

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

Je me suis associé à mes collègues en votant pour la décision de donner un avis consultatif en l'espèce et pour la réponse de la Cour à la question 1, mais je me vois obligé, à regret, de me dissocier de l'avis dans son ensemble car je n'approuve pas la réponse de la Cour à la question essentielle, à savoir la question 2.

OBSERVATIONS SUR LA QUESTION 1

J'ai voté, non sans hésitation, pour la réponse que la Cour a donnée à la question 1. Je crois que cette réponse est bonne, mais non parce que le jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies est bien fondé, ni parce que le Tribunal a répondu dûment ou correctement à la question de savoir s'il existait un obstacle juridique au renouvellement de l'engagement de M. Yakimetz à l'Organisation des Nations Unies après la venue à expiration de son contrat de durée déterminée, le 26 décembre 1983. Au contraire, le jugement du Tribunal est entaché d'erreurs et la réponse en quelque sorte déductive qui a été donnée à la question de l'obstacle juridique n'était pas étayée par les faits. Néanmoins, la réponse de la Cour à la question 1 peut être considérée comme correcte dans les limites étroites de cette question, telle que la Cour a choisi de l'interpréter — de façon encore plus étroite: le Tribunal n'a pas manqué d'exercer sa juridiction puisqu'on peut déduire du texte elliptique du jugement n° 333, éclairé par l'opinion concordante et l'opinion dissidente qui y sont jointes, que le Tribunal a fait porter sa réflexion sur la question de savoir s'il existait un obstacle juridique à une nomination de carrière. Pour autant que le texte de ce jugement le laisse voir, la réflexion du Tribunal était loin d'être claire; en tout cas le jugement ne traduit pas clairement les ratiocinations du Tribunal à ce sujet. Pour les raisons que sir Robert Jennings expose dans l'opinion dissidente qui suit la présente opinion, la réponse de la Cour à la question 1 peut cependant se défendre, puisque, par son jugement, le Tribunal semble moins avoir manqué d'exercer sa juridiction que l'avoir exercée de façon erronée. Par conséquent, voter pour la réponse de la Cour à la question 1 n'implique nullement que les résultats des réflexions du Tribunal sur la question de l'obstacle juridique soient corrects. A juste titre, la Cour s'est retenue de formuler de telles conclusions ou déductions dans son avis consultatif.

OBSERVATIONS SUR LA QUESTION 2

Les problèmes essentiels de l'affaire *Yakimetz* sont visés dans la question 2. Comme le Secrétaire général l'a reconnu, les Parties s'opposent « essentiellement sur le point de savoir si le cas du requérant a été « pris équitablement en considération » aux fins d'une nomination de carrière conformément [à] la résolution 37/126 de l'Assemblée générale... » (A/AC.86/R.118). S'il ne l'a pas été et que le Tribunal déclare qu'il l'a été, il s'agit alors de savoir si, ce faisant, le Tribunal « a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies ».

Pour les raisons précises que sir Robert Jennings expose fort bien dans son opinion dissidente — et au vu notamment de la teneur de la correspondance échangée entre le Secrétaire général et M. Yakimetz, que sir Robert Jennings cite entièrement et sur laquelle il n'est pas besoin de revenir dans la présente opinion — je suis convaincu qu'en réalité le Secrétaire général n'a pas pris « équitablement en considération » — ni même pris du tout en considération — le cas de M. Yakimetz aux fins d'une nomination de carrière. La lettre écrite au nom du Secrétaire général le 21 décembre 1983 est claire et nette. Il y est dit que le cas de M. Yakimetz ne peut être pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière et il est ajouté : « votre situation n'est pas la même que celle de « la plupart des fonctionnaires » ayant des états de service comparables puisque votre présent contrat a été conclu sur la base d'un détachement de la fonction publique de votre pays ». Il y est déclaré que, puisqu'il est détaché et que cela ne saurait par conséquent l'autoriser « à compter sur une prolongation sans la participation de toutes les parties initialement en cause » et puisque son engagement ne l'« autorise pas ... à compter ... sur une nomination d'un type différent », son nom ne peut pas être « transmis à l'organe compétent en matière de nominations et de promotions afin que [son] cas soit équitablement pris en considération » aux fins d'une nomination de carrière ». Je ne vois pas comment une analyse de la correspondance entre le Secrétaire général et M. Yakimetz, en particulier de la lettre du 21 décembre 1983, peut étayer une autre interprétation. J'estime que l'interprétation que le Tribunal et la Cour ont donnée de cette correspondance n'est pas convaincante et même, pour reprendre les termes de sir Robert Jennings, qu'elle n'est « pas possible ».

Il est intéressant de relever que le Tribunal lui-même n'a pu que se référer à ce qu'« il semble que le défendeur ait décidé » ; se fondant sur la teneur de la lettre décisive du 21 décembre 1983, le Tribunal prétend qu'« on ne peut qu'en déduire » ce qu'il en déduit. Or il ne peut se fonder sur les termes mêmes de cette lettre, qui indiquent le contraire.

Certes il est dit dans la lettre du 21 décembre 1983 que « le Secrétaire général a examiné attentivement les questions » soulevées par M. Yakimetz dans la lettre de son conseil en date du 13 décembre 1983 et notamment la question du droit de M. Yakimetz à ce que son cas soit « pris équitablement en considération » aux fins d'une nomination de carrière. Mais les termes de la lettre du 21 décembre excluent expressément cette prise en

considération; par conséquent, la déduction que le Tribunal prétend découvrir, en se fondant seulement sur la mention des « questions » soulevées que le Secrétaire général a examinées, est fantaisiste. C'est aller du particulier au général. Il est également significatif que le Tribunal se soit senti obligé de reprocher au Secrétaire général de n'avoir pas indiqué « de façon spécifique » avant le 26 décembre 1983 qu'il avait « pris équitablement en considération » le cas du requérant aux fins d'une nomination de carrière; le Tribunal a marqué sa réprobation parce que le Secrétaire général n'avait « pas indiqué suffisamment tôt et de façon spécifique » le fait qu'il avait pris le cas en considération aux fins d'une nomination de carrière comme l'y « enjoignait » l'Assemblée générale. Or le Tribunal ne donne nulle part dans le jugement la moindre preuve directe à l'appui de sa conclusion concernant ce fait (qu'il reconnaît d'ailleurs n'être rien de plus qu'une déduction); le Secrétaire général n'en a pas non plus donné à un stade quelconque de l'affaire. Pour sa part, la Cour, qui a examiné minutieusement le dossier, n'a pas pu apporter une preuve quelconque à l'appui de la conclusion du Tribunal selon laquelle le Secrétaire général avait pris équitablement en considération la candidature de M. Yakimetz à un poste de carrière, ni même qu'il l'avait du tout prise en considération.

Deux autres éléments renforcent la conclusion que sir Robert Jennings, M. Evensen et moi-même partageons à ce sujet. Comme moi, ils sont mal à l'aise devant l'interprétation déductive que le Tribunal et la Cour ont donnée de la correspondance pertinente. Le premier de ces éléments est que le Secrétaire général a interdit à M. Yakimetz de pénétrer dans l'enceinte de l'Organisation des Nations Unies, interdiction qui lui a été signifiée peu après qu'il eut démissionné de toutes ses fonctions officielles dans la fonction publique soviétique et présenté sa demande d'asile aux Etats-Unis, et qui a été maintenue jusqu'à la fin de son engagement à l'Organisation. Dans les observations présentées à la Cour le 26 juin 1985 au nom du Secrétaire général, il est expliqué (ce qui ne l'avait pas été à M. Yakimetz à l'époque pertinente) que la « décision ... d'interdire au requérant, qui était au centre d'une controverse entre deux Etats Membres, de pénétrer dans les bâtiments du Siège était une décision administrative prise à la lumière de toutes les circonstances de l'affaire et afin de parer à l'éventualité de conséquences susceptibles de troubler le fonctionnement du Secrétariat » (par. 17).

