

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
Observations liminaires	1
I. LA QUESTION 1	
A. Le problème de l'obstacle juridique	2-7
B. Origine fluctuante de la rédaction de la question au Comité des demandes de réformation	8-13
II. LA QUESTION 2	
A. La Cour en tant que juridiction d'appel de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies dans certains cas particuliers	14-18
B. Le jugement n° 333 du Tribunal administratif	19-24
C. Expectative juridique de continuation d'emploi et prise en considération équitable du cas du requérant aux fins d'une nomination de carrière	25-29
D. Etendue de l'exercice par le Secrétaire général de son pouvoir discrétionnaire	30-39

1. Je souscris en principe au dispositif de la décision de la Cour. Néanmoins, j'estime devoir exprimer mon opinion car je m'écarte dans une certaine mesure du raisonnement suivi par la Cour pour rédiger son avis consultatif. En particulier, j'estime que la question 1 reposait sur des bases erronées; en ce qui concerne la question 2, le paragraphe B, alinéa 2, du dispositif me paraît entièrement acceptable, mais pour d'autres raisons que celles qui sont données dans l'avis.

I. LA QUESTION 1

A. Le problème de l'obstacle juridique

2. J'estime que la première question posée à la Cour par le Secrétaire général, à la suite de la décision du Comité des demandes de réformation de jugements du Tribunal administratif, reposait sur des bases erronées. Elle est libellée comme suit :

« Dans son jugement n° 333, du 8 juin 1984 (AT/DEC/333), le Tribunal administratif des Nations Unies a-t-il manqué d'exercer sa juridiction *en ne répondant pas à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement du requérant à l'Organisation des Nations Unies après la venue à expiration de son contrat le 26 décembre 1983?* » (Les italiques sont de moi.)

3. Lorsqu'une demande de réformation est présentée par un fonctionnaire, le Comité ne peut s'en remettre à la Cour que si le Tribunal administratif a rejeté une allégation d'inobservation par le Secrétaire général du contrat d'engagement ou des conditions d'emploi dudit fonctionnaire, comme c'est le cas en la présente affaire. Le non-exercice par le Tribunal de sa juridiction constituerait certainement un motif pour demander un avis consultatif à la Cour, bien qu'on voie mal sur quoi on pourrait se fonder pour prétendre que le Tribunal administratif n'a pas exercé sa juridiction quand il a rendu un jugement sur le fond, bien ou mal fondé (c'est là une autre question). En l'espèce, il est sans doute établi que le Tribunal n'a pas examiné la question même de l'existence ou de l'absence d'un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement de M. Yakimetz. Avant toute chose, il faut dès lors se demander pourquoi, pour le Comité, le fait que le Tribunal administratif n'avait pas traité directement cette question dans son jugement n° 333 aurait pu constituer un motif pour demander si le Tribunal avait manqué d'exercer sa juridiction.

4. Le requérant, M. Yakimetz, avait demandé dans sa requête au Tribunal administratif « de juger et de déclarer qu'il n'existait pas d'obstacle

juridique au renouvellement de [son] engagement ... à l'Organisation des Nations Unies après la venue à expiration de son contrat, le 26 décembre 1983 » ; or, dans les pièces qu'il a produites, M. Yakimetz n'a pas étayé l'assertion selon laquelle le Secrétaire général était parvenu à la conclusion que son contrat ne pouvait pas être renouvelé ou qu'une nomination de carrière devait lui être refusée au motif qu'il y avait un obstacle juridique à son réengagement. Le défendeur, le Secrétaire général, a à peine mentionné la question de l'obstacle juridique dans sa réplique, apparemment parce qu'il n'estimait pas que le problème de l'obstacle juridique pût avoir motivé le refus de réengager le requérant. Le Tribunal n'a pas non plus débattu la question en tant que telle, apparemment parce qu'à son avis elle n'aurait eu de sens que si la constatation d'un obstacle juridique avait joué un rôle dans la décision que le Secrétaire général avait prise de ne pas renouveler le contrat du requérant ni de lui accorder une nomination de carrière.

5. Pourquoi dès lors le Tribunal administratif aurait-il dû répondre à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique quelconque au réengagement de M. Yakimetz, question qui semblait n'avoir joué aucun rôle dans la décision du Secrétaire général de ne pas maintenir M. Yakimetz en fonctions ? Le Comité a-t-il estimé que le Secrétaire général, en refusant de prolonger le contrat de M. Yakimetz ou de lui accorder une nomination de carrière, n'avait peut-être pas respecté les clauses contractuelles puisque i) il n'avait pas dit expressément qu'il *existait* vraiment un obstacle juridique ou ii) il n'avait pas indiqué explicitement qu'il n'y en avait *pas* ? A-t-il en outre estimé que le Tribunal administratif aurait dû se prononcer pour une des deux branches de l'alternative ? Le fait que le Tribunal administratif n'a pas jugé nécessaire de répondre à la question de savoir s'il existait ou non un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement de M. Yakimetz n'a pas d'effet sur l'exercice de sa juridiction. Il semble que le Comité ait posé la première question à la Cour en se fondant sur la simple présomption que le requérant était en droit d'attendre du Tribunal que ce dernier se prononce sur chacune des conclusions qu'il avait présentées et que, si le Tribunal omettait de se prononcer sur un seul des motifs, cela constituerait un manquement à l'exercice de sa juridiction même si, de l'avis du Tribunal, la question soulevée n'était pas essentielle pour lui permettre de statuer. A ce propos, il y a lieu de relever que le Comité semble n'avoir tenu aucun compte du fait que le Secrétaire général avait soutenu devant le Tribunal administratif et devant le Comité que l'existence ou l'absence d'un obstacle juridique n'avait pas du tout compté dans sa décision de ne pas maintenir M. Yakimetz en fonctions.

6. En outre, dans son jugement, le Tribunal a effectivement traité un des aspects de l'obstacle juridique : la question de savoir si les conditions d'emploi de M. Yakimetz étaient susceptibles de s'opposer à ce qu'il obtienne une nomination de carrière à l'expiration de son contrat. L'examen de cette question l'a conduit à conclure que M. Yakimetz n'était pas en droit de compter sur une nomination de carrière. Le Tribunal administratif a-t-il eu raison ou non de conforter ainsi le point de vue du Secrétaire

général selon lequel M. Yakimetz n'était pas en droit d'escompter une nomination de carrière? C'est un point à examiner dans le cadre de la seconde question sur laquelle la Cour a été priée de donner un avis consultatif.

7. Même en admettant que la question de savoir si un obstacle juridique existait ou non n'a pas été traitée, en tant que telle, dans le jugement du Tribunal administratif, on ne saurait en conclure que le Tribunal peut ainsi avoir manqué d'exercer sa juridiction. A fortiori, on ne peut soutenir que le silence du Tribunal sur la question de l'obstacle juridique permet d'invoquer le motif que le Tribunal n'a pas exercé sa juridiction. La première question était donc fondée sur des prémisses erronées.

*B. Origine fluctuante de la rédaction de la question
au Comité des demandes de réformation*

8. Il me semble utile d'examiner la manière dont la première question a été rédigée par le Comité des demandes de réformation. Le requérant, M. Yakimetz, a demandé au Comité, le 21 juin 1984, de prier la Cour de donner un avis consultatif; il a invoqué les quatre motifs ci-après, qui sont tout simplement, à peu de choses près, ceux pour lesquels, selon le statut du Tribunal, il est permis de contester un jugement de cette juridiction (statut du Tribunal administratif des Nations Unies, art. 11, par. 1):

« I. Le Tribunal a outrepassé sa juridiction ou sa compétence.

