

OPINION DISSIDENTE DE M. EVENSEN

[Traduction]

1. Dans sa requête du 28 août 1984, le Comité des demandes de réformation a prié la Cour de donner un avis consultatif sur deux questions relatives au jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies qui sont libellées comme suit :

« 1) 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 ?

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 ? »

L'article 11, paragraphe 1, du statut du Tribunal administratif prévoit quatre motifs de contestation permettant de présenter à la Cour une requête pour avis consultatif :

- a) le Tribunal a outrepassé sa juridiction ou sa compétence;
- b) le Tribunal n'a pas exercé sa juridiction;
- c) le Tribunal a commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies;
- d) le Tribunal a commis, dans la procédure, une erreur essentielle qui a provoqué un mal-jugé.

La demande d'avis consultatif a été enregistrée dans les délais prévus à l'article 11, paragraphes 1 et 2, du statut du Tribunal administratif et à l'article II du règlement intérieur du Comité des demandes de réformation (doc. A/AC.86/2/Rev.3 du 25 mars 1983). La compétence de la Cour pour donner suite à la demande d'avis ne se heurtait à aucun grave obstacle de procédure et la Cour a décidé d'y donner suite conformément à l'article 96 de la Charte des Nations Unies.

QUESTION 1

2. La première question posée à la Cour, qui est de savoir si le Tribunal administratif a 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 », semble

comporter des éléments abstraits qui risquent de masquer le véritable problème. Elle semble insister sur les aspects de procédure plus que sur les questions de fond. Du point de vue de la procédure, on peut dire que le Tribunal a exercé sa juridiction. L'affaire a été plaidée devant le Tribunal et celui-ci a examiné dans son jugement un grand nombre de problèmes et d'arguments. Sur le fond, on peut approuver le jugement ou ne pas l'approuver. Mais pour savoir s'il y a eu non-exercice de la juridiction « on doit appliquer ce qui est le vrai critère et déterminer si le Tribunal a fait porter sa réflexion sur les bases de la demande et en a tiré ses propres conclusions... » (*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1973, p. 193, par. 56.*)

Répondre à la question de savoir si le Tribunal a manqué d'exercer sa juridiction dans des affaires de cette nature revient à dire si oui ou non le Tribunal a consciencieusement et judicieusement évalué les éléments de fait et de droit de façon à exercer ses pouvoirs et notamment le pouvoir discrétionnaire dont il jouit en tant que tribunal pour parvenir à une décision, en fait comme en droit.

C'est dans ce sens que la Cour s'est prononcée dans l'avis consultatif qu'elle a donné le 12 juillet 1973 à propos de l'affaire *Fasla*:

« ce motif de contestation ne vise donc que les cas où, *soit sciemment soit par inadvertance, le Tribunal n'a pas exercé les pouvoirs juridictionnels qu'il détient* et qui lui permettent de statuer à l'égard d'une affaire ou d'un élément important d'une affaire » (*C.I.J. Recueil 1973, p. 189, par. 51*; les italiques sont de moi).

La Cour explicite ce principe de la façon suivante:

« Il est clair que, pour déterminer si le Tribunal a exercé des pouvoirs juridictionnels applicables en l'espèce, *la Cour doit tenir compte de la substance* et pas seulement de la forme. » (*Ibid.*, p. 189-190, par. 51; les italiques sont de moi.)

Dans cet avis consultatif, la Cour souligne aussi qu'elle a l'obligation

« d'apprécier dans chaque cas, compte tenu de tous les éléments pertinents, si le Tribunal a utilisé en l'affaire *les pouvoirs juridictionnels qu'il possédait et qui lui permettaient de statuer* » (*ibid.*, p. 190, par. 51; les italiques sont de moi).

La déclaration de MM. Foster et Nagendra Singh jointe à cet avis consultatif contient des indications qui sont également pertinentes en l'espèce. Il y est dit:

« Mais il faudrait alors se demander si, pour parvenir à sa conclusion, le Tribunal n'est pas sorti d'une marge d'appréciation raisonnable et de ce qu'on pourrait appeler une évaluation normale des faits de la cause... » (*Ibid.*, p. 218.)

Par conséquent, la vraie question à trancher n'est pas de savoir si le Tri-

bunal administratif a manqué d'exercer sa juridiction ; il est évident qu'il l'a exercée. Le vrai problème est celui qui est soulevé dans la question 2 : en exerçant sa juridiction, le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies ?

Je partage donc les conclusions de la Cour sur la question 1 à savoir que le Tribunal n'a pas 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.

