sans se soucier apparemment si le fonctionnaire se réinstallait hors de ce pays ou non. Le fondement de cette assertion n'est pas révélé. Mais elle ne correspond certainement pas à l'intention du comité d'experts qui avait proposé la création de la prime, ni à celle du CCQAB, du Secrétaire général ou de la Cinquième Commission lorsqu'ils avaient accepté cette proposition (voir ci-dessus par. 40 et 41).

45. Deux autres observations s'imposent à propos de ce rapport du CCQA. Premièrement, il y était reconnu que le droit à la prime de rapatriement pouvait disparaître complètement en cas de mutation du fonctionnaire dans son pays d'origine (voir alinéa g) du passage précité) – affirmation qui ne cadre pas facilement avec la thèse des droits acquis.

46. Deuxièmement, alors que le rapport invitait le CAC à « approuver les principes énumérés ici », aucune preuve n'a été présentée à la Cour d'une approbation quelconque de la part du CAC. On peut présumer que,

si celui-ci avait effectivement approuvé ces principes et qu'il en existât une preuve, l'éminent conseil de M. Mortished en aurait fait état. L'étude de la documentation des Nations Unies montre d'ailleurs : a) que les documents précités du CCQA, dont deux étaient classés « Distribution restreinte », n'ont été soumis ni à l'Assemblée générale ni au Conseil économique et social ; b) que les rapports du CAC pour les années 1951 à 1953 n'indiquent nulle part que le CAC ait approuvé les principes susindiqués concernant la prime de rapatriement ; en fait, ces rapports sont complètement muets sur la question de la prime de rapatriement (voir documents E/1865, E/1991, E/2161, E/2203, E/2340 et E/2446).

3. *L'Assemblée générale n'est apparemment pas informée que la pratique suivie s'écarte du principe adopté*

47. C'est à partir d'une époque que le dossier ne permet pas de déterminer que les Nations Unies semblent avoir commencé à verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires restant à leur dernier lieu d'affectation ; et il serait tout aussi difficile de dire à quelle date, antérieure à 1976, l'Assemblée générale a pu s'apercevoir que la pratique s'était écartée à ce point du principe qu'elle avait prescrit. Un rapport du Secrétaire général sur les questions de personnel, daté de 1963, c'est-à-dire de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, contenait encore le passage suivant :

« Le système de la prime de rapatriement a été mis en vigueur le 1^{er} janvier 1951, conformément à la résolution 470 (V) de l'Assemblée générale. A la différence de l'ancienne indemnité d'expatriation, qu'elle remplaçait, la prime de rapatriement a été conçue comme une prestation de « départ » ayant pour objet de compenser les dépenses spéciales que les fonctionnaires doivent faire lorsqu'ils quittent l'Organisation et se réinstallent dans leur pays après une absence prolongée. » (A/C.5/979, p. 18-19, par. 13.)

Dans le même rapport, le Secrétaire général proposait pour le statut du personnel et son annexe relative à la prime de rapatriement divers amendements sans intérêt pour la présente affaire, sauf dans la mesure où la formule : « Ont droit, en principe, à la prime de rapatriement les fonctionnaires que l'Organisation est tenue de rapatrier... » (*ibid.*, p. 21) y était maintenue. En rapprochant ces textes, tout membre intéressé de la Cinquième Commission ne pouvait que conclure que le principe du versement de la prime de rapatriement à ceux qui réintégraient leur pays était régulièrement respecté. C'est ainsi par exemple que, lors du débat sur les projets d'amendements du Secrétaire général au statut du personnel qui concernaient la prime de rapatriement, le représentant de la Tchécoslovaquie déclara :

« [La prime de rapatriement], il ne faut pas l'oublier, a été conçue comme une prestation de « départ » ayant pour objet de compenser les dépenses spéciales que les fonctionnaires doivent faire lorsqu'ils quit-

tent l'Organisation et se réinstallent dans leur pays après une absence prolongée. » (*Documents officiels des Nations Unies, Assemblée générale, dix-huitième session, Cinquième Commission, 1043^e séance, p. 212-213.*)

Dans sa réponse, sir Alexander MacFarquhar, directeur du personnel, expliquant la proposition du Secrétaire général, parla des « fonctionnaires expatriés qui retournent dans leur pays » (*ibid.*, p. 213). Il n'était pas question de versement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires ne retournant pas dans leur pays. Aucun des amendements concernant la prime de rapatriement qu'il était proposé d'apporter à l'annexe IV du statut du personnel ne visait d'ailleurs une quelconque pratique consistant à verser la prime aux fonctionnaires qui restaient à leur lieu d'affectation, ni n'indiquait à l'Assemblée générale que telle était la pratique suivie, à supposer qu'elle le fût à l'époque (voir A/5646, p. 48). Si le Secrétaire général était parvenu à la conclusion que c'était à bon droit que la pratique n'était pas conforme au principe et qu'il fallait reviser celui-ci, on a peine à comprendre qu'il n'ait pas saisi cette occasion pour proposer des amendements au statut, ou pour modifier le règlement du personnel, ou du moins pour soulever la question devant l'Assemblée générale.

4. *L'Assemblée générale apprend que la réinstallation dans un pays tiers suffit*

48. Si l'on ne voit guère (du moins avant 1976) quand l'Assemblée générale a pu être instruite de la pratique consistant à verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires restant à leur dernier lieu d'affectation, on sait en revanche que l'Assemblée fut informée dès 1953 que l'expression « tenue de rapatrier » était définie comme visant l'obligation d'assurer le retour du fonctionnaire hors de son dernier pays d'affectation. Le contraste est instructif. Depuis 1953, la disposition 109.5 du règlement du personnel, intitulée « Prime de rapatriement », disposait à l'alinéa a) :

« Les personnes que l'Organisation est « tenue de rapatrier » aux termes de l'annexe IV du statut sont les fonctionnaires, leurs enfants à charge et leur conjoint dont, à la cessation de service, elle doit assurer le retour à ses frais en un lieu situé hors du pays d'affectation. »

Cette définition de « l'obligation de rapatrier » montrait à l'Assemblée générale que le Secrétaire général interprétait d'une manière libérale la disposition en question du statut du personnel et acceptait le départ du fonctionnaire non simplement vers son pays d'origine, mais aussi vers un lieu simplement situé hors du pays d'affectation. Mais on peut dire aussi que la même définition prouvait qu'un fonctionnaire restant dans le pays de son dernier lieu d'affectation *n'avait pas* droit à la prime de rapatriement : *expresso unius est exclusio alterius*. De ce point de vue, il apparaît que l'accent mis dans le jugement du Tribunal administratif (par. VII), sur la rupture en 1953 du lien entre la prime de rapatriement et le retour « dans la patrie », est inopportun.

5. *La justification de la pratique par le CCQA*

49. En 1974, le Comité consultatif pour les questions administratives procéda à une étude de la prime de rapatriement. Dans un document de travail, son secrétariat rappela que cette prime avait été conçue pour résoudre les difficultés pratiques et financières auxquelles les fonctionnaires expatriés se heurtaient en se réinstallant dans leur pays, telles qu'elles avaient été « prises en considération en 1951 » (CCAQ/SEC/325(PER), p. 4). Il ajoutait : « La prime n'a certainement pas été instituée pour faciliter l'installation des retraités, surtout s'ils s'établissent ailleurs que dans leur pays d'origine. » (*Ibid.*) Le document de travail poursuivait en ces termes :

« La prime a pour seul but de permettre aux fonctionnaires et à leur famille de se réinstaller dans leur pays d'origine, et il est manifestement illogique qu'un fonctionnaire qui reste dans le pays de son dernier lieu d'affectation bénéficie de la prime. Cela étant, il serait, dans la pratique, extrêmement difficile d'éliminer cet illogisme. Les organisations n'ont aucun moyen de savoir où un fonctionnaire élit effectivement domicile après sa cessation de service et il arrive qu'un ancien fonctionnaire ait plusieurs lieux de résidence. Le secrétariat de la caisse des pensions tient un état des adresses auxquelles les pensions sont versées mais ce n'est pas nécessairement à l'adresse indiquée que résident les retraités. On pourrait subordonner le versement de la prime au voyage effectif de retour dans le pays d'origine, mais cela garantirait seulement que l'organisation a couvert les frais de ce voyage — et le montant de la prime suffirait à inciter un fonctionnaire à accepter d'être rapatrié quitte à payer ensuite son voyage de retour au lieu d'affectation ou tout autre endroit où il a l'intention de résider. Il arrive souvent qu'au moment de la cessation de service un fonctionnaire ne sache pas réellement où il résidera et de lier l'octroi de la prime au rapatriement effectif aurait pour effet que les fonctionnaires demanderaient que la prestation à laquelle ils ont droit leur reste due jusqu'à ce qu'ils prennent une décision. Pour toutes les raisons qui précèdent, le secrétariat du CCQA doute qu'il soit possible de tenter de subordonner le versement de la prime à la preuve du rapatriement. »

50. Il est intéressant de voir quelles raisons le secrétariat du CCQA avançait pour ce qu'il disait implicitement être la pratique — à savoir, verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires demeurant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation. Le plus frappant dans ces raisons est qu'elles ne sont pas convaincantes. On semble en effet partir, entre autres, du postulat qu'il n'est pas possible de compter sur les fonctionnaires des secrétariats internationaux pour dire la vérité au sujet de leur domicile, alors que ces mêmes fonctionnaires ont habituellement pour mission de dire la vérité sur des questions autrement importantes et que les déclarations sous serment au sujet de la résidence ou du domicile sont un élément courant de la vie moderne pour le contribuable, la personne mariée ou le

plaideur. Un fait aurait dû être évident : c'est que les organisations pouvaient au moins subordonner le versement de la prime de rapatriement à la présentation d'un engagement écrit, signé par le fonctionnaire, de quitter le pays de son dernier lieu d'affectation dans un certain délai. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle la Commission de la fonction publique internationale devait parvenir un peu tard. Quant à la difficulté de vérifier qu'un engagement de départ est respecté, il semble qu'on l'ait exagérée, comme le montre la simple règle promulguée pour finir par le Secrétaire général en 1979.

6. Les amendements au statut du personnel n'éclairent pas l'Assemblée générale sur la pratique suivie

51. Les sept institutions des Nations Unies qui répondirent à la question soulevée dans le document de travail précité – savoir si le paiement de la prime de rapatriement devrait ou non être subordonné au rapatriement effectif – répondirent unanimement par la négative (CCAQ/SEC/325(PER) Add.1, par. 2). Ce qui est intéressant ici, c'est que, ces problèmes ayant apparemment été étudiés par le secrétariat du CCQA puis dans tout le système, des amendements furent apportés en 1974 au statut et au règlement du personnel, parmi lesquels justement un remaniement de l'article 9.4 du statut sur la prime de rapatriement (résolution 3353 (XXIX)). Mais, là encore, rien ne fut fait pour amender ou préciser le statut du personnel, les dispositions du règlement ou les annexes correspondantes, de façon à justifier la pratique consistant à verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui ne quittaient pas le pays de leur dernier lieu d'affectation. Le rapport soumis par la Commission de la fonction publique internationale (CFPI) à l'Assemblée générale en 1976 n'apporta pas davantage de lumière sur cette pratique, car, pour autant qu'on puisse en juger d'après le dossier soumis à la Cour, il n'y est dit nulle part que la prime de rapatriement était versée aux fonctionnaires restant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation.

7. La pratique suivie est évoquée pour la première fois à l'Assemblée générale en 1976

52. C'est à la session de 1976 de l'Assemblée générale qu'il fut question pour la première fois de la pratique consistant à payer la prime de rapatriement aux fonctionnaires restant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation. La représentante de l'Autriche à la Cinquième Commission, commentant le rapport de la Commission de la fonction publique internationale, douta en effet qu'il convînt de verser la prime à un fonctionnaire « rest[ant] dans le pays d'affectation après avoir pris sa retraite » (A/C.5/31/SR.32, p. 10). Le représentant de l'Australie affirma partager son souci (A/C.5/31/SR.34). Comme il est dit dans le rapport de la Cinquième Commission :

« On a également dit que la CFPI devrait étudier la question de

savoir si les fonctionnaires ne rentrant pas dans leur pays d'origine lors de la cessation de service devaient avoir droit à cette prime. » (A/31/449, p. 4.)

La résolution adoptée ensuite par l'Assemblée générale comporte la disposition suivante :

« *Prie* la Commission de réexaminer compte tenu des vues exprimées à la Cinquième Commission pendant la session en cours :

- a) les conditions d'octroi des versements à la cessation de service (par exemple, prime de rapatriement, indemnité de licenciement), en particulier à l'occasion du départ à la retraite, et la possibilité de fixer un plafond pour le total des sommes auxquelles lesdits versements donnent droit ;
- b) l'instauration éventuelle d'une « prime de fin de service », en particulier les conditions dans lesquelles le paiement de ladite prime serait justifié » (*ibid.*, p. 7).

Il convient de noter que cette résolution inflige un démenti à la thèse qui voudrait qu'en pratique la prime de rapatriement se fût transformée en indemnité de départ, puisqu'il n'y est question que de « l'instauration éventuelle » d'une prime de fin de service.

8. *Le CCQA ne mentionne pas la pratique suivie*

53. Des études furent entreprises à la suite de la demande de l'Assemblée générale tendant à ce que la Commission de la fonction publique internationale réexaminât les conditions de paiement de la prime de rapatriement. Dans un document en date du 6 février 1978, soumis à la Commission par le Comité consultatif pour les questions administratives, on peut lire, sous le titre « Conditions d'octroi », la définition suivante de la prime de rapatriement :

« Des primes destinées à aider le fonctionnaire et les personnes à sa charge, ou ses ayants droit, à se réinstaller dans leur pays d'origine à la cessation de service (prime de rapatriement et capital décès) » (COORDINATION/R.1263/Add.3, p. 3).

Le document poursuit en ces termes :

« b) *Prime de rapatriement*

13. A la différence des conditions d'octroi de l'indemnité de licenciement qui ont été examinées de façon approfondie et viennent tout récemment d'être révisées, les conditions régissant l'octroi de la prime de rapatriement n'ont pas été modifiées, pour l'essentiel, depuis leur entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1951...

14. La prime est versée aux fonctionnaires que l'organisation est tenue de rapatrier à la cessation de service, sauf en cas de renvoi sans préavis ou d'abandon de poste. Par obligation de rapatriement, il faut

entendre l'obligation assumée par l'organisation lors du recrutement d'un ressortissant d'un autre pays que celui du lieu d'affectation d'assurer son retour à ses frais dans son pays d'origine (soit le pays dans lequel l'intéressé a le droit de prendre son congé dans les foyers), dans le pays où il a été recruté ou, dans des cas exceptionnels, dans tout autre pays que le chef de secrétariat peut désigner compte tenu des circonstances ayant égard à la situation du fonctionnaire au moment de la cessation de service. L'objet de la prime, ... est d'aider le fonctionnaire à supporter les dépenses extraordinaires qui lui sont imposées lorsqu'il quitte l'organisation pour rentrer dans son pays d'origine...

15. Sur un point particulier [sans rapport direct avec la question de la réinstallation], l'objectif de la prime a été quelque peu modifié depuis sa définition primitive...

16. La situation de famille du fonctionnaire est également prise en compte pour le calcul de la prime... Le montant de la prime payable au fonctionnaire célibataire représente la moitié de celui payable au fonctionnaire marié. Si l'écart entre ces deux montants est ... important, c'est parce qu'on suppose que les dépenses encourues pour la réinstallation d'une famille, après une absence prolongée du pays d'origine, sont nettement supérieures à celles encourues par un célibataire.

17. Les organisations estiment que la prime, telle qu'elle a évolué au cours des années et telle qu'elle est à présent appliquée dans les différentes situations prévues pour son versement, entre bien dans la ligne des politiques en matière d'emploi définies par leurs organes directeurs respectifs. » (CO-ORDINATION/R.1263/Add.3, p. 5-6.)

Ce texte – long et plus détaillé que ne l'indiquent les passages qui viennent d'être cités – ne peut que susciter l'étonnement. On y présente avec exactitude la raison d'être initiale et constante du paiement de la prime de rapatriement. On y résume les changements apportés quant aux services à accomplir pour percevoir la prime. On y expose, apparemment de façon complète, le mode de calcul de la prime. On y signale que, sur un seul « point particulier », le but de la prime a quelque peu changé depuis l'époque où il avait été défini. Et pourtant, une lecture attentive de ce texte ne révèle aucune indication du fait que les fonctionnaires des Nations Unies bénéficiaient en fait de la prime même quand les conditions d'octroi indiquées n'étaient pas réunies.

9. *Le rapport révélateur de la CFPI en 1978*

54. Dans son rapport de 1978 à l'Assemblée générale, la Commission de la fonction publique internationale, après avoir repris les faits résumés dans la citation qui précède (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, supplément n° 30, A/33/30, p. 66-68*), poursuivait en ces termes :

« 181. En 1978, la Commission a concentré son attention sur deux questions :

- a) les raisons justifiant le barème progressif de la prime de rapatriement ;
- b) l'opportunité de verser cette prime à un fonctionnaire qui, après la cessation de service, ne retourne pas dans son pays d'origine.

182. Si l'objet de la prime était de permettre à un fonctionnaire de faire face à des dépenses exceptionnelles imputables à sa réinstallation dans son propre pays, on pouvait se demander s'il est justifié d'en augmenter le montant en fonction du nombre d'années de service (jusqu'à concurrence d'un plafond fixe). On pouvait faire valoir que les dépenses en question n'étaient pas plus importantes après vingt ans d'expatriation qu'après un an ; en fait, elles pouvaient même être moindres lorsque la cessation de service et le rapatriement étaient planifiés depuis un certain temps que lorsqu'ils survenaient à l'improviste, comme ce pouvait être le cas au cours des premières années de service. Du fait de son caractère progressif, il ne faisait pas de doute que la prime revêtait certaines des caractéristiques d'une prestation fondée sur l'ancienneté, ainsi que celles d'une subvention *ad hoc*. La Commission a reconnu cette dualité, qui tenait sans doute au fait que la prime avait été instituée pour remplacer l'indemnité d'expatriation qui existait auparavant, et aussi au fait que beaucoup d'autres indemnités de ce type étaient progressives (indemnité de licenciement ou de cessation de fonctions versée dans l'administration américaine ; prime de rapatriement ou de réinstallation versée dans un certain nombre d'administrations nationales)... La Commission a pensé qu'il serait logique d'uniformiser les primes de rapatriement, soit sous la forme d'un montant forfaitaire, soit en versant, pendant un nombre déterminé de jours, une indemnité de subsistance au taux applicable au lieu où l'ancien fonctionnaire s'installe (de façon à tenir compte des différences du coût de la vie) ; en même temps, la Commission a douté qu'il soit sage d'éliminer totalement du régime des traitements toute trace d'indemnité de cessation de service liée à l'ancienneté... »

Ce texte est important, car il remet à la place fort modeste qui lui convient l'idée que le fonctionnaire « gagne » la prime de rapatriement, laquelle constituerait ainsi un droit acquis et accumulé. Sur le problème plus particulier qui se pose en la présente espèce, la Commission faisait les très importantes remarques ci-après :

« 183. Tenant compte des observations faites au cours des débats à la Cinquième Commission lors de la trente et unième session de l'Assemblée générale, la Commission [CFPI] a examiné la question de savoir s'il convenait de verser une prime de rapatriement à un fonctionnaire qui, au moment de la cessation de service, ne retournait pas dans son pays d'origine. Strictement parlant, il était évident que cela serait incompatible avec l'objet de la prime. Un fonctionnaire qui

restait dans le pays de son dernier lieu d'affectation n'avait pas à engager les dépenses de déménagement et de réinstallation auxquelles la prime était censée lui permettre de faire face (ou n'avait pas à en engager plus qu'un fonctionnaire non expatrié qui, en tout état de cause, n'aurait pas droit à la prime). Le fonctionnaire qui allait s'installer dans un pays autre que le pays d'origine, soit pour y travailler, soit pour y prendre sa retraite, engageait bien des dépenses de réinstallation, mais il ne s'agissait pas là d'un rapatriement au sens strict du terme. Affirmer que le fonctionnaire avait gagné droit à la prime du seul fait qu'il avait été expatrié pendant ses années de service et qu'elle devrait lui être versée au moment de sa cessation de service quel que soit l'endroit où il s'installe serait modifier la nature de l'indemnisation et l'assimiler en quelque sorte à une indemnité d'expatriation différée, soulevant ainsi le problème d'un éventuel double emploi avec l'élément du traitement de base qui était censé compenser l'expatriation.

184. Les représentants des organisations, tout en reconnaissant le problème, ont fait observer à la Commission qu'il leur serait difficile dans la pratique de suivre les déplacements d'un ancien fonctionnaire après sa cessation de service. Le fait que ce dernier ait usé de son droit au remboursement des frais de voyage lors du rapatriement ne serait pas concluant, puisqu'il pouvait se rendre dans son pays d'origine mais revenir aussitôt après s'installer dans le pays de son dernier lieu d'affectation ou dans un autre pays. (Certains membres ont toutefois estimé que si l'on contrôlait les frais de voyage au titre du rapatriement de façon plus rigoureuse que ce ne semblait être le cas actuellement, on en tirerait de très nombreuses indications sur les lieux où s'étaient rendus les anciens fonctionnaires à la cessation de service.)

185. La Commission a reconnu ces difficultés pratiques et n'avait aucunement l'intention de voir constituer un réseau international d'information pour suivre les déplacements des anciens fonctionnaires. Elle était convaincue toutefois que le versement d'une prime de rapatriement à un fonctionnaire qui restait en permanence dans le pays de son dernier lieu d'affectation n'était pas compatible avec l'objet de la prime et que l'on pouvait également y voir une discrimination à l'égard des fonctionnaires non expatriés. Lorsqu'un fonctionnaire expatrié choisissait de rester dans le pays de son lieu d'affectation, cela signifiait certainement qu'il se proposait depuis un certain temps de s'y installer définitivement et que, de ce fait, il avait, dans une certaine mesure, perdu son statut d'expatrié.