II. Le Tribunal n'a pas exercé sa juridiction.

III. Le Tribunal a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies.

IV. Le Tribunal a commis, dans la procédure, une erreur essentielle qui a provoqué un mal-jugé. » (A/AC.86/R.117.)

Le Comité, qui a examiné la demande de M. Yakimetz lors de trois séances privées tenues les 21, 22 et 23 août 1984, a décidé par 25 voix contre zéro, avec 3 abstentions, et par 13 voix contre 11, avec 4 abstentions, que la demande du requérant ne reposait pas sur des bases sérieuses au regard des motifs I et IV respectivement. D'autre part, le Comité a décidé, par 16 voix contre 9, avec 3 abstentions, dans l'un et l'autre cas, que la demande du requérant reposait sur des bases sérieuses au regard des motifs II et III (A/AC.86/30). En d'autres termes, le Comité s'est prononcé pour le renvoi de la question de savoir si le jugement n° 333 devait être réexaminé aux motifs que « le Tribunal administratif n'avait pas exercé sa juridiction... » (*ibid.*, par. 10) et que « le Tribunal avait commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies... » (*ibid.*, par. 11).

9. Les débats du Comité qui ont conduit à la formulation des deux questions à poser à la Cour ont eu lieu en séances privées et leur teneur n'a pas été divulguée. Il ressort toutefois du rapport du Comité (A/AC.86/30) qu'au vu des votes qui avaient eu lieu sur les différents mo-

tifs le Comité a mis au point le libellé des questions sur lesquelles il prierait la Cour de donner un avis consultatif et que le président a appelé l'attention des membres du Comité sur un projet de proposition officieux présenté par la délégation du Royaume-Uni. Dans ce projet, les questions étaient rédigées comme suit :

« 1) Dans son jugement n° 333, du 8 juin 1984 (A/AT/DEC/333), le Tribunal administratif des Nations Unies a-t-il manqué d'exercer sa juridiction *ou a-t-il commis, dans la procédure, une erreur essentielle qui a provoqué un mal-jugé lorsqu'il n'a pas répondu à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement du requérant à l'Organisation des Nations Unies après la venue à expiration de son contrat le 26 décembre 1983?*

2) Le Tribunal administratif des Nations Unies, dans le même jugement n° 333, a-t-il commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies, *en particulier les articles 100 et 101?* » (A/AC.86/R.120.) (Les italiques sont de moi.)

Les membres de phrase en italiques avaient été ajoutés aux textes sur lesquels le Comité avait voté et statué. Le projet de proposition, en se référant au fait que le Tribunal aurait commis, « dans la procédure, une erreur essentielle qui a provoqué un mal-jugé », a tenté de réintroduire le motif IV de la demande originale de M. Yakimetz, motif qui avait été précédemment rejeté par le Comité. Par ailleurs, les mots « lorsqu'il n'a pas répondu à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement... » ont été ajoutés au motif II de la demande.

10. Le texte définitif adopté par le Comité par 16 voix contre 9, avec une abstention, ne contient pas de référence au motif IV (qui avait déjà été rejeté) mais la référence à l'obstacle juridique qui avait été ajoutée dans le projet de proposition officieux du Royaume-Uni. Il convient de noter que, dans la première question (motif II) (telle qu'elle est reproduite au paragraphe 2 ci-dessus) sur laquelle la Cour a été priée de donner un avis, le membre de phrase « en ne répondant pas à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement du requérant à l'Organisation des Nations Unies après la venue à expiration de son contrat le 26 décembre 1983 » — qui ne figure ni dans le texte de la demande adressée par M. Yakimetz au Comité ni dans la décision initiale du Comité (voir les citations pertinentes au paragraphe 8 ci-dessus) — avait été ajouté à la suite du projet de proposition officieux présenté par le représentant du Royaume-Uni. On ne voit pas bien non plus si, dans ce projet, le membre de phrase en question devait porter à la fois sur le non-exercice de la juridiction et sur l'erreur essentielle commise dans la procédure.

11. Lors d'une séance publique du Comité tenue le 28 août 1984, la décision du Comité a été officiellement annoncée par son président, plusieurs jours après avoir été prise; à cette occasion, quelques représentants ont fait des déclarations conformément à l'article VII, paragraphe 4, du

règlement intérieur du Comité. Les représentants du Bhoutan, de l'Union soviétique et de la Tchécoslovaquie se sont déclarés hostiles à la demande de M. Yakimetz; seuls les représentants de la France et des Etats-Unis lui ont apporté leur soutien.

12. Le représentant de la France a déclaré :

« ma délégation est d'accord avec la majorité du Comité pour estimer que la demande de M. Yakimetz repose sur des bases sérieuses au sens du paragraphe 2 de l'article 11 du statut du Tribunal administratif lorsqu'elle fait valoir que le Tribunal n'a pas répondu à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement du requérant à l'ONU après la venue à expiration de son contrat, le 26 décembre 1983. Toutefois, ma délégation aurait tendance à penser que ce grief relève, non pas du motif selon lequel le Tribunal n'aurait pas exercé sa juridiction, mais plutôt de celui selon lequel il aurait commis, dans la procédure, une erreur essentielle qui a provoqué un mal-jugé, au sens du paragraphe 1 de l'article 11 du statut. Elle regrette que, comme il lui avait été proposé, le Comité n'ait pas accepté de retenir l'un et l'autre de ces motifs au soutien de la question posée à la Cour. » (A/AC.86/XXIV/PV.5, p. 19/20.)

Le représentant de la France n'a pas étayé son argument concernant l'obstacle juridique pour justifier la critique qu'il a adressée à l'égard de la première question posée par le Comité, celle qui porte sur l'exercice de sa juridiction par le Tribunal. Quant au représentant des Etats-Unis, il ne semble pas avoir présenté d'argument convaincant pour défendre le libellé de la première question. La seule analyse de la question qu'il ait faite est la suivante :

« Nous estimons que la question de savoir s'il y avait un obstacle juridique à un renouvellement de l'engagement est une question délicate sur laquelle le Tribunal a fait une erreur. C'est une question distincte de celle qui consistait à se demander s'il y avait un espoir de renouvellement de contrat. Le caractère distinct de ces questions est évident, et s'il ne l'était pas, il le deviendrait au vu de la résolution 37/126, qui souligne cette distinction. Cette résolution serait sans objet si cette distinction n'existait pas... Il semblera manifeste à ceux d'entre nous qui suivons la tradition de la *common law* qu'il s'agit d'un [cas de non-exercice de la juridiction]. Pour ceux qui suivent la tradition de la *civil law*, il s'agit manifestement d'une erreur de procédure, qui aboutit ... à un mal-jugé. Nous estimons que ces deux opinions mènent à la même conclusion. » (*Ibid.*, p. 31.)