QUESTION 2

3. La seconde question posée à la Cour est de savoir si le Tribunal administratif, dans son jugement n° 333, a « commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies ». Sur ce point, je me vois contraint de présenter une opinion dissidente car je ne partage pas les vues exprimées par la majorité des membres de la Cour.

4. Les principales dispositions de la Charte des Nations Unies qui sont pertinentes en l'espèce figurent au chapitre XV de la Charte et concernent le Secrétariat ; ce sont en particulier les articles 100 et 101.

L'article 100 est ainsi libellé :

« 1. 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.

2. Chaque Membre de l'Organisation 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 leur tâche. »

L'article 101 dispose ce qui suit dans ses paragraphes 1 et 3 :

« 1. Le personnel est nommé par le Secrétaire général conformément aux règles fixées par l'Assemblée générale. »

« 3. 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. »

Dans ces articles, la Charte énonce des principes généraux. Ceux-ci ont été mis en œuvre par le statut et le règlement du personnel, conformément

à l'article 101, paragraphe 1, de la Charte, ainsi que par la jurisprudence du Tribunal administratif. La disposition figurant dans le paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale, que le défendeur reconnaît être tenu d'appliquer, appartient aussi à cette catégorie de textes.

Il s'agit donc de savoir si le Tribunal, dans son jugement n° 333, a commis une erreur en interprétant et en appliquant aux faits qui font l'objet du présent avis ceux de ces textes qui étaient pertinents.

5. Les principes susmentionnés de la Charte ont été repris et développés au chapitre IV du statut du personnel. C'est ainsi que le chapitre IV contient, à son article 4.4, des dispositions qui semblent particulièrement pertinentes en l'espèce. On y lit :

« Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte, et sans entraver l'apport de talents nouveaux aux divers échelons, *il doit être pleinement tenu compte, pour les nominations aux postes vacants, des aptitudes et de l'expérience que peuvent posséder des personnes qui sont déjà au service de l'Organisation.* » (Les italiques sont de moi.)

Des dispositions analogues se trouvent dans le règlement du personnel ; elles comportent des règles détaillées sur les modalités d'application des dispositions susmentionnées de la Charte des Nations Unies et du statut du personnel. La disposition 104.14 du règlement du personnel dispose notamment à son alinéa a) i) : « Le Secrétaire général constitue un comité des nominations et des promotions chargé de donner des conseils sur les nominations, les promotions et la révision de la situation des ... fonctionnaires. » Selon l'alinéa a) ii), le comité « lorsqu'il y a des postes à pourvoir, *donne normalement la préférence, à titres égaux, aux fonctionnaires du Secrétariat* » (les italiques sont de moi).

6. Aux dispositions de la Charte, du statut et du règlement du personnel il faut ajouter le paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale, qui prévoit d'autres modalités d'application du principe susmentionné. Ce paragraphe est ainsi libellé :

« 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. »

7. C'est un fait établi que le supérieur hiérarchique de M. Yakimetz le louait sans réserve. Les états de service de celui-ci étaient excellents ; ainsi qu'il ressort du dossier de l'affaire, il a également été dit qu'il fallait continuer à s'assurer ses services et à bénéficier de sa longue expérience de fonctionnaire de l'Organisation. A propos du rapport d'appréciation du comportement professionnel de M. Yakimetz, établi le 3 novembre 1983, le Sous-Secrétaire général a clairement déclaré dans sa lettre du 8 novembre 1983 (doc. AT/DEC/333, p. 6) :

« Je viens de signer le rapport d'appréciation du comportement professionnel vous concernant d'où il ressort que l'excellent travail que vous avez accompli au cours de votre première année au bureau ... a continué de donner pleinement satisfaction à vos supérieurs... Je note avec plaisir que vous avez répondu pleinement à notre attente en continuant de faire preuve des qualités professionnelles, du dévouement et de l'ardeur au travail qui avaient justifié votre promotion. *Je considère que vous êtes un fonctionnaire dont la contribution ... satisfait aux normes les plus élevées de compétence et de dévouement* qui sont attendues d'un fonctionnaire de l'ONU ... je ne vois aucune difficulté à recommander une nouvelle prolongation de votre contrat... » (Les italiques sont de moi.)

Dans sa lettre du 29 octobre 1983, M. Yakimetz a demandé « un renouvellement de [son] contrat » ou « mieux encore [sa] nomination à titre définitif ». Le 23 novembre 1983, M. Yakimetz a alors reçu la réponse suivante, qui est assez singulière :

« Sur instructions du cabinet du Secrétaire général, je tiens à vous informer que l'Organisation n'a pas l'intention de prolonger votre engagement pour une durée déterminée au-delà de sa date d'expiration, à savoir le 26 décembre 1983. » (Annexe 36 à l'exposé des faits et plaidoirie du requérant.)