186. La Commission a étudié la possibilité de ne verser la prime de rapatriement qu'aux anciens fonctionnaires qui fourniraient la preuve qu'ils se sont réinstallés dans leur pays d'origine. Elle a rejeté cette solution car elle pénaliserait les fonctionnaires qui, pendant qu'ils étaient au service d'une organisation, avaient établi des liens familiaux ou autres avec un pays autre que celui où ils avaient été recrutés à l'origine, ceux qui, lors de la cessation de service, devaient, pour

trouver du travail, se rendre ailleurs que dans leur pays d'origine, et ceux qui, pour des raisons politiques ou autres, ne pouvaient pas rentrer dans leur pays d'origine. Elle a néanmoins reconnu que la prime ne devrait pas être versée à un fonctionnaire qui, à la cessation de service, s'installait définitivement dans le pays de son dernier lieu d'affectation et n'avait donc pas à engager les dépenses de déménagement et de réinstallation que la prime était censée couvrir. La Commission a reconnu les difficultés que poserait, sur le plan administratif, le contrôle des déplacements des anciens fonctionnaires après qu'ils aient quitté le service d'une organisation. Considérant que les fonctionnaires qui ne rentrent pas dans leur pays d'origine à la cessation de service étaient de toute façon très peu nombreux, la Commission a été d'avis que la mise en place de contrôles stricts et d'application malaisée ne se justifiait pas. Elle a jugé que la bonne foi du fonctionnaire devait être une garantie suffisante de ses intentions. Elle recommande donc de subordonner le versement de la prime de rapatriement à la signature, par le fonctionnaire, d'une déclaration attestant que l'intéressé n'a pas l'intention de demeurer en permanence dans le pays de son dernier lieu d'affectation. Cette procédure devrait entrer en vigueur au 1^{er} janvier 1979 pour les nouveaux fonctionnaires. Si les organisations estiment qu'il conviendrait d'accorder un certain délai aux fonctionnaires en poste qui ont pu déjà décider de leur lieu de résidence à la cessation de service en présumant qu'ils recevraient la prime, le CCQA devrait convenir d'une mesure transitoire commune. » (*Ibid.*)

Ce passage du rapport de la CFPI est remarquable à plusieurs égards, et notamment sur les points suivants :

- la Commission y affirme, en 1978, que le paiement aux fonctionnaires qui restent sur place est à strictement parler « incompatible avec l'objet de la prime » ;
- elle y reconnaît qu'en 1978, étant donné le but de la prime, il était possible de justifier le versement de la prime à un fonctionnaire qui se réinstallait dans un pays tiers, mais non au fonctionnaire qui restait dans le pays de son dernier lieu d'affectation ;
- elle y admet que verser la prime au fonctionnaire restant sur place « serait modifier la nature de l'indemnisation », et que cela soulèverait le problème du double emploi avec d'autres versements ;
- elle y signale les difficultés pratiques qu'il y aurait à suivre les mouvements de fonctionnaires à la retraite, et suggère de s'en remettre à la bonne foi du fonctionnaire s'engageant à changer de pays ;
- elle y propose de convenir d'une mesure transitoire commune pour le cas où les organisations considéreraient qu'un « délai de grâce » devrait être prévu au bénéfice des fonctionnaires en activité ayant déjà pris des dispositions pour leur retraite.

On observera que l'exposé et l'analyse de la Commission laissent peu de

place à l'idée que les fonctionnaires en activité auraient un droit acquis au versement de la prime de rapatriement ; elle envisage, à titre de simple suggestion, un « délai de grâce ».

55. En présentant le rapport de la Commission de la fonction publique internationale à la Cinquième Commission, son président fit la déclaration suivante :

« La Commission a étudié attentivement cette prestation ... [elle] estime d'ores et déjà qu'il n'y a pas lieu de verser une prime de rapatriement à un fonctionnaire qui, après la cessation de service, demeure dans le pays de son dernier lieu d'affectation et n'a donc pas engagé les dépenses de déménagement et de réinstallation que la prime est censée couvrir. » (A/C.5/33/SR.32, p. 12.)

10. Les réactions de la Cinquième Commission au rapport de la CFPI

56. Au cours du débat qui suivit à la Cinquième Commission, les opinions suivantes furent exprimées. Le représentant de l'Italie fut seul à s'opposer à l'idée d'obliger le fonctionnaire à signer une déclaration attestant son intention de ne pas continuer à résider dans le pays de son dernier lieu d'affectation, estimant que « ce serait là ... une atteinte à la liberté de mouvement » (A/C.5/33/SR.37, p. 19). Le représentant du Japon, tout en approuvant la proposition présentée par la Commission, fit valoir que la signature d'une déclaration ne serait pas « suffisante pour éviter des abus » (*ibid.*, p. 24). La représentante de l'Autriche soutint que la prime avait pour objet d'aider les fonctionnaires à se réintégrer dans leur pays d'origine, surtout lorsqu'ils quittaient la fonction publique internationale bien avant l'âge de la retraite, et que verser la prime à un fonctionnaire restant dans le pays de son dernier lieu d'affectation était du « gaspillage », d'autant plus que les statuts de la caisse commune des pensions autorisaient les participants à retirer un tiers de leur pension de retraite en capital, ce qui leur permettait de disposer des fonds nécessaires à leur réinstallation. Le Gouvernement autrichien, ajouta-t-elle, était prêt à accepter la recommandation de la CFPI consistant à prévoir provisoirement une déclaration, « pour éviter que le système actuel ne se perpétue » (A/C.5/33/SR.38, p. 7). Le représentant de la Belgique affirma que la prime de rapatriement, « qui était de 5000 dollars en 1963, [avait] augmenté hors de toute proportion... », ajoutant : « cette prime ne devrait être versée qu'aux fonctionnaires qui se réinstallent dans leur pays d'origine et, en dépit des arguments invoqués ... [dans le] rapport de la CFPI, des mesures de contrôle se justifient à cet égard » (A/C.5/33/SR.40, p. 6). Le représentant des Etats-Unis accepta « sans hésitation » la condition que la CFPI proposait de mettre à l'octroi de la prime de rapatriement. Cette condition était « entièrement en accord avec l'esprit et la lettre du statut du personnel, qui est le texte auquel il convient de se référer en dernier ressort pour interpréter les conditions d'emploi » (*ibid.*, p. 9). Le représentant de la France déclara que sa délégation était en général hostile à toute prime

spéciale versée en fin de carrière, et qu'elle estimait que le paiement de l'actuelle prime de rapatriement devait être « strictement limité » (*ibid.*, p. 13). Selon le représentant de la Trinité-et-Tobago, une déclaration d'intention n'était pas suffisante pour garantir que la prime fût versée uniquement dans les cas pour lesquels elle avait été prévue (A/C.5/33/SR.41, p. 10). Le délégué du Canada pensait, comme la CFPI, que la prime ne devait pas être versée aux fonctionnaires restant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation ; une déclaration signée du fonctionnaire intéressé ne lui paraissait pas suffisante pour prévenir les abus (*ibid.*, p. 15).

57. En réponse à ces observations, le président de la CFPI déclara qu'il devait suffire, comme « premier pas vers l'instauration d'un contrôle administratif », de faire confiance à la bonne foi et à la parole d'honneur des fonctionnaires internationaux. Au cours de son étude, dit-il, la Commission de la fonction publique internationale s'était aperçue que « dans certains cas » la prime avait été payée à des fonctionnaires qui n'avaient pas quitté le pays de leur lieu d'affectation, et la proposition de la Commission visait « à faire en sorte qu'aucun versement ne soit effectué dans les cas de ce genre, car la Commission [considérerait] que ce serait injustifiable et anormal » (A/C.5/33/SR.42, p. 19).

11. La résolution 33/119 de l'Assemblée générale interdit le paiement de la prime aux fonctionnaires non réinstallés

58. Un projet de résolution sur le rapport de la Commission de la fonction publique internationale fut ensuite présenté – projet qui devait devenir la résolution 33/119. Présentant ce texte au nom de ses auteurs, le représentant du Japon déclara :

« En ce qui concerne la prime de rapatriement, il ressort clairement du paragraphe 4 que les fonctionnaires devront présenter des pièces justificatives attestant leur changement effectif de résidence, en plus d'une déclaration signée. C'est à la CFPI qu'il appartiendra d'établir les modalités d'application exactes de cette disposition. » (A/C.5/33/SR.56, p. 10-11.)

Cette déclaration est importante, car elle montre qu'il n'était rien demandé d'autre à la CFPI et au Secrétaire général, pour mettre en œuvre la résolution 33/119, que de déterminer la façon dont les fonctionnaires auraient à prouver leur réinstallation. On peut en déduire que ce qu'ont fait effectivement la CFPI et le Secrétaire général, en publiant la disposition provisoire 109.5 f), était contraire à l'intention manifeste de la résolution 33/119 de l'Assemblée générale.

59. Lors du débat sur la résolution, M. Davidson, Secrétaire général adjoint à l'administration et à la gestion, déclara :

« 32. Dans le cas de la prime de rapatriement, ... présume que la CFPI fera preuve d'une certaine souplesse pour appliquer la disposi-

tion qui est projetée au paragraphe 4 du dispositif de la section IV. Comme il s'agit là d'un droit acquis, il sera peut-être nécessaire de porter la question devant le Tribunal administratif et cela pourrait créer des problèmes à moins que la CFPI ne trouve un moyen de résoudre la difficulté. » (A/C.5/33/SR.56, p. 11.)

Quelques instants après, le représentant de la Barbade indiqua que sa délégation « aurait préféré voir supprimer les mots « selon les modalités qui seront établies par la Commission », au paragraphe 4 de la section IV ; « si l'on n'a pas de preuve du rapatriement, ajouta-t-il, il n'y a pas de raison de verser une prime de rapatriement » (*ibid.*, p. 12).

Le représentant de la Belgique affirma de son côté :

« En ce qui concerne le paragraphe 4 de la section IV, [j'estime], comme le représentant de la Barbade, que le membre de phrase essentiel est celui où il est question de la présentation, par les fonctionnaires, de pièces attestant leur changement effectif de résidence, et non celui où il est question des modalités qui seront établies par la Commission. » (*Ibid.*, p. 15.)

Ce qui donna lieu à l'échange suivant :

« M. AKASHI (Japon) explique que le dernier membre de phrase du paragraphe 4 a été jugé nécessaire parce qu'il pourrait y avoir des situations peu claires dans lesquelles on aurait besoin de directives plus précises. On pourrait se demander par exemple si un fonctionnaire qui présenterait des pièces attestant son changement de résidence plusieurs années après son rapatriement aurait encore droit à la prime, ou si un fonctionnaire qui aurait besoin de la prime pour acheter les billets nécessaires pour rentrer dans son pays serait tenu de présenter des pièces attestant son changement de résidence. Toutes sortes de situations de ce genre pourraient se présenter, mais M. Akashi est convaincu que la CFPI pourra établir des conditions et modalités appropriées. Il tient cependant à assurer au représentant de la Belgique que le membre de phrase en question ne diminue en rien la portée de la décision qui est formulée au paragraphe 4 et n'a été ajouté que pour en faciliter l'application sur le plan administratif. De plus, la CFPI informerait la Cinquième Commission des modalités qu'elle établirait.

M. PIRSON (Belgique) ne voit plus d'objection dans ce cas au libellé de ce paragraphe. » (*Ibid.*, p. 15-16.)

Si l'on fait abstraction du rejet implicite de la supposition du Secrétaire général adjoint relative à la « souplesse » dont ferait preuve la CFPI en mettant en œuvre la résolution, son argument relatif aux droits acquis ne fut même pas relevé. La résolution 33/119 fut adoptée sur ces entrefaites. On y trouve un passage où l'Assemblée générale :

« 4. Décide que le paiement de la prime de rapatriement aux fonc-

tionnaires qui peuvent y prétendre sera subordonné à la présentation, par les intéressés, de pièces attestant leur changement effectif de résidence, selon les modalités qui seront établies par la Commission. »

12. La résolution 33/119 est rendue inopérante

A. La circulaire du Secrétaire général

60. Après l'ajournement de la trente-troisième session de l'Assemblée générale, le Secrétaire général fit distribuer aux fonctionnaires du Secrétariat, le 22 janvier 1979, une circulaire concernant les décisions prises par l'Assemblée générale sur les problèmes de personnel. On pouvait y lire à propos de la prime de rapatriement :

« 20. L'Assemblée générale a décidé que le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui peuvent y prétendre serait subordonné à la présentation, par les intéressés, de pièces attestant leur changement effectif de résidence, selon les modalités qui seront établies par la Commission. Il incombe donc à la Commission de la fonction publique internationale de déterminer les modalités d'application précises de cette décision, en particulier de décider si elle s'applique aux fonctionnaires en poste à la fin de 1978. » (ST/IC/79/5, p. 7.)

On ne voit pas comment le Secrétaire général a pu prendre sur lui de transformer le sens évident du paragraphe pertinent de la résolution 33/119, tel qu'il avait été expliqué par les coauteurs de la résolution, et qui voulait que la prime fût réservée aux fonctionnaires se réinstallant dans un autre pays, et comment il a pu faire une exception en faveur des « fonctionnaires en poste à la fin de 1978 ». Le Secrétaire général ne pouvait se fonder pour cela que sur la déclaration du Secrétaire général adjoint, qu'aucune délégation n'avait approuvée, et que trois délégations avaient expressément contredite.

B. La CFPI recommande une règle transitoire

61. La Commission de la fonction publique internationale s'attaqua alors à la tâche qui lui était confiée aux termes de la résolution 33/119, et qui consistait à établir les modalités du versement de la prime de rapatriement « aux fonctionnaires qui peuvent y prétendre », de manière à subordonner ce versement à la présentation, par les intéressés, de pièces attestant leur réinstallation effective. La Commission expose comme suit la manière dont elle s'est acquittée de cette tâche :

« 23. Enfin, la Commission a rappelé que, dans la proposition qu'elle avait soumise à l'Assemblée générale, elle avait envisagé la nécessité de prévoir éventuellement une disposition spéciale dans le cas des fonctionnaires qui pouvaient compter recevoir la prime en

vertu de la réglementation actuelle mais cesseraient d'y avoir droit en application de la nouvelle réglementation. La Commission a appris que les conseillers juridiques de plusieurs organisations avaient étudié la question et étaient parvenus à la conclusion que tout droit acquis par un fonctionnaire ne pouvait être remis en question rétroactivement par une modification du règlement. Toutefois, l'exercice de tous nouveaux droits prenant effet après la date de la modification serait assujéti au respect de la nouvelle condition. Cette opinion s'appuyait sur la jurisprudence du Tribunal administratif des Nations Unies, telle qu'elle avait été établie par le Tribunal au paragraphe XVI de son jugement AT/DEC/237.

24. Certains membres ont contesté qu'on puisse dire qu'un fonctionnaire avait un droit acquis à la prime de rapatriement s'il ne se faisait pas rapatrier et ne se réinstallait pas ailleurs. A leur avis, s'il existait des droits acquis, seules les personnes qui avaient pris leur retraite pouvaient s'en prévaloir, mais certes pas les fonctionnaires en activité, dont les droits devaient être fondés sur une interprétation juste du statut du personnel en vigueur et non pas sur une pratique administrative qui violait l'article pertinent du statut dans la mesure où cet article indiquait expressément que la prime de rapatriement était destinée aux fonctionnaires que les organisations étaient tenues de rapatrier. La Commission a demandé l'avis du bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, lequel bureau a déclaré qu'en ce qui concerne l'Organisation des Nations Unies aucune clause expresse ou implicite ne prévoyait que seuls les fonctionnaires qui faisaient effectivement valoir leur droit au paiement des frais de voyage devaient recevoir la prime de rapatriement ; les dispositions pertinentes du règlement du personnel avaient été soumises à l'Assemblée générale, qui en avait pris note et devait donc avoir estimé que la disposition du règlement était conforme à l'esprit et à l'objet du statut du personnel qu'elle avait elle-même approuvé. Compte tenu de cet avis, la Commission a décidé que la condition du changement de résidence ne devrait s'appliquer qu'à la partie de la prime correspondant aux services accomplis par l'intéressé hors de son pays d'origine après la date à laquelle le règlement avait été modifié. » (Rapport de la CFPI, A/34/30.)

C. L'avis du bureau des affaires juridiques

62. Il semble utile de citer l'avis du bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies auquel il est fait allusion dans les passages précités du rapport de la Commission et, rapprochant les deux textes, de les examiner ensemble, puisque la Commission paraît s'être fortement inspirée du premier de ces textes. Cet avis n'a pas de date, mais il semble qu'il ait été donné à la CFPI au cours du premier trimestre de 1979. En voici le texte complet :

« Un avis a été demandé sur la question de savoir si les dispositions

du règlement du personnel de l'Organisation des Nations Unies et la pratique des organisations appliquant le régime commun, en vertu desquelles une prime de rapatriement est versée à certains fonctionnaires même s'ils restent dans le pays de leur dernier lieu d'affectation après la cessation de service, n'étaient pas contraires aux dispositions de l'article 9.4 et de l'annexe IV du statut du personnel. Il a été avancé que, si le versement de la prime dans ces conditions n'était pas conforme aux dispositions, du statut du personnel applicables à l'époque, l'adoption de nouvelles dispositions visant à le faire cesser reviendrait tout simplement à mettre un terme à une pratique erronée qui, de par sa nature même, ne pouvait en fait être légitimement invoquée.

L'historique de la prime de rapatriement ainsi que les dispositions et le barème de l'annexe IV au statut du personnel indiquent que l'Assemblée générale a estimé que l'élément prépondérant qui fondait le droit à cette prime était le nombre d'années passées par le fonctionnaire au service de l'Organisation dans un pays autre que son pays d'origine. Bien que l'Assemblée générale ait défini les bénéficiaires de la prime en renvoyant à la définition des fonctionnaires qui ont droit au paiement du voyage de retour dans leur pays d'origine, aucune disposition expresse ou implicite ne prévoit que seuls ceux qui font effectivement valoir leur droit au paiement de ce voyage peuvent bénéficier de la prime de rapatriement.

Dans l'annexe IV au statut du personnel, l'Assemblée générale a expressément laissé au Secrétaire général le soin de définir les conditions régissant le versement de la prime de rapatriement, ce que le Secrétaire général a fait en arrêtant la disposition 109.5 du règlement du personnel, et également en instaurant une pratique en la matière par voie d'un accord au Comité consultatif pour les questions administratives. La disposition 109.5 du règlement du personnel, qui, à l'alinéa *f*), dispose même qu'une prime de rapatriement peut être versée à des fonctionnaires dont le dernier lieu d'affectation est situé dans leur pays d'origine et qui, de ce fait, ne peuvent prétendre au paiement d'un voyage de retour, comme toute disposition du règlement du personnel, a été portée à la connaissance de l'Assemblée générale qui, en ayant pris note, doit par conséquent avoir estimé qu'elle était conforme à l'esprit et aux objectifs du statut du personnel.

Il ne fait donc aucun doute du point de vue juridique (et c'est là un point qui ne saurait être contesté eu égard aux jugements récemment rendus par le Tribunal administratif des Nations Unies) que les dispositions du règlement du personnel et les pratiques en matière de versement des indemnités qui ont jusqu'à présent régi le droit à la prime de rapatriement ont été dûment établies par le Secrétaire général dans le cadre du mandat qui lui avait été imparti ; et, bien que ces dispositions et pratiques soient sujettes à modification au même titre que d'autres conditions de nomination du personnel, elles définissent des droits et des obligations validés et contraignants. » (A/C.5/34/CRP.8.)

D. Le texte de l'article 9.4 du statut du personnel, de l'annexe IV audit statut et de la disposition 109.5 du règlement du personnel

63. Avant d'analyser l'avis du bureau des affaires juridiques et l'usage qu'en a fait la CFPI, il convient de reproduire ici la version alors en vigueur des textes applicables du statut et du règlement du personnel :

« Article 9.4. — Le Secrétaire général fixe un barème pour le versement des primes de rapatriement dans les limites des maximums indiqués à l'annexe IV du présent statut et aux conditions prévues dans cette annexe. »

« Annexe IV

PRIME DE RAPATRIEMENT

Ont droit, en principe, à la prime de rapatriement les fonctionnaires que l'Organisation est tenue de rapatrier. La prime de rapatriement n'est toutefois pas versée dans le cas d'un fonctionnaire renvoyé sans préavis. Les conditions et définitions concernant le droit à cette prime sont fixées de façon détaillée par le Secrétaire général. Le montant de la prime est proportionnel au temps que l'intéressé a passé au service de l'Organisation des Nations Unies et est calculé d'après le barème suivant :

<i>Années de service continu hors du pays d'origine</i>	<i>Fonctionnaire qui, lors de la cessation de service, a un enfant à charge ou un conjoint</i>	<i>...</i>
1	4	...
...
12 ou plus	28	... »

(Semaines de traitement [soumis à retenue pour pension], déduction faite, selon qu'il convient, de la contribution du personnel)

« Disposition 109.5

PRIME DE RAPATRIEMENT

Le versement de la prime de rapatriement prévue par l'article 9.4 et l'annexe IV du statut est régi par les conditions et définitions ci-après :

a) Les personnes que l'Organisation est « tenue de rapatrier » ... sont les fonctionnaires, leurs enfants à charge et leur conjoint dont, à la cessation de service, elle doit assurer le retour à ses frais en un lieu situé hors du pays d'affectation.

b) Le « pays d'origine » ... est le pays dans lequel le fonctionnaire a le droit de prendre son congé dans les foyers...

.....

d) Le montant de la prime de rapatriement est calculé sur la base du traitement soumis à retenue pour pension du fonctionnaire...

e) Les taux de la prime de rapatriement sont ceux qu'indique l'annexe IV du Statut.

f) N'ont droit à la prime de rapatriement ni les fonctionnaires recrutés sur le plan local visés à la disposition 104.6, ni les fonctionnaires qui abandonnent leur poste, ni les fonctionnaires qui, exerçant leurs fonctions officielles, résident, au moment de la cessation de service, dans leur pays d'origine. Toutefois, un fonctionnaire qui a été muté dans son pays d'origine après avoir été en poste en dehors de ce pays peut recevoir, au moment de la cessation de service, la totalité ou une fraction de la prime de rapatriement si le Secrétaire général le juge à propos.

g) Aux fins de la prime de rapatriement, on entend par enfant à charge un enfant reconnu comme personne à charge ... au moment de la cessation de service du fonctionnaire. La prime de rapatriement prévue pour les fonctionnaires ayant un enfant à charge ou un conjoint est versée aux fonctionnaires remplissant les conditions requises, quel que soit le lieu de résidence de l'enfant à charge ou du conjoint.

.....

i) La perte du droit au paiement du voyage de retour conformément à la disposition 107.4 est sans effet sur le droit à la prime de rapatriement.

j) En cas de décès d'un fonctionnaire qui a droit à la prime de rapatriement, cette prime n'est versée que si le défunt laisse un ou plusieurs enfants à charge ou un conjoint dont l'Organisation est tenue d'assurer le retour à ses frais dans le pays d'origine... »

E. Analyse de l'avis du bureau des affaires juridiques

64. Le quatrième et dernier alinéa de l'avis du bureau des affaires juridiques contient une remarque d'une importance essentielle pour le jugement du Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, dans la mesure où celui-ci est acceptable : « les dispositions du règlement du personnel et les pratiques en matière de versement des indemnités qui ont jusqu'à présent régi le droit à la prime de rapatriement ont été dûment établies par le Secrétaire général dans le cadre du mandat qui lui avait été imparti ». Mais, pour une grande part, le reste de l'avis ne résiste pas à l'analyse, comme on va le voir :

– L'avis suppose, et répète à plusieurs reprises, qu'il y a concordance entre les dispositions applicables du règlement du personnel de l'Organisation des Nations Unies et « la pratique des organisations appliquant le

régime commun », et, partant de cette supposition, recherche si ces dispositions et cette pratique sont conformes à l'article 9.4 et à l'annexe IV du statut du personnel. Cette supposition initiale entraîne déjà l'avis fort loin sur la voie de la conclusion à laquelle il aboutit. Or il s'agit d'une supposition injustifiée. La pratique des organisations appliquant le régime commun n'était pas alors – et n'est toujours pas – conforme au règlement du personnel de l'Organisation des Nations Unies. Dans la mesure où les institutions spécialisées ont adopté des règlements du personnel différents de celui de l'Organisation des Nations Unies, ce qui est avéré, il est possible que leur pratique soit conforme à ces règlements. Mais c'est une erreur, compte tenu des différences entre les dispositions en vigueur, d'assimiler la situation de l'Organisation des Nations Unies à celle des institutions spécialisées. Le règlement du personnel de l'Organisation des Nations Unies est d'ailleurs conforme à son statut du personnel, comme il est dit à juste titre dans la conclusion de l'avis du bureau des affaires juridiques : selon les termes de la disposition 109.5 a), les personnes que l'Organisation est « tenue de rapatrier », au sens de l'annexe IV du statut, sont celles qui elle doit assurer le retour en un lieu situé hors du pays d'affectation. Cette disposition est conforme à l'article 9.4 du statut et à son annexe IV, car elle exclut le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui ne changent pas de pays. C'est sur le plan de la pratique que l'on constate le contraire.