Il paraît avoir estimé, comme le représentant de la France, qu'une erreur de procédure pouvait constituer un point à soumettre à la Cour au motif que le Tribunal avait omis de dire s'il y avait un obstacle juridique au renouvellement du contrat de M. Yakimetz. Ni le représentant de la France ni celui des Etats-Unis n'ont laissé entendre que le Tribunal administratif

aurait pu ne pas exercer sa juridiction en ne répondant pas à la question de l'obstacle juridique. Il y a lieu en particulier de relever que ces deux représentants, de même que celui du Royaume-Uni, étaient de ceux qui avaient voté sans succès pour le motif IV.

13. On peut conclure de l'origine fluctuante de la rédaction de la première question au Comité que l'introduction de la notion d'obstacle juridique à propos de la première question a résulté d'un examen insuffisant de la part du Comité.

II. LA QUESTION 2

A. La Cour en tant que juridiction d'appel de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies dans certains cas particuliers

14. Si la Cour devait donner un avis consultatif en la présente affaire, seule la seconde question pouvait entrer en ligne de compte. Elle est ainsi libellée :

« Le Tribunal administratif des Nations Unies, dans le ... jugement n° 333, a-t-il commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies ? »

Cette question découle du fait que le Tribunal administratif n'a pas retenu, dans son jugement, l'allégation de M. Yakimetz selon laquelle il y a eu peut-être inobservation de la part du Secrétaire général du « contrat d'engagement ... ou des conditions d'emploi » (article 2 du statut du Tribunal administratif).

15. Comme le statut du Tribunal prévoit que la Cour peut être priée de donner un avis consultatif lorsqu'un jugement du Tribunal est contesté par un fonctionnaire, pour quatre motifs dont le troisième est que « le Tribunal ... a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies » (art. 11, par. 1), je crois qu'en pareil cas la Cour est censée jouer *en substance* un rôle analogue à celui d'une juridiction d'appel vis-à-vis du Tribunal administratif, pour réexaminer au fond la décision du Secrétaire général et, le cas échéant, substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal.

16. D'ailleurs, lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies, par sa résolution 957 (X), a consacré l'idée de demander à la Cour des avis consultatifs sur des jugements du Tribunal administratif, en insérant les articles 11 et 12 dans le statut du Tribunal, le troisième motif, au contraire des trois autres qui sont mentionnés au paragraphe 1 de l'article 11, a été introduit pour que la Cour puisse réformer les jugements du Tribunal à l'instar d'une juridiction d'appel, mais dans les *seuls* cas où il peut être

allégué que le Tribunal a commis une erreur de droit *concernant les dispositions de la Charte*. J'ai procédé à une analyse approfondie de ce motif particulier de demande d'avis consultatif à la Cour dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif sur la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1982, p. 393-397)*, et il est inutile que j'y revienne.

17. Dans la ligne de ce que j'ai eu l'occasion d'indiquer dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif de 1982, j'estime que la Cour, pour répondre à la deuxième question (troisième motif prévu à l'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif) qui lui est posée dans la demande d'avis consultatif, est censée examiner si le Tribunal, en entérinant la décision du Secrétaire général, a commis ou non une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies et doit donc inévitablement se prononcer en pratique sur la question de savoir si le Secrétaire général, dont la décision a été confirmée par le Tribunal, a commis ou non une erreur de ce genre. Au sujet du rôle de la Cour en l'espèce mon point de vue est très différent de celui qui est exposé dans le présent avis consultatif.

18. La Cour cite l'avis qu'elle a donné en 1973 en l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies* et l'avis qu'elle a donné en 1982 en l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies* et elle souligne à plusieurs reprises que son rôle est limité, en déclarant que « le rôle de la Cour n'est pas de refaire le procès » (par. 27, 62 et 89). Elle déclare alors qu'elle

« n'aura ... pas nécessairement à aborder les problèmes que soulèvent certaines mesures administratives qui ont été prises par le Secrétariat ou qui auraient dû l'être et qui ont été critiquées en même temps que le jugement n° 333 du Tribunal; en effet, eu égard aux limites que les instruments applicables en la matière mettent à sa compétence, elle ne doit se prononcer sur l'exactitude ou l'inexactitude des conclusions énoncées par le Tribunal que dans la mesure où cela est nécessaire pour qu'elle puisse répondre aux questions qui lui sont posées » (par. 27).

Il me semble néanmoins que la Cour *admet* en fait, par exemple aux paragraphes 63 à 66 de son avis, qu'elle doit *inévitavelmente* examiner si la décision du Secrétaire général était correcte ou non. La Cour ne peut s'empêcher de déclarer dans son avis que :

« C'était au Secrétaire général de se prononcer; il n'incombait pas au Tribunal, et il n'incombe pas non plus à la Cour, de se substituer au Secrétaire général dans l'appréciation de la question. Ce n'est que si la Cour estimait que le Tribunal a entériné une décision du Secrétaire général incompatible avec l'article pertinent de la Charte, ce qui ne lui semble pas être le cas, qu'elle pourrait conclure qu'à ce propos le Tribunal a « commis une erreur de droit concernant les disposi-

tions de la Charte ». On ne peut pas dire que le Secrétaire général, en prenant sa décision, n'a pas respecté le caractère « dominant » des considérations mentionnées au paragraphe 3 de l'article 101... » (Par. 82.)

B. Le jugement n° 333 du Tribunal administratif

19. Il ressort clairement des faits exposés par la Cour dans son avis consultatif que le contrat de durée déterminée de M. Yakimetz, conclu dans le cadre d'un détachement, devait venir à expiration le 26 décembre 1983 et que, bien que M. Yakimetz eût demandé, le 25 octobre 1983, une nouvelle prolongation de son contrat à l'Organisation ou même sa nomination à titre définitif, le Secrétaire général n'avait pas l'intention, le 23 novembre 1983, de prolonger son contrat de durée déterminée au-delà de sa date d'expiration, à savoir le 26 décembre 1983. Le 13 décembre 1983, M. Yakimetz a demandé que soit rapportée la décision administrative de ne pas prolonger son engagement au-delà de sa date d'expiration et que son nom soit transmis à l'organe compétent en matière de nominations et de promotions afin que son cas soit pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière. Le Secrétaire général a répondu le 21 décembre 1983 qu'il avait examiné attentivement ces questions mais qu'il n'était pas en mesure d'accéder à la demande de M. Yakimetz. Le Tribunal administratif était confronté à la délicate question de savoir si la décision du Secrétaire général de ne pas prolonger l'engagement de M. Yakimetz et de ne pas lui offrir de nomination de carrière, comme le souhaitait ce dernier, constituait une inobservation par le Secrétaire général du « contrat d'engagement » ou des « conditions d'emploi » (y compris toutes les dispositions pertinentes du statut et du règlement en vigueur).

20. Dans ses conclusions du 3 janvier 1984, le requérant a prié le Tribunal administratif de juger et de déclarer :

- i) « C. ... qu'il n'existait pas d'obstacle juridique au renouvellement de l'engagement du requérant à l'Organisation des Nations Unies après la venue à expiration de son contrat, le 26 décembre 1983. »
- ii) « D. ... que le requérant était en droit de s'attendre au renouvellement de son engagement. »
- iii) « E. ... que le droit du requérant à ce que sa nomination définitive soit prise équitablement en considération lui a été illégalement dénié. » (Exposé des faits et plaidoirie du requérant, p. 2.)