Le moins qu'on puisse dire de cette décision extraordinaire est qu'elle ne laisse guère supposer que le Secrétaire général était alors disposé, à l'époque, ou qu'il l'a été par la suite, à prendre le cas de M. Yakimetz équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière. Peut-on vraiment supposer que, au cours de toute la période pendant laquelle il était interdit à M. Yakimetz de pénétrer dans l'enceinte de l'Organisation, le Secrétaire général a pris son cas équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière? Peut-on penser que le Secrétaire général était d'avis qu'un fonctionnaire, méritant d'être empêché d'accéder à son bureau, aux couloirs des bâtiments du Siège et à la cafétéria, méritait

aussi que son cas soit pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière à l'expiration d'un engagement de durée déterminée qu'il était empêché d'honorer dans l'enceinte de l'Organisation? Les «conséquences susceptibles de troubler...», auxquelles le Secrétaire général a fait allusion après coup, auraient-elles disparu après 1983, quand M. Yakimetz, devenu titulaire d'un poste permanent, aurait rempli ses fonctions, ou cette remarque du Secrétaire général indique-t-elle que le cas de M. Yakimetz, fonctionnaire discuté dont la présence à la cafétéria pour déjeuner aurait pu «troubler» quoi que ce soit, ne pouvait pas être pris sérieusement en considération en vue d'une nomination de carrière à l'Organisation, malgré ses états de service excellents et bien que la résolution 37/126 exigeât que son cas fût pris équitablement en considération?

Le second élément est que le Secrétaire général n'a pas accusé réception de la candidature de M. Yakimetz à un poste permanent, présentée officiellement par lui le 9 janvier 1984, soit quelques jours après la venue à expiration de son engagement de durée déterminée, et qu'il y a moins encore donné suite. Cette réaction, ou ce manque de réaction devant la candidature de M. Yakimetz à un poste de carrière laisse présumer non pas que son cas a été «pris équitablement en considération», mais qu'il n'a pas été pris en considération du tout. Peut-être l'absence de réponse du Secrétaire général à la candidature de M. Yakimetz s'explique-t-elle autrement, d'une façon plus favorable à la position du Secrétaire général, mais cette explication n'a pas été fournie.

On peut supposer que le Secrétaire général n'a pas répondu à M. Yakimetz, qui avait présenté sa candidature à un poste de carrière le 9 janvier, parce que ce dernier avait introduit sa requête auprès du Tribunal administratif le 6 janvier. Mais ce n'est qu'une conjecture. Ce qui est significatif, c'est que le Secrétaire général n'a jamais fait valoir cet argument, ni auprès de M. Yakimetz en janvier 1984 comme il aurait fort bien pu le faire, ni par la suite devant le Tribunal ou la Cour. On ne peut qu'en conclure que l'absence d'accusé de réception ou de réponse à la candidature présentée le 9 janvier par M. Yakimetz confirme que le Secrétaire général n'a pas pris équitablement ni même pris du tout en considération cette candidature.

NATURE DE L'ERREUR DE DROIT «CONCERNANT» LA CHARTE; OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES SUR LA QUESTION 2, Y COMPRIS L'ERREUR DU TRIBUNAL CONCERNANT L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1, DE LA CHARTE

Avant d'examiner de plus près les erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies, que le Tribunal administratif a commises en l'espèce, il convient peut-être de formuler des observations sur la disposition pertinente du statut du Tribunal. Les termes de l'article 11 du statut du Tribunal, de même que les travaux préparatoires, montrent clairement qu'une erreur de droit «concernant» (*relating to*) les

dispositions de la Charte des Nations Unies ne doit pas mettre ouvertement et directement en cause une disposition de la Charte. Il suffit que l'erreur soit « en relation avec » la Charte, qu'elle s'y « rapporte » ou s'y « rattache ». (Voir les définitions des termes *relate* et *relating* dans *The Oxford Dictionary*, vol. VIII, 1910, p. 397-398, et dans le *Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Unabridged*, 1976, p. 1916.) Les mots « les dispositions » de la Charte ne sauraient s'appliquer à toutes les dispositions de cet instrument car le Tribunal ne peut commettre d'erreur visant toutes ces dispositions; ils s'appliquent nécessairement à « une ou plusieurs dispositions » de la Charte. Pour qu'une erreur puisse constituer un motif de contestation d'un jugement du Tribunal, il faut qu'elle soit en relation avec au moins une des dispositions de la Charte ou qu'elle se rattache au moins à l'une d'elles. De plus, lorsque l'article 11 du statut du Tribunal a été adopté, les auteurs du libellé en question ont déclaré que: « *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, cité en l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1982*, p. 394, par. 9, et p. 469, par. 21; les italiques sont de moi.) Il était entendu que:

« 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. » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, annexes*, rapport du Comité spécial chargé d'étudier la question de la réformation des jugements du Tribunal administratif, p. 10, cité dans *C.I.J. Recueil 1982*, p. 471, par. 24.)

Lorsque le Secrétaire général n'applique pas une disposition d'une résolution qu'il est tenu d'appliquer et que l'Assemblée générale a adoptée en vertu du pouvoir que lui confère l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, lequel dispose que: « Le personnel est nommé par le Secrétaire général conformément aux règles fixées par l'Assemblée générale », et lorsque le Tribunal administratif omet de relever cette carence — et accepte ainsi la non-application de cette règle applicable — le Tribunal commet une erreur de droit « concernant » la Charte. C'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce. Ce sont précisément les cas de ce genre que l'Assemblée générale entendait viser lorsqu'elle a adopté l'article 11 du statut du Tribunal administratif, comme le montrent les citations des travaux préparatoires reproduites ci-dessus.

Certes, le Secrétaire général ne reconnaît pas maintenant avoir omis d'appliquer une disposition d'une résolution de l'Assemblée générale qu'il admet devoir appliquer. Mais il a affirmé devant le Tribunal admi-

nistratif et devant la Cour ce qu'il avait omis de dire à M. Yakimetz, à savoir qu'il avait pris son cas équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière. Le Secrétaire général s'est trouvé dans une position difficile en raison des circonstances de l'espèce et ses affirmations ont mis le Tribunal et la Cour dans une situation délicate. Les hésitations du Tribunal et de la Cour à écarter les affirmations du Secrétaire général sont compréhensibles. Toutefois, comme sir Robert Jennings le démontre, le droit et la procédure se caractérisent en matière administrative par le fait qu'il est possible de rejeter les affirmations de l'administration. Si ce qu'est un fait dépend uniquement de ce que l'administration en dit après coup, sans preuve, le droit, la procédure et les tribunaux sont inutiles en matière administrative. Pour ma part, avec tout le respect que j'ai pour la bonne volonté et la bonne foi du Secrétaire général, je dois dire à regret que les déclarations qu'il a faites sans preuve à l'appui ne peuvent être acceptées comme s'imposant.

Il en irait autrement si, pour établir qu'il avait pris le cas en considération, comme il le prétend, le Secrétaire général ne s'était pas borné à faire des déclarations générales et péremptoires bien après le moment crucial, dans un cadre purement contentieux et devant le Tribunal et la Cour exclusivement (il n'a rien dit de pareil à M. Yakimetz au moment crucial). Il en irait autrement si le représentant du Secrétaire général avait rédigé en des termes différents sa lettre du 21 décembre 1983 à M. Yakimetz. Loin d'informer M. Yakimetz que son cas était, avait été ou serait pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière, le Secrétaire général lui a écrit à ce moment-là qu'il ne pouvait pas le prendre en considération aux fins d'une nomination de carrière « puisque [son] présent contrat était conclu sur la base d'un détachement de la fonction publique de [son] pays ». Je ne crois pas que le Secrétaire général puisse dire maintenant le contraire de ce qu'il a dit au moment déterminant.

LE RÔLE DE LA COUR DANS LES AFFAIRES DE CE GENRE

La Cour se rassure sur la justesse d'un avis dont elle ne paraît pas très sûre en affirmant qu'elle n'a pas pour rôle, dans les affaires de ce genre, de refaire le procès ni d'essayer de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal. Mais elle n'insiste pas autant sur le fait, relevé par elle en 1982, que

« il lui incombe au plus haut degré ... de rechercher si l'interprétation ou l'application particulière que le Tribunal fait de ce statut et de ce règlement contredit une disposition de la Charte » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 359, par. 66).