– Au deuxième alinéa de l'avis du bureau des affaires juridiques, il est dit que, pour l'Assemblée générale, l'élément prépondérant du droit à cette prime était le nombre des années de service passées par le fonctionnaire hors de son pays. Si l'on se reporte à l'historique de la prime (voir notamment les paragraphes 54 et 116), on verra que cette conclusion est discutable. (La CFPI a d'ailleurs confirmé le caractère discutable de cette conclusion dans un autre passage de son rapport de 1978, en plus du passage cité au paragraphe 54 : voir A/33/30, par. 191.) Le nombre d'années de service semble avoir été conçu comme un moyen commode d'évaluer le montant de la prime, et non pas comme un moyen de déterminer le droit d'en bénéficier.

– Toujours au deuxième alinéa, il est dit qu'aucune disposition expresse ou implicite ne prévoit que seuls les fonctionnaires qui font effectivement valoir leur droit au paiement du voyage peuvent bénéficier de la prime. On semble en déduire que les bénéficiaires de la prime n'ont pas besoin d'effectuer le voyage pour la percevoir. Or une telle déduction est injustifiée. Premièrement, la définition des mots « tenue de rapatrier », dans la disposition 109.5 a), repose manifestement sur l'idée d'un retour en un lieu situé hors du dernier pays d'affectation. Deuxièmement, la disposition 109.5 g), dont l'avis ne parle pas, et aux termes de laquelle la prime de rapatriement est versée aux fonctionnaires remplissant les conditions requises « quel que soit le lieu de résidence de l'enfant à charge ou du conjoint », sous-entend que la prime *n'est pas* payée au fonctionnaire indépendamment du lieu de sa propre résidence. Troisièmement, s'il est vrai qu'aucune disposition ne prévoit expressément ou tacitement que seuls les fonction-

naires qui font effectivement valoir leur droit au paiement du voyage peuvent bénéficier de la prime, cela ne signifie nullement que ceux qui en bénéficient ne soient pas tenus d'effectuer le voyage pour recevoir ladite prime. La possibilité d'un tel raisonnement est exclue par les termes de la disposition 107.4 b) du règlement du personnel – « l'Organisation ne paie pas les frais du voyage de retour si le voyage n'est pas entrepris dans les six mois qui suivent la date de la cessation de service » – si on rapproche ces termes de la pratique qui accorde un délai plus long pour décider si un fonctionnaire peut ou non bénéficier de la prime de rapatriement. (Cette pratique a été codifiée en août 1979 par la disposition 109.5 e) du règlement du personnel : « le droit à la prime de rapatriement s'éteint si l'intéressé ne présente pas de demande de paiement à cet égard dans les deux ans qui suivent la date effective de cessation de service. »)

– A la deuxième phrase du troisième alinéa, l'avis invoque le texte alors en vigueur de la disposition 109.5 f) du règlement, qui « dispose même qu'une prime de rapatriement peut être versée à des fonctionnaires dont le dernier lieu d'affectation est situé dans leur pays d'origine et qui, de ce fait, ne peuvent prétendre au paiement d'un voyage de retour ». Cette disposition, ajoute l'avis, « a été portée à la connaissance de l'Assemblée générale qui, en ayant pris note, doit par conséquent avoir estimé qu'elle était conforme à l'esprit et aux objectifs du statut du personnel ». Voilà une interprétation singulière de ce qu'était la disposition 109.5 f), qui était ainsi rédigée :

« N'ont [pas] droit à la prime de rapatriement ... les fonctionnaires qui, exerçant leurs fonctions officielles, résident, au moment de la cessation de leur service, dans leur pays d'origine. Toutefois un fonctionnaire qui a été muté dans son pays d'origine après avoir été en poste en dehors de ce pays peut recevoir, au moment de la cessation de service, la totalité ou une fraction de la prime de rapatriement si le Secrétaire général le juge à propos. »

Autrement dit, un fonctionnaire déjà rapatrié pouvait obtenir, si le Secrétaire général le jugeait à propos, tout ou partie de la prime de rapatriement. En déduire que le Secrétaire général avait la faculté, voire l'obligation, de verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui ne sont jamais rapatriés et restent indéfiniment dans leur dernier pays d'affectation a quelque chose d'aberrant. On ne saurait en tout cas soutenir que ce pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général donnait aux fonctionnaires non rapatriés « des droits validés et contraignants ». Le fait que la disposition 109.5 f) eût été communiquée à l'Assemblée générale et que celle-ci ait pu la juger compatible avec l'article 9.4 du statut ne prouve rien pour la question examinée dans l'avis, et prétendre le contraire, comme le fait celui-ci, est profondément contestable.

– La dernière phrase de l'avis marie une affirmation exacte, sur la portée des pouvoirs du Secrétaire général, à une conclusion sur « des droits et des obligations validés et contraignants » qui est soit inexacte en partie, soit incomplète. Une fois encore, on pose au départ que le règlement du

personnel et la pratique s'accordent. Certes l'avis reconnaît que ces prétendus droits validés et contraignants sont sujets « à modification au même titre que d'autres conditions de nomination du personnel », ce qui déjà ne ressemble guère à l'affirmation d'un droit acquis. Et s'il ne dit pas expressément que ces droits ne sont validés et contraignants qu'autant qu'ils restent en vigueur, cela semble aller de soi. Mais là où il s'engage sur un terrain douteux, c'est en concluant que le règlement du personnel et la pratique ont créé des droits et obligations validés et contraignants en ce qui concerne le paiement de la prime de rapatriement sans preuve de la réinstallation. Comme il a déjà été dit, les arguments invoqués dans l'avis à l'appui de cette conclusion n'en prouvent pas la validité, du moins de façon concluante. On examinera plus loin les arguments qui ont été invoqués par ailleurs en faveur de la conclusion encore plus extrême — et moins défendable — selon laquelle le droit en question serait un droit acquis.

13. *La non-application de la disposition 104.7
du règlement du personnel*

65. Il est remarquable que la disposition 104.7 du règlement du personnel n'intervienne, ni dans l'avis du bureau des affaires juridiques ni, pour autant que la Cour le sache, dans la pratique du Secrétaire général concernant la prime de rapatriement, ni dans le jugement *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* du Tribunal administratif. Cette disposition prévoit, en sa partie applicable :

« Disposition 104.7

RECRUTEMENT SUR LE PLAN INTERNATIONAL

a) Tous les fonctionnaires, à l'exception de ceux qui sont recrutés sur le plan local au sens de la disposition 104.6, sont considérés comme recrutés sur le plan international. Les fonctionnaires recrutés sur le plan international bénéficient normalement des indemnités et avantages suivants : paiement des frais de voyage, pour eux-mêmes, leurs enfants à charge et leur conjoint, lors de l'engagement et de la cessation de service ; paiement des frais de déménagement ; indemnité de non-résident ; congé dans les foyers ; indemnité pour frais d'études ; prime de rapatriement.

c) Lorsque, à la suite d'un changement de ses conditions de résidence, un fonctionnaire peut, de l'avis du Secrétaire général, être considéré comme résident permanent d'un pays autre que celui dont il est ressortissant, il peut perdre le bénéfice des indemnités et avantages suivants : indemnité de non-résident, congé dans les foyers, indemnité pour frais d'études, prime de rapatriement, paiement des frais de voyage ... lorsque le Secrétaire général estime que le maintien de ces indemnités et avantages serait contraire à l'esprit dans lequel ils ont été institués... »

66. Cette disposition est intéressante à plusieurs titres. Au paragraphe *a*), tout d'abord, la prime de rapatriement y est classée parmi les « indemnités et avantages » dont les fonctionnaires « bénéficient normalement ». Ce ne sont pas là des termes évocateurs d'un droit acquis. Quant au paragraphe *c*), il y est question du « bénéfice » qu'est la prime de rapatriement, mais on y prévoit que ce bénéfice peut être perdu – et une telle règle, elle non plus, n'évoque pas un droit acquis. Le bénéfice peut être perdu si, de l'avis du Secrétaire général, un fonctionnaire est « considéré comme résident permanent » d'un pays autre que celui dont il est ressortissant. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire ait acquis le statut de résident d'après la loi du pays d'affectation : il suffit que le Secrétaire général le considère comme résident permanent. Or le Secrétaire général ne serait-il pas fondé à conclure que, si un fonctionnaire refuse de faire la preuve de sa réinstallation et exprime le souhait de vivre indéfiniment dans le dernier pays où il a été affecté, il doit être considéré comme un résident permanent de celui-ci, et qu'en ce cas le maintien du bénéfice de la prime de rapatriement « serait contraire à l'esprit dans lequel ... [ces indemnités et avantages] ont été institués » ? Comme il est dit dans le rapport de 1978 de la Commission de la fonction publique internationale,

« le versement d'une prime de rapatriement à un fonctionnaire qui restait en permanence dans le pays de son dernier lieu d'affectation n'était pas compatible avec l'objet de la prime ... lorsqu'un fonctionnaire expatrié choisissait de rester dans le pays de son lieu d'affectation, cela signifiait certainement qu'il se proposait depuis un certain temps de s'y installer définitivement et que, de ce fait, il avait, dans une certaine mesure, perdu son statut d'expatrié » (A/33/30, p. 69).

Quand on voit expressément conférer au Secrétaire général un pouvoir aussi discrétionnaire pour ce qui concerne la prime, il devient encore plus difficile de considérer le droit à celle-ci comme un droit acquis.

14. Le Secrétaire général édicte la disposition transitoire 109.5 f)

67. Le Secrétaire général fit distribuer le 22 août 1979 une circulaire modifiant le règlement du personnel « avec effet au 1^{er} janvier 1979, pour tenir compte des changements qui ont été apportés ... à la prime de rapatriement ... que l'Assemblée générale a approuvés par sa résolution 33/119 du 19 décembre 1978 ». Il était précisé dans cette circulaire que la disposition 109.5 sur la prime de rapatriement était « modifiée de façon à subordonner le paiement de cette prime à la présentation de pièces attestant le changement de résidence, en ce qui concerne les périodes de service ouvrant droit à cette prime après le 1^{er} juillet 1979 » (ST/SGB/Staff Rules/1/Rev.5). La disposition 109.5 modifiée se lisait comme suit dans la partie qui nous intéresse :

« d) Le paiement de la prime de rapatriement est subordonné à la présentation, par l'ancien fonctionnaire, de pièces attestant qu'il change de résidence en s'installant dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation. Est acceptée comme preuve du changement de résidence toute pièce attestant que l'ancien fonctionnaire a établi sa résidence dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation.

e) Le droit à la prime de rapatriement s'éteint si l'intéressé ne présente pas de demande de paiement à cet égard dans les deux ans qui suivent la date effective de cessation de service.

f) Nonobstant l'alinéa d) ci-dessus, les fonctionnaires ayant pris leurs fonctions avant le 1^{er} juillet 1979 conservent le droit au montant de la prime qui correspond aux années et aux mois de service ouvrant droit à ladite prime déjà accomplis à cette date, sans avoir à produire, en ce qui concerne cette période de service, une pièce attestant leur changement de résidence. »

15. Les réactions de l'Assemblée générale à l'interprétation de la résolution 33/119 par la CFPI et le Secrétaire général : l'adoption de la résolution 34/165

68. La manière dont la CFPI et le Secrétaire général avaient compris la résolution 33/119 fut mal reçue par l'Assemblée générale à sa session de 1979. Les réactions qui se firent jour à cette occasion seront reproduites *in extenso* ci-dessous, étant donné que leur interprétation par le Tribunal administratif tient une place importante dans son jugement *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* et que de surcroît la question de savoir si le jugement du Tribunal administratif a donné effet à la résolution 34/165 de l'Assemblée générale ou y a dérogé est au cœur de l'affaire soumise à la Cour.

69. Le représentant de l'Australie, évoquant les paragraphes pertinents du rapport de la CFPI, se déclare intéressé par l'avis du bureau des affaires juridiques, qui, « aussi surprenant qu'il puisse paraître ... tend à faire apparaître la prime de rapatriement comme un droit acquis » (A/C.5/34/SR.38, p. 18). Puis le représentant des Etats-Unis s'exprima ainsi :

« 65. En établissant les modalités d'octroi de la prime de rapatriement ... la CFPI a décidé que les fonctionnaires qui étaient déjà en poste avant le 1^{er} juillet 1979 conserveraient le droit au montant de la prime correspondant au nombre d'années et de mois de service ouvrant droit à ladite prime qu'ils auraient accomplis à cette date, sans avoir à produire de pièces attestant leur changement de résidence... Le Gouvernement des Etats-Unis est fermement convaincu que cette décision n'est pas conforme aux intentions que l'Assemblée générale avait lorsqu'elle a institué la prime de rapatriement, et qu'elle ne respecte pas non plus les termes de la résolution 33/119...

66. Etant donné que l'administration de l'ONU n'a pas institué de contrôles internes suffisants pour s'assurer que la prime est versée exclusivement aux personnes qui quittent effectivement le pays du dernier lieu d'affectation, l'Assemblée générale a décidé dans sa résolution 33/119 que le paiement de la prime de rapatriement « serait subordonné à la présentation par les intéressés de pièces attestant leur changement effectif de résidence, selon les modalités qui seront établies par la Commission » ... En tant que coauteurs de cette résolution, les États-Unis estiment que, pour tous les États Membres, l'expression « selon les modalités qui seront établies par la Commission » signifiait seulement que la Commission devrait déterminer les pièces qu'un ancien fonctionnaire devrait présenter pour avoir droit à la prime de rapatriement. Arguer du manque de contrôles internes à l'Organisation pour accorder à un fonctionnaire expatrié le droit de percevoir une prime de rapatriement pour des services antérieurs à l'institution desdits contrôles, même si en fait il n'a pas été rapatrié hors du pays de son dernier lieu d'affectation, est un raisonnement inacceptable. » (A/C.5/34/SR.46, p. 16).

70. Le représentant de l'Italie, prenant la suite, préconisa, sans préjudice de la liberté de mouvement des retraités, de « mettre au point un système permettant de déterminer si un fonctionnaire satisfait aux conditions ouvrant droit au paiement de la prime de réinstallation », et que sa délégation mettait en doute la validité des conditions ouvrant droit à la prime qui avaient été promulguées alors que « l'aval de l'Assemblée générale ... [était] indispensable » (*ibid.*, p. 18).

71. Le représentant du Japon déclara :

« S'agissant de la prime de rapatriement, la délégation japonaise est prête à appuyer la décision de la CFPI, qui figure au paragraphe 25 de son rapport. Toutefois, elle conteste l'existence d'un droit acquis à la prime de rapatriement dans le cas de fonctionnaires actuellement en activité. Elle estime que le versement de la prime de rapatriement doit s'effectuer conformément aux règles en vigueur au moment du rapatriement. Par conséquent, la délégation japonaise regrette que la Commission ait approuvé l'application d'un procédé différent pour les services rendus avant le 1^{er} juillet 1979. » (*Ibid.*, p. 22.)

72. Le représentant de l'Australie intervint ensuite :

« 3. ... la délégation australienne appuie la proposition ... en vertu de laquelle cette prime ne serait payée à l'avenir qu'aux fonctionnaires qui retourneraient effectivement dans leur pays d'origine. Cette proposition, si elle était approuvée, annulerait l'avis juridique qui est mentionné au paragraphe 24 du rapport de la CFPI.

4. D'après ce qui est indiqué dans la note du Secrétariat ... la disposition 109.5 du règlement du personnel a été portée à la connaissance de l'Assemblée générale qui, en ayant pris note, doit par conséquent avoir estimé qu'elle était conforme à l'esprit et aux objec-

tifs du statut du personnel. La délégation australienne fait observer cependant qu'il n'est dit nulle part dans ce document que la prime de rapatriement est payable, que le fonctionnaire se fasse rapatrier ou non. L'alinéa *f* de la disposition 109.5 du règlement du personnel donne plutôt l'impression contraire, étant donné qu'il y est prévu que si le Secrétaire général le juge à propos, un fonctionnaire qui réside dans son pays d'origine au moment de la cessation de service peut recevoir la totalité ou une fraction de la prime de rapatriement. La disposition semble permettre, par exemple, le paiement des frais de voyage d'un fonctionnaire des Etats-Unis originaire d'Honolulu qui, après avoir été longtemps en poste à Tokyo, a été muté et a travaillé pendant quelques années à New York, avant de prendre sa retraite. Cependant, cela ne semble pas justifier le paiement de la prime de rapatriement à une personne qui ne se fait pas rapatrier.

5. En réalité, l'avis juridique mentionné semble tenir pour acquis que la prime de rapatriement équivaut plus ou moins au paiement des frais de voyage à l'occasion du départ à la retraite ... toutefois ... il est impossible d'interpréter la disposition comme autorisant le paiement de la prime de rapatriement à tout fonctionnaire qui a droit à se faire rapatrier, qu'il se prévale ou non de ce droit. La langue, le bon sens et même l'ordre juridique font apparaître que l'avis du bureau des affaires juridiques est erroné. » (A/C.5/34/SR.47, p. 3.)

73. Il fut suivi par le représentant de la République arabe syrienne, qui déclara :

« 15. Quant à la prime de rapatriement, la délégation syrienne partage l'avis des diverses délégations qui ont déclaré que cette prime ne devrait être payée qu'aux fonctionnaires qui retournent dans leur pays d'origine. » (*Ibid.*, p. 6.)

74. Le représentant de la République fédérale d'Allemagne conclut :

« En matière de prime de rapatriement, il semble que la question principale soit celle des droits acquis, car, pour protéger les droits acquis dans ce domaine, il faudrait continuer d'interpréter les textes comme on l'a fait jusqu'à présent. Cependant, l'interprétation ayant été excessivement généreuse dans ce cas, continuer à appliquer le même critère reviendrait à faire une application abusive du principe de la protection des droits acquis ; par conséquent, la délégation de la République fédérale d'Allemagne estime, tout comme la délégation des Etats-Unis, que la prime de rapatriement ne devrait être versée qu'aux fonctionnaires qui se rapatrient vraiment. » (*Ibid.*, p. 8.)

75. Le représentant du Royaume-Uni s'exprima comme suit :

« 34. Pour ce qui est de la prime de rapatriement, la délégation du Royaume-Uni, ... n'accepte pas l'avis du bureau des affaires juridiques. Il est certain que le règlement du personnel est quelque peu

ambigu sur ce point, mais il faut signaler qu'il s'agit d'une prime de rapatriement, non d'une prime de changement de résidence ou simplement d'une somme globale versée lors du départ à la retraite. On ne saurait prétendre que la prime de rapatriement soit toujours versée, que le fonctionnaire retourne ou non dans son pays d'origine. La prime ne devrait être versée qu'aux fonctionnaires qui font valoir leur droit au paiement du voyage de retour dans leur pays d'origine. La délégation du Royaume-Uni appuiera le projet de résolution que doit présenter la délégation des Etats-Unis, car elle estime que c'est là l'interprétation correcte du règlement et du statut du personnel et que l'on ne peut pas alléguer qu'il existe des droits acquis. » (*Ibid.*, p. 9 et 10.)

76. Puis le représentant de l'Espagne déclara :

« 38. ... Outre qu'il contient des mesures prises en application du mandat donné dans la résolution 33/119, ce document dispose que « les fonctionnaires qui étaient déjà en poste avant le 1^{er} juillet 1979 conservent le droit (à une prime de rapatriement)... » A propos de cette contradiction flagrante avec le reste du contenu du document, la délégation espagnole souhaite qu'il soit bien établi qu'en espagnol le mot « repatriar », tel qu'il est défini dans le dictionnaire de l'Académie espagnole, signifie « faire retourner quelqu'un dans sa patrie ». C'est pourquoi elle partage l'opinion de ceux des membres de la CFPI qui ... « ont contesté qu'on puisse dire qu'un fonctionnaire avait un droit acquis à la prime de rapatriement s'il ne se faisait pas rapatrier et ne se réinstallait pas ailleurs ». La délégation espagnole ne comprend pas les motifs des dispositions énoncées dans le paragraphe du document de la CFPI... Ces dispositions reviennent en effet à modifier en partie la condition clairement posée [dans] la résolution 33/119, qui est que le fonctionnaire doit faire la preuve de sa réinstallation. La délégation espagnole estime que face à une condition aussi précise, on ne peut invoquer la rétroactivité. » (A/C.5/34/SR.47, p. 10 et 11.)

77. Le représentant de l'Union des Républiques socialistes soviétiques prit à son tour la parole :

« 9. La délégation soviétique est également préoccupée par l'application qui est faite des dispositions relatives à la prime de rapatriement. En vertu d'une décision de l'Assemblée générale, cette prime ne doit être versée qu'aux personnes effectivement rapatriées. Le non-respect de ce principe entraîne des dépenses injustifiées et met en évidence l'insuffisance du système de contrôle interne. » (A/C.5/34/SR.55, p. 4.)

78. Le président de la Commission de la fonction publique internationale défendit dans les termes suivants les décisions prises par la CFPI :

« 39. Dans son rapport à la trente-troisième session..., la CFPI avait indiqué qu'à son sens il n'y avait pas lieu de verser la prime de

rapatriement au fonctionnaire qui, à la cessation de service, restait dans le pays de son dernier lieu d'affectation et n'avait, de ce fait, à engager aucune dépense de réinstallation. Faisant sienne l'opinion de la CFPI, la Cinquième Commission a inclus dans sa résolution 33/119 un paragraphe ... dont le texte est le suivant : « Décide que le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui peuvent y prétendre sera subordonné à la présentation, par les intéressés, de pièces attestant leur changement effectif de résidence, selon les modalités qui seront établies par la Commission. » Ce paragraphe appelle deux observations. En premier lieu, l'Assemblée charge clairement la Commission d'établir les conditions du versement de la prime. En second lieu, cette résolution, comme le rapport de la Commission, concerne la « réinstallation ». Quant aux raisons qui ont amené la Commission à conclure que la prime ne devait être versée qu'aux fonctionnaires qui rentrent dans leur pays d'origine, elles sont exposées [dans le] rapport de 1978.