Je laisserai de côté le premier point qui, comme je l'ai déjà dit (par. 4-5 ci-dessus), ne me semble pas pertinent puisqu'il n'a pas joué de rôle dans la décision du Secrétaire général. La façon dont le requérant a développé les deux autres points ressort des sous-titres de son exposé des faits et plaidoirie :

« II. Le requérant était légalement et moralement en droit de s'at-

tendre à être maintenu en fonctions à l'ONU et à ce que sa candidature soit équitablement prise en considération aux fins d'une nomination de carrière.»

«III. Le droit du requérant à ce que le renouvellement de son engagement soit équitablement envisagé lui a été dénié.»

L'inobservation par le Secrétaire général des termes du contrat de M. Yakimetz n'était pas en jeu, mais le requérant a soutenu que son contrat aurait dû être interprété, compte tenu des conditions d'emploi, d'abord comme l'autorisant à compter sur son maintien en service à l'Organisation puis comme lui donnant le droit à ce que son cas soit pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière.

21. Dans la réplique qu'il a déposée en tant que défendeur le 14 mars 1984, le Secrétaire général a prié le Tribunal administratif de conclure, sur les conclusions D et E de l'exposé des faits et plaidoirie du requérant :

«d) ... que le requérant n'était pas juridiquement en droit de s'attendre au renouvellement de son engagement;

e) ... que le requérant n'avait pas de «droit» à ce que son cas soit pris *favorablement* en considération pour une nomination de carrière et que son cas a, en fait, été *équitablement* pris en considération...»
(Réplique du défendeur, p. 14.)

La position du Secrétaire général peut être résumée d'après les sous-titres de la réplique qu'il a déposée en tant que défendeur :

«I. Le requérant n'a aucun droit, ni aucune expectative au sens juridiquement reconnu du terme, en ce qui concerne son maintien en fonction à l'expiration de son contrat de durée déterminée.»

«A. Le contrat de durée déterminée exclut toute expectative.»

«B. Aucune circonstance extérieure au contrat n'a créé d'expectative au sens juridiquement reconnu du terme.»

«II. La décision du Secrétaire général de ne pas réengager le requérant relevait de son autorité exclusive en vertu de la Charte et du statut du personnel.»

«A. Pour parvenir à sa décision, le Secrétaire général a tenu compte de toutes les circonstances de l'affaire.»

«B. Lorsqu'il a pris sa décision dans cette affaire, le Secrétaire général a agi dans l'intérêt de l'Organisation.»

22. Estimant que «les questions juridiques soulevées dans cette affaire sont empreintes de considérations politiques», le Tribunal a dit clairement, dans son jugement n° 333 du 8 juin 1984, qu'il ne pouvait se prononcer que sur les questions juridiques (AT/DEC/333, p. 12, par. I). Il en a dégagé trois et, pour chacune d'elles, il a expliqué comme suit dans son jugement qu'il n'avait pas pu retenir les conclusions du requérant :

- a) « *Le travail accompli par le requérant à l'Organisation des Nations Unies à différentes périodes l'autorisait-il à compter sur le renouvellement de son engagement par l'Organisation ?* »

Le Tribunal, tout en confirmant la décision du Secrétaire général, a noté que le contrat de M. Yakimetz s'inscrivait dans le cadre d'un *détachement* de la fonction publique soviétique, a mentionné la disposition 104.12 b) du règlement du personnel selon laquelle les engagements pour une durée déterminée « n'autorisent pas leur titulaire à compter sur une prolongation ou sur une nomination d'un type différent », et a déclaré que :

« il ne semble pas que le requérant ait présenté des éléments établissant qu'il était en droit de compter sur un nouvel engagement de type quelconque après l'expiration de son engagement pour une durée déterminée » (*ibid.*, p. 14, par. VI).

Le Tribunal a estimé qu'« aucune des mesures [que le requérant avait] prises ne pouvait l'autoriser à compter sur le renouvellement de son engagement » (*ibid.*, p. 16, par. XII). Toutefois le Tribunal a été d'avis que :

« Si son engagement pour une durée déterminée ne s'était pas inscrit dans le cadre d'un détachement, il aurait, d'après la jurisprudence du Tribunal, pu, dans certaines circonstances, compter à un titre ou à un autre sur un renouvellement de son engagement, mais ce n'était pas le cas. » (*Ibid.*).

Le Tribunal en conclut que :

« le requérant était détaché pendant sa période de service à l'ONU et que cette situation administrative ... ne pouvait être modifiée sans le consentement des trois parties en cause; le Tribunal conclut également qu'aucun accord tacite n'existait entre le requérant et le défendeur, entre le 10 février et le 26 décembre 1983, qui aurait modifié le caractère de leurs relations » (*ibid.*, p. 17, par. XIII).

- b) « *Le paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1982, qui est ainsi libellé :*

« *Décide que, lorsque des fonctionnaires nommés pour une durée déterminée auront accompli cinq années de service continu en donnant satisfaction, leur cas sera pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière* »

a-t-il été appliqué, et dans quelle mesure ? »

Le Tribunal, après avoir examiné la conclusion du requérant selon laquelle il avait droit — droit qui lui aurait été dénié — à ce que son cas soit « pris équitablement en considération » conformément à la résolution 37/126 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1982 et après s'être en outre référé à la résolution 38/232 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 1983, a déclaré :

« Dans le cas présent, le défendeur avait le pouvoir exclusif de décider ce qui constituait « une prise en considération équitable » et de déterminer s'il était possible d'offrir au requérant une nomination pour une période de stage. Il semble que le défendeur ait décidé, compte tenu du fait que le requérant était détaché pendant la période d'un an allant du 27 décembre 1982 au 26 décembre 1983, qu'il n'était pas possible d'offrir à ce dernier une nomination pour une période de stage. Le défendeur a donc exercé son pouvoir discrétionnaire de façon régulière... » (*Ibid.*, p. 19, par. XVIII.)

c) « *Les conséquences de l'application du statut et du règlement du personnel de l'Organisation des Nations Unies compte tenu de la législation des Etats-Unis relative à la résidence et à la citoyenneté.* »

J'estime que la Cour devait absolument relever que le Tribunal ne s'était pas penché sur cette dernière question, dans son ensemble, bien qu'il l'eût lui-même énoncée et définie comme étant de caractère juridique. Le Tribunal a notamment omis de se prononcer sur la situation personnelle incertaine de M. Yakimetz, question qui était du ressort du pouvoir discrétionnaire dont le Secrétaire général dispose pour mettre en œuvre la politique en matière de personnel. Le Tribunal s'est contenté de dire : « Une autre conséquence de ses actes amène à se demander si le requérant répondait aux conditions requises d'un fonctionnaire international. » (*Ibid.*, p. 16, par. XII.)

23. Ainsi que je l'ai déjà indiqué aux paragraphes 14 à 18 ci-dessus, il convenait que la Cour, pour rechercher si le Tribunal administratif avait commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies, fonctionne comme une juridiction d'appel et détermine comment le Tribunal avait considéré la décision du Secrétaire général à la lumière des trois questions juridiques énoncées par le Tribunal ; il convenait aussi qu'elle recherche si le Secrétaire général avait commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies. Dans ce cas, et si le Tribunal avait omis de condamner son erreur, le Tribunal lui-même aurait participé à l'erreur.