La Cour omet de souligner que, comme elle l'a déclaré en 1973, 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. » (*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1973, p. 188, par. 47.*)

En effet, comme la Cour l'a déclaré plus loin dans l'affaire *Fasla*, « si un jugement était contesté en raison d'une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte, la Cour ... pourrait ... être appelée à examiner la décision au fond » (*ibid.*, par. 48). La Cour a en outre affirmé que, dans une procédure de réformation, elle ne s'estime pas « empêchée d'examiner les faits de la cause en toute liberté ou de contrôler l'appréciation des faits par le Tribunal » (*ibid.*, p. 207, par. 85).

Le pouvoir qu'a la Cour d'examiner les faits de la cause en toute liberté et de statuer sur le fond du jugement du Tribunal est confirmé par le fait que les avis consultatifs qu'elle donne dans des affaires de ce genre s'imposent au Secrétaire général et au Tribunal. Selon l'article 11, paragraphe 3, du statut du Tribunal :

« Chaque fois que la Cour est priée de donner un avis consultatif, le Secrétaire général ou bien donne effet à l'avis de la Cour, ou bien prie le Tribunal de se réunir spécialement pour confirmer son jugement initial ou rendre un nouveau jugement, conformément à l'avis de la Cour. S'il n'est pas invité à se réunir spécialement, le Tribunal, à sa session suivante, confirme son jugement ou le rend conforme à l'avis de la Cour. »

Les mots « conformément à l'avis de la Cour », qui figurent dans la première phrase de la citation ci-dessus, commandent l'ensemble de la proposition, comme le montre la ponctuation. Il faut donc soit que le Secrétaire général lui-même donne effet à l'avis de la Cour, soit que le Tribunal se mette en devoir de confirmer son jugement initial ou de rendre un nouveau jugement, chacun de ces jugements devant être confirmé ou rendu « conformément à l'avis de la Cour ». Cette interprétation inévitable est étayée par la seconde phrase de la disposition précitée, qui oblige de même le Tribunal à rendre son jugement « conforme à l'avis de la Cour ». Comme la Cour l'a reconnu elle-même en l'affaire *Fasla*, « l'avis rendu par la Cour [doit] avoir un effet décisif à l'égard des questions en litige » dans l'affaire portée devant le Tribunal administratif (*C.I.J. Recueil 1973, p. 182, par. 39*). C'est là un « effet spécial que l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies attribue à l'avis de la Cour » (*ibid.*, p. 183, par. 39).

De plus, lors de l'adoption de l'article 11 du statut du Tribunal adminis-

tratif, ceux qui l'avaient proposé ont reconnu qu'il convenait « 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 » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, Cinquième Commission*, 498^e séance, p. 70 (les italiques sont de moi); voir *C.I.J. Recueil 1982*, p. 473, par. 27). La Cour était censée être, et aux termes du statut du Tribunal elle est, « l'organe judiciaire suprême qui pouvait statuer sur le droit de la Charte »; « aucun organe n'était compétent pour régler les autres différends au sujet desquels une demande de réformation était recevable » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, annexes*, rapport de la Cinquième Commission, point 49 de l'ordre du jour, p. 43; voir *C.I.J. Recueil 1982*, p. 474, par. 28). Il est intéressant de relever qu'on ne s'est pas borné à souligner que la Cour était « l'autorité compétente en dernier ressort », ce qui devait par conséquent lui permettre de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal administratif puisqu'une opinion qui ne s'impose pas ne saurait être donnée « en dernier ressort ». Les auteurs du rapport de la Cinquième Commission ont aussi précisé que la juridiction de la Cour avait été conçue de manière à englober l'intérêt légitime « à l'application correcte de la Charte et du statut du personnel » (*ibid.*). On ne saurait dire plus clairement que, d'après l'article 11 du statut du Tribunal, la Cour est « l'autorité compétente en dernier ressort pour interpréter les dispositions ... du statut du personnel » fondées sur la Charte, c'est-à-dire les règles fixées par l'Assemblée générale en vertu de l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, telle que celle qui est formulée dans la section IV, paragraphe 5, de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale.

Vu les termes utilisés dans le statut du Tribunal et les intentions susmentionnées de ses rédacteurs, et compte tenu du fait que la Cour a estimé à juste titre qu'elle peut « examiner les faits de la cause en toute liberté » et « contrôler l'appréciation des faits par le Tribunal » (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 207, par. 85), j'estime que le présent avis de la Cour et ceux qu'elle a donnés dans le même sens ne sont pas solidement fondés dans la mesure où ils s'abritent derrière la conclusion suivant laquelle la Cour n'a « pas pour rôle de refaire le procès ni d'essayer de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal... » (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 356, par. 58; cette conclusion est reprise aux paragraphes 27 et 89 du présent avis). Au contraire, lorsqu'elle est saisie d'une affaire de ce genre, la Cour joue « un rôle de réformation judiciaire... L'avis de la Cour doit avoir un caractère réformateur. » Etant donné qu'une objection formulée à l'encontre d'un jugement au motif que le Tribunal a commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte « se rapporte non à la validité du jugement mais à la décision sur le fond » prise par le Tribunal, ce motif confère à la Cour « une véritable compétence d'appel » (Leo Gross, « Participation of Individuals in Advisory Proceedings before the International Court of Justice: Question of Equality between the Parties », *American Journal of International Law*, 1958, vol. 52, p. 36).

Telle est la conclusion à laquelle M. Oda, dans son opinion individuelle, et moi-même, dans mon opinion dissidente, étions parvenus en 1982 dans l'affaire *Mortished*, après avoir étudié la genèse de l'article 11 du statut du Tribunal administratif; cette conclusion demeure exacte aujourd'hui (voir *C.I.J. Recueil 1982*, p. 393-397, 468-470, 471, et l'opinion individuelle de M. Oda en la présente espèce, par. 14-18). Elle est pleinement justifiée par l'intention qui animait l'Assemblée générale lorsqu'elle a adopté l'article 11 du statut du Tribunal administratif, telle qu'elle ressort des citations des travaux préparatoires mentionnées ci-dessus et desdites opinions relatives à l'affaire *Mortished*. Dans un tel cas, la Cour a le droit — si ce n'est le devoir — de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal, et tant le Secrétaire général que le Tribunal sont tenus de rendre leurs décisions conformes à l'avis de la Cour. Dans l'affaire *Yakimetz*, ce qui est en cause, c'est « l'interprétation ou l'application » (voir la mauvaise interprétation ou application) « du statut du personnel édicté en application du chapitre XV de la Charte », que les rédacteurs de l'article 11 du statut ont déclaré explicitement entrer dans la compétence de la Cour. La Cour a tout pouvoir pour donner un avis sur le fond de cette question. Ne pas le faire constitue un manquement à l'exercice d'une responsabilité qui lui a été valablement confiée par l'Assemblée générale.

On peut ajouter que la conception exclusive de sa compétence que la Cour juge bon d'adopter en la présente affaire contraste de façon révélatrice avec la conception extraordinairement extensive qu'elle a jugé bon d'adopter en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 392; *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14).

L'INTERPRÉTATION ERRONÉE QUE LE TRIBUNAL DONNE DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 3, DE LA CHARTE

Dans la présente affaire, la principale erreur de droit que le Tribunal a commise concernant une disposition de la Charte des Nations Unies réside dans le fait qu'il n'a pas statué que le Secrétaire général n'avait pas pris la candidature de M. Yakimetz équitablement en considération et qu'il ne lui a pas par conséquent demandé de se conformer à une disposition réglementaire qui était contraignante pour lui et que l'Assemblée générale avait adoptée en application du paragraphe 1 de l'article 101 de la Charte. Mais le Tribunal a encore commis une autre erreur de droit, qui concerne le paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. En fait, cette disposition introduit trois considérations « dominantes » pour le recrutement du personnel : le travail, la compétence et l'intégrité, et il est ajouté : « Sera dûment prise en considération l'importance d'un recrutement effectué sur une base géographique aussi large que possible. » Cette considération de moindre importance n'implique en rien que le fait qu'un fonctionnaire change de nationalité et moins encore le fait qu'il entreprend des démarches révélant son intention d'essayer de changer de nationalité consti-

tuent des considérations pertinentes pour déterminer si ce fonctionnaire répond aux conditions requises pour rester au service de l'Organisation. Le Tribunal administratif a déclaré dans l'affaire *Estabial* (jugement n° 310) que des considérations de répartition géographique ne doivent pas pouvoir l'emporter lorsqu'il s'agit de décider d'une nomination qui doit reposer sur une évaluation du travail, de la compétence et de l'intégrité du fonctionnaire. Ces considérations dominantes de travail, de compétence et d'intégrité doivent primer tout autant sur les considérations de nationalité, qui ne sont même pas mentionnées dans la Charte.