40. ... la Commission a ensuite examiné dans quelle mesure la limite imposée à l'octroi de la prime pouvait être appliquée aux fonctionnaires déjà en poste... Les dispositions pertinentes du statut et du règlement du personnel visent expressément, non pas les fonctionnaires qui regagnent leur pays, mais « les fonctionnaires que l'Organisation est tenue de rapatrier ». C'est sur cette base qu'a été instaurée la pratique du versement de la prime, qui s'étend aux fonctionnaires qui ne quittent pas leur lieu d'affectation. La majorité des membres de la CFPI ont estimé que cette pratique était conforme aux dispositions du statut et du règlement du personnel. En conséquence, la Commission a jugé que les intéressés avaient effectivement acquis un droit, puisque la prime de rapatriement est calculée selon un barème progressif...

41. La Commission a tenu compte de l'opinion, non seulement du conseiller juridique de l'ONU, mais aussi des services juridiques d'un certain nombre d'autres organisations, ainsi que d'un jugement du Tribunal administratif de l'OIT, qui est catégorique : « il ne peut être porté atteinte aux prestations et avantages auxquels un fonctionnaire peut prétendre au titre de ses années de services accomplies avant l'entrée en vigueur d'un amendement ». La Commission, qui n'a aucune compétence juridique, a pris une décision pragmatique, dans un souci d'économie, estimant qu'il ne serait pas raisonnable d'imposer aux organisations une mesure contre laquelle les fonctionnaires ne manqueraient pas de former un recours et que, compte tenu de sa jurisprudence, l'un des deux tribunaux administratifs rejeterait comme étant contraire aux principes fondamentaux du droit du travail. L'Assemblée générale a, bien entendu, autorité sur la Commission, mais il y a lieu de noter que les organes directeurs de la majorité des autres organismes qui appliquent le régime commun ont approuvé depuis juillet 1979 l'inclusion dans leur règlement du personnel des mesures annoncées par la Commission. » (*Ibid.*, p. 10 et 11.)

79. Vint ensuite le Secrétaire général adjoint à l'administration, aux finances et à la gestion :

« 59. ... M. Debatin estime de son devoir de souligner que les décisions promulguées par la CFPI en vertu du mandat qui lui a été confié par l'Assemblée générale dans sa résolution 33/119 ont déjà été mises en application par toutes les organisations qui appliquent le régime commun avec effet à compter du 1^{er} juillet 1979, c'est-à-dire la date stipulée par la CFPI dans sa décision. Il convient en outre de noter que, dans le cas d'un certain nombre d'organisations, la décision de la CFPI a été examinée et acceptée par leurs organes délibérants respectifs au moment où ceux-ci ont approuvé les révisions à apporter aux dispositions pertinentes du règlement et du statut du personnel de ces organisations comme suite à cette décision. A l'Organisation des Nations Unies, la décision de la CFPI a déjà été intégrée au règlement du personnel. Les dispositions énoncées dans la partie II du projet de résolution A/C.5/34/L.23 auraient pour effet de révoquer cette décision qui est dûment appliquée par les organisations appliquant le régime commun.

60. Par conséquent, il importe avant tout de ne pas perdre de vue que la décision proposée soulèverait de sérieux doutes quant à la question de savoir si la CFPI serait alors en mesure de s'acquitter avec l'autorité voulue de la tâche extrêmement importante qui lui est confiée, à savoir réglementer et coordonner les conditions d'emploi appliquées par l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées... Une telle décision ne pourrait non plus manquer d'être considérée par les fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies comme une mesure discriminatoire, et il en résulterait très certainement la formation de recours devant le Tribunal administratif avec toutes les conséquences susceptibles d'en découler.

61. En dernier lieu, il y a lieu de noter que l'Organisation a toujours eu pour pratique d'appliquer des changements de politique de la manière susceptible de créer aussi peu de bouleversements que possible, qu'elle ait agi de la sorte pour respecter les droits acquis ou simplement pour assurer une transition sans heurts d'un ensemble de dispositions à un autre... C'est dans le même esprit que le Secrétaire général et ses collègues du CAC estiment que la Cinquième Commission devrait accepter les dispositions transitoires reflétées dans la décision prise par la CFPI concernant la nécessité pour les fonctionnaires de présenter des pièces attestant leur changement effectif de résidence pour pouvoir bénéficier de la prime de rapatriement. » (A/C.5/34/SR.60, p. 12 et 13.)

80. Quand le représentant de la Sierra Leone demanda des éclaircissements sur le projet de résolution soumis à la Cinquième Commission, le Secrétaire général adjoint fit l'importante déclaration que voici au sujet de l'intention et de l'effet du texte qui allait devenir la résolution 34/165 de l'Assemblée générale :

« ... [le] projet de résolution A/C.5/34/L.23 déroge à la décision de la CFPI en stipulant qu'avec effet du 1^{er} janvier 1980, les fonctionnaires n'ont droit à aucun montant au titre de la prime de rapatriement à moins qu'ils ne présentent des pièces attestant qu'ils se réinstallent dans un pays autre que celui de leur dernier lieu d'affectation. Cela signifie en effet qu'aucune période de services accomplie par un fonctionnaire avant la date du 1^{er} janvier 1980 ne sera prise en considération si les intéressés ne remplissent pas par ailleurs les conditions requises pour avoir droit au versement de la prime de rapatriement. De la sorte, la décision de la CFPI de ne pas appliquer les nouvelles dispositions pour toute période de services accomplie avant le 1^{er} juillet 1979 serait purement et simplement annulée. » (*Ibid.*, p. 14.)

81. Un échange de vues s'ensuivit entre les représentants de la Syrie, du Maroc et de la République fédérale d'Allemagne : les deux premiers jugeaient souhaitable de limiter le paiement de la prime aux fonctionnaires qui retournaient dans leur pays d'origine, tandis que le dernier approuvait la disposition du projet de résolution soumis à la Cinquième Commission indiquant que la prime devait être payée à tout fonctionnaire qui se réinstallait dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation, quel que fût ce pays. Le Secrétaire général adjoint, prenant alors la parole pour la troisième fois, déclara ce qui suit :

« il n'est pas d'accord avec le représentant de la République fédérale d'Allemagne, qui a dit que la résolution 33/119 ne prévoit pas de mesures transitoires semblables à celles qui sont présentées dans le rapport de la CFPI. En fait, la résolution 33/119 dit que « le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui peuvent y prétendre sera subordonné à la présentation, par les intéressés, de pièces attestant leur changement effectif de résidence » et elle ajoute « selon les modalités qui sont établies par la Commission ». La CFPI a pris une décision en la matière et a fixé le 1^{er} juillet 1979 comme date à partir de laquelle les intéressés devraient faire la preuve de leur changement de résidence. » (*Ibid.*, p. 15.)

82. Le représentant de la République fédérale d'Allemagne répliqua :

« 74. ... les auteurs du projet de résolution n'ont pas l'intention de modifier les modalités de versement de la prime de rapatriement, mais simplement de préciser que le fonctionnaire doit apporter la preuve de sa réinstallation dans un pays autre que celui du dernier lieu d'affectation et de fixer une date pour la mise en œuvre de cette disposition » (A/C.5/34/SR.60, p. 16).

83. Le représentant du Maroc demanda alors quelles seraient les pièces à fournir pour établir la réinstallation (*ibid.*), et le représentant de l'Algérie mit en garde contre toute décision qui serait prise sans une étude plus

approfondie de la question (*ibid.*). Mais le président indiqua qu'il n'était pas d'accord avec le représentant de l'Algérie (*ibid.*).

84. Le Secrétaire général adjoint intervint ensuite pour la quatrième fois, dans une déclaration elle aussi fort révélatrice quant à l'esprit du projet de résolution soumis à la Commission :

« 78. M. DEBATIN (Secrétaire général adjoint à l'administration, aux finances et à la gestion) rappelle qu'à la session précédente l'Assemblée générale a décidé que le versement de la prime de rapatriement serait subordonné à la présentation de pièces attestant le changement effectif de résidence, selon des modalités qui seraient établies par la CFPI. En conséquence, la CFPI a décidé que, pour les périodes de service postérieures au 1^{er} juillet 1979, le paiement de la prime de rapatriement serait subordonné à la présentation de pièces attestant que l'ancien fonctionnaire se réinstallait dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation. Pour ce qui est de la preuve du changement de résidence, la CFPI a décidé qu'elle serait constituée par toute pièce émanant de certaines autorités du pays, du plus haut fonctionnaire des Nations Unies dans le pays ou du nouvel employeur de l'ancien fonctionnaire. Or, le projet de résolution aurait pour conséquence que les fonctionnaires qui, en vertu de la décision de la CFPI, auraient droit à une partie de la prime de rapatriement pour des périodes de service antérieures au 1^{er} juillet 1979 sans faire la preuve de leur changement de résidence, ne pourraient plus recevoir cette partie de la prime. » (*Ibid.*, p. 17.)

85. Le représentant des Etats-Unis riposta immédiatement :

« 79. ... lorsque l'Assemblée générale a adopté la résolution 33/119, elle voulait s'assurer que la prime de rapatriement ne serait payée qu'aux fonctionnaires se réinstallant dans un pays autre que celui de leur dernier lieu d'affectation et elle a demandé à la CFPI de préciser quelles seraient les preuves de changement de résidence que les fonctionnaires devraient présenter, même sans fixer de dates pour l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. » (*Ibid.*)

86. Le représentant de la Sierra Leone proposa alors de supprimer le passage du projet de résolution relatif à la prime de rapatriement (c'est-à-dire le passage même qui fut adopté dans la résolution 34/165 et qui se trouve en cause dans l'affaire *Mortished*) (*ibid.*). Le représentant de la Tunisie s'opposa à cette proposition (*ibid.*). Le représentant de l'URSS prit la parole en faveur d'un amendement précisant que les bénéficiaires de la prime de rapatriement devaient retourner dans leur pays d'origine (*ibid.*). Telle était, fit observer le représentant du Maroc, la teneur de la version arabe du document (*ibid.*).

87. A la séance suivante, le représentant de la République fédérale d'Allemagne fit cette déclaration :

« après les consultations qu'ils ont eues sur le projet de résolution A/C.5/34/L.23, les auteurs restent convaincus que le paragraphe 2 de la section II est valable quant au fond, mais ils reconnaissent que de nouveaux éléments sont apparus. Le principal d'entre eux est que plusieurs institutions ont déjà adopté les recommandations de la CFPI. L'adoption de ce paragraphe risquerait donc d'entraîner des divergences dans le système. Comme les auteurs considèrent qu'il s'agit là d'une question relativement mineure, ils ont décidé de supprimer le paragraphe 2 de la section II et de renuméroter en conséquence le paragraphe 3. » (A/C.5/34/SR.62, p. 2.)

88. Un échange assez confus s'ensuivit. Les Etats-Unis présentèrent de nouveau le texte que ses auteurs venaient de retirer, en proposant d'ajouter la disposition suivante :

« *Décide* qu'avec effet au 1^{er} janvier 1980, les fonctionnaires n'ont droit à aucun montant au titre de la prime de rapatriement à moins qu'ils ne présentent des pièces attestant qu'ils se réinstallent dans un pays autre que celui de leur dernier lieu d'affectation. » (*Ibid.*)

Les représentants de la Sierra Leone, du Nigeria et du Pérou s'opposèrent à la volonté exprimée dans ce texte, qui fut au contraire approuvée par les représentants du Canada, de la République arabe syrienne, de l'URSS, du Maroc, de l'Inde apparemment, de l'Australie, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, de la Yougoslavie, de l'Uruguay et de l'Espagne. Certains de ces représentants appuyèrent aussi un sous-amendement à l'amendement des Etats-Unis, présenté par le représentant de la République arabe syrienne, qui tendait à limiter le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires rentrant dans leur pays d'origine. Ce sous-amendement fut rejeté par 45 voix contre 18, avec 26 abstentions (*ibid.*, p. 5). Puis l'amendement des Etats-Unis fut adopté par 59 voix contre 5, avec 24 abstentions. Cette partie du projet de résolution fut ensuite adoptée dans son ensemble par 87 voix contre zéro, avec 3 abstentions, et la résolution entière fut plus tard adoptée sans opposition par la Commission puis par l'Assemblée générale.

16. *Quelle était l'intention de l'Assemblée générale en adoptant la résolution 34/165 ?*

89. Si j'ai reproduit de façon aussi détaillée les débats de la Cinquième Commission, c'est qu'ils sont essentiels pour comprendre l'intention dont l'Assemblée générale était animée en adoptant la résolution 34/165. Selon moi, ces comptes rendus démontrent :

– que, de l'avis de la grande majorité de l'Assemblée générale, le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires restant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation n'était conforme ni au statut ni au règlement du personnel, tels qu'ils existaient avant la promulgation de la dis-

position transitoire 109.5 f) du règlement, et tels qu'ils existent encore depuis l'abrogation de cette règle transitoire (voir par. 52, 56, 59, 69-77, 82, 83 et 85-88 ci-dessus) ;

– que, de l'avis de la grande majorité de l'Assemblée générale, la CFPI et le Secrétaire général, en édictant la règle transitoire, avaient agi au défi de la résolution 33/119 dans son esprit et dans sa lettre (voir par. 68-77 et 81-88 ci-dessus) ;

– que le Secrétaire général adjoint compétent de l'Organisation des Nations Unies avait reconnu et affirmé les principes suivants, pour le cas où la résolution 34/165 serait adoptée dans les termes dans lesquels elle a été effectivement adoptée, à savoir : que cette résolution exprimerait l'intention de l'Assemblée générale de ne reconnaître à *aucun* fonctionnaire de droit à aucun montant au titre de la prime de rapatriement, à moins qu'il ne présente des pièces attestant sa réinstallation dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation, et qu'elle devrait être exécutée en ce sens ; qu'aucune période de service accomplie avant le 1^{er} janvier 1980 ne serait prise en considération, à moins que les intéressés ne remplissent les conditions de preuve requises pour avoir droit au versement de la prime ; enfin, que la décision de la CFPI et la règle transitoire édictée pour l'appliquer seraient « purement et simplement annulées ». « Le projet de résolution aurait pour conséquence que les fonctionnaires qui, en vertu de la décision de la CFPI, auraient droit à une partie de la prime de rapatriement pour des périodes de service antérieures au 1^{er} juillet 1979 sans faire la preuve de leur changement de résidence ne pourraient plus recevoir cette partie de la prime » (voir par. 80 et 84 ci-dessus) ;

– que l'Assemblée générale a entendu, compris et accepté ces conclusions du Secrétaire général adjoint et qu'elle a adopté la résolution 34/165 afin de veiller à ce qu'elles fussent mises en pratique à compter du 1^{er} janvier 1980.

90. Malgré la clarté des comptes rendus des débats et en dépit de leur force convaincante, le Tribunal administratif a adopté un point de vue différent, qui sera examiné dans les pages suivantes.

III. LE JUGEMENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF EN L'AFFAIRE *MORTISHED C. LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES*

91. Dans son jugement en l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, le Tribunal administratif a statué comme suit :

« En subordonnant le versement de la prime de rapatriement au requérant à la production d'une pièce attestant son changement de résidence, le défendeur a méconnu le droit acquis du requérant résultant pour lui du régime transitoire énoncé dans la disposition 109.5 f) en vigueur du 1^{er} juillet au 31 décembre 1979. » (Par. XVI.)

Pour parvenir à cette décision, le Tribunal était auparavant parvenu à certaines conclusions, qui seront examinées ci-après dans l'ordre où le Tribunal les a formulées. On analysera ensuite la décision même du Tribunal.

1. *Y avait-il des obligations spéciales, de nature contractuelle, à l'égard de Mortished ?*

92. Au paragraphe VI de son jugement, le Tribunal s'exprime en ces termes :

« Le Tribunal doit maintenant considérer si le requérant peut se prévaloir de droits en ce qui concerne la prime de rapatriement.

Le Tribunal relève que, lors de son engagement à l'Organisation des Nations Unies le 30 juillet 1958, le requérant, qui était entré au service de l'OACI le 14 février 1949, a reçu du service du personnel une formule de mouvement de personnel (*Personnel Action Form*) mentionnant expressément : « *Service recognized as continuous from 14 February 1949* » et « *Credit towards repatriation grant commences on 14 February 1949* ».

Ces dispositions, bien que ne se trouvant pas dans la lettre d'engagement elle-même, constituent incontestablement de la part de l'Organisation la reconnaissance expresse du droit à la prime de rapatriement comme de la validation à cet effet de plus de neuf ans de service déjà accomplis à l'OACI.

Ainsi, dans le cas du requérant, une référence formelle a été faite, lors de son engagement, à la prime de rapatriement et au principe du lien entre le montant de cette prime et la durée des services. Le requérant se trouve de ce fait dans la situation relevée par le Tribunal dans les jugements nos 95 et 142 précités, c'est-à-dire que des obligations spéciales ont été assumées par l'Organisation à cet égard. »

Selon moi, les conclusions que le Tribunal tire de son analyse de la « formule de mouvement de personnel » (*Personnel Action Form*) sont sans fondement, pour plusieurs raisons.

93. La « lettre de nomination » de Mortished, que le Tribunal évoque en termes généraux au paragraphe II de son jugement, commence ainsi :

« Il vous est offert par la présente un *engagement permanent* au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. Cet engagement vous est offert aux conditions ci-après, sous réserve des dispositions applicables du statut et du règlement du personnel, ainsi que de toutes modifications ultérieures de ces textes. La déclaration par laquelle vous attestez l'exactitude des renseignements fournis par vous dans votre notice personnelle est l'un des éléments que l'administration a fait entrer en ligne de compte pour vous offrir le présent engagement. »

Cette lettre, datée du 5 août 1958, précise l'affectation initiale et le traitement de Mortished, mais ne dit rien des diverses indemnités auxquelles il avait droit, si ce n'est pour indiquer que le traitement ne comprend pas lesdites indemnités. Mortished a accepté sa nomination le 15 août 1958, en ces termes :

« Je déclare par les présentes accepter l'engagement décrit dans la lettre ci-dessus, aux conditions qui y sont spécifiées et à celles qui sont énoncées dans le statut et le règlement du personnel. » (*Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, réplique du défendeur, ann. 14.)

Une lettre à Mortished en date du 21 mars 1958 (les négociations relatives à sa mutation s'étaient prolongées) énumère en annexe les différentes indemnités auxquelles il pouvait prétendre. Cette annexe, très détaillée, cite les frais de voyage, de déménagement, les frais pour excès de bagages, les frais d'installation, les indemnités pour charge de famille, l'indemnité pour frais d'études, l'indemnité de non-résident, les droits à pension et les droits aux congés dans les foyers. On n'y trouve absolument aucune mention de la prime de rapatriement. (*Ibid.*, ann. 15.)

94. Au moment où Mortished allait entrer en fonctions aux Nations Unies, il a reçu du service du personnel une « formule de mouvement de personnel » qui comportait certaines annotations relatives à son « engagement permanent », dont celles-ci :

« Service recognized as continuous from 14 February 1949.

Entitled to Installation Grant and Dependency Rate. Credit toward repatriation grant commences on 14 February 1949.

Entitled to transportation of household effects. Next home leave entitlement in 1960. »

(Les italiques sont de moi.) (Cité dans *C.I.J. Mémoires, Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies*, exposé écrit des Etats-Unis, II, A.)

Il est admis, dans la pratique contractuelle des Nations Unies, que la « formule de mouvement de personnel » n'est pas considérée comme faisant partie du contrat entre le fonctionnaire et les Nations Unies. Toutefois, même si l'on y voit un élément contractuel — et le Tribunal va dans ce sens, car c'est sur cette base qu'il conclut que les Nations Unies avaient assumé des « obligations spéciales » à l'égard de Mortished pour la prime de rapatriement —, cette annotation ne justifie pas la conclusion que le Tribunal veut en tirer. Elle l'infirme au contraire pour deux raisons :

— La « formule de mouvement de personnel » elle-même spécifie que Mortished « a droit » à une indemnité d'installation avec charges de famille, « a droit » au déménagement, « a droit » aux congés dans les foyers ; mais, pour la prime de rapatriement, elle se contente de dire que ses

services sont « crédités » à compter du 14 février 1949. Le Tribunal administratif glisse sur cette différence en concluant que l'annotation constitue de la part de l'Organisation la « reconnaissance expresse » du « droit » à la prime de rapatriement. Pourtant la distinction entre « droit » et « crédit » est loin d'être négligeable. Alors qu'on peut se fonder sur un droit, le « crédit » ne sert, ou ne peut servir, qu'à faire un calcul.

– Mais en supposant même que l'on néglige la distinction qui est faite, dans la formule citée par le Tribunal, entre les « droits » à divers avantages et le simple « crédit » aux fins de la prime de rapatriement, que dit vraiment l'annotation au sujet de cette dernière ? Vu le poids que le Tribunal attache à cette mention – qui serait la base « des obligations spéciales ... assumées par l'Organisation » à l'égard de M. Mortished – on pourrait croire que ce sont des obligations spéciales *pertinentes* qui ont ainsi été assumées. Or tel n'est pas le cas. L'annotation ne fait que mentionner la « prime de rapatriement ». Elle ne dit absolument rien des conditions d'octroi de cette prime et ne jette aucune lumière sur le point de savoir si, pour pouvoir toucher la prime, Mortished devait ou non quitter le pays de son dernier lieu d'affectation. Par conséquent, sur la question qui est au cœur de l'affaire devant la Cour, après l'avoir été devant le Tribunal administratif, l'annotation dont s'inspire le Tribunal pour conclure que les Nations Unies ont assumé des obligations spéciales à l'égard de Mortished ne dit rien de tel.

95. Le poids attaché par le Tribunal à cette annotation de la « formule de mouvement de personnel » est d'autant moins justifié que le Tribunal n'avance pas – et ne pouvait d'ailleurs pas avancer – la moindre preuve pour établir qu'en 1958 Mortished aurait compris cette mention comme signifiant qu'il aurait droit à une prime de rapatriement, qu'il quittât ou non le pays de son dernier lieu d'affectation. Un pareil argument serait d'ailleurs invraisemblable, et cela pour plus d'une raison. Premièrement, l'attention de Mortished n'a pu être appelée sur la question de la prime de rapatriement par l'annexe à la lettre du 21 mars 1958, qui énumérait les diverses primes et indemnités auxquelles il avait droit, puisqu'il n'y était pas question de la prime de rapatriement. Deuxièmement, y eût-il songé en lisant le statut et le règlement du personnel qu'il n'y eût rien trouvé de nature à lui faire penser qu'il aurait droit à la prime de rapatriement s'il s'établissait dans le pays de son dernier lieu d'affectation. Troisièmement, on a peine à croire que Mortished ait envisagé en 1958, à Montréal, de prendre sa retraite vingt ans plus tard à New York – ou à Genève, ville où il ne devait travailler que par la suite – et que cette perspective ait été une considération importante dans sa décision d'accepter un contrat aux Nations Unies. Quatrièmement, rien ne démontre que les conditions à satisfaire pour bénéficier de la prime de rapatriement aient été discutées oralement ou par écrit avec Mortished à l'époque de son transfert aux Nations Unies. S'il y avait des preuves dans ce sens, son conseil n'aurait sans doute pas manqué de les produire.