24. En *premier* lieu, il faut se demander si le Secrétaire général, lorsqu'il a décidé de ne pas prolonger le contrat de M. Yakimetz et de ne pas lui accorder une nomination de carrière, a respecté ou non les « règles fixées par l'Assemblée générale » conformément auxquelles il peut nommer le personnel de l'Organisation (Charte des Nations Unies, art. 101, par. 1). Ce point est certainement essentiel étant donné que M. Yakimetz prétend qu'il était juridiquement fondé à compter sur son maintien en fonctions à l'Organisation et qu'on lui aurait dénié le droit d'obtenir que son cas soit pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière. En *second* lieu, il faut se demander si le Secrétaire général, en prenant la décision susmentionnée, a tenu compte ou non de la « considération dominante » prescrite en matière de recrutement du personnel (Charte des Nations Unies, art. 101, par. 3). Ce point concerne l'étendue

du pouvoir discrétionnaire que le Secrétaire général peut exercer en matière de politique du personnel. Bien qu'elle se soit retenue de refaire le procès et de se prononcer sur le bien-fondé de la décision du Secrétaire général, la Cour a répondu en fait aux deux questions, et je souscris d'une manière générale à ses conclusions. Dans les deux sections suivantes je vais néanmoins développer les raisons pour lesquelles j'estime que la Cour devrait, à certains égards, fonctionner comme une juridiction d'appel.

*C. Expectative juridique de continuation d'emploi
et prise en considération équitable du cas du requérant aux fins
d'une nomination de carrière*

25. Malgré ce qu'en dit M. Yakimetz, il ne fait aucun doute qu'avant le 26 décembre 1983 il était employé par l'Organisation au titre d'un contrat de durée déterminée conclu sur la base d'un détachement. On trouve la notion de détachement aux fins de l'engagement d'un fonctionnaire à l'Organisation dans le règlement du personnel :

« Disposition 104.12 — Nominations à titre temporaire

b) *Nominations pour une durée déterminée*

Peuvent être nommées pour une durée déterminée de cinq ans au maximum, la date d'expiration de l'engagement étant indiquée dans la lettre de nomination, les personnes recrutées pour des travaux d'une durée définie, *notamment les personnes temporairement détachées par des gouvernements ou des institutions nationales en vue de travailler au Secrétariat de l'Organisation*. Les engagements pour une durée déterminée n'autorisent pas leur titulaire à compter sur une prolongation ou sur une nomination d'un type différent. » (Les italiques sont de moi.)

L'Organisation des Nations Unies fait un large recours à l'engagement sur la base d'un détachement pour recruter des personnes qualifiées originaires de différents pays. Comme il est clairement indiqué dans la lettre que M. C.-A. Fleischhauer, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, a écrite le 22 avril 1987 en réponse aux questions qui lui avaient été posées au nom de la Cour, le nombre de fonctionnaires de la catégorie des administrateurs titulaires d'un contrat de durée déterminée conclu dans le cadre d'un détachement est élevé et presque tous les fonctionnaires originaires d'Europe orientale n'ont été engagés que pour une durée déterminée dans le cadre d'un détachement de leur administration nationale. Le détachement implique la mise en disponibilité d'une personne par le pays ou l'institution qui s'en sépare, assortie de la garantie d'un poste dans son pays d'origine, qu'elle conserve pendant la durée de son service auprès de l'Organisation ou dans lequel elle est du moins sûre d'être réintégrée à la fin de son emploi. Mais il semble qu'en réalité quel-

ques gouvernements se servent souvent du détachement pour placer leurs ressortissants au Secrétariat, sans leur donner aucune garantie d'emploi à la fin de leur engagement à l'Organisation. Il se peut même que l'intéressé n'ait pas rempli une fonction publique dépendant du gouvernement censé l'avoir détaché. C'est le cas de M. Yakimetz. Il se peut alors qu'en fait de détachement un gouvernement se soit borné à recommander une personne à l'Organisation et que celle-ci se soit bornée à lui accorder un engagement. L'Organisation a eu pour pratique de subordonner le renouvellement du contrat ou sa conversion en un autre type de nomination au consentement du gouvernement d'origine.

26. Je ne veux pas dire par là que le Secrétaire général doit toujours obtenir le consentement du gouvernement d'origine pour pouvoir réengager le requérant. Mais c'est tout de même à mauvais escient que M. Yakimetz affirme :

« De nombreux fonctionnaires actuellement au service de l'Organisation ont démissionné de leur fonction publique nationale, nombre d'entre eux sont titulaires d'autres passeports que celui du pays où ils sont nés et un certain nombre d'entre eux sont passés d'une position de détachement à un autre type de nomination. » (A/AC.86/R.117, par. 24.)

Il se peut que de nombreux fonctionnaires actuellement au service de l'Organisation aient démissionné des fonctions qu'ils occupaient dans l'administration de leur pays mais ce n'était pas le cas de M. Yakimetz (comme je l'explique au paragraphe 34 ci-après). Il se peut également que « nombre d'entre eux [soient] titulaires d'autres passeports que celui du pays où ils sont nés » mais nous ignorons si M. Yakimetz a été titulaire d'un passeport valide depuis qu'il a présenté sa demande d'« asile » le 9 février 1983. Il se peut enfin qu'« un certain nombre d'entre eux [soient] passés d'une position de détachement à un autre type de nomination » mais il n'est pas précisé si cette conversion s'est faite avec ou sans le consentement du gouvernement d'origine ou même contre son intention. Ce qu'on peut dire, c'est qu'au vu de la disposition 104.12 du règlement du personnel, M. Yakimetz n'était aucunement fondé en droit à compter sur un renouvellement de son contrat ou sur une conversion de celui-ci en une nomination de carrière.

27. Reste à savoir si l'administration de l'Organisation devait ou pouvait, pour quelque raison que ce soit, déroger ou mettre un terme à cette pratique. A cet égard, il convient d'examiner certaines résolutions de l'Assemblée générale auxquelles le requérant s'est référé à maintes reprises, telles que les résolutions 37/126 et 38/232. On trouvera ci-après un bref résumé de la genèse de ces deux résolutions :

1) Dans sa résolution 35/210 du 17 décembre 1980 (questions relatives au personnel), l'Assemblée générale a prié la Commission de la fonction publique internationale (CFPI) et le Corps commun d'inspection (CCI) d'étudier plus à fond les notions de carrière, de types de nomination, d'or-

ganisation des carrières et autres questions connexes et de faire rapport à leur sujet (sect. IV, par. 1-2). En réponse à cette demande, le CCI a soumis un rapport daté du 14 septembre 1981 (A/36/432) sur les choix possibles en matière de politique du personnel, complété ultérieurement par un additif du 29 octobre 1981 (A/36/432/Add.1). Le 27 novembre 1981, le Secrétaire général a formulé des observations (A/36/432/Add.2) sur ce rapport. Entre-temps la CFPI avait présenté, en tant qu'annexe 1 à son rapport du 15 septembre 1981, une « Etude demandée par l'Assemblée générale sur les notions de carrière, de types de nomination, d'organisation des carrières et autres questions connexes » (A/36/30). Dans sa résolution 36/233 du 18 décembre 1981 (rapport de la Commission de la fonction publique internationale) l'Assemblée générale a prié la CFPI d'accorder un rang de priorité élevé à l'achèvement des études portant entre autres sur les

« principes généraux à appliquer pour déterminer les conditions d'emploi, en particulier en ce qui concerne la notion de carrière, les types de nomination, l'organisation des carrières et autres questions connexes, compte tenu des vues exprimées par les délégations à la Cinquième Commission, de toutes les études connexes et des rapports pertinents du Corps commun d'inspection »,

et, dans sa décision 36/457 (notion de carrière, types de nomination, organisation des carrières et questions connexes), l'Assemblée générale

« a décidé d'examiner, lors de sa trente-septième session, la notion de carrière, les types de nomination, l'organisation des carrières et les questions connexes, ainsi qu'il est demandé dans la section IV de sa résolution 35/210 ».