Or, le Secrétaire général, dans les mesures qu'il a prises à l'égard de M. Yakimetz, a pour sa part clairement donné du poids à ce qu'il a décrit comme « les événements intervenus le 10 février 1983 et par la suite » (cette date étant celle à laquelle M. Yakimetz a fait savoir au Gouvernement de l'Union soviétique qu'il démissionnait de ses fonctions); dans les observations qu'il a présentées à la Cour le 26 juin 1985, le Secrétaire général a reconnu que, dans leur ensemble, les circonstances dont il avait tenu compte « englobaient manifestement l'intention du requérant de changer de nationalité » (par. 14). Pour sa part, le Tribunal a énoncé comme suit l'une des trois questions juridiques en l'espèce: « 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. » A ce sujet il a conclu:

« XII. Le requérant était en droit d'agir de la façon qu'il jugeait répondre au mieux à ses intérêts, mais il doit accepter les conséquences de ses actes. Une autre conséquence de ses actes amène à se demander si le requérant répondait aux conditions requises d'un fonctionnaire international. Dans son jugement n° 326 (*Fischman*), le Tribunal a évoqué une opinion largement répandue qui avait été ainsi formulée dans un rapport de la Cinquième Commission de l'Assemblée générale:

« Les fonctionnaires internationaux doivent véritablement représenter la culture et la personnalité du pays dont ils sont les ressortissants et ... ceux qui choisissent de rompre les liens qui les unissent à ce pays ne peuvent plus prétendre remplir les conditions qui régissent l'emploi à l'Organisation des Nations Unies »,

et le Tribunal a considéré que cette position « [devait] continuer de jouer un rôle déterminant à cet égard ». Dans le même jugement, le Tribunal a également cité un extrait de la circulaire ST/AFS/SER.A/238 du 19 janvier 1954 où il est notamment indiqué que:

« La décision d'un fonctionnaire de conserver ou d'acquérir le statut de résident permanent dans ... le pays [de son lieu d'affectation] ne va nullement dans le sens des intérêts de l'Organisation des Nations Unies. Au contraire, cette décision peut nuire aux intérêts

de l'Organisation dans le cas des fonctionnaires recrutés sur le plan international qui appartiennent à la catégorie des administrateurs...»

Les Etats-Unis d'Amérique ayant accédé à la demande d'asile du requérant, le problème de la renonciation par ce dernier à ses privilèges et immunités avec l'autorisation du défendeur aurait dû se poser, puisqu'une telle renonciation était nécessaire pour modifier son type de visa conformément à la législation des Etats-Unis. Toutefois, aucun problème ne s'est apparemment posé dans l'immédiat et il semble qu'il n'ait jamais été demandé au défendeur d'accepter que le requérant renonce à ses privilèges et immunités. De plus, un projet de loi visant uniquement le cas personnel du requérant a été ultérieurement présenté à la Chambre des représentants et au Sénat des Etats-Unis.

XIII. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que le requérant était détaché pendant sa période de service à l'ONU et que cette situation administrative, comme il a été dit plus haut, 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.

XIV. C'est en ayant ces conclusions à l'esprit que le Tribunal a examiné l'argument du requérant selon lequel il avait droit — droit qui lui aurait été dénié — à ce que son cas soit « pris équitablement en considération » conformément au paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1982.»

Une énigme posée par le jugement du Tribunal administratif, parmi d'autres, provient de ce que le Tribunal ne précise pas quelle importance peuvent avoir, dans son jugement, le paragraphe XII et les extraits qui s'y trouvent du jugement n° 326 prononcé à la même époque en l'affaire *Fischman* (jugement rendu à la même majorité, composée du président, M. Ustor, et du vice-président, M. Sen). Dans ce dernier jugement, il est question d'une « opinion largement répandue » mentionnée dans un rapport de la Cinquième Commission et selon laquelle le fonctionnaire international qui choisit de rompre ses liens avec son pays ne peut plus prétendre remplir les conditions qui régissent l'emploi à l'Organisation des Nations Unies. Quelle que soit la raison pour laquelle le Tribunal a invoqué, dans son jugement du 8 juin 1984 rendu en l'affaire *Yakimetz*, ce qu'il avait dit en l'affaire *Fischman* le 17 mai 1984, il est clair que le Tribunal a conclu que cette « opinion largement répandue » jouait « un rôle déterminant à cet égard » (c'est-à-dire dans l'affaire *Fischman*) et, à propos de M. Yakimetz, qu'une « conséquence de ses actes » visant à essayer de changer de nationalité amenait à se demander s'il « répondait aux conditions requises d'un fonctionnaire international », compte tenu de la doctrine exposée dans l'affaire *Fischman* et citée en l'espèce, doctrine qui

continuait à jouer un « rôle déterminant ». Le Tribunal a d'autre part déclaré que c'est « compte tenu de ce qui précède » (par. XIII) et « ayant ces conclusions à l'esprit » (par. XIV) — apparemment ses conclusions précédentes et parmi elles celles l'amenant à se demander si M. Yakimetz répondait aux conditions requises — que le Tribunal avait examiné les thèses du requérant suivant lesquelles il était en droit de s'attendre, droit qui lui aurait été dénié, à ce que son cas fût pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière.

Le Tribunal, en concluant de la sorte, a commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte des Nations Unies, à savoir le paragraphe 3 de l'article 101. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, un changement de nationalité, et moins encore l'intention de changer de nationalité, ne constitue pas ou ne devrait pas constituer une condition « déterminante » pour le recrutement à l'Organisation. Un changement de nationalité peut certes avoir un effet marginal sur les calculs de répartition par pays mais il n'enlève rien aux qualités de travail, de compétence ou d'intégrité d'un fonctionnaire. Il ne soulève pas la question de savoir si un « fonctionnaire international » répond aux « conditions requises » pour être maintenu au service de l'Organisation. Dans certaines circonstances, ce changement peut même prouver que l'intéressé a tenté d'éviter de recevoir des « instructions [d'un] gouvernement [ou d'une] autorité extérieure à l'Organisation » ou de devoir y obéir. Ce sont d'ailleurs de telles circonstances qu'invoque le requérant en l'espèce. Ses allégations, qui sont étayées par certaines preuves, n'ont été ni réfutées ni même démenties. Cela ne signifie pas que le Secrétaire général a enfreint le paragraphe 3 de l'article 101 en tenant compte de l'intention de M. Yakimetz de changer de nationalité ; une telle intention faisait partie des circonstances dont il pouvait tenir compte au moment de prendre en considération le cas de M. Yakimetz aux fins d'une nomination de carrière — si tant est qu'il l'a véritablement pris en considération. Cela signifie que le Tribunal a enfreint le paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte en concluant que l'intention de M. Yakimetz de changer de nationalité amenait à se demander — ce qu'il a considéré comme « déterminant » — si M. Yakimetz répondait aux conditions requises pour rester au service de l'Organisation.