96. Le Tribunal administratif affirme que Mortished « se trouve ... dans

la situation relevée par le Tribunal dans les jugements n° 95 et 102..., c'est-à-dire que des obligations spéciales ont été assumées par l'Organisation à cet égard ». Or c'est précisément la situation dans laquelle *Mortished ne se trouvait pas*, et l'Organisation n'avait assumé aucune obligation spéciale à l'égard de *Mortished* sur la question qui nous intéresse, à savoir le droit à bénéficier de la prime de rapatriement *qu'il y ait réinstallation ou pas*. Le contraste avec les affaires sur lesquelles s'appuie le Tribunal est instructif. Dans son jugement n° 95, *Sikand c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, le Tribunal, tout en déboutant le requérant, avait affirmé ce qui suit :

« il résulte de la jurisprudence du Tribunal que les clauses et conditions d'emploi d'un fonctionnaire des Nations Unies peuvent être exposées ou tacites et peuvent être déduites d'une correspondance ainsi que des faits et circonstances » (par. III) ;

et il avait constaté l'existence dans cette affaire d'une correspondance qui confirmait l'une des prétentions du requérant. Dans la présente espèce, aucun courrier, aucune conversation, aucun document ou fait quelconque ne peut être cité, si ce n'est l'annotation de la « formule de mouvement de personnel », qui, pour les raisons indiquées plus haut, ne permet pas de conclure que les Nations Unies aient assumé sur la question qui importe ici des obligations spéciales, quelles qu'elles fussent, à l'égard de *Mortished*. De même, dans son jugement n° 142 (*Bhattacharyya c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*), le Tribunal, s'appuyant sur le passage précité de l'affaire *Sikand*, a conclu que les conversations et la correspondance avec le requérant qui avaient porté lors de son engagement sur les perspectives de renouvellement d'un contrat de durée déterminée avaient créé, dans l'esprit du requérant, « une expectative légitime d'emploi stable au service du FISE » (par. IV). Le dossier de la présente espèce n'offre aucune trace de conversation, de courrier ou de mémorandums échangés entre les Nations Unies et *Mortished* sur la question de la prime de rapatriement. Les circonstances qui ont entouré le transfert de *Mortished* en 1958 ne sont pas plus probantes. Le Tribunal ne disposait d'aucun élément prouvant que, dès 1958, l'Organisation des Nations Unies ait eu effectivement pour pratique de verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires restant à leur dernier lieu d'affectation. A supposer — et on est porté à le faire — qu'une telle pratique existât, rien ne montre que *Mortished* en ait eu connaissance ou s'en soit soucié. Cette pratique n'était d'ailleurs consignée dans aucune disposition du statut ou du règlement du personnel, circulaire ou autre document administratif applicable à *Mortished*, qu'il en eût eu ou non effectivement connaissance. Ainsi les affaires citées par le Tribunal administratif, loin d'appuyer les prétentions de *Mortished*, auraient plutôt un effet contraire.

97. Le Tribunal conclut-il au paragraphe VI de son jugement que *Mortished* avait un droit contractuel à la prime de rapatriement, qu'il restât ou non dans le pays de son dernier lieu d'affectation ? On trouve au paragraphe XV du jugement une indication dans ce sens :

« Le Tribunal a eu plusieurs fois à examiner si un changement dans la réglementation applicable portait atteinte à un droit acquis. Il a jugé que le respect des droits acquis oblige au respect des droits expressément stipulés au profit du fonctionnaire dans le contrat. Le Tribunal a relevé au paragraphe VI ci-dessus que le droit à la prime de rapatriement avait été stipulé lors de l'engagement du requérant et que le lien entre le montant de la prime et la durée des services accomplis avait été également stipulé. Le Tribunal a également relevé au paragraphe VII ci-dessus qu'à l'époque de l'entrée en fonctions du requérant la prime était versée sans exigence de preuve de changement de résidence dans un autre pays que celui du dernier lieu d'affectation. »

98. J'estime, pour les raisons exposées ci-dessus, que l'idée que Mortished ait pu avoir un droit contractuel au versement de la prime de rapatriement, sans produire de pièce attestant sa réinstallation, est insoutenable, non seulement au vu des faits de l'espèce, mais aussi à la lumière de la jurisprudence du Tribunal administratif.

2. *La jurisprudence du Tribunal administratif contredit les prétentions de Mortished*

99. Plusieurs affaires sont à citer. Dans le jugement n° 19, *Kaplan c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, le Tribunal a dit :

« On est amené à distinguer dans la situation juridique des membres du personnel des éléments contractuels et des éléments réglementaires :

Est contractuel tout ce qui touche à la situation particulière de chaque membre du personnel, par exemple, la nature du contrat, le traitement, le grade.

Est réglementaire tout ce qui touche d'une façon générale à l'organisation de la fonction publique internationale et à la nécessité de son bon fonctionnement, par exemple, les règles générales n'ayant pas un caractère personnel.

Si les éléments contractuels ne peuvent être modifiés sans l'accord des deux parties, par contre, les éléments réglementaires sont toujours susceptibles d'être modifiés à toute époque, au moyen de dispositions arrêtées par l'Assemblée générale et ces modifications s'imposent aux membres du personnel.

.....

En ce qui concerne le cas d'espèce, le Tribunal estime qu'on est en présence d'un élément réglementaire et qu'en fait la question de la résiliation des contrats temporaires relève des règles générales qui peuvent être modifiées par l'Assemblée générale et contre lesquelles les droits acquis ne sauraient jouer. » (Par. 3.)

Si les conditions dans lesquelles il est mis fin aux engagements temporaires — conditions d'application générale, mais qui ont néanmoins un effet immédiat sur des personnes déterminées — peuvent faire l'objet de modifications « statutaires » de la part de l'Assemblée générale, celle-ci est-elle moins libre de légiférer sur les conditions à remplir pour toucher la prime de rapatriement ? Les conditions ouvrant droit à la prime de rapatriement s'appliquent également à tous les fonctionnaires ; il semble donc qu'elles soient « statutaires » au sens où ce terme est utilisé dans l'affaire *Kaplan*. D'ailleurs, comme le Tribunal administratif l'a fait observer dans le jugement rendu au sujet de l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* :

« Les dispositions sommaires contenues dans la lettre de nomination sont complétées par des textes de portée générale beaucoup plus détaillés. La lettre de nomination s'y réfère en stipulant que l'engagement est offert « sous réserve des dispositions applicables du statut et du règlement du personnel, ainsi que de toutes modifications ultérieures de ces textes ». Ainsi, par cette disposition, des documents de portée générale sont incorporés dans le contrat et le fonctionnaire accepte à l'avance les modifications qui pourront leur être apportées. » (Par. II.)

100. Dans le jugement n° 202, *Quéguiner c. le Secrétaire général de l'OMCI*, la question a été évoquée par le Tribunal de la façon suivante :

« La question qui se pose dans la présente affaire est donc de savoir si le requérant a un droit acquis au régime de l'indemnité pour frais d'études tel qu'il était établi lors de son entrée en fonctions, droit acquis auquel il ne pourrait être porté atteinte que moyennant compensation.

Au moment où est intervenue la modification du règlement du personnel, le requérant était lié par un contrat dont les termes, énoncés dans une lettre du Secrétaire général du 2 avril 1971, ont été acceptés par lui le 30 avril 1971. Cette lettre prolongeant un contrat antérieur contient un certain nombre de stipulations concernant le requérant personnellement : le poste, la durée du contrat, la situation administrative, le traitement, l'obligation d'affiliation à l'assurance-accident de l'OMCI. Elle incorpore par ailleurs les conditions d'emploi et droits fondamentaux, ainsi que les devoirs et obligations, énoncés dans le statut et le règlement du personnel de l'Organisation, « compte tenu de toutes modifications ultérieures de ces textes ».

Cette dernière disposition marque expressément un élément essentiel dans la situation contractuelle du requérant. Il a accepté par avance que les modifications apportées au statut et au règlement du personnel s'imposent à lui. Ainsi les autorités compétentes de l'Orga-

nisation peuvent en principe modifier de façon unilatérale les conditions d'emploi et droits fondamentaux ainsi que les devoirs et obligations tels qu'ils sont énoncés dans le statut et le règlement du personnel.

La limitation au droit de modification énoncée à l'article 12.1 du statut du personnel concerne évidemment les droits qui sont expressément stipulés au profit du fonctionnaire dans le contrat. Dans le jugement n° 19 (*Kaplan*), le Tribunal a déclaré qu'était contractuel tout ce qui touche à « la situation particulière de chaque membre du personnel, par exemple, la nature du contrat, le traitement, le grade ». Dans l'espèce, en dehors du traitement, aucune prestation au bénéfice du requérant n'était stipulée dans son contrat.

Le respect des droits acquis signifie aussi qu'il ne peut être porté aucune atteinte à l'ensemble des bénéfices et avantages revenant au fonctionnaire pour les services rendus avant l'entrée en vigueur d'un amendement. Un amendement ne peut avoir d'effet rétroactif au détriment d'un fonctionnaire mais rien n'interdit une modification du règlement du personnel dont les effets ne s'appliquent qu'aux bénéfices et avantages liés aux services postérieurs à l'adoption de celle-ci (jugement n° 82, *Puvrez*).

Le requérant prétend que l'indemnité pour frais d'études, bien qu'elle constitue une rémunération additionnelle, a un caractère personnel, donc contractuel, et que cet élément joue un rôle déterminant dans l'acceptation du contrat qui lie un fonctionnaire à l'Organisation.

.....

La légalité de mesures comparables concernant l'indemnité de non-résident (jugement n° 51, *Poulain d'Andecy*, Tribunal de l'OIT) et les indemnités établies en fonction de la définition des personnes à charge (jugement n° 82, *Puvrez*, et n° 110, *Mankiewicz*) a été reconnue et le Tribunal ne voit pas de motif valable de traiter différemment l'indemnité pour frais d'études. » (Par. IV-VI.)

Si l'OMCI peut modifier les conditions de versement de l'allocation pour frais d'études, pourquoi l'Organisation des Nations Unies ne pourrait-elle modifier les conditions de versement de la prime de rapatriement ? N'est-elle pas d'autant plus libre que les droits du fonctionnaire *n'étaient pas* « expressément stipulés dans le contrat » ? (Il existe un argument distinct, relevé dans l'affaire *Quéguiner*, selon lequel les avantages et indemnités dont un fonctionnaire bénéficie pour les services accomplis avant l'entrée en vigueur d'un amendement ne peuvent être réduits ; cet argument sera examiné ci-après dans le contexte de l'affaire *Mortished*.)

101. Les limites contractuelles des droits acquis sont encore éclairées par la décision récente du Tribunal administratif de l'OIT dans l'affaire *de los Cobos et Wenger*, jugement n° 391 :

« 6. Un droit est acquis si son bénéficiaire peut en exiger le respect, nonobstant toute modification de texte. Tel est le cas, notamment, dans une double hypothèse.

D'une part, il y a lieu de considérer comme acquis un droit conféré par une disposition statutaire ou réglementaire et assez important pour avoir déterminé un agent à s'engager au service d'une organisation. Réduire ce droit sans le consentement de son titulaire, c'est porter atteinte aux conditions d'emploi sur le maintien desquelles les fonctionnaires peuvent compter.

D'autre part, le caractère acquis de droits résulte aussi des clauses contractuelles qui les prévoient et que les parties ont tenues pour intangibles. Il s'ensuit que tous les droits contractuels ne sont pas acquis, fussent-ils de nature pécuniaire ; encore faut-il que les parties aient exclu expressément ou implicitement leur restriction. Si le principe du paiement d'une indemnité peut faire l'objet d'un droit acquis, il n'en est pas nécessairement de même du mode de calcul de la prestation due, c'est-à-dire de son montant. » (P. 7.)

Peut-on prétendre que le droit de Mortished de percevoir la prime de rapatriement sans quitter son dernier lieu d'affectation lui était conféré par une disposition du statut et du règlement du personnel, et que ce droit était « assez important » – en supposant qu'il ait eu une importance quelconque – pour avoir déterminé Mortished lors de sa candidature ? Peut-on dire que ce droit résulte d'une « clause » du contrat de Mortished que les deux parties auraient tenue pour « intangible » ? S'il y a droit acquis à une indemnité, mais non pas forcément à son mode de calcul, ne peut-on soutenir que Mortished avait tout au plus un droit acquis à la prime de rapatriement mais non aux conditions d'octroi de cette prime ?

102. Le Tribunal administratif de l'OIT a mis en avant des arguments du même ordre dans l'affaire *Elsen et Elsen-Drouot*, jugement n° 368, page 7, où il s'est exprimé comme suit :

« 7. Certes, les indemnités allouées en raison de l'expatriation, pour frais d'éducation des enfants, ainsi qu'en remboursement des frais de congé, importent au fonctionnaire qui entre au service d'une organisation internationale. Aussi la suppression totale de ces indemnités léserait-elle, en principe, un droit acquis. Toutefois, le montant à verser et son mode de calcul ne sont pas l'objet d'un tel droit. Au contraire, le fonctionnaire doit envisager leur adaptation à des circonstances nouvelles, telles que la hausse ou la baisse du coût de la vie, le changement de la structure ou de la situation financière d'une organisation. Dès lors, la réduction de l'indemnité d'expatriation payée aux requérants n'a pas porté atteinte à un droit qui devait les déterminer à s'engager et puisse être considéré comme acquis. En outre, aucune clause de leur contrat ne leur garantissait, fût-ce taci-

tement, l'existence d'un droit de cette nature. Le moyen tiré de la prétendue violation d'un droit acquis est donc mal fondé. »

103. Le jugement n° 125, *Ho c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, est lui aussi d'un intérêt particulier. Dans cette affaire, Ho se plaignait d'avoir été injustement privé de son droit au congé dans les foyers, droit dont il avait bénéficié tant qu'il avait eu le statut de fonctionnaire recruté sur le plan international. Après qu'il eut décidé de changer de statut pour devenir résident permanent aux États-Unis, le Secrétaire général, exerçant les pouvoirs qu'il tient de la disposition 104.7 du règlement du personnel (citée au paragraphe 65 ci-dessus), décida que Ho avait perdu le droit à tous les avantages du recrutement « international », y compris le droit au congé dans les foyers, du fait de l'acquisition du statut de résident permanent aux États-Unis. Le Tribunal administratif, invoquant la disposition 104.7 du règlement du personnel, a conclu qu'en vertu de cette disposition Ho, « en acquérant le statut de résident permanent, a perdu le droit au congé dans les foyers » à la date à laquelle les services d'immigration et de naturalisation américains lui avaient accordé la résidence permanente (p. 135). Le Tribunal a estimé que

« la décision ... prise au nom du Secrétaire général ... constitue une application juridiquement inattaquable de la disposition 104.7 du règlement du personnel, étant donné que cette disposition autorise à décider que « le maintien de ces indemnités et avantages [entre autres, le congé dans les foyers] serait contraire à l'esprit dans lequel ils ont été institués ». Le Tribunal estime que, d'une manière générale, autoriser un fonctionnaire à bénéficier du congé dans les foyers alors qu'étant résident permanent il est considéré comme étant recruté sur le plan local, constituerait une anomalie contraire à l'esprit – c'est-à-dire au sens et à l'objet – du congé dans les foyers tel qu'il est établi et régi par le statut et le règlement du personnel. » (*Ibid.*)

Et le Tribunal ajoutait :

« Pour déterminer si le droit au congé dans les foyers, qui exige que soient remplies toutes les conditions prévues par le règlement du personnel (dispositions 104.7 et 105.3), existe ou non, il faut se reporter à la situation juridique qui était celle du fonctionnaire au moment où ce droit aurait pu être exercé.

Il ne saurait donc être question d'un droit antérieurement acquis au congé dans les foyers ni d'une éventuelle restitution de ce droit puisque même dans l'hypothèse où toutes les autres conditions requises pour que ce droit puisse éventuellement prendre naissance auraient été antérieurement remplies, il ne pourrait exister juridiquement que si le fonctionnaire, au moment où il va commencer à l'exercer, remplit toutes les conditions prévues par le règlement, en particulier celles qui exigent qu'il appartienne à la catégorie des fonctionnaires recrutés sur le plan international. » (*Ibid.*, p. 135-136.)

104. Le parallèle entre l'affaire *Ho* et l'affaire *Mortished* est frappant. Dans les deux cas, les « droits » au congé dans les foyers et à la prime de rapatriement sont mentionnés, ensemble, de la même manière et sur le même plan, dans la disposition 104.7 du règlement du personnel. Dans les deux cas, la question du statut de résident est d'une importance cruciale et, dans les deux cas, les intéressés ont choisi de changer de statut et de prendre celui de résident permanent dans le pays du lieu d'affectation. Par suite, dans les deux cas, et selon les termes de la disposition 104.7, le Secrétaire général était et demeure libre d'estimer que *Mortished*, tout comme *Ho*, était devenu résident permanent d'un pays autre que celui de sa nationalité. (S'il ne pouvait pas arriver à cette conclusion, l'élément essentiel de la thèse de *Mortished* serait discutable : *Mortished* ne peut à la fois soutenir qu'il veut acheter une maison en Suisse et y vivre, sans aucune intention ni de rentrer en Irlande ni de s'installer dans un autre pays, et prétendre qu'il ne peut être « réputé » avoir renoncé, en fait sinon en droit, au statut qu'il avait à l'origine comme fonctionnaire recruté sur le plan international ; voir ci-dessus par. 66). En tout état de cause, même si, à la différence de *Ho*, *Mortished* n'est pas réputé avoir changé de résidence permanente, la question de savoir si « le droit existe » doit être tranchée dans les deux cas « au moment où le droit aurait pu être exercé » ; le droit ne peut « exister juridiquement » que si le fonctionnaire, « au moment où il va commencer à l'exercer », remplit toutes les conditions prévues par le règlement. Ainsi *Mortished*, comme *Ho*, ayant choisi d'exercer un droit au moment où le droit invoqué n'existe plus, devait être débouté. Pour finir, refuser à *Ho* son congé dans les foyers et accorder à *Mortished* la prime de rapatriement « constituerait une anomalie contraire à l'esprit – c'est-à-dire au sens et à l'objet – de la prime de rapatriement telle qu'elle est établie et régie par le statut et le règlement du personnel.

105. On pourrait certes soutenir que, si le versement de la prime à *Mortished* est contraire à « l'esprit – c'est-à-dire au sens et à l'objet » de la disposition 109.5 telle qu'elle existait avant 1979 et telle qu'elle existe encore aujourd'hui, il n'est contraire ni à l'esprit ni aux termes de la disposition 109.5 *f*) telle que cette règle transitoire existait en 1979. Cela est vrai. Mais la difficulté est ici qu'en fait *Mortished* a exercé un droit à la prime de rapatriement au moment où ce droit n'existait plus, c'est-à-dire qu'il a excipé d'une règle transitoire alors que cette règle transitoire avait vécu et n'était plus en vigueur.

3. *L'exposé par le Tribunal de l'évolution de la pratique concernant la prime de rapatriement*

106. Ayant formulé sa conclusion sur les « obligations spéciales » assumées à l'égard de *Mortished*, le Tribunal examine l'évolution de la prime de rapatriement. Il note, au paragraphe VII du jugement, que le lien entre la prime de rapatriement et le retour dans le pays d'origine avait été rompu dans le règlement du personnel dès 1953 : le sens littéral du terme « rapatriement » était abandonné. Au paragraphe VIII, il cite les recomman-

dations faites en 1952 par le Comité consultatif pour les questions administratives qui relève du Comité administratif de coordination. Et il conclut :

« Le Tribunal constate toutefois que le document établi en 1974 [par le CCQA] prouve que le système proposé dès 1952 par le Comité consultatif pour les questions administratives a été effectivement suivi au bénéfice des fonctionnaires, même si aucun texte réglementaire de l'Organisation des Nations Unies ne le consacrait expressément. Les parties ont examiné la question de savoir si une pratique constamment suivie depuis près de trente ans pouvait faire naître un droit acquis au sens de l'article 12.1 du statut du personnel. Eu égard à la situation propre du requérant, le Tribunal estime qu'il n'a pas à se prononcer sur cette question *in abstracto*. »

Ainsi, le Tribunal ne se prononce pas sur la question de savoir si la pratique consistant à verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires restant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation « pouvait faire naître un droit acquis ».

107. Le Tribunal, examinant ensuite les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale et du Secrétaire général relativement à la prime de rapatriement (par. IX et X), conclut que le statut du personnel « reconnaît expressément que le régime de la prime de rapatriement rentre dans la compétence réglementaire du Secrétaire général... » (par. IX).

108. Puis le Tribunal évoque les rapports pertinents de la CFPI et les travaux de l'Assemblée générale, notamment au moment de l'adoption de la résolution 33/119. Décrivant le processus qui a conduit à cette adoption, le Tribunal reconnaît que, quand le Japon a proposé que « le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui peuvent y prétendre soit subordonné à la présentation, par les intéressés, de pièces justificatives attestant leur changement effectif de résidence, selon les modalités qui seront établies par la Commission », les modalités auxquelles songeait le représentant du Japon concernaient la présentation des pièces justificatives. Mais il cite ensuite l'intervention du Secrétaire général adjoint (voir par. 59 ci-dessus) où celui-ci préconisait « une certaine souplesse », pour la raison « qu'il s'agi[ssait] là d'un droit acquis ». Et il ajoute : « le Tribunal observe que ces propos [du Secrétaire général adjoint] n'ont pas été contestés et que rien dans la discussion ne précise quelles modalités [pourraient] être établies par la CFPI » (par. XI).

109. D'après moi, en concluant que les arguments du Secrétaire général adjoint n'ont pas été contestés, le Tribunal n'a pas interprété correctement les comptes rendus des débats. Comme il est indiqué au paragraphe 59 ci-dessus, trois représentants ont parlé immédiatement après le Secrétaire général adjoint en des termes qui écartaient toute idée de « souplesse ». Il est vrai qu'aucun orateur n'a expressément évoqué l'allusion aux droits acquis faite par le Secrétaire général adjoint ; mais la teneur des observations des trois représentants qui ont pris la parole exclut tout acquiesce-

ment à cet argument. De plus, le Tribunal pêche par manque de précision quand il dit qu'à aucun moment au cours du débat la nature des modalités qui devaient être établies par la CFPI n'a été spécifiée : le représentant du Japon a traité explicitement de cette question (son intervention est citée au paragraphe 59 ci-dessus). Ces remarques ne sont pas sans importance, car elles portent sur la question de savoir si, en publiant la disposition transitoire 109.5 *f*), le Secrétaire général et la CFPI ont agi dans le cadre des pouvoirs qui leur étaient conférés par la résolution 33/119. Le Tribunal soutient (par. XIV) que cette disposition transitoire a été « adoptée par le Secrétaire général à la suite d'une procédure définie par l'Assemblée générale dans sa résolution 33/119... » En réalité, le Secrétaire général a contrevenu aux termes de cette résolution, comme à l'intention de l'Assemblée, en adoptant les dispositions de ce texte.