2) L'annexe 1 au rapport de la CFPI présenté à la trente-septième session, qui est intitulée semblablement à l'annexe de son rapport précédent, contient ce passage :

« 33. La Commission *recommande* qu'à l'expiration d'une période de service de cinq ans le cas de chaque fonctionnaire soit dûment pris en considération par l'organisation qui l'emploie aux fins d'une nomination à titre permanent. » (A/37/30, p. 106.)

Lors de cette session, la Cinquième Commission a consacré un grand nombre de séances aux points 111 (questions relatives au personnel) et 112 (rapport de la Commission de la fonction publique internationale) de l'ordre du jour, et un débat sur la notion de carrière, les types de nomination, etc., a eu lieu du 1^{er} au 24 novembre 1982 (A/C.5/37/SR.23-44). Le représentant du Canada s'est demandé si la durée de la période de service au terme de laquelle il conviendrait de décider s'il fallait ou non accorder à un fonctionnaire un contrat permanent, dont la Commission recommandait qu'elle soit de cinq ans, n'était pas trop longue (A/C.5/37/SR.43, par. 13). Le président de la CFPI a souligné que :

« Un grand nombre de délégations, notamment celles du Canada, des pays membres de la Communauté économique européenne, des pays nordiques et des Philippines se sont prononcées pour la nomination à titre permanent des fonctionnaires accomplissant des services de longue durée. Bien que certaines délégations aient émis des réserves, pour des raisons de principe, à l'égard des engagements permanents, la CFPI espère que la Commission souscrira à sa recommandation tendant à ce qu'à l'expiration d'une période de service de cinq ans le cas de chaque fonctionnaire soit dûment pris en considération par l'organisation qui l'emploie aux fins d'une nomination à titre permanent. » (A/C.5/37/SR.44, par. 16.)

L'échange de vues sur ce point particulier n'est pas allé beaucoup plus loin à la Cinquième Commission.

3) Le 9 décembre 1982, le Canada, la Finlande, le Ghana, la Norvège, le Pakistan, le Panama et la Suède ont soumis un projet de résolution (A/C.5/37/L.38) qui a été remplacé le jour suivant par un texte révisé (A/C.5/37/L.38/Rev.1), le Danemark s'étant joint aux auteurs du projet. Cette longue résolution contenait le paragraphe ci-après, qui a souvent été cité dans la présente affaire :

« *L'Assemblée générale ...*

IV

5. *Décide* que, lorsque des fonctionnaires nommés pour une durée déterminée auront accompli cinq années de service continu en donnant satisfaction, leur cas sera pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière.»

Quand il a présenté ce paragraphe, le représentant du Canada a dit que :

« Pour ce qui est du paragraphe 5, le cas des fonctionnaires dont les services donnent satisfaction devrait être pris en considération aux fins d'une nomination de carrière, mais les organisations ayant des besoins techniques pour une durée déterminée continueront à engager du personnel temporaire. » (A/C.5/37/SR.63, par. 15.)

L'échange de vues ne s'est pas poursuivi sur ce paragraphe; le projet de résolution, après avoir été légèrement révisé oralement, a été mis aux voix et adopté le 13 décembre 1982 par 79 voix contre 10, avec 6 abstentions. Le représentant de la République fédérale d'Allemagne a expliqué après son vote que :

« au paragraphe 5 de la section IV [sa délégation] aurait préféré le mot « *Recommande* » à la place du mot « *Décide* », car les intérêts des États sous-représentés, comme son propre pays, devraient être considérés comme une préoccupation essentielle » (A/C.5/37/SR.67, par. 8).

Pour sa part, le représentant du Japon a déclaré « que sa délégation s'[était] abstenue lors du vote car elle [avait] des réserves au sujet ... du

paragraphe 5 de la section IV» (*ibid.*, par. 9) (ainsi que deux autres réserves). Ce projet de résolution de la Cinquième Commission, adopté en séance plénière le 17 décembre 1982 par 123 voix contre 11, avec 6 abstentions, est devenu la résolution 37/126 de l'Assemblée générale. J'en citerai de nouveau les paragraphes pertinents :

« L'Assemblée générale ...

IV

1. *Accueille avec satisfaction* l'étude que la Commission de la fonction publique internationale a présentée sur la notion de carrière, les types de nomination, l'organisation des carrières et les questions connexes;

5. *Décide* que, lorsque des fonctionnaires nommés pour une durée déterminée auront accompli cinq années de service continu en donnant satisfaction, leur cas sera pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière.»

(Note: On ne sait pas comment, dans le texte anglais, les termes *fixed-term contracts* qui se trouvaient dans le paragraphe 5 du projet de résolution adopté par la Cinquième Commission ont été remplacés par *fixed-term appointments* à l'Assemblée générale.)

4) Le paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126, qui commence par le mot « décide », a été interprété par le requérant, de même que par M. Kean, le juge dissident du Tribunal administratif, comme devant être respecté immédiatement par le Secrétaire général, auquel il s'imposerait directement, ou même comme ayant plus de poids que le statut et le règlement du personnel, voire comme l'emportant sur ceux-ci. Je pense toutefois que le mot « décide », dans ce contexte, ne saurait guère être interprété comme renforçant à ce point l'effet juridique habituel d'une résolution de l'Assemblée générale. En fait, la résolution tout entière a été principalement conçue pour améliorer l'efficacité du travail de l'Organisation, grâce à l'institutionnalisation d'une simple *possibilité*, à savoir que des fonctionnaires engagés pour une durée déterminée restent en service dans des conditions plus stables. C'est ce que corrobore le fait que l'Assemblée générale s'est bornée à décider qu'une demande de nomination à un poste permanent devrait être *prise équitablement en considération*, termes qui empêchent aussi d'interpréter ce paragraphe comme mettant une nouvelle limite au pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général. Certes M. Yakimetz lui-même n'a pas laissé entendre qu'une nomination à un poste permanent lui aurait été assurée par une « décision » de l'Assemblée générale en vertu de cette résolution. D'ailleurs ni le statut ni le règlement du personnel n'ont été spécialement révisés dans le sens de cette résolution.

5) Le 15 novembre 1983, à la trente-huitième session de l'Assemblée générale, le représentant du Canada, qui avait été à l'origine de la résolution de l'année précédente, s'est exprimé dans les termes suivants sur le

point 117 de l'ordre du jour (régime commun des Nations Unies : rapport de la Commission de la fonction publique internationale):

« La délégation canadienne demeure favorable à la notion de carrière permanente dans la fonction publique internationale et estime qu'il faut examiner sérieusement la possibilité d'offrir un engagement à titre permanent, non précédé d'une période de stage, à tout fonctionnaire qui aura accompli cinq années de service satisfaisant dans le cadre d'engagements pour une durée déterminée. » (A/C.5/38/SR.38, par. 73.)