Dans l'affaire *Yakimetz*, la Cour n'a naturellement pas à se demander si le jugement rendu par le Tribunal administratif dans l'affaire *Fischman* contient une erreur de droit concernant une disposition de la Charte ; elle doit se demander si le Tribunal, en s'appuyant sur le passage du jugement rendu en l'affaire *Fischman* qui est cité dans le jugement rendu en l'affaire *Yakimetz*, a introduit une erreur dans ce dernier jugement et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. Le Tribunal a estimé qu'il convenait de reprendre en l'affaire *Yakimetz* certaines conclusions auxquelles il était parvenu en l'affaire *Fischman*, conclusions qui accordent un « rôle déterminant » à la prétendue « opinion largement répandue » quant aux conséquences juridiques à attribuer au changement de nationalité d'un fonctionnaire de l'Organisation. Le Tribunal a ainsi donné à la conservation par un fonc-

tionnaire des Nations Unies de sa nationalité un caractère déterminant ou dominant qui est incompatible avec les termes du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. Les opinions exprimées au sein d'une commission des Nations Unies, que celles-ci soient largement répandues ou non, ne sont pas une source de droit et cela d'autant moins qu'elles dérogent aux termes de la Charte. L'importance attribuée par le Tribunal administratif à ces opinions constitue par conséquent une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. Cette erreur ne semble pas avoir eu un effet décisif sur le jugement du Tribunal; c'est pourquoi elle peut être considérée comme un *obiter dictum*. Etant donné que la Cour, ainsi qu'elle le reconnaît, est tenue de relever une erreur concernant une disposition de la Charte, qu'elle ait ou non provoqué un mal-jugé et indépendamment de son influence sur le dispositif du jugement du Tribunal, elle aurait dû déclarer, à ce propos, que le Tribunal administratif avait commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. Il est d'autant plus regrettable que la Cour ait omis de le faire qu'il importe de faire respecter un principe de la Charte essentiel pour préserver l'indépendance et la responsabilité exclusivement internationale du Secrétariat.

Parallèlement, il convient de souligner que la Cour

«relève à ce sujet que ladite « opinion largement répandue » traduit un point de vue exprimé à la Cinquième Commission en 1953 par quelques représentants, au cours de la huitième session de l'Assemblée générale, point de vue qui ne s'est jamais concrétisé dans une résolution de celle-ci » (par. 84).

D'autre part, la Cour cite une déclaration du Secrétaire général qui contraste fortement et agréablement avec la conclusion erronée du Tribunal administratif exposée ci-dessus :

« Le défendeur ne considère certes pas que le maintien des rapports avec un gouvernement national est une obligation contractuelle d'un fonctionnaire engagé pour une durée déterminée, qu'il soit détaché ou non, ni qu'une rupture entre un fonctionnaire et son gouvernement constituerait en soi un motif de mettre fin à son engagement de durée déterminée, qu'il soit détaché ou non. Il n'appartient pas au défendeur d'approuver ou de désapprouver le transfert d'allégeance du requérant. » (Par. 83.)

De même, dans ses motifs, la Cour s'est refusée à

« dire qu'un changement de nationalité, ou une tentative de changement de nationalité, puisse être traité comme un facteur l'emportant sur la considération « dominante » définie au paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte » (par. 87).

Néanmoins, « tout bien considéré », la Cour, après avoir répété qu'elle n'a pas pour rôle de substituer son opinion sur le fond à celle du Tribunal, se refuse en fin de compte à conclure qu'une erreur de droit concernant une disposition de la Charte a été commise sur ce point puisque le Tribunal a

établi que le cas de M. Yakimetz avait bien été pris «équitablement en considération» et «par déduction que le Secrétaire général ne s'était pas fait une idée fausse de l'effet du détachement» puisque «le Tribunal a dû avoir présent à l'esprit le contenu du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte lorsqu'il a examiné la question» (par. 89). La Cour conclut alors, sans autre explication, que «de l'avis de la Cour, on ne saurait mettre en cause ces constatations en invoquant une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte» (*Ibid.*).

La Cour prend donc soin de ne pas approuver le jugement du Tribunal dans la mesure où il est dit qu'un changement ou une tentative de changement de nationalité amène à se demander, ce qui est déterminant, si un fonctionnaire répond aux conditions requises pour continuer d'être employé par l'Organisation. Comme le jugement du Tribunal sur ce point important est si manifestement en contradiction avec la lettre et l'esprit de la Charte, la Cour pouvait difficilement agir autrement.

Ce qui est intrigant, c'est que la Cour s'abstient de qualifier carrément d'erreur de droit concernant une disposition de la Charte l'erreur manifestement commise par le Tribunal car elle a conclu : *a*) que le Tribunal a établi que le cas de M. Yakimetz avait été pris équitablement en considération; *b*) que le Tribunal a établi «par déduction» que le Secrétaire général ne s'était pas fait une idée fausse de l'effet du détachement et *c*) que le Tribunal doit avoir eu «présent à l'esprit» le contenu du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. La Cour semble estimer que ces constatations du Tribunal ou ce que la Cour suppose qu'il avait présent à l'esprit compensent, d'une certaine manière, l'interprétation nettement erronée que le Tribunal a donnée du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte. Toutefois, à mon avis, en raisonnant de cette manière évasive la Cour montre une fois de plus combien elle s'efforce d'éviter de reconnaître explicitement que le Tribunal a commis des erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte.

Les efforts que fait la Cour pour expliquer l'erreur de droit commise par le Tribunal au regard du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte sont particulièrement peu convaincants étant donné que: s'agissant du point *a*), ce que le Tribunal a «établi» ne se fonde sur aucun fait quel qu'il soit; ce n'est qu'une déduction — comme l'admet le Tribunal — que le Tribunal prétend faire du texte d'une lettre, texte qui réfute cette déduction (comme le font les circonstances de l'affaire). S'agissant du point *b*) — constatation par la Cour que le Tribunal a établi «par déduction» que le Secrétaire général ne s'était pas fait une idée fausse de l'effet du détachement — la faiblesse du raisonnement du Tribunal, sur lequel la Cour s'appuie, ressort de l'emploi de l'expression «par déduction». Ce qui est établi «par déduction» ne peut l'emporter sur le contraire, lorsqu'il est bien démontré, et les communications du Secrétaire général que cite sir Robert Jennings montrent à l'évidence qu'au moment critique le Secrétaire général se faisait précisément de l'effet du détachement l'idée fausse que le Tribunal choisit de dire, par déduction, qu'il ne se faisait pas. S'agissant du point *c*) — «le Tribunal a dû avoir présent à l'esprit» la

disposition du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte « lorsqu'il a examiné la question » — il se peut bien qu'il en soit ainsi. Néanmoins il ne s'agit pas de savoir si le Tribunal a songé aux termes du paragraphe 3 de l'article 101 mais s'il y a songé correctement. S'il ne l'a pas fait et qu'il a exprimé son erreur dans le jugement, il a commis une erreur de droit concernant une disposition de la Charte. En réalité, c'est exactement ce qu'il a fait en intégrant dans le jugement qu'il a rendu en l'affaire *Yakimetz* la conclusion erronée à laquelle il était parvenu en l'affaire *Fischman* et selon laquelle le changement de nationalité d'un fonctionnaire du Secrétariat revêt un caractère déterminant ou dominant, ce qui est incompatible avec les termes du paragraphe 3 de l'article 101.

Pour ces raisons, je regrette de devoir dire que, ce qui me gêne vraiment, c'est que la Cour conclue qu'« on ne saurait mettre en cause ces constatations en invoquant une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte ». A mon avis, en s'abritant derrière l'obstacle juridictionnel qu'elle a jugé bon de poser en postulat, la Cour a fermé les yeux sur les erreurs de droit concernant les dispositions de la Charte commises par le Tribunal administratif. Les perdants en l'affaire sont l'Organisation des Nations Unies ainsi que son Secrétariat indépendant que la Charte est destinée à protéger.

L'INTERPRÉTATION DONNÉE PAR LA COUR DE L'ARTICLE 100 DE LA CHARTE
ET L'ERREUR DE DROIT COMMISE PAR LE TRIBUNAL
CONCERNANT L'ARTICLE 100

La Cour rejette la thèse du requérant selon laquelle le Tribunal aurait commis une erreur de droit concernant le paragraphe 1 de l'article 100 de la Charte, aux termes duquel :

« Dans l'accomplissement de leurs devoirs, le Secrétaire général et le personnel ne solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation. Ils s'abstiendront de tout acte incompatible avec leur situation de fonctionnaires internationaux et ne sont responsables qu'envers l'Organisation. »

La Cour dit :

« L'argumentation du requérant repose sur les prémisses suivantes : le Secrétaire général pensait ne pas pouvoir donner un quelconque nouvel engagement au requérant sans le consentement de son ancien gouvernement d'origine ; le Tribunal a conclu que c'était bien là ce que pensait le Secrétaire général ; cette idée était erronée en droit, ce que le Tribunal a omis de dire. Or la Cour ne considère pas que le Tribunal a conclu soit que telle était bien l'idée du Secrétaire général soit que cette idée était ou aurait pu être juste. Compte tenu de la nature de la décision que le Tribunal a effectivement prise au vu

des faits de la cause, il n'apparaît pas nécessaire d'examiner la question plus avant.» (Par. 77.)