110. Le Tribunal, rappelant ensuite le rôle de la CFPI dans la promulgation de la disposition transitoire de 1979, note que la CFPI s'est appuyée sur l'avis donné par le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation. Le Tribunal n'analyse pas cet avis. Il remarque que le Secrétaire général, « dans l'exercice de la compétence que lui confèrent l'article 9.4 et l'annexe VI du statut du personnel », a introduit dans la disposition 109.5 du règlement du personnel les alinéas *d*) et *f*), prévoyant que la réinstallation devait être prouvée et qu'à titre provisoire cette condition ne s'appliquerait pas aux fonctionnaires en service avant le 1^{er} juillet 1979 (par. XII). Et il constate que « pour la première fois, un texte du règlement du personnel reconnaissait que le droit à la prime de rapatriement pouvait exister sans que soit attesté le changement de résidence » (par. XIII).

4. *La question de l'abolition rétroactive du droit de Mortished*

111. Le Tribunal aborde ensuite la question de la rétroactivité en ces termes :

« XIV. La question se pose donc de savoir si le droit défini dans la disposition précitée en vigueur le 1^{er} juillet 1979, adoptée par le Secrétaire général à la suite d'une procédure définie par l'Assemblée générale dans sa résolution 33/119, a pu être aboli rétroactivement du fait de la suppression de l'alinéa *f*) par le Secrétaire général en conséquence de la résolution 34/165. »

Ce passage sur l'abolition rétroactive du droit me paraît constituer une affirmation plutôt qu'une justification. La résolution 34/165 a des effets pour l'avenir. Elle s'applique aux fonctionnaires qui prennent leur retraite après le 1^{er} janvier 1980. Elle ne vise pas à exiger des fonctionnaires partis à la retraite avant cette date, et ayant touché la prime de rapatriement bien qu'étant restés dans le pays de leur dernier lieu d'affectation, la restitution de cette prime. Pour pouvoir raisonnablement considérer la résolution 34/165 comme abolissant rétroactivement un droit acquis par les fonc-

tionnaires prenant leur retraite avant le 1^{er} janvier 1980, il faudrait que ce droit acquis existât. C'est là le point essentiel. Poser la question de l'abolition rétroactive d'un droit n'ajoute donc rien, ni dans un sens ni dans l'autre, à l'analyse du problème.

5. L'interprétation donnée par le Tribunal à l'intention de l'Assemblée générale en adoptant la résolution 34/165

112. Le Tribunal poursuit en évoquant les débats de l'Assemblée générale qui ont abouti à l'adoption de la résolution 34/165, et fait à ce sujet la surprenante déclaration ci-après :

« Le Tribunal constate qu'à aucun moment l'Assemblée générale n'a envisagé de compléter ou de modifier les textes du statut du personnel relatifs à la prime de rapatriement. L'Assemblée n'a pas non plus considéré le texte du règlement du personnel en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1979 et elle n'a aucunement prétendu que les dispositions introduites à cette date étaient frappées d'un vice qui en affecterait la validité. L'Assemblée s'est bornée à énoncer un principe d'action dont le Secrétaire général a tenu compte en établissant un nouveau texte de la disposition 109.5, texte qui, à dater du 1^{er} janvier 1980, a remplacé le texte antérieurement en vigueur sur la base duquel le requérant pouvait obtenir la prime de rapatriement. »

Le Tribunal aurait pu signaler que, si l'Assemblée générale n'a ni complété ni modifié le statut du personnel, c'est qu'elle estimait que ce statut correspondait à l'intention constante qui avait toujours été la sienne et ne pouvait légitimement prêter à une interprétation autorisant à verser la prime de rapatriement aux fonctionnaires s'installant dans le pays de leur dernier lieu d'affectation. Quant à l'assertion du Tribunal selon laquelle l'Assemblée générale n'aurait pas examiné le texte du règlement du personnel en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1979 et n'aurait jamais dit que les dispositions introduites à cette date étaient frappées d'un vice qui en affectait la validité, on a peine à la concilier avec les pièces qui figurent au dossier. Certes, si l'on s'en tient à la lettre de la résolution 34/165, l'Assemblée n'y critique pas expressément la CFPI et le Secrétaire général, et ne leur reproche pas d'avoir mal interprété et appliqué la résolution 33/119 ; mais c'est que tel n'est pas le langage habituel des résolutions administratives de l'Assemblée. L'examen du débat qui a précédé l'adoption de la résolution 34/165 à la Cinquième Commission (voir par. 68-90 ci-dessus) prouve que, contrairement à ce qu'affirme le Tribunal, la Commission a examiné le texte des dispositions pertinentes du règlement du personnel en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1979, en les discutant à fond et dans un esprit critique, et que, dans leur très grande majorité, les orateurs qui ont soutenu l'amendement des Etats-Unis destiné à devenir la résolution 34/165 (et qui ont sans doute voté pour cet amendement) étaient convaincus que ces dispositions s'écartaient de manière flagrante de la résolution 33/119 sur ce point, à savoir la clause transitoire. On peut penser, comme le Tribunal

administratif semble le faire, que l'Assemblée n'est pas allée jusqu'à considérer la clause transitoire comme entachée d'invalidité pendant la période où elle était en vigueur ; mais on ne peut pas en déduire que la résolution 34/165 autorisait directement ou indirectement le paiement de la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui en réclameraient ultérieurement le bénéfice sans produire de pièce attestant leur réinstallation.

6. *La conclusion du Tribunal suivant laquelle la prime de rapatriement serait « gagnée »*

113. Le Tribunal en arrive à la partie maîtresse de son jugement dans les paragraphes XV et XVI. Le paragraphe XV est ainsi conçu :

« Le Tribunal a eu plusieurs fois à examiner si un changement dans la réglementation applicable portait atteinte à un droit acquis. Il a jugé que le respect des droits acquis oblige au respect des droits expressément stipulés au profit du fonctionnaire dans le contrat. Le Tribunal a relevé au paragraphe VI ci-dessus que le droit à la prime de rapatriement avait été stipulé lors de l'engagement du requérant et que le lien entre le montant de la prime et la durée des services accomplis avait été également stipulé. Le Tribunal a également relevé au paragraphe VII ci-dessus qu'à l'époque de l'entrée en fonctions du requérant la prime était versée sans exigence de preuve de changement de résidence dans un autre pays que celui du dernier lieu d'affectation. D'autre part, le Tribunal a jugé que le respect des droits acquis signifie aussi qu'il ne peut être porté aucune atteinte à l'ensemble des bénéfices et avantages revenant au fonctionnaire pour les services rendus avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition réglementaire. Or, la prime de rapatriement est déterminée en fonction de la durée des services accomplis. Son montant est « proportionnel au temps que l'intéressé a passé au service de l'Organisation des Nations Unies », suivant l'annexe IV du statut du personnel. Ce lien a été expressément réaffirmé dans le texte de la disposition 109.5 *f*) du règlement du personnel qui vise les années et les mois de service « ouvrant droit à ladite prime déjà accomplis » au 1^{er} juillet 1979. Dans ces conditions, le lien établi par l'Assemblée générale et le Secrétaire général entre le montant de la prime et les services accomplis donne au requérant titre à se prévaloir d'un droit acquis nonobstant les termes de la disposition 109.5 du règlement entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980 et supprimant l'alinéa *f*) relatif au régime transitoire. Il appartient au Tribunal, comme dans le jugement n° 266 (*Capio*), de tirer les conséquences de toute méconnaissance d'un droit acquis. »

114. Les conclusions qui précèdent sont discutables à plus d'un titre. Le Tribunal commence par répéter qu'il s'appuie sur les droits « expressément stipulés au profit du fonctionnaire dans le contrat ». Mais, comme on l'a déjà vu, il omet de souligner que le contrat de Mortished en tant que tel ne parle pas de la prime de rapatriement, ni expressément ni d'aucune autre

manière, et que rien n'indique si les « crédits » mentionnés dans la « formule de mouvement de personnel » concernent une prime de rapatriement dont le versement est ou non subordonné à la preuve de la réinstallation.

115. Le Tribunal répète ensuite qu'à l'époque de l'entrée en fonctions de *Mortished* la prime était versée sans que la preuve de l'installation dans un autre pays que celui du dernier lieu d'affectation fût exigée. Il n'indique pas sur quoi repose la conclusion que, dès 1958, les Nations Unies payaient effectivement la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui demeuraient dans le pays de leur dernier lieu d'affectation. Cette supposition ne peut pourtant être faite à la légère, car, en 1958, le nombre de fonctionnaires ayant pris leur retraite était encore relativement faible, vu que l'Organisation n'existait que depuis une douzaine d'années. Or, les preuves manquent sur ce point. Puis le Tribunal affirme que « le respect des droits acquis signifie aussi qu'il ne peut être porté aucune atteinte à l'ensemble des bénéfices et avantages revenant aux fonctionnaires pour les services rendus avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition réglementaire ». Pour montrer que la prime de rapatriement correspond à des services rendus, le Tribunal fait valoir qu'elle est « déterminée en fonction de la durée des services accomplis » et conclut : « Dans ces conditions, le lien établi par l'Assemblée générale et le Secrétaire général entre le montant de la prime et les services accomplis donne au requérant titre à se prévaloir d'un droit acquis... »

116. J'estime que l'analyse qui précède n'est pas convaincante, pour les raisons suivantes. Il ressort de l'historique de la prime de rapatriement que celle-ci n'était pas un complément de traitement graduellement « gagné », mais un versement de fin de service destiné à aider les fonctionnaires à faire face aux dépenses qui s'imposent à eux à leur retour de l'étranger (voir par. 54 ci-dessus). Pareils versements de fin de service ne sont pas plus « gagnés » pendant le service que ne le serait une indemnité de départ. Les versements de départ ou de cessation de service visent à aider les fonctionnaires à faire face aux problèmes qu'ils rencontrent en fin d'emploi ; ils ne constituent pas une rémunération des services en cours. Quant au nombre d'années de service à l'étranger, c'est le montant payable au départ qu'il détermine, et non pas le droit lui-même. Dans sa réplique devant le Tribunal administratif, le défendeur en l'affaire *Mortished* résume bien la situation :

« 39. L'annexe IV du statut du personnel contient un barème de calcul du montant de la prime de rapatriement. Ce montant est calculé en fonction des « années de service continu hors du pays d'origine », du statut du fonctionnaire lors de la cessation de service (à savoir la catégorie à laquelle il appartient et l'existence d'enfants à charge ou d'un conjoint) et du traitement soumis à retenue pour pension de l'intéressé. *Le moment où est évaluée la situation de l'intéressé est toujours celui de la cessation de service.*

40. Le nombre des « années de service continu hors du pays d'ori-

gine » peut être réduit ou même totalement effacé si un fonctionnaire, après avoir été en poste hors de son pays d'origine, est muté à un poste dans ce pays. En 1964, le CCQA a convenu que le nombre d'années de service continu hors du pays d'origine pris en compte pour le calcul de la prime devait être réduit d'une année pour chaque six mois de service continu dans le pays d'origine, et qu'en cas de nouvelle mutation hors du pays d'origine, ce nombre devait être augmenté au même taux jusqu'à ce que le total antérieur soit de nouveau atteint, et qu'après cela ce nombre devait augmenter au taux ordinaire. Du fait qu'un fonctionnaire peut être affecté à n'importe quel poste en fonction de l'intérêt de l'Organisation (article 1.2 du statut du personnel) il s'ensuit que le nombre d'« années de service continu hors du pays d'origine » accumulé peut toujours être réduit (au moins jusqu'à six mois avant la cessation de service). Comme ce « solde » d'années de service continu peut être réduit ou effacé en cours de carrière, le défendeur estime qu'on ne saurait affirmer ... qu'un fonctionnaire a pendant la période de service un droit acquis au montant de la prime de rapatriement calculé d'après le « solde » des années de service continu hors du pays d'origine dont ce fonctionnaire dispose à un moment donné avant la cessation de service.

41. Un fonctionnaire peut perdre tout droit à la prime de rapatriement s'il est renvoyé sans préavis (annexe IV du statut du personnel), s'il abandonne son poste (disposition 109.5 *i*) du règlement du personnel) ou s'il décède en ne laissant ni enfants à charge ni conjoint (disposition 109.5 *m*) du règlement du personnel). La prime peut être réduite en cas de changement de statut du fonctionnaire (disposition 109.5 *j*) du règlement du personnel) ou en cas de rétrogradation (annexe IV du statut du personnel).

42. Le défendeur considère que si l'on examine dans leur ensemble les éléments réglementaires de ce système, par lequel la prime peut être réduite, augmentée ou même supprimée en cours de carrière, il est évident qu'un fonctionnaire ne peut pendant la même période « gagner » un droit au paiement de tout ou partie de la prime de rapatriement. Le droit à la prime est fonction des circonstances existant lors de la cessation de service et les conditions d'octroi de la prime en vigueur à ce moment doivent nécessairement être remplies.

45. Il convient de noter que si l'on suivait l'argumentation du requérant selon laquelle les droits à la prime de rapatriement et aux conditions d'octroi de celle-ci sont « gagnés » pendant la période de service, on aboutirait à une définition très large des « droits acquis » qui porterait considérablement atteinte à l'autorité que détient l'Assemblée générale, en vertu de l'article 101.1 de la Charte des Nations Unies, de fixer les conditions d'emploi du personnel de l'Organisation et enlèverait en pratique toute signification aux dispositions prévoyant

la possibilité d'amendement qui figurent dans le statut lui-même ainsi que dans les lettres de nomination. » (*Mortished c. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, réplique du défendeur, p. 14-15.)

117. Bref, l'interprétation la plus raisonnable du lien entre le montant de la prime de rapatriement et la durée des services du fonctionnaire prenant sa retraite est qu'il s'agit seulement d'une formule commode pour calculer ledit montant. La question de savoir si un fonctionnaire a droit à la prime n'a pas à être déterminée — et ne doit pas être déterminée — par l'existence de ce lien.

7. *La conclusion du Tribunal suivant laquelle la règle transitoire en elle-même est la source d'un droit acquis*

118. On remarquera que le jugement du Tribunal administratif, avant d'arriver à sa décision, justifie l'existence d'un droit acquis par deux motifs, à savoir : que l'Organisation aurait assumé contractuellement des obligations spéciales envers *Mortished* sur la question en cause ; et que *Mortished* aurait « gagné » la prime de rapatriement. On a vu que le premier motif est sans fondement, et que le second n'est pas plus convaincant. Le Tribunal, après avoir évoqué la possibilité d'un troisième motif — à savoir, que la pratique aurait été génératrice d'un droit acquis — l'a abandonné sans autre argument, conscient sans doute des difficultés qu'il soulevait. Venons-en au dernier argument du Tribunal, qui est exposé au paragraphe XVI de son jugement :

« En subordonnant le versement de la prime de rapatriement au requérant à la production d'une pièce attestant son changement de résidence, le défendeur a méconnu le droit acquis du requérant résultant pour lui du régime transitoire énoncé dans la disposition 109.5 f) en vigueur du 1^{er} juillet au 31 décembre 1979.

La position adoptée par le défendeur a pour effet de priver le requérant du versement de la prime de rapatriement. Ayant reconnu que le requérant était en droit de recevoir cette prime dans les conditions qui avaient été définies par la disposition 109.5 f), bien que celle-ci ait cessé d'être en vigueur à la date à laquelle le requérant a terminé ses services à l'Organisation des Nations Unies, le Tribunal constate que le requérant a subi un préjudice du fait de la méconnaissance de l'article 12.1 du statut du personnel et de la disposition 112.2 a) du règlement du personnel. Le requérant est donc en droit d'obtenir réparation de ce préjudice. Le préjudice doit être évalué au montant même de la prime de rapatriement dont l'octroi lui a été refusé. En conséquence, le Tribunal décide que le défendeur est tenu de verser au requérant, à titre de réparation, une somme égale au montant de la prime de rapatriement déterminé conformément à l'annexe IV du statut du personnel. »

119. Il est frappant que l'argument le plus substantiel du Tribunal soit présenté en quelques phrases seulement, à la fin du jugement. Encore la deuxième phrase du passage ci-dessus (« La position adoptée par le défendeur a pour effet de priver le requérant du versement de la prime de rapatriement ») est-elle inexacte. Le fait est que Mortished a conservé son droit au paiement de la prime de rapatriement pendant deux ans à compter de sa cessation de service, à condition de fournir une preuve de sa réinstallation hors de Suisse. La disposition 109.5 e) du règlement du personnel stipule qu'à compter du 1^{er} juillet 1979 : « Le droit à la prime de rapatriement s'éteint si l'intéressé ne présente pas de demande de paiement à cet égard dans les deux ans qui suivent la date effective de cessation de service. » Il s'ensuit que Mortished aurait pu percevoir la prime de rapatriement à condition de présenter avant le 30 avril 1982 une pièce attestant son changement de résidence. A l'époque où son cas a été jugé par le Tribunal administratif, Mortished avait encore près d'un an pour se réinstaller et prétendre au paiement de la prime de rapatriement (cf. l'opinion dissidente de M. H. Reis dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, par. 1). Cependant, l'essentiel du jugement du Tribunal est résumé dans la première phrase du paragraphe XVI : le « droit acquis » de Mortished résultait pour lui « du régime transitoire énoncé dans la disposition 109.5 f) en vigueur du 1^{er} juillet au 31 décembre 1979 ». Le rôle vital de cet argument dans la motivation du Tribunal est du reste confirmé au paragraphe XIV, où le Tribunal déclare que le « droit [de Mortished est entré] en vigueur le 1^{er} juillet 1979... »

120. Cet argument repose sur le raisonnement implicite suivant. Que la pratique consistant à payer la prime de rapatriement fût conforme ou non au statut et au règlement du personnel, et que la promulgation de la règle transitoire fût ou non compatible avec la résolution 33/119, le fait est que cette pratique a été suivie pendant quelque trente ans et que cette règle transitoire a été promulguée. Exercée apparemment dans le cadre des pouvoirs délégués au Secrétaire général, cette pratique a suscité chez Mortished et les autres fonctionnaires placés dans la même situation que lui certaines attentes relatives au versement de la prime de rapatriement, indépendamment de leur réinstallation ou non hors du pays de leur dernier lieu d'affectation. Cette attente a été confirmée et concrétisée en 1979 par la promulgation de la règle transitoire. Il s'ensuit que Mortished peut se prévaloir de cette règle, créatrice à son profit d'un droit acquis qui a survécu à la suppression de ladite règle dans le règlement du personnel. L'autorité à laquelle s'en remet le fonctionnaire est le Secrétaire général. Ce n'est pas au fonctionnaire de contester la régularité de l'interprétation donnée par le Secrétaire général au statut du personnel ou aux résolutions de l'Assemblée générale. Si celle-ci est mécontente de l'interprétation donnée à ces textes par le Secrétaire général, elle peut prendre les mesures appropriées, à condition que celles-ci n'empiètent pas sur les droits acquis d'innocents spectateurs tels que Mortished.

121. Cette façon de voir n'est pas sans mérites ; et si le jugement du Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de*

l'Organisation des Nations Unies peut être défendu, c'est uniquement de cette façon. Il est raisonnable en effet de supposer que Mortished et les autres fonctionnaires placés dans la même situation, ayant officieusement eu connaissance de la pratique consistant à payer la prime de rapatriement aux fonctionnaires qui ne changeaient pas de résidence, et ayant peut-être personnellement connu des exemples d'une telle pratique, espéraient bénéficier du même régime. Cependant, le jugement du Tribunal administratif évite expressément, et avec raison, de dire qu'un droit acquis aurait résulté de cette pratique. Les considérations d'équité en faveur de Mortished demeurent, mais la pratique en elle-même n'est pas créatrice de droit. La vraie source du droit acquis en dernière analyse, selon le Tribunal, c'est le fait que la disposition transitoire 109.5 f) est restée inscrite au règlement du personnel pendant sept mois environ. Elle y a été inscrite, il est vrai ; elle s'est appliquée pendant une brève période, il est vrai, avant que l'Assemblée générale n'ordonnât au Secrétaire général de la supprimer. Mais est-ce suffisant pour conférer à Mortished un droit acquis se poursuivant au-delà de la période d'application de cette disposition ?

122. Je soutiens que la disposition transitoire ne pouvait à elle seule donner à Mortished un droit acquis qu'il n'eût pas eu autrement, pour deux raisons. Tout d'abord, selon le statut du Tribunal administratif et la jurisprudence de celui-ci, un droit tel que le droit à la prime de rapatriement ne peut être exercé que conformément aux dispositions qui le régissent au moment où le bénéfice en est demandé. En second lieu, selon le statut du Tribunal administratif et la jurisprudence de celui-ci, l'Assemblée générale conserve le droit d'édicter ou d'imposer des modifications « statutaires » aux dispositions applicables du statut ou du règlement du personnel — modifications qui, même si elles restreignent les prestations accordées aux fonctionnaires, ne sont néanmoins pas considérées comme donnant lieu à indemnisation pour atteinte aux droits acquis.

123. Mortished aurait pu prendre sa retraite à tout moment entre le 30 avril 1980 et le 30 avril 1982 et percevoir la prime de rapatriement en présentant des pièces attestant son changement de résidence. Il aurait pu prendre sa retraite et percevoir la prime sans fournir la preuve de sa réinstallation, quand la disposition 109.5 f) était en vigueur ; cette possibilité lui a été offerte, il l'a repoussée. Du point de vue de son intérêt personnel, ce refus est compréhensible, mais son intérêt personnel ne l'affranchit pas de l'application des textes juridiques. Selon l'interprétation que le Tribunal administratif lui-même a donnée des textes, le droit « ne pourrait exister juridiquement que si le fonctionnaire, au moment où il va commencer à l'exercer, remplit toutes les conditions prévues par le règlement... » (*Ho c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, loc. cit.*, voir également *Majid c. Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies*, jugement n° 141, par. IV). Le statut du Tribunal administratif est d'ailleurs rédigé dans le même esprit, puisqu'il est dit à l'article 2 que le Tribunal est compétent pour connaître des requêtes invoquant l'inobservation du contrat d'engagement des fonctionnaires ou de leurs conditions d'emploi, et que les termes « contrats » ou « conditions

d'emploi » comprennent toutes dispositions pertinentes du statut et du règlement « en vigueur au moment de l'inobservation invoquée... » (Non seulement Mortished n'a pas exercé ses droits en vertu de la règle transitoire au moment où celle-ci était en vigueur, mais la règle n'était pas en vigueur quand Mortished a été transféré à l'Organisation des Nations Unies en 1958 ; et elle n'était pas non plus en vigueur en 1963 quand, ayant travaillé douze ans pour les Nations Unies, Mortished a atteint le maximum des années de service comptant pour la prime de rapatriement.)