Le 7 décembre 1983, neuf pays, dont le Canada, ont soumis un projet de résolution ainsi libellé :

« *L'Assemblée générale...*

VI

5. *Recommande* aux organisations de s'abstenir, en règle générale, d'exiger que les fonctionnaires nommés pour une période de durée déterminée qui ont accompli cinq années de service en donnant satisfaction soient nommés pour une période de stage avant de pouvoir être nommés à titre permanent. » (A/C.5/38/L.17.)

Ensuite, ce paragraphe n'a pas été contesté et le projet de résolution, amendé par une proposition des Etats-Unis qui ne touchait pas à ce point particulier, a été adopté le 15 décembre 1983 par 91 voix contre 9, avec 5 abstentions (A/C.5/38/SR.66, par. 41). Cette résolution a été finalement adoptée en séance plénière, le 20 décembre 1983, en tant que résolution 38/232 de l'Assemblée générale.

28. Les résolutions 37/126 et 38/232 visaient d'une part à permettre aux fonctionnaires titulaires de contrats de durée déterminée, qui auraient accompli cinq années de service continu à l'Organisation en donnant satisfaction et qui auraient postulé un emploi permanent, d'y accéder aisément et d'autre part à leur éviter d'avoir à accomplir une période de stage qui aurait sinon été obligatoire. Mais je répète que ces résolutions elles-mêmes ne garantissaient pas une nomination permanente et ne conféraient même pas d'expectative juridique à quelque emploi que ce soit. Tout au plus donnaient-elles aux fonctionnaires l'assurance que leur cas serait « pris équitablement en considération » par le Secrétaire général. Est-il concevable que le Secrétaire général, lorsqu'il a décidé de ne pas nommer M. Yakimetz à un poste de carrière, ait par inadvertance omis de tenir compte de ces résolutions ou qu'il les ait intentionnellement laissées de côté? Certainement pas. Dans la réplique qu'il a soumise au Tribunal administratif en tant que défendeur, le Secrétaire général s'est au contraire maintes fois référé à la résolution 37/126. L'interprétation ci-après qu'il en donne est absolument valable :

« Le défendeur note que l'Assemblée générale a simplement exprimé un desideratum, à savoir que le cas de fonctionnaires titulaires

de nominations de durée déterminée soit équitablement pris en considération; l'Assemblée n'a pas spécifié les nouvelles procédures qui seraient applicables à un tel examen, ni suggéré que les procédures existantes ne devaient pas être utilisées, pas plus qu'elle n'a converti les engagements de durée déterminée en engagements pour des périodes de stage, dont les titulaires ont le droit de voir leur cas examiné par le comité des nominations et des promotions avant qu'il puisse être mis fin à leurs services après deux années de stage. Le défendeur soutient par conséquent que, faute d'une telle spécification, suggestion ou conversion, les procédures existantes prévues par le statut et le règlement du personnel, qui font partie intégrante des conditions d'emploi de tous les fonctionnaires, y compris du requérant, demeuraient applicables.» (Par. 17.)

La thèse selon laquelle le Secrétaire général n'aurait peut-être pas pris le cas de M. Yakimetz équitablement en considération, conformément à la résolution 37/126, est dénuée de tout fondement.

29. Je voudrais ajouter maintenant quelques mots à ce que le Tribunal administratif a dit dans son jugement à propos de

« sa réprobation devant le fait que le défendeur n'a pas indiqué suffisamment tôt et de façon spécifique qu'il avait pris équitablement en considération le cas du requérant aux fins d'une nomination de carrière comme l'y enjoignait la résolution de l'Assemblée générale » (AT/DEC/333, p. 20, par. XX).

A mon avis, le Tribunal donne trop d'importance au fait que le défendeur n'a pas indiqué « suffisamment tôt et de façon spécifique » qu'il avait « pris équitablement en considération » le cas du requérant; savoir si le Secrétaire général a pris le cas en considération ou non relève plutôt du domaine des conjectures et savoir si cette prise en considération a été équitable ou non relève de sa compétence pour exercer son pouvoir discrétionnaire (cette question sera approfondie dans la section suivante). Il est certainement erroné de laisser entendre que le silence observé par le défendeur sur ce point dans sa première réponse a constitué une carence, avec tout ce que cela sous-entend, dans ce contexte, de manquement à des obligations. En conséquence, j'estime que le Tribunal n'avait aucune raison de « marquer sa réprobation ».

D. Latitude dont jouit le Secrétaire général dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire

30. Pour déterminer si, dans un cas concret, le Secrétaire général a exercé « équitablement » son pouvoir discrétionnaire en matière de recrutement du personnel ou s'il a pris un cas « équitablement » en considération, on peut se reporter à l'article 101, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, qui se lit comme suit :

« La considération dominante dans le recrutement et la fixation des conditions d'emploi du personnel doit être la nécessité d'assurer

à l'Organisation les services de personnes possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité. Sera dûment prise en considération l'importance d'un recrutement effectué sur une base géographique aussi large que possible.»

L'idée qu'exprime la première phrase n'est pas propre à l'Organisation des Nations Unies; elle traduit une règle universelle de politique de recrutement destinée à assurer le bon fonctionnement d'une institution. Elle signifie que les facteurs étrangers aux qualités de travail, de compétence et d'intégrité ne devraient pas se voir accorder de l'importance au détriment de ceux qui sont liés à ces qualités et dont la prise en considération est primordiale. Une considération primordiale ou dominante n'est pourtant pas implicitement unique, comme en témoigne le fait qu'une autre est mentionnée immédiatement après, dans la même disposition, et qu'elle mérite d'être « dûment prise en considération ». En conséquence, cette disposition ne signifie pas qu'il faudrait écarter les autres facteurs lors du recrutement du personnel.

31. On peut supposer que le Tribunal a conclu que la décision du Secrétaire général, défavorable à M. Yakimetz malgré ses états de service manifestement excellents, était quand même justifiée car le Secrétaire général avait exercé à cet effet son pouvoir discrétionnaire. Un facteur important aurait vraisemblablement pu influencer sur l'exercice par le Secrétaire général de son pouvoir discrétionnaire: le statut personnel incertain de M. Yakimetz au moment où il a demandé son maintien en service à l'Organisation, vers la fin de 1983. En fait, lorsqu'il a rendu sa décision, le Tribunal n'a nullement mis l'accent sur la question de savoir si le requérant répondait aux conditions requises d'un fonctionnaire international, bien qu'elle fût l'une des trois questions juridiques importantes qu'il avait énoncées (voir par. 22 ci-dessus), et cela probablement parce que ni M. Yakimetz ni le Secrétaire général n'avaient repris ce point dans leur argumentation.

32. L'aspect le plus important de cette question, sur lequel le Tribunal aurait certainement dû se pencher, peut se résumer comme suit: le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Secrétaire général en matière de recrutement l'habilitait-il à prendre en considération la situation personnelle incertaine dans laquelle se trouvait M. Yakimetz à la suite de sa demande d'« asile » et de la démission qu'il déclarait avoir donnée, en février 1983, de toutes ses fonctions auprès du gouvernement soviétique? Il semble que le Tribunal n'ait pas expliqué sur quoi il s'était fondé pour évaluer si le Secrétaire général avait exercé son pouvoir discrétionnaire de la manière équitable voulue. On aurait fort bien pu présenter cette omission comme ayant conduit le Tribunal à commettre, dans la procédure, une erreur essentielle ou à ne pas exercer sa juridiction; mais cette éventualité n'est pas de celles que la Cour a été priée d'examiner. Pourtant la Cour aurait dû, de sa propre initiative, examiner la situation de M. Yakimetz après février 1983, autrement dit la troisième question juridique que le Tribunal avait énoncée mais à laquelle il n'avait pas répondu.