A mon avis l'interprétation lapidaire que la Cour donne du paragraphe 1 de l'article 100 dans son application en l'espèce est indûment limitative. Elle ne tient pas compte de l'importance que présente en l'espèce la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 100. Elle est par ailleurs difficilement conciliable avec l'interprétation valable de l'article 100 que la Cour a donnée dans son avis consultatif en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

On se souviendra que, dans cette décision marquante, la Cour a déclaré que l'Organisation des Nations Unies est habilitée à présenter une réclamation internationale à raison du dommage causé à la victime, son agent. Au cours de la procédure orale, M. G. G. Fitzmaurice a plaidé au nom du Royaume-Uni en faveur d'une interprétation libérale de l'article 100 de la Charte, dans les termes suivants :

« Dans ses observations écrites, le Gouvernement du Royaume-Uni a émis l'opinion que la base convenable peut être trouvée dans l'article 100 de la Charte, qui, effectivement, crée une relation particulière d'*allégeance internationale* des fonctionnaires vis-à-vis de l'Organisation et qui, selon nous, créerait entre l'Organisation et ses fonctionnaires un lien allant bien au-delà de la relation ordinaire de maître à serviteur et qui peut fournir la base nécessaire à des réclamations présentées par l'Organisation au nom des fonctionnaires eux-mêmes, à raison du dommage qui leur a été causé.

Si nous suivons cet argument jusqu'au bout, nous verrons, je pense, où ceci nous amène. Cette allégeance particulière se substitue partiellement à l'allégeance normale due par le particulier à l'Etat dont il est ressortissant et, dans toutes les matières intéressant les Nations Unies, elle la remplace par une allégeance due exclusivement à l'Organisation. Ainsi, dans les cas où le fonctionnaire dont il s'agit subit un préjudice dans l'accomplissement du travail de l'Organisation, tâche dans laquelle son allégeance est due uniquement à l'Organisation et cela, au besoin, même contre l'Etat dont il est ressortissant, il semble que ce soit une conséquence non seulement convenable mais même nécessaire d'une telle position que de regarder l'Organisation comme ayant la capacité de présenter une réclamation à raison du préjudice ou du dommage causé à ce fonctionnaire ou à ses ayants droit.

A vrai dire, on pourrait aller plus loin et soutenir que l'article 100 de la Charte a pour effet la reconnaissance implicite par les Membres des Nations Unies de l'existence nécessaire d'une telle capacité pour que l'Organisation puisse être à même d'exercer ses fonctions d'une façon convenable. Pour éclairer cette manière de voir considérons le cas d'un fonctionnaire des Nations Unies qui est appelé, dans l'exercice de ses fonctions, à agir d'une façon que l'Etat dont il est ressortis-

sant désapprouve ou estime contraire à ses propres intérêts. Si, en ce faisant, il subit un préjudice, l'Etat dont il est ressortissant, très probablement, se refusera à présenter une réclamation en son nom ou, en tout cas, ne se sentira pas tenu de le faire. Par conséquent, à moins que l'Organisation elle-même ne soit regardée comme possédant la capacité de présenter la réclamation au nom de ces personnes, et ce à raison du préjudice ou du dommage qui leur est causé, il va exister un manque de protection convenable et une situation qui peut être préjudiciable au bon fonctionnement de l'Organisation, car si les fonctionnaires des Nations Unies ont l'impression qu'ils ne peuvent compter sur l'Organisation pour les protéger, au cas où ils subiraient un dommage dans l'accomplissement de leur devoir, et s'ils doivent compter, à supposer qu'ils puissent compter sur quelqu'un, sur l'Etat dont ils sont ressortissants, pour les protéger, leur allégeance est appelée, dans la mesure de cet état de choses, à être partagée et le travail de l'Organisation à en souffrir en conséquence. C'est précisément la situation contre laquelle on avait eu l'intention de se prémunir par l'article 100 de la Charte, et l'on doit considérer que les Membres des Nations Unies avaient reconnu ce fait : pour présenter la chose autrement, la capacité de l'Organisation de présenter une réclamation directement au nom de ses fonctionnaires, à raison des préjudices qu'ils ont subis dans l'exercice de leurs fonctions, est véritablement le complément nécessaire ou, si l'on veut, la contre-partie de l'allégeance exclusive qu'ils doivent à l'Organisation car on ne saurait demander à un homme d'être fidèle à la seule Organisation internationale dans l'exercice de ses fonctions et cela même contre l'Etat dont il est ressortissant et cependant s'attendre à ce qu'il continue à ne dépendre que de cet Etat pour sa protection au cas où il subirait un préjudice dans l'accomplissement desdites fonctions — tout particulièrement si ... il peut être placé dans une situation particulièrement dangereuse par la nature même de ces fonctions. Une telle situation serait manifestement contraire au principe inséré dans la Charte et de toute évidence inhérent au concept même des Nations Unies, à savoir que l'Organisation et ses fonctionnaires doivent exercer leurs fonctions sans aucun égard à des considérations de nationalité : car si tel est leur *devoir*, encore faut-il qu'ils en aient les *moyens*, c'est-à-dire que l'Organisation doit posséder les capacités qui lui sont nécessaires pour atteindre cet objectif, ou si vous préférez, elle ne doit pas être dépourvue des capacités en l'absence desquelles cette indépendance pourrait se trouver atteinte.» (*C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, p. 123-124.)

La Cour, sensible à ces arguments, a interprété l'article 100 de la Charte comme suit :

« Eu égard à ses buts et fonctions précédemment indiqués, l'Organisation peut constater la nécessité — et a en fait constaté la néces-

sité — de confier à ses agents des missions importantes qui doivent être effectuées dans des régions troublées du monde. De telles missions, par leur nature, exposent souvent les agents à des dangers exceptionnels auxquels les personnes ne sont pas exposées d'ordinaire. Pour cette même raison, les dommages subis par ces agents dans ces conditions se produiront parfois de telle manière que leur Etat national ne serait pas fondé à introduire une demande en réparation sur la base de la protection diplomatique ou, tout au moins, ne serait pas disposé à le faire. Tant afin d'assurer l'exercice efficace et indépendant de ses fonctions que pour procurer à ses agents un appui effectif, l'Organisation doit leur fournir une protection appropriée.

.....

A cet effet, les Membres de l'Organisation ont contracté certains engagements, dont les uns figurent dans la Charte et d'autres dans des accords complémentaires. Il n'est pas besoin de décrire ici le contenu de ces accords, mais la Cour doit insister sur l'importance du devoir de donner à l'Organisation « pleine assistance », accepté par ses Membres dans l'article 2, paragraphe 5, de la Charte. Il faut se souvenir que le fonctionnement efficace de l'Organisation, l'accomplissement de ses devoirs, l'indépendance et l'efficacité de l'œuvre de ses agents exigent le strict respect de ces engagements. A cette fin, il est nécessaire que, lorsqu'un manquement se produit, l'Organisation soit en mesure d'inviter l'Etat responsable à remédier à ce manquement et, notamment, d'obtenir de cet Etat réparation des dommages que ce manquement peut avoir causés à l'agent de l'Organisation.