124. De plus, si un droit a été conféré à Mortished sur la base de la règle transitoire, ce droit pouvait lui être retiré. Certes, l'article 12.1 du statut du personnel stipule :

« Les dispositions du présent statut peuvent être complétées ou amendées par l'Assemblée générale, sans préjudice des droits acquis des fonctionnaires. »

Mais il ne suffit pas de dire que Mortished avait un droit acquis en raison de la règle transitoire, et qu'en conséquence la possibilité d'amender le statut du personnel (ou le règlement du personnel qui en découle) ne pouvait porter atteinte à ce droit acquis. En effet, l'amendement que le Secrétaire général a apporté au règlement du personnel en exécution des directives de l'Assemblée générale, qui lui avait enjoint dans la résolution 34/165 de supprimer la disposition 109.5 f), était un amendement de caractère statutaire et non pas personnel. Cet amendement affectait les conditions d'octroi de la prime de rapatriement en général. Il n'affectait pas les relations contractuelles entre Mortished et le Secrétaire général. Bien au contraire, du fait que les conditions d'octroi de la prime de rapatriement s'appliquent à tous les fonctionnaires dans des conditions d'égalité et sont donc, pour reprendre les termes du Tribunal administratif des Nations Unies, réglementaires en ce qu'elles touchent « d'une façon générale à l'organisation de la fonction publique internationale et à la nécessité de son bon fonctionnement » (affaire *Kaplan*, citée ci-dessus au paragraphe 97), lesdites conditions d'octroi « sont toujours susceptibles d'être modifiées à toute époque, au moyen de dispositions arrêtées par l'Assemblée générale, et ces modifications s'imposent aux membres du personnel » (*ibid.*).

8. La pondération des considérations d'équité

125. Il est certain que Mortished avait des raisons de compter sur le paiement de la prime de rapatriement, qu'il présentât ou non la preuve de sa réinstallation ; les considérations d'équité jouant en sa faveur ne sont donc pas négligeables. D'un autre côté, il paraît difficile de conclure que Mortished, n'ayant de droit acquis ni en vertu de son contrat, ni du fait de la pratique administrative, avait néanmoins acquis le droit de ne pas prouver sa réinstallation grâce à une règle transitoire restée en vigueur sept mois, et qui avait cessé de l'être au moment où il a cherché à exercer le droit prétendument acquis, surtout si l'on considère :

– que la pratique administrative n'était conforme ni à la lettre ni à l'esprit de la disposition 109.5, et en particulier de l'alinéa *a*) de cette disposition, tel qu'il était rédigé depuis 1953 ;

– que la pratique administrative n'était conforme ni à la lettre ni à l'esprit de la disposition 104.7 *c*), laquelle, que l'on sache, était en vigueur à toutes les dates critiques en l'espèce ;

– que rien ne prouve que l'Assemblée ait été informée de la pratique administrative avant 1976, et encore moins qu'elle l'ait approuvée, et qu'à partir du moment où elle en a été indubitablement instruite, elle l'a critiquée avec de plus en plus de véhémence et a adopté deux résolutions visant expressément à l'abroger ;

– que la règle transitoire a été promulguée en contradiction manifeste avec les termes et l'esprit de la résolution applicable de l'Assemblée générale, à savoir la résolution 33/119 ;

– que l'Assemblée générale a abrogé la règle transitoire avec une promptitude et une fermeté inhabituelles, aussitôt qu'elle a eu l'occasion de le faire.

126. Les opinions peuvent différer sur le côté où doit pencher la balance, étant donné les considérations d'équité qui interviennent en l'espèce. On peut soutenir que Mortished ne devrait pas être victime de l'action des collaborateurs du Secrétaire général. Mais les considérations d'équité ne sont pas univoques.

9. Le Tribunal administratif pouvait-il appliquer la résolution 34/165 ?

127. On pourrait soutenir que le Tribunal administratif n'était pas habilité à appliquer la résolution 34/165, en faisant valoir que cette résolution ne modifiait pas le statut du personnel et ne donnait pas expressément ou formellement ordre au Secrétaire général d'amender le règlement du personnel ; que la compétence du Tribunal est définie à l'article 2 de son statut, qui dispose qu'il peut connaître des requêtes invoquant l'inobservation du contrat d'engagement ou des conditions d'emploi des fonctionnaires ; que l'article 2 définit les termes « contrat » et « conditions d'emploi » comme comprenant « toutes dispositions pertinentes du statut et du règlement en vigueur au moment de l'inobservation invoquée... » ; et qu'il ne mentionne pas les résolutions de l'Assemblée générale qui ne contiennent pas d'amendement auxdits statut et règlement. On pourrait donc prétendre qu'en ne donnant pas immédiatement effet à la résolution 34/165, le jugement du Tribunal administratif est fondé, puisque le Tribunal n'avait pas compétence pour donner un effet quelconque à cette résolution.

128. Un tel argument serait fallacieux. Comme la Cour l'a « souligné » dans l'affaire *Fasla*, « l'article 101, paragraphe 1, de la Charte donne à l'Assemblée générale le pouvoir de fixer des règles pour ce qui est des rapports avec le personnel... » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 173). C'est ce que la

Cour avait déjà affirmé dans son avis sur l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité* (C.I.J. Recueil 1954, p. 47, 58, 61), où elle avait déclaré qu'« aux termes des dispositions de l'article 101, l'Assemblée générale pouvait à tout moment limiter ou contrôler les pouvoirs du Secrétaire général en matière de personnel » (*ibid.*, p. 60). « A l'égard du Secrétariat, l'Assemblée générale a reçu de la Charte le pouvoir de fixer des règles... Les pouvoirs ne manquent pas pour traiter avec efficacité tout problème qui pourrait surgir... » (*ibid.*, p. 61). Rien ne dit – ni dans la Charte, ni dans les résolutions de l'Assemblée générale, ni dans le statut du personnel – que le pouvoir réglementaire de l'Assemblée ne peut s'exercer que par la voie du statut du personnel et des amendements à celui-ci. Comme l'a indiqué précédemment la Cour, on doit admettre que les Membres de l'Organisation, en assignant à la Cour certaines fonctions, « l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions » (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 179). « Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci. » (*Ibid.*, p. 182.)

129. Les exemples ne manquent pas de résolutions adoptées par l'Assemblée générale qui visent à réglementer – et qui réglementent effectivement – les relations avec le personnel, sans revêtir pour autant la forme d'articles du statut du personnel, d'amendements à ces articles ou de modifications apportées directement au règlement du personnel. On peut notamment se reporter aux résolutions 976 (X) : Indemnité de cherté de vie et indemnités pour charges de famille destinées au personnel du Siège de l'Organisation des Nations Unies ; 1310 (XIII) : Rémunération soumise à retenue pour pension ; 2480 (XXIII) : Composition du Secrétariat ; 2736 (XXV) : Composition du Secrétariat ; 3198 (XXVIII) : Conditions applicables aux voyages autorisés des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies ; 3418 (XXX) : Régime des traitements des Nations Unies ; 31/26 : Composition du Secrétariat ; 31/193 (B) : Corps commun d'inspection (traitements et conditions d'emploi des fonctionnaires du Secrétariat) ; 33/143 : Questions relatives au personnel ; et 35/210 : Questions relatives au personnel. L'examen de ces résolutions montre dans quelle mesure et avec quelle diversité de moyens l'Assemblée générale peut exercer sa compétence réglementaire en matière de relations avec le personnel, sans toujours le faire par voie d'amendement au statut du personnel ou au règlement qui en découle. On trouvera au paragraphe suivant certains précédents, extraits de la jurisprudence du Tribunal administratif, où de telles résolutions ont été invoquées.

130. Dans la jurisprudence constituée par le Tribunal administratif des Nations Unies, nombreuses sont les décisions qui tiennent compte des résolutions de l'Assemblée générale réglementant les questions de personnel sans apporter de modifications au statut ni entraîner nécessairement

une revision du règlement du personnel. Ainsi, dans son jugement n° 67, *Harris et autres c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, le Tribunal a affirmé :

« 5. Il convient alors d'examiner si, ainsi que le soutiennent les requérants, leur droit au remboursement de l'impôt dérive des résolutions de l'Assemblée générale.

Ces résolutions n'ont pas été incorporées dans le règlement du personnel, mais il n'est pas contesté par le défendeur que ces résolutions et les circulaires du Secrétaire général qui en ont assuré l'application constituent, pour les fonctionnaires visés par ces textes, des conditions d'emploi dont il appartient au Tribunal de connaître en application de l'article 2 de son statut.

Jusqu'en 1955, l'Assemblée n'a pas pris de résolution de portée permanente pour prévoir le remboursement des impôts nationaux. Toutefois, par suite du mécanisme permanent de la contribution du personnel, de l'attitude inchangée des Etats-Unis d'Amérique, le système du remboursement a subsisté d'année en année sans être incorporé dans un texte du règlement. » (*Jugements du Tribunal administratif des Nations Unies*, AT/DEC/1 à 70, p. 363-364.)

Dans le jugement n° 237, *Powell c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, le Tribunal administratif a rappelé que :

« Ce n'est que lorsque le système de remboursement des impôts a été établi de façon permanente que les dispositions relatives à la contribution du personnel et au remboursement des impôts ont été introduites, par la résolution 1095 (XI) de l'Assemblée générale, dans le statut du personnel pour constituer l'article 3.3. » (P. 19.)

Rien n'indique que le Tribunal administratif ait considéré ces dispositions comme moins effectives ou comme échappant en aucune façon à sa compétence pendant la période précédant leur inscription au règlement du personnel.

131. Un autre exemple, parmi tous ceux qui pourraient être cités, montre que, selon la jurisprudence du Tribunal administratif, celui-ci est habilité à invoquer et à appliquer les résolutions de l'Assemblée générale qui affectent la situation des fonctionnaires sans toutefois modifier le statut du personnel ni exiger un amendement au règlement du personnel :

« Le Tribunal a constamment reconnu que les résolutions de l'Assemblée générale constituent, pour les fonctionnaires qu'elles visent, des conditions d'emploi dont il appartient au Tribunal de connaître (jugements n° 67, *Harris et autres*, par. 5 ; n° 236, *Belchamber*, par. XVI ; n° 237, *Powell*, par. XI). Cela étant, le Tribunal décide que la résolution 31/193 B II pouvait être invoquée comme base du non-paiement des traitements dans les circonstances de l'espèce avant même d'être, conformément à la décision 33/433 de l'Assemblée générale, incorporée dans le statut du personnel.

VIII. La requérante prétend en outre que, du fait de son propre comportement et de celui de ses représentants, le défendeur s'était privé du droit d'invoquer la résolution 31/193 B II. Elle fait valoir qu'en n'incorporant pas pendant deux ans la résolution 31/193 B II dans le statut du personnel, le défendeur manifestait son intention de ne pas l'invoquer...

IX. Le Tribunal, ayant décidé qu'une résolution de l'Assemblée générale avait caractère obligatoire à l'égard de la requérante, fait observer que le fait de ne pas avoir demandé à l'Assemblée générale l'incorporation du texte en question dans le statut du personnel ne peut affecter le droit du défendeur d'appliquer cette résolution à la requérante. » (*Smith c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, jugement n° 249, p. 20 et 21.)

10. *Le Tribunal administratif a-t-il déterminé que la résolution 34/165 ne pouvait prendre immédiatement effet ?*

132. Il a été allégué que, par son jugement dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, le Tribunal administratif n'avait pas décidé que la résolution 34/165, subordonnant le paiement de la prime de rapatriement à la preuve de la réinstallation du fonctionnaire dans un pays autre que celui de son dernier lieu d'affectation, ne pouvait prendre immédiatement effet. La question posée dans la requête pour avis consultatif relèverait donc d'une erreur d'interprétation du jugement du Tribunal. Cette conclusion est d'ailleurs partagée par la Cour dans son avis (voir par. 55).

133. On a avancé plusieurs raisons à l'appui d'une telle thèse, mais ces raisons manquent de cohérence. La première est que le Tribunal mentionne à peine la résolution 34/165 dans son jugement, et ne dit pas expressément qu'elle ne pouvait prendre immédiatement effet. La seconde est que le Tribunal aurait effectivement donné immédiatement effet à la résolution 34/165, dans la mesure où il lui était possible de le faire sans porter atteinte aux droits acquis. Selon la troisième, non seulement le Tribunal aurait donné immédiatement effet à la résolution 34/165, mais toutes les conclusions du jugement en découleraient. Ces trois raisons seront examinées tour à tour.

134. Il est exact que le jugement du Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* fait peu référence à la résolution 34/165 et ne contient aucun refus exprès d'en appliquer les dispositions. Mais cela ne suffit pas à démontrer que le Tribunal n'a pas refusé de donner immédiatement effet à cette résolution. C'est l'effet réel du jugement qui compte, quelle que puisse être la discrétion observée par le Tribunal à l'égard de la résolution 34/165 et même si le jugement ne dit pas expressément qu'elle ne pouvait prendre immédiatement effet. Comme il est indiqué dans l'avis sur l'affaire *Fasla*, « la Cour doit tenir compte de la substance et pas seulement de la forme » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 189-190). Si en substance — en réalité —, le jugement du

Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished* n'a pas donné immédiatement effet à la résolution 34/165, le Comité des demandes de réformation n'a pas commis d'erreur d'interprétation en demandant un avis consultatif sur le point de savoir si la décision du Tribunal était légitime.

135. Il est parfaitement évident qu'en fait le jugement du Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished* ne donne pas immédiatement effet à la résolution 34/165, sinon, pourrait-on dire, de façon marginale ; et il est évident que le jugement du Tribunal administratif a décidé en fait que la résolution 34/165 de l'Assemblée générale ne pouvait prendre pleinement et immédiatement effet. En effet, le résultat est que *Mortished* et les fonctionnaires placés dans la même situation pourront invoquer la règle transitoire pour éviter de fournir la preuve de leur réinstallation dans un pays autre que celui de leur dernier lieu d'affectation. Pendant un certain nombre d'années, tous les fonctionnaires partant à la retraite ou offrant leur démission, et pouvant prétendre à la prime de rapatriement, feront entrer dans le calcul du montant qui leur sera payable les années de service antérieures au 1^{er} juillet 1979. En vertu du jugement du Tribunal administratif, ils

« conservent le droit au montant de la prime qui correspond aux années et aux mois de service ouvrant droit à ladite prime déjà accomplis à cette date, sans avoir à produire, en ce qui concerne cette période de service, une pièce attestant le changement de résidence » (ancienne disposition 109.5 f)).

Le jugement du Tribunal ayant été confirmé par l'avis de la Cour, on ne voit pas comment la résolution 34/165 pourrait avoir un quelconque effet immédiat, sauf dans le cas des rares fonctionnaires qui vont sous peu prendre leur retraite ou quitter l'Organisation sans avoir accumulé assez d'années de service avant le 1^{er} juillet 1979. A mesure que le temps passera, les fonctionnaires quittant l'Organisation sans avoir accumulé avant cette date la totalité ou une partie des années de service nécessaires seront de plus en plus nombreux ; l'effet de la résolution 34/165 ira donc croissant. Mais son effet immédiat est modeste. De surcroît, la résolution 34/165 décide que les fonctionnaires n'ont droit à « aucun montant » au titre de la prime de rapatriement, à moins qu'ils ne présentent des pièces attestant leur réinstallation. Pendant des années, presque tous les fonctionnaires prenant leur retraite ou donnant leur démission feront valoir un droit à la prime de rapatriement partiellement constitué avant le 1^{er} juillet 1979. En vertu du jugement du Tribunal dans l'affaire *Mortished*, les fonctionnaires qui ne fourniront pas la preuve de leur réinstallation auront droit à la partie de la prime qui se sera accumulée avant le 1^{er} juillet 1979, résultat qui ne saurait correspondre à l'intention de donner immédiatement effet à la résolution 34/165.

136. Si l'on prétend que, par son jugement dans l'affaire *Mortished*, le Tribunal a donné immédiatement effet à la résolution 34/165 dans la mesure où il lui était possible de le faire sans porter atteinte aux droits acquis, et que ledit jugement était donc légitime (voir à cet égard les

paragraphe 75 et 76 de l'avis de la Cour), il faut prouver que la thèse des droits acquis est légitime. Or, pour les raisons qui ont été exposées dans la présente opinion, la thèse des droits acquis n'est pas justifiée, et, comme on vient de le montrer, la conclusion du Tribunal relative aux droits acquis a pour conséquence que l'effet pratique immédiat donné à la résolution 34/165 est infime, ce qui justifie le libellé donné à la question dans la requête pour avis consultatif. On observera que l'argument qui tend à démontrer que le Tribunal a effectivement donné effet à la résolution 34/165 exigerait que la Cour examine le bien-fondé de la conclusion du Tribunal concernant les droits acquis, car, si les droits acquis ne sont pas établis en l'espèce, le fondement allégué pour l'interprétation donnée par le Tribunal de la résolution 34/165 disparaît. Le Tribunal ne peut avoir concilié la résolution 34/165 avec les droits acquis que s'il existe des droits acquis. La Cour semble le reconnaître dans son avis, tout en évitant de se prononcer sur la validité des conclusions du Tribunal relatives aux droits acquis et en se réfugiant dans l'affirmation que la tâche de la Cour n'est pas de statuer sur le bien-fondé de ces conclusions (par. 74, 76).

137. Le troisième argument est le plus subtil. Il consiste à affirmer que c'est de la résolution 34/165 elle-même que découle le jugement du Tribunal dans l'affaire *Mortished* et que, cela étant, le Tribunal a nécessairement donné effet — et même effet immédiat — à cette résolution. Sur quoi le Tribunal s'est-il fondé, demandent les tenants de ce raisonnement, pour conclure que *Mortished* devait recevoir réparation d'un préjudice évalué à une somme égale au montant de la prime de rapatriement ? Sur le fait que le Secrétaire général a donné effet à la résolution 34/165 en refusant à *Mortished* la prime de rapatriement, que ce refus a causé un préjudice à *Mortished* en violant ses droits acquis et que *Mortished* doit recevoir réparation de ce préjudice. Il n'y aurait donc nulle raison de prétendre que le Tribunal a refusé de donner immédiatement effet à la résolution 34/165 ; au contraire, son jugement serait fondé sur cet effet immédiat. Tel est le point de vue qu'adopte la Cour dans son avis (voir par. 55 et 56).

138. En dépit de sa logique, ce raisonnement n'est pas convaincant. Plus qu'il ne donne véritablement effet aux termes et à l'esprit de la résolution 34/165, il culbute ladite résolution. Il revient à dire à l'Assemblée générale : la résolution 34/165, cela est vrai, dit et veut dire « que, avec effet au 1^{er} janvier 1980, les fonctionnaires n'ont droit à aucun montant au titre de la prime de rapatriement à moins qu'ils ne présentent des pièces attestant qu'ils se réinstallent dans un pays autre que celui de leur dernier lieu d'affectation ». Donc, aucun fonctionnaire ne recevra de montant au titre de la prime s'il ne présente pas de telles pièces. Cependant, les fonctionnaires en question recevront une somme égale au montant auquel ils auraient eu droit si la résolution 34/165 n'avait pas été adoptée. Mais cela ne signifie pas qu'on ne donne pas immédiatement effet à la résolution 34/165. Pourquoi ? Parce que les sommes versées aux fonctionnaires ne le sont pas au titre de la prime de rapatriement, mais en réparation du refus de payer celle-ci.

139. Le simple énoncé de cet argument révèle sa vanité. L'Assemblée générale avait un objectif en vue lorsqu'elle a adopté la résolution 34/165 : exiger que tout fonctionnaire quittant l'Organisation et revendiquant une somme d'argent calculée sur la base de la prime de rapatriement fournisse la preuve de sa réinstallation. Cette intention ne reçoit nul effet, immédiat ou autre, si, le fonctionnaire ne fournissant pas cette preuve, on lui paie néanmoins – non pas à titre de prime de rapatriement, mais à titre de réparation pour refus de paiement – l'intégralité de ladite somme. En réalité, une telle façon de procéder vide de leur sens les termes de la résolution 34/165 et ignore l'intention qui animait l'Assemblée générale lorsqu'elle a adopté ce texte.

140. Mais, dira-t-on, l'Assemblée générale n'étant pas un organe judiciaire, il ne lui appartient pas de juger si ses fonctionnaires ont un droit acquis au paiement de la prime de rapatriement, qu'ils changent ou non de résidence ; l'Assemblée générale n'a pas, par la résolution 34/165 ni autrement, visé à anéantir des droits acquis ; au contraire, l'article 12.1 du statut du personnel reste en vigueur, en général et donc en ce qui concerne la prime de rapatriement ; il s'ensuit que l'Assemblée générale – à qui le Secrétaire général adjoint de l'Organisation et les conseillers juridiques de diverses institutions des Nations Unies ont signalé l'existence d'un droit acquis – doit être réputée s'en être remise au Tribunal administratif pour décider si un droit acquis est établi ou non. Et le Tribunal administratif ayant décidé que les fonctionnaires ont effectivement un droit acquis au paiement de la prime de rapatriement, sa décision clôt le débat.

141. Il est vrai que l'Assemblée générale n'est pas un organe judiciaire. Il est également vrai qu'elle n'a pas décidé d'écarter les droits acquis. Et il est exact qu'elle s'en est remise au Tribunal administratif pour la première décision judiciaire sur l'éventuelle existence d'un droit acquis à la prime de rapatriement. Mais l'organe compétent de l'Assemblée générale a demandé à la Cour de réformer ce jugement du Tribunal administratif en concluant à l'existence de bases sérieuses de contestation, à savoir que le jugement comporte une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies et constitue un excès de juridiction ou de compétence. Cette contestation ne peut être éludée par une sorte de pirouette juridique qui consiste à répondre à l'Assemblée générale que le problème est correctement et définitivement réglé, Mortished recevant la somme exacte en litige pour telle raison sinon pour telle autre.

11. Dans son jugement, le Tribunal a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte et a outrepassé sa juridiction

142. Considéré par rapport à ceux des motifs de contestation énumérés à l'article 11 du statut du Tribunal administratif qui ont été invoqués par le Comité des demandes de réformation, le jugement du Tribunal dans l'affaire *Mortished* soulève essentiellement trois questions :

- Le tribunal administratif avait-il juridiction ou compétence pour ne pas donner immédiatement effet à la résolution 34/165 ?
- L'exercice d'une telle compétence constitue-t-il une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies ?
- La conclusion du Tribunal concernant les droits acquis justifie-t-elle son refus, injustifié par ailleurs, de donner effet à la résolution 34/165 ?