33. Les faits, tels qu'ils sont établis dans le jugement du Tribunal et dans le présent avis, peuvent être résumés comme suit. Le 9 février 1983, M. Yakimetz a fait une demande d'asile aux Etats-Unis. Le jour suivant (le 10 février 1983), il a informé le représentant permanent de l'Union soviétique auprès de l'Organisation des Nations Unies qu'il avait « démissionné » de ses fonctions au ministère des affaires étrangères de l'Union soviétique ainsi que de toutes ses autres fonctions officielles au Gouvernement soviétique et qu'il avait soumis une demande d'asile au Gouvernement des Etats-Unis. Ce même jour, M. Yakimetz a également informé le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies de son intention d'acquérir le statut de résident permanent aux Etats-Unis; il a ajouté qu'il avait fait une demande d'asile aux Etats-Unis et qu'il avait démissionné de toutes ses fonctions officielles dans la fonction publique soviétique.

34. Aucun document n'indique comment l'asile a été sollicité ni si les Etats-Unis l'ont accordé. Dans sa notice personnelle du 10 juin 1977 jointe à une lettre adressée au Sous-Secrétaire général aux services du personnel par le représentant adjoint de l'Union soviétique auprès de l'Organisation des Nations Unies, M. Yakimetz avait répondu « non » à la question: « Etes-vous actuellement ou avez-vous jamais été fonctionnaire titulaire dans votre pays? » Il ne semble pas qu'en février 1983 M. Yakimetz ait occupé, dans la fonction publique soviétique, un poste dont il aurait pu démissionner. On n'a pas confirmation que M. Yakimetz ait été privé de sa nationalité soviétique selon le droit soviétique du seul fait d'avoir adressé sa lettre du 10 février 1983 au représentant permanent de l'Union soviétique auprès de l'Organisation. Au moment où son contrat arrivait à expiration, le Sénat des Etats-Unis était saisi du projet de loi S-1989 visant à obtenir le statut de résident permanent pour M. Yakimetz. Mais on ne sait pas si la législation des Etats-Unis en matière d'immigration est souple au point d'accorder le statut de résident permanent aux personnes qui souhaitent simplement rester dans ce pays et ne pas retourner dans le leur; la Cour n'a pas été informée des conditions prescrites par la loi américaine pour acquérir le statut de résident permanent. Ni M. Yakimetz ni aucune autorité n'a donc mentionné de fait ou donné d'information concernant la situation personnelle de M. Yakimetz au moment où son contrat s'est terminé.

35. Au vu des informations dont dispose la Cour, il semble douteux qu'une quelconque condition préalable à l'octroi de l'asile ait été remplie en l'occurrence, malgré ce qu'affirme M. Yakimetz. L'octroi de l'asile à une personne relève certes de la compétence de l'Etat mais le Gouvernement des Etats-Unis avait-il par exemple quelque raison de penser qu'il fallait donner asile à M. Yakimetz en vertu de la disposition de la déclaration universelle des droits de l'homme selon laquelle: « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays? » Sans entrer dans la longue controverse sur le point de savoir si le droit international reconnaît à chacun le droit à l'asile, on constatera qu'en pratique même les pays les plus généreux n'accordent

généralement l'asile que si la personne qui le demande craint à bon droit d'être persécutée en raison de ses opinions politiques, de sa religion, de sa conviction, etc.

36. Il ressort des documents et arguments présentés à la Cour qu'en janvier 1983 M. Yakimetz a été prié, apparemment par les autorités soviétiques, de prendre un congé et de se rendre à Moscou en février afin de former la personne qui devait le remplacer à son poste et qu'il a alors craint de ne pas avoir l'autorisation de revenir à l'Organisation des Nations Unies pour terminer son engagement qui venait à expiration en décembre. Il n'y avait alors aucun risque qu'il soit persécuté en raison de ses opinions politiques, de sa religion, etc. Quant à savoir si les instructions des autorités soviétiques étaient conformes à l'article 100 de la Charte des Nations Unies, c'est un autre problème. Est-il quand même concevable qu'il ait pu y avoir dans son cas une « demande d'asile » au sens strict que cette notion revêt en droit international, c'est-à-dire une demande subordonnée en général à un véritable risque de persécution ? Les Etats-Unis sont-ils si généreux qu'ils donnent asile — situation hautement privilégiée en droit international — à toute personne, quelle que soit sa nationalité, qui désire simplement continuer à travailler au Siège de l'Organisation des Nations Unies, situé sur leur territoire, et ne voulant pas rentrer dans son pays d'origine ? Les Etats-Unis sont-ils même fondés à agir de la sorte en droit international ? Malgré ce qu'en dit M. Yakimetz, la présente affaire ne concerne pas la question de l'asile.

37. Peut-être est-il souhaitable que, dans le monde actuel, chacun soit libre de choisir sa nationalité, de se déplacer en toute liberté, indépendamment des frontières nationales, et d'obtenir un emploi ou de pratiquer sa profession là où il le souhaite. On peut soutenir qu'il faut protéger sans réserve ces droits de l'individu. Je reconnais les mérites de cette thèse mais nous ne pouvons pas ignorer qu'il existe des nations souveraines, si bien que chacun doit avoir en principe une certaine nationalité. Un changement effectif de nationalité ne peut intervenir de par la seule volonté de l'individu ; le droit de se déplacer et d'exercer sa profession librement s'en trouve quelque peu restreint. Dans ces conditions, la situation personnelle de M. Yakimetz était extrêmement incertaine vers la fin de 1983. A mon avis, il est certain qu'une telle situation peut fort bien être prise en considération pour définir la politique qu'une institution quelconque entend suivre en matière de personnel. M. Yakimetz n'était pas dans la même situation que quelqu'un qui serait établi dans un pays étranger et qui en aurait obtenu la nationalité, le statut de résident permanent ou l'asile.

38. Je ne dis pas que, du fait de sa situation personnelle, M. Yakimetz ne réunissait pas les conditions nécessaires pour être nommé à un poste de carrière ou pour obtenir la prolongation de son contrat. (En d'autres termes, il aurait pu être autorisé à rester en fonctions malgré sa situation personnelle incertaine.) Je ne dis pas non plus que l'Organisation devrait à jamais refuser d'engager M. Yakimetz. Mais je dis que, si le Secrétaire général a malgré tout pris une décision négative, il l'a fait dans les limites de son pouvoir discrétionnaire et des attributions de sa charge en matière

de recrutement du personnel, comme il est prévu à l'article 101, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies.

39. Le Tribunal aurait probablement dû déclarer en des termes plus clairs que la décision du Secrétaire général de ne pas nommer M. Yakimetz à un poste de carrière pouvait trouver sa justification dans le pouvoir discrétionnaire que le Secrétaire général est en droit d'exercer en matière de politique du personnel à l'Organisation des Nations Unies. Mais ce n'est pas parce qu'il ne l'a pas dit expressément que la Cour aurait dû conclure qu'il avait commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies, le Tribunal ayant en fait confirmé la décision du Secrétaire général, laquelle peut se justifier par le pouvoir dont celui-ci dispose en la matière.

(Signé) Shigeru ODA.