Pour que l'agent puisse s'acquitter de ses devoirs de façon satisfaisante, il faut qu'il sente que cette protection lui est assurée par l'Organisation et qu'il peut compter sur elle. Afin de garantir l'indépendance de l'agent et, en conséquence, l'action indépendante de l'Organisation elle-même, il est essentiel que l'agent, dans l'exercice de ses fonctions, n'ait pas besoin de compter sur une autre protection que celle de l'Organisation (sauf, bien entendu, la protection plus directe et plus immédiate due par l'Etat sur le territoire duquel il peut se trouver). En particulier, il ne doit pas avoir à s'en remettre à la protection de son propre Etat. *Si tel était le cas, son indépendance pourrait, contrairement au principe qu'applique l'article 100 de la Charte, se trouver compromise.* Enfin, il est essentiel que l'agent — qu'il appartienne à un Etat puissant ou faible, à un Etat plus ou moins touché par les complications de la vie internationale, à un Etat en sympathie ou non avec sa mission — sache que, dans l'exercice de ses fonctions, il est placé sous la protection de l'Organisation. (Cette assurance est encore plus nécessaire si l'agent est un apatride.)» (C.I.J. Recueil 1949, p. 183-184; les italiques sont de moi.)

En ce qui concerne cette conclusion de la Cour, on a fait observer, il y a longtemps déjà, que :

« L'étendue de l'interprétation que la Cour donne de l'article 100 est instructive. La Cour était prête à conclure, c'est d'ailleurs ce qu'elle a fait, que, dans le cas relativement improbable où un agent de l'Organisation subit dans l'exercice de ses fonctions un dommage dans des circonstances de nature à engager la responsabilité d'un Etat, ou plutôt dans le cas où un agent prévoit la possibilité qu'un tel événement se produise, l'indépendance de cet agent risque d'être compromise s'il ne peut compter sur la protection très limitée offerte par la présentation d'une demande de réparation monétaire *post facto* par l'Organisation et non par son Etat. Cette prise de position de la Cour est importante au regard de l'attitude qu'elle pourrait adopter en présence d'une infraction moins indirecte à l'article 100. » (S. M. Schwebel, « The International Character of the Secretariat of the United Nations », *The British Year Book of International Law*, vol. XXX, 1953, p. 82.)

La décision rendue par le Tribunal administratif en l'affaire *Yakimetz* ne constitue-t-elle pas une infraction plus directe à l'article 100 ? Si le Secrétaire général pensait, et toutes les preuves indiquent qu'il le pensait, que le cas de M. Yakimetz ne pouvait pas être pris en considération aux fins d'une nomination de carrière en l'absence du consentement du Gouvernement de l'Union soviétique, et comme le Tribunal administratif avait omis de le constater malgré les preuves qui l'exigeaient, ces erreurs pouvaient à mon avis être considérées comme des erreurs « concernant » le paragraphe 1 de l'article 100 de la Charte. Il n'y avait pas erreur parce que le Secrétaire général aurait sollicité ou reçu des instructions du Gouvernement de l'Union soviétique en violation de la première phrase de ce paragraphe ; en omettant de faire cette constatation le Tribunal n'avait donc pas commis d'erreur. En revanche, si le Secrétaire général, en se méprenant sur le poids à attacher au fait que l'Union soviétique n'avait pas donné son consentement à la nomination de M. Yakimetz à un poste de carrière avait ainsi donné une importance déterminante à l'attitude soviétique, le Secrétaire général n'avait pas simplement commis une erreur de droit. Il ne s'était pas acquitté de l'obligation que lui impose la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 100 : s'abstenir « de tout acte incompatible avec [sa] situation de fonctionnaire international » qui n'est responsable « qu'envers l'Organisation » ; en fait, il a laissé assumer la responsabilité en la matière à un « gouvernement ou ... [à une] autorité extérieure à l'Organisation ». C'est là que réside l'erreur commise concernant une disposition de la Charte. A mon sens, cette conclusion est conforme aux faits, dans la mesure où ils ont été rapportés à la Cour, et au droit, tel que la Cour l'a interprété dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Elle va également dans le sens du jugement n° 431 rendu par le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail en l'affaire *Rosescu*. Le fait que le Tribunal administratif a omis de relever cette erreur constitue une erreur de droit concernant une disposition de la Charte.

UN ETAT EST-IL EN DROIT D'EXIGER QUE TOUS SES RESSORTISSANTS
ENGAGÉS PAR L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES LE SOIENT
DANS LE CADRE D'UN DÉTACHEMENT ?

La Cour, dans son avis, se borne à faire allusion aux droits et devoirs de l'Etat à l'égard de ses ressortissants détachés auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, bien que cette question ait été évoquée au cours de l'instance. Deux observations peuvent être faites à ce propos. En premier lieu, comme le déclare à juste titre le Gouvernement du Canada dans son exposé écrit :

« pour être conforme aux dispositions de la Charte, le détachement doit être interprété comme un arrangement aux termes duquel une personne met ses services à la disposition du Secrétariat des Nations Unies et l'Etat Membre concerné donne de son côté à cette personne le droit de reprendre son travail antérieur. Toute interprétation qui vise à donner aux Etats Membres un droit de veto sur une décision de dotation du Secrétaire général va à l'encontre de la Charte.

Le Secrétaire général a manifestement un intérêt légitime à consulter les Etats Membres au sujet des nominations, de façon à assurer à l'Organisation les services de personnes possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité, ou encore pour chercher à recruter du personnel de manière à améliorer la répartition géographique des employés du Secrétariat. En fait, la relation d'un employé avec le pays dont il a la nationalité est un facteur qui peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure cette personne satisfait aux prescriptions de l'article 101. Les vues de l'Etat Membre à cet égard peuvent être un facteur pertinent ; elles ne peuvent toutefois être le seul critère sur lequel s'appuient les décisions du Secrétaire général en ce qui concerne les détachements.

S'il était décidé de ne pas nommer ou réengager un employé uniquement du fait du non-consentement du pays dont l'employé a la nationalité, voire du non-consentement de tout autre Etat Membre, cette décision serait contraire aux articles 100 et 101 de la Charte des Nations Unies. »

En second lieu, la politique suivie par certains Etats d'Europe orientale qui demandent que tous leurs ressortissants engagés au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies le soient au titre de contrats de durée déterminée est difficilement conciliable avec la Charte. (Le rapport du Secrétaire général relatif à la composition du Secrétariat (A/41/627, p. 36-39, du 27 septembre 1986) indique que la proportion des ressortissants de l'Union soviétique titulaires de contrats de durée déterminée est de 100 pour cent, qu'elle est de 32 pour cent pour ceux de la Chine, de 18,5 pour cent pour ceux de la France, de 14 pour cent pour ceux du Royaume-Uni et de 16,4 pour cent pour ceux des Etats-Unis d'Amérique.)

Un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies respecte-t-il ses obligations en vertu du paragraphe 2 de l'article 100 de la Charte, aux termes duquel il « s'engage à respecter le caractère exclusivement international des fonctions du Secrétaire général et du personnel et à ne pas chercher à les influencer dans l'exécution de leurs tâches », quand il demande que tous ses ressortissants engagés au Secrétariat soient détachés de la fonction publique? Peut-on supposer que ceux-ci, à même de s'acquitter de leurs obligations, ne « solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation » et qu'ils « s'abstiendront de tout acte incompatible avec leur situation de fonctionnaires internationaux [qui] ne sont responsables qu'envers l'Organisation »?

Au vu de ces considérations, il faut se féliciter que le rapport du « groupe des Dix-huit » contienne une recommandation selon laquelle « la proportion des nationaux titulaires de contrats de durée déterminée ne devrait dépasser pour aucun Etat Membre 50 pour cent du nombre total des nationaux du même Etat employés par l'Organisation » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, supplément n° 49, A/41/49*, rapport du groupe d'experts intergouvernementaux de haut niveau chargés d'examiner l'efficacité du fonctionnement administratif et financier de l'Organisation des Nations Unies, p. 22). Il faut également se féliciter, mais pour d'autres raisons, que le 8 avril 1986 la District Court for the Eastern District of Pennsylvania, aux Etats-Unis, ait déclaré inconstitutionnel, dans l'affaire *Hinton c. Devine* (Civ. n° 84-1130), l'« International Organizations Employees Loyalty Program » créé en application du décret-loi n° 10422 du 9 janvier 1953. Il semble que le Gouvernement des Etats-Unis ait décidé de ne pas recourir contre cette décision et qu'il ait interrompu le programme d'enquête visé dans le décret-loi n° 10422 (voir Mark A. Roy, « U.S. Loyalty Program for Certain UN Employees Declared Unconstitutional », *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, p. 984).