143. J'estime avoir démontré ci-dessus (par. 132-139) que, par sa décision dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*, le Tribunal administratif a privé d'effet immédiat véritable une résolution de l'Assemblée générale par laquelle celle-ci visait à régler et a effectivement réglé un aspect des conditions d'emploi du personnel à compter du 1^{er} janvier 1980. Ce faisant, le Tribunal administratif a outrepassé sa juridiction. Celle-ci est définie par le statut du Tribunal. Comme la Cour l'a déjà affirmé à juste titre, la nécessité pour le Tribunal « [d'agir] dans les limites de sa compétence statutaire » et celle d'être un « tribunal régulièrement constitué » sont deux conditions préalables auxquelles est subordonnée la validité de ses jugements (*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, C.I.J. Recueil 1954*, p. 50, 51). La compétence du Tribunal, telle qu'elle est définie à l'article 2 de son statut, ne lui donne ni explicitement ni implicitement le pouvoir de passer outre aux résolutions de l'Assemblée générale. D'ailleurs, les travaux préparatoires indiquent le contraire. Le rapport de la Cinquième Commission relatif à la création du Tribunal administratif déclare à propos de l'article 2 du statut :

« le Tribunal serait tenu de respecter le droit qu'a l'Assemblée générale d'apporter au statut du personnel toutes les modifications et retouches que la situation pourrait demander. Il a été bien entendu que le Tribunal prendrait en considération l'intention qu'a l'Assemblée générale de ne pas permettre que se créent des droits acquis qui seraient de nature à l'empêcher de prendre des mesures qu'elle considérerait comme nécessaires... Aucun membre de la Commission ne s'est élevé contre ces interprétations, mais le représentant de la Belgique a exprimé l'avis que le texte du statut ferait autorité et qu'il appartiendrait au Tribunal de l'interpréter. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, annexes, point 44 de l'ordre du jour, p. 187.*)

144. Reconnaître au Tribunal administratif le pouvoir d'écarter ou d'ignorer les décisions de l'Assemblée générale revient à lui conférer un pouvoir de contrôle judiciaire à l'égard de celle-ci. Or le Tribunal ne jouit pas d'un tel pouvoir extraordinaire. De façon générale, l'Assemblée générale elle-même est dépourvue d'autorité législative : ses résolutions ont le caractère de recommandations. Mais, à l'intérieur de sa sphère très restreinte de compétence réglementaire, qui comprend l'établissement des conditions d'emploi du personnel conformément à l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, l'Assemblée générale, par les règles qu'elle adopte, lie

non seulement le Secrétaire général et le personnel mais aussi le Tribunal administratif. Le Tribunal administratif, lorsqu'il écarte en substance ces règles, outrepassé donc sa compétence.

145. L'avis de la Cour est différent. Sa conclusion, selon laquelle la décision du Tribunal n'enfreint pas la résolution 34/165 et ne constitue donc pas un excès de compétence de sa part, semble fondée sur la conviction que le Tribunal a agi dans les limites de l'article 2 de son statut et que, même si la décision du Tribunal sur les droits acquis – par laquelle il aurait appliqué et non pas enfreint la résolution 34/165 – est erronée au fond, ce jugement ne peut constituer un excès de compétence (par. 80). La Cour élude la question de savoir si, dans son jugement, le Tribunal interprète de façon erronée l'intention qui a conduit l'Assemblée générale à adopter la résolution 34/165.

146. Je soutiens que le raisonnement de la Cour n'est pas convaincant, pour les raisons suivantes. Premièrement, rien ne justifie que l'on méconnaisse l'intention qui animait l'Assemblée générale en adoptant la résolution 34/165 (voir ci-dessus par. 89). Le texte de la résolution est clair ; la teneur des débats qui ont précédé son adoption l'est plus encore. Le Secrétaire général adjoint de l'Organisation a parfaitement compris avant l'adoption de la résolution 34/165 ce que ce texte signifiait – l'abrogation complète de la règle transitoire – et c'est précisément pour cette raison qu'il a expressément mis en garde l'Assemblée contre son adoption (voir ci-dessus par. 79, 80, 81, 84). Dans ces conditions, il est difficile de croire que ce que le dossier démontre catégoriquement ait échappé à la Cour. Deuxièmement, il est parfaitement exact qu'à première vue le Tribunal a agi dans le cadre de sa juridiction ou de sa compétence en statuant sur les prétentions de M. Mortished. Mais là n'est pas la question. La question est la suivante : le Tribunal a-t-il agi dans les limites de sa compétence en ne donnant pas immédiatement effet à la résolution 34/165 ? La Cour répond à cette question par des arguments qui tendent à démontrer qu'en réalité le Tribunal a donné effet à la résolution 34/165. Mais, comme j'ai tenté de le montrer dans la présente opinion, ces arguments ne résistent pas à l'analyse, et j'estime donc que la démonstration de la Cour est sans valeur. Troisièmement, la conclusion de la Cour selon laquelle, en admettant même que la thèse du Tribunal relative aux droits acquis soit erronée, une telle erreur ne constituerait pas un excès de compétence, est, si j'ose dire, exagérément simpliste. Pour l'essentiel, la défense de la position du Tribunal face à l'accusation d'excès de compétence qui lui est faite consiste à rejeter cette accusation en prétendant que le Tribunal a simplement mis en accord la résolution 34/165 avec des droits acquis préexistants et ininterrompus. Or, si ces droits n'existent pas, le Tribunal n'a rien pu faire de ce genre. La Cour elle-même ne se prononce pas sur l'éventuelle existence de droits acquis : elle se borne à reprendre le raisonnement contenu dans le jugement du Tribunal, en ajoutant qu'il n'entre pas dans sa tâche d'en apprécier la validité. Mais, lorsqu'on examine le jugement du Tribunal dans sa substance, on constate que, sur cette question décisive, il est fort peu convaincant. Si donc l'on admet que la conclusion du Tribunal

concernant les droits acquis est mal fondée, il s'ensuit que le Tribunal n'a pas donné effet à la résolution 34/165, et que par ce refus il a outrepassé sa compétence. En ne donnant pas effet à la résolution 34/165, il a également commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies, ce qui d'ailleurs n'affaiblit en rien la conclusion relative à l'excès de compétence et ne peut que la rendre surabondante, étant donné que, sur le seul motif de l'erreur de droit, le jugement du Tribunal dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* est vicié.

147. La question de savoir si le Tribunal administratif a outrepassé sa compétence — qui soulève celle des pouvoirs relatifs de l'Assemblée générale et du Tribunal administratif, et de leur interaction en l'espèce — est également une question de droit concernant la Charte des Nations Unies. Elle intéresse au premier chef l'article 101, paragraphe 1, car c'est en vertu de ce texte que, comme la Cour l'a maintes fois répété, « l'Assemblée générale a compétence pour régler les relations avec le personnel... » (voir ci-dessus par. 128). Mais elle peut également intéresser d'autres articles de la Charte : l'article 97, relatif à la compétence du Secrétaire général en tant que plus haut fonctionnaire de l'Organisation ; l'article 17, relatif aux pouvoirs de l'Assemblée générale en matière budgétaire ; et l'article 22, concernant la compétence de l'Assemblée générale pour créer des organes subsidiaires. Elle peut même tendre à la répartition des pouvoirs implicites découlant de l'esprit de la Charte. Cependant, aux fins de la présente instance, il suffit de rappeler que ni l'article 101 ni aucun article de la Charte, ni le statut du Tribunal, n'autorisent le Tribunal administratif à annuler une résolution adoptée par l'Assemblée générale.

148. Le refus du Tribunal administratif de donner immédiatement effet à une résolution impérative de l'Assemblée générale constitue de sa part une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies. L'article 101, paragraphe 1, stipule que le personnel est nommé par le Secrétaire général conformément aux règles fixées par l'Assemblée générale — règles qui « énonce[nt] les conditions fondamentales d'emploi... du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies » (statut du personnel : portée et objet). « L'article 101, paragraphe 1, de la Charte donne à l'Assemblée générale le pouvoir de fixer des règles pour ce qui est des rapports avec le personnel... » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 173.) La résolution 34/165, bien que ne portant pas amendement au statut du personnel, fixait une règle relative aux conditions d'emploi du personnel du Secrétariat, règle que le Tribunal administratif était tenu d'appliquer en vertu de l'article 101, paragraphe 1 (et de sa propre jurisprudence sur l'interprétation de cet article ; voir ci-dessus par. 130-131). En ne donnant pas effet à cette résolution, le Tribunal administratif ne s'est pas conformé à l'article 101, paragraphe 1, et a ainsi commis une erreur de droit « concernant » une disposition de la Charte. C'est tout ce qui est exigé aux termes de l'article 11 du statut du Tribunal. Il n'est pas nécessaire que le Tribunal ait agi en violation directe d'une disposition de la Charte : il suffit qu'il ait

commis une erreur concernant une disposition de la Charte. C'est ce que le Tribunal a fait en l'espèce lorsqu'il a refusé, se fondant à tort sur les droits acquis, de donner effet à une disposition issue d'un acte accompli par l'Assemblée générale dans l'exercice de la compétence réglementaire que lui confère l'article 101, paragraphe 1, de la Charte.

149. Si l'erreur essentielle de droit concernant une disposition de la Charte est constituée par le refus du Tribunal de donner effet à un acte accompli par l'Assemblée générale dans l'exercice de la compétence réglementaire qu'elle détient en vertu de l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, cette erreur en englobe d'autres, plus spécifiques. L'article 11.2 du statut du personnel dispose que le Tribunal administratif, « suivant les conditions fixées dans son statut », se prononce sur les « requêtes des fonctionnaires qui invoquent la non-observation des conditions d'emploi, y compris toutes dispositions applicables du statut et du règlement du personnel ». Selon l'article 2 du même statut, le Tribunal applique « toutes dispositions pertinentes du statut et du règlement en vigueur au moment de l'inobservation invoquée... » Le Tribunal a commis une erreur en appliquant en faveur de Mortished une disposition qui *n'était pas* en vigueur à l'époque de l'inobservation invoquée, à savoir l'ancienne règle 109.5 *f*), dont la suppression résultait de l'application de la résolution 34/165. En décidant d'appliquer cette règle abrogée, il a fait échec à un acte accompli par l'Assemblée générale dans l'exercice de sa compétence en vertu de l'article 101, paragraphe 1. Il se peut aussi que le Tribunal ait commis une erreur en refusant d'appliquer une disposition pertinente qui *était* en vigueur à l'époque de l'inobservation alléguée, à savoir la disposition 104.7 *c*) du règlement du personnel. L'interprétation qu'il a donnée de l'annexe IV du statut du personnel — « Ont droit, en principe, à la prime de rapatriement les fonctionnaires que l'Organisation est tenue de rapatrier » — constitue également une erreur, car le Tribunal a ainsi fait échec à la compétence conférée à l'Assemblée générale par l'article 101, paragraphe 1, de réglementer les relations avec le personnel, et a refusé de donner toute sa portée à l'intention manifestée de façon répétée par l'Assemblée générale en adoptant et en maintenant cette disposition. En outre, dans la mesure où le Tribunal administratif a déformé l'intention incontestable qui animait l'Assemblée générale en adoptant les résolutions 33/119 et 34/165, et où il a interprété ces résolutions d'une manière incompatible avec ladite intention, il a commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte, à savoir le pouvoir de l'Assemblée générale de fixer des règles relatives au personnel, conformément à l'article 101, paragraphe 1.

150. Dans son avis, la Cour ne fait aucune place à la conclusion selon laquelle le jugement du Tribunal administratif a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies. Elle reconnaît que le Tribunal doit « accepter et appliquer les décisions prises par l'Assemblée générale conformément à l'article 101 de la Charte ». Elle conclut que c'est ce qu'a fait le Tribunal. Pourquoi ? Parce qu'il

« se trouvait en présence, non seulement de la résolution 34/165..., mais encore de l'article 12.1 du statut du personnel ... il devait donc interpréter et faire jouer ces deux séries de dispositions... La question n'est pas de savoir si le Tribunal s'est bien ou mal acquitté de sa tâche... La question – en fait le seul point sur lequel la Cour puisse statuer – consiste à savoir si le Tribunal a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies. Il est manifeste qu'il n'en est pas ainsi, puisque le Tribunal n'a fait qu'essayer d'appliquer au cas de *M. Mortished* les dispositions qu'il a jugées pertinentes du statut et du règlement du personnel établis sous l'autorité de l'Assemblée générale. » (Par. 76.)

151. J'estime que c'est là l'erreur capitale dans l'avis de la Cour. Pour les raisons exposées aux paragraphes précédents, ce qu'a fait le Tribunal en visant à concilier la résolution 34/165 avec des droits acquis inexistants constitue précisément une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, et notamment l'article 101, paragraphe 1. Par la résolution 34/165, l'Assemblée générale, agissant conformément à l'article 101, paragraphe 1, a réglementé les conditions requises pour bénéficier de la prime de rapatriement ; par son jugement, le Tribunal a évité de donner immédiatement effet à la règle posée par l'Assemblée ; pour ce motif tout d'abord, mais aussi pour d'autres raisons (voir ci-dessus par. 147-149), le Tribunal a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, puisqu'il a vidé de son objet exprès l'exercice par l'Assemblée du pouvoir réglementaire qui lui est conféré par la Charte. C'est inutilement que la Cour avance comme excuse qu'elle n'a pas à se prononcer sur la pertinence de la conclusion du Tribunal concernant les droits acquis, et que le fait que le Tribunal ait ou non agi judiciairement ne constitue « manifestement » pas une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte. Cette affirmation n'éclaire rien. Non seulement la Cour adopte ainsi une conception étroite et contestable de sa propre compétence (voir ci-dessus par. 19-29), mais en outre, même si on se fonde sur la conception restrictive de la Cour concernant sa compétence, cette affirmation est insoutenable du fait que la décision du Tribunal déroge de façon manifeste à la compétence réglementaire de l'Assemblée générale.

152. On pourrait ajouter que la question de savoir si *Mortished* avait en l'espèce un droit acquis ne concerne pas seulement l'article 101, paragraphe 1, mais aussi, les articles 101, paragraphe 3, et 100 de la Charte. On a dit, non sans raison, que la protection des droits pouvait avoir des effets sur le respect des conditions exigées des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies à l'article 101, paragraphe 3 – qualité de travail, compétence, intégrité – et également sur le respect de leur situation exclusive de fonctionnaires internationaux, conformément à l'article 100. Mais il faut souligner que l'affaire *Mortished* ne soulève pas la question des droits acquis dans l'abstrait, ni dans la multiplicité des contextes où elle peut surgir : elle soulève la question très précise des droits acquis des fonctionnaires internationaux, question qui doit être examinée dans le seul contexte

des organisations internationales et compte tenu de la jurisprudence qui s'est constituée à cet égard au sein des tribunaux administratifs internationaux. Ainsi, même si ce que ces tribunaux et la Cour peuvent dire à propos des droits acquis dans ce contexte précis est d'un intérêt limité – voire nul – pour les droits acquis dans d'autres contextes, leurs décisions peuvent assurément « concerner » les articles de la Charte qui sont à la base du caractère juridiquement international du Secrétariat des Nations Unies. Même en adoptant une conception restrictive de la compétence de la Cour en vertu de l'article 11 du statut du Tribunal, on peut voir là une raison d'examiner le bien-fondé de la conclusion du Tribunal concernant les droits acquis, en plus de celle qui ressort nettement de l'article 101, paragraphe 1, de la Charte. Si on constate que la conclusion du Tribunal est viciée, si on constate que le Tribunal étend la théorie des droits acquis de manière déraisonnable, on peut affirmer que, ce faisant, non seulement il porte atteinte au pouvoir réglementaire de l'Assemblée générale résultant de l'article 101, paragraphe 1, mais il contredit en outre les articles 101, paragraphe 3, et 100, dans la mesure où l'extension injustifiée des droits acquis peut affaiblir ces mêmes droits à l'intérieur de leurs limites propres, alors que ces droits, lorsqu'ils sont ainsi limités, renforcent l'efficacité de ces articles. Pour les raisons exposées dans la présente opinion, je suis d'avis que la décision du Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies* est gravement défectueuse, en ce qu'elle élargit abusivement la théorie des droits acquis.

153. La conclusion du Tribunal administratif concernant les droits acquis de *Mortished* lui donne-t-elle le pouvoir – qui ne lui appartient pas par ailleurs – de ne pas donner effet à la résolution 34/165 ? Comme il est indiqué plus haut, on a soutenu que le Tribunal n'avait pas refusé de donner immédiatement effet à la résolution 34/165, mais qu'il avait fait jouer contre cette résolution les droits acquis de *Mortished* ; que le Tribunal avait concilié la résolution 34/165 avec les droits acquis de *Mortished*, préexistants et ininterrompus ; et qu'ayant affirmé l'existence de ces droits il n'avait pu donner effet à la résolution 34/165 que dans la mesure où elle était compatible avec eux.

154. Comme je l'ai déjà dit, ce raisonnement ne serait convaincant que si la thèse de l'existence d'un droit acquis était fondée. Je crois avoir démontré qu'elle ne l'est pas. Ainsi, dans la mesure où la conclusion du Tribunal concernant les droits acquis lui sert de justification pour ne pas donner immédiatement effet à la résolution 34/165 conformément aux termes de celle-ci et à l'intention exprimée par l'Assemblée générale, cette justification disparaît, et c'est cette même conclusion qui est la source de l'erreur commise par le Tribunal en faisant échec au pouvoir que la Charte donne à l'Assemblée générale de fixer des règles concernant les relations avec le personnel, conformément à l'article 101, paragraphe 1. Il va de soi cependant qu'on ne peut se prononcer ainsi qu'après avoir analysé le bien-fondé de la conclusion du Tribunal selon laquelle *Mortished* avait un droit acquis à la prime de rapatriement sans avoir à fournir la preuve de sa

réinstallation. C'est pourquoi j'estime que la Cour ne pouvait ni ne devait se dérober à un examen au fond du jugement du Tribunal administratif dans l'affaire *Mortished c. le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies*.

155. On remarquera enfin que le jugement du Tribunal sur la question des droits acquis ne concerne pas seulement l'article 101, paragraphe 1, dans la mesure où cette décision dénie à l'Assemblée générale l'exercice de la compétence que lui confère cet article. Si l'on adopte une conception plus large de la compétence que la Cour tient de l'article 11 du statut du Tribunal (voir ci-dessus par. 18-29), la Cour dispose d'un motif juridictionnel supplémentaire d'examiner au fond le jugement du Tribunal, puisqu'elle a alors qualité pour réexaminer au fond l'interprétation donnée par le Tribunal aux dispositions du statut du personnel découlant de l'article 101, paragraphe 1 — à condition que ce réexamen concerne une affaire « exceptionnelle ». Manifestement, l'affaire *Mortished*, qui est la première à avoir été portée devant la Cour sur l'initiative d'un Etat Membre invoquant l'article 11, a un caractère exceptionnel, car elle soulève des questions inhabituelles concernant les relations et les rapports entre l'Assemblée générale, d'une part, et, d'autre part, le Secrétaire général, la Commission de la fonction publique internationale, le Comité administratif de coordination, le Comité consultatif pour les questions administratives et, surtout, le Tribunal administratif. Si la Cour avait exercé cette compétence, elle n'aurait pu, pour les raisons précitées, conclure que l'interprétation des droits acquis donnée par le Tribunal dans l'affaire *Mortished* était conforme au statut du personnel, étant donné la jurisprudence sur ce point des tribunaux administratifs du système des Nations Unies.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
RÉSUMÉ (p. 454-457)	
I. LA COMPÉTENCE DE LA COUR	2-38
1. Les dispositions du Statut de la Cour et le caractère judiciaire de la Cour	3-7
2. Les dispositions du statut du Tribunal administratif	8-30
A. Les termes du statut	8-10
B. Les travaux préparatoires	11-28
i) Raisons du recours aux travaux préparatoires	11
ii) La Cour suggère une procédure de réformation pour les jugements du Tribunal administratif	12
iii) L'Assemblée générale donne suite à la suggestion de la Cour	13
iv) Le rapport du Secrétaire général sur les procédures de réformation	14-17
v) Les travaux du Comité spécial et son rapport	18-24
vi) L'examen de la question par la Cinquième Commission	25-28
C. Conclusions sur la portée du pouvoir de réformation de la Cour au motif de l'erreur de droit	29-30
3. L'interprétation des statuts des tribunaux administratifs par la Cour dans l'affaire des <i>Fonctionnaires de l'Unesco</i> et dans l'affaire <i>Fasla</i>	31-38
A. L'affaire des <i>Fonctionnaires de l'Unesco</i>	31-33
B. L'affaire <i>Fasla</i>	34-38
II. ORIGINES ET ÉVOLUTION DE LA PRIME DE RAPATRIEMENT	39-90
1. Les débuts de la prime de rapatriement et l'intention à laquelle elle répondait (1949-1950)	40-41
2. Le CCQA s'écarte de l'intention exprimée par l'Assemblée générale (1951-1952)	42-46
3. L'Assemblée générale n'est apparemment pas informée que la pratique suivie s'écarte du principe adopté	47
4. L'Assemblée générale apprend que la réinstallation dans un pays tiers suffit	48
5. La justification de la pratique par le CCQA	49-50
6. Les amendements au statut du personnel n'éclairent pas l'Assemblée générale sur la pratique suivie	51
7. La pratique suivie est évoquée pour la première fois à l'Assemblée générale en 1976	52
8. Le CCQA ne mentionne pas la pratique suivie	53
	230

	<i>Paragraphes</i>
9. Le rapport révélateur de la CFPI en 1978	54-55
10. Les réactions de la Cinquième Commission au rapport de la CFPI	56-57
11. La résolution 33/119 de l'Assemblée générale interdit le paiement de la prime aux fonctionnaires non réinstallés	58-59
12. La résolution 33/119 est rendue inopérante	60-64
A. La circulaire du Secrétaire général	60
B. La CFPI recommande une règle transitoire	61
C. L'avis du bureau des affaires juridiques	62
D. Le texte de l'article 9.4 du statut du personnel, de l'annexe IV audit statut et de la disposition 109.5 du règlement du personnel	63
E. Analyse de l'avis du bureau des affaires juridiques	64
13. La non-application de la disposition 104.7 du règlement du personnel	65-66
14. Le Secrétaire général édicte la disposition transitoire 109.5 f)	67
15. Les réactions de l'Assemblée générale à l'interprétation de la résolution 33/119 par la CFPI et le Secrétaire général : l'adoption de la résolution 34/165	68-88
16. Quelle était l'intention de l'Assemblée générale en adoptant la résolution 34/165 ?	89-90
III. LE JUGEMENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF EN L'AFFAIRE <i>MORTISHED C. LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES</i>	
1. Y avait-il des obligations spéciales, de nature contractuelle, à l'égard de Mortished ?	92-98
2. La jurisprudence du Tribunal administratif contredit les prétentions de Mortished	99-105
3. L'exposé par le Tribunal de l'évolution de la pratique concernant la prime de rapatriement	106-110
4. La question de l'abolition rétroactive du droit de Mortished	111
5. L'interprétation donnée par le Tribunal à l'intention de l'Assemblée générale en adoptant la résolution 34/165	112
6. La conclusion du Tribunal suivant laquelle la prime de rapatriement serait « gagnée »	113-117
7. La conclusion du Tribunal suivant laquelle la règle transitoire en elle-même est la source d'un droit acquis	118-124
8. La pondération des considérations d'équité	125-126
9. Le Tribunal administratif pouvait-il appliquer la résolution 34/165 ?	127-131
10. Le Tribunal administratif a-t-il déterminé que la résolution 34/165 ne pouvait prendre immédiatement effet ?	132-141
11. Dans son jugement, le Tribunal a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte et a outrepassé sa juridiction	142-155