J'estime que les observations que M. Dag Hammarskjöld, le regretté Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, a formulées sur la question du détachement sont tout aussi valables aujourd'hui — sous l'angle des conclusions qu'il en tire du point de vue juridique et politique — qu'elles l'étaient lorsqu'il les a exposées au cours de la célèbre conférence qu'il a donnée devant l'Assemblée générale de l'Université d'Oxford le 30 mai 1961 :

« Un risque de pression des autorités nationales sur le fonctionnaire international peut également résulter, de manière un peu plus subtile, des termes et de la durée de son engagement. Un fonctionnaire national détaché par son gouvernement pour un an ou deux auprès d'une organisation internationale est à l'évidence dans une position qui est psychologiquement — et, pourrait-on dire, politiquement — différente de celle du fonctionnaire international permanent

qui n'envisage pas de poursuivre sa carrière au sein de sa fonction publique nationale. C'est ce que la commission préparatoire a reconnu à Londres en 1945 puisqu'elle a conclu qu'« on ne peut pas compter ... que les membres du personnel subordonneront entièrement les intérêts particuliers de leur pays à l'intérêt international s'ils ne sont que détachés provisoirement d'administrations nationales et s'ils continuent à dépendre d'elles pour leur avenir ». Or on a fait valoir récemment qu'il fallait changer le système actuel, dans lequel prévalent les nominations permanentes et les postes de carrière, en un système où prédomineraient les nominations de durée déterminée qui seraient accordées principalement à des fonctionnaires détachés par leur gouvernement. Ce sont les gouvernements qui se montrent peu enclins à mettre des fonctionnaires à la disposition du Secrétariat pour de longues périodes qui défendent cette idée et qui semblent d'autre part considérer — pour des raisons de principe ou du moins de psychologie « réaliste » — le fonctionnaire international comme étant en premier lieu un fonctionnaire national représentant son pays et l'idéologie de celui-ci. Selon ce point de vue, il faudrait voir dans la fonction publique internationale un secrétariat « intergouvernemental » composé principalement de fonctionnaires nationaux fournis par leur gouvernement et non un secrétariat « international », comme on l'a imaginé du temps de la Société des Nations et comme on continue à l'imaginer, et c'est dans ce sens qu'il faudrait la développer. A la lumière de ce que j'ai déjà dit au sujet des dispositions de la Charte, il est inutile que je démontre que cette conception va tout à fait à l'encontre des principes énoncés aux articles 100 et 101.

Cela ne revient pas à dire qu'il n'y a pas de place au Secrétariat pour un nombre raisonnable de fonctionnaires « détachés ». Il a d'ailleurs été reconnu qu'il était hautement souhaitable de disposer d'un certain nombre de fonctionnaires mis en disponibilité pour de brèves périodes par leur gouvernement et spécialement affectés à des tâches déterminées demandant une formation diplomatique ou technique. L'expérience a montré que ces fonctionnaires détachés, respectueux des obligations que leur impose la Charte, rendent de précieux services mais il va de soi qu'il est de bonne politique d'éviter autant que possible de leur attribuer des tâches qui les mettraient, eux ou les parties concernées, dans une situation embarrassante en raison de leur statut et de leur nationalité. Toutefois, cela n'a rien à voir avec un secrétariat dont une large partie — disons plus d'un tiers — serait composée de fonctionnaires engagés pour de courtes périodes. Si le Secrétariat comptait une si grande proportion de fonctionnaires détachés parmi son personnel, cela risquerait d'affecter gravement sa capacité de jouer le rôle d'organe exclusivement soucieux de ses responsabilités internationales. En particulier, s'il existait des doutes quant aux principes régissant l'emploi de ces fonctionnaires, dans l'esprit des gouvernements dont leur avenir pourrait dépendre, les

notions qui sont à la base de la Charte risqueraient de s'en trouver gravement compromises et la fonction publique internationale, telle qu'elle a évolué à la Société des Nations puis à l'Organisation des Nations Unies jusqu'à présent, risquerait d'être détruite. » (*The International Civil Servant in Law and in Fact*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 17-19.)

POSSIBILITÉ DE TENIR DES AUDIENCES DANS LES AFFAIRES DE CE GENRE

Comme il est indiqué dans l'avis de la Cour, il a été décidé de ne pas tenir d'audiences en l'espèce, ce qui se comprend d'autant plus que ni le Secrétaire général ni M. Yakimetz n'en avaient fait la demande. Toutefois, si des audiences avaient eu lieu, certains points de fait importants auraient peut-être pu être éclaircis. Quoi qu'il en soit, la Cour aurait pu décider de tenir des audiences en l'espèce et elle sera libre de prendre une telle décision dans d'autres affaires de cet ordre. Il est un point qui a fait l'objet d'un certain malentendu mais sur lequel le Secrétaire général me semble avoir utilement fait la lumière lorsqu'il a déclaré :

« L'une des objections à l'encontre de l'actuel système de réformation par le biais d'avis consultatifs de la CIJ tient au fait que la procédure de la Cour risque d'être « tronquée ». Comme on n'a pas trouvé de moyen qui permettrait aux requérants de se présenter devant la Cour, par l'intermédiaire d'un conseil, au cours d'une procédure orale, l'Assemblée générale, dans la résolution par laquelle elle a adopté l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies (957 (X), par. 2), a recommandé que les Etats et le Secrétaire général s'abstiennent de présenter des exposés oraux à la CIJ dans le cadre d'une telle procédure. Jusqu'à présent le Secrétaire général et tous les Etats intéressés se sont conformés à cette recommandation, mais l'on s'est inquiété du fait que cet état de choses ne permettait pas à la Cour de suivre sa procédure normale, et l'on a fait valoir que dans certains cas une procédure orale pourrait être nécessaire pour exposer convenablement l'affaire, et que toute la procédure était ainsi à la merci de tout Etat qui pourrait insister pour exercer son droit de faire un exposé oral conformément au paragraphe 2 de l'article 66 du Statut de la CIJ (ce qui placerait le requérant dans une position d'infériorité telle que la Cour mettrait presque certainement fin à la procédure).

Toutefois, il semblerait que ces problèmes de procédure puissent être surmontés. En application du paragraphe 2 de l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies, le Secrétaire général est tenu de transmettre à la Cour l'opinion exposée par le requérant dans la procédure devant le Tribunal au sujet de laquelle l'avis de la Cour est demandé. A l'occasion des « recours » formés jusqu'à présent auprès de la Cour conformément à l'article 11 du statut du

Tribunal administratif des Nations Unies et de l'unique recours formé conformément à l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT, l'opinion du requérant a été présentée à la Cour par l'intermédiaire du chef de secrétariat intéressé (le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et le Directeur général de l'Unesco respectivement), qui a transmis directement à la Cour toutes les communications écrites reçues du requérant ou de son conseil, sans y apporter la moindre modification et sans les censurer. De la même façon, s'il devait y avoir une procédure orale, le conseil choisi par le requérant (et rencontrant l'agrément de la Cour) pourrait se présenter devant la Cour, en tant que représentant spécial du Secrétaire général, pour exposer l'opinion du requérant. En ce qui concerne cette proposition, le Président de la Cour a indiqué que la Cour, qui a insisté à plusieurs occasions sur le maintien du principe de l'égalité entre les parties, continuera d'en tenir compte pour déterminer sa propre procédure dans chaque espèce.

Que l'article 11 du statut du Tribunal administratif des Nations Unies soit ou non maintenu tel quel, ou que son application soit limitée aux procédures engagées par les Etats ... ou encore qu'un nouveau type de renvoi à la Cour soit prévu ... l'Assemblée générale pourrait envisager de modifier la recommandation figurant dans sa résolution 957 (X) dans le sens indiqué... Cette recommandation devrait être formulée en termes suffisamment vagues pour qu'elle puisse également s'appliquer aux réformations demandées en vertu de l'article XII du statut du Tribunal administratif de l'OIT. » (Rapport du Secrétaire général relatif à la possibilité de créer un tribunal administratif unique, A/C.5/397, par. 88-90.)

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.