Cette lettre semble extraordinaire pour plusieurs raisons. Du point de vue de la forme, elle est d'une *brièveté* excessive. A ce sujet, on se rappellera que M. Yakimetz avait été un excellent fonctionnaire de l'Organisation, pendant nombre d'années, d'abord de 1969 à 1977 en tant que réviseur, puis de décembre 1977 à décembre 1982, pendant une période de cinq ans prolongée d'une année jusqu'au 26 décembre 1983, en qualité de réviseur puis d'administrateur de programmes au département des affaires économiques et sociales internationales.

La lettre ne fournit en fait aucune explication au refus d'envisager une prolongation du contrat de M. Yakimetz. Il n'y est pas indiqué que sa demande de nomination de carrière avait été transmise au comité des nominations et des promotions constitué par le Secrétaire général et « chargé de donner des conseils sur les nominations, les promotions et la révision de la situation des agents des services généraux et des fonctionnaires de la catégorie des administrateurs » (disposition 104.14 a) i) du règlement du personnel). Il n'y est même pas dit que sa candidature à un poste de carrière avait été enregistrée et encore moins qu'elle était à l'examen. Rien n'indique s'il a été tenu compte de la disposition applicable du paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale. En outre, il n'est pas précisé que la disposition 104.14 a) ii) a été dûment prise en considération, non plus que l'article 4.4 du chapitre IV du statut du personnel, aux termes duquel :

« il doit être pleinement tenu compte, pour les nominations aux

postes vacants, des aptitudes et de l'expérience que peuvent posséder des personnes qui sont déjà au service de l'Organisation ».

Devant le refus du Secrétariat de prolonger le contrat de M. Yakimetz, son supérieur hiérarchique, le Sous-Secrétaire général à la planification et à la coordination des programmes, a fait connaître son avis dans une lettre du 2 décembre 1983 qu'il a adressée au Sous-Secrétaire général aux services du personnel (doc. AT/DEC/333, p. 7). Il lui a notamment écrit :

« Il me paraît extraordinaire qu'une telle décision soit prise sans que le principal responsable du bureau concerné soit consulté, d'autant plus que le fonctionnaire visé a rendu pendant onze ans *des services d'une excellente qualité à l'Organisation*, qu'on lui attribuait il y a encore quatre semaines la note la plus élevée possible dans son rapport d'évaluation, qu'il a été promu à la classe P-5 et élu au début de l'année vice-président de la commission des nominations et des promotions, et enfin que ce fonctionnaire s'acquitte actuellement de tâches importantes — pour l'une desquelles il est à certains égards exceptionnellement qualifié... » (Les italiques sont de moi.)

8. Bien entendu, toute décision du Secrétaire général de prolonger ou de ne pas prolonger un contrat de service au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies ou d'accorder à un fonctionnaire une nomination de carrière relève de son pouvoir discrétionnaire. Pourtant, comme le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail l'a déclaré en l'affaire *Rosescu* (jugement n° 431, p. 7, par. 5) :

« Bien que la décision de renouveler ou de ne pas renouveler l'engagement d'un fonctionnaire relève du pouvoir d'appréciation, elle n'échappe pas entièrement au contrôle du Tribunal. Elle est au contraire susceptible d'être censurée lorsqu'elle est *atteinte de vices tels que l'incompétence, la violation de règles de forme ou de procédure, l'erreur de fait ou de droit, l'omission de tenir compte de faits essentiels, le détournement de pouvoir ou l'inexactitude manifeste* des conclusions tirées du dossier. » (Les italiques sont de moi.)

Au sujet de la nécessité de consulter le gouvernement de l'Etat intéressé lorsque le renouvellement de l'engagement d'un de ses fonctionnaires est envisagé, le Tribunal administratif a relevé ce qui suit en l'affaire *Rosescu* (*ibid.*, p. 7-8, par. 6) :

« s'il s'agit de renouveler le contrat d'un tel fonctionnaire, *il est compréhensible* que l'organisation consulte de nouveau l'Etat membre, qui peut avoir de sérieuses raisons de réengager son ancien agent. *Toutefois, il ne s'ensuit pas que le Directeur général doive se plier aveuglément au désir de l'Etat avec lequel il a pris contact. Certes, il s'incline à juste titre devant une opposition fondée expressément ou implicitement sur des motifs légitimes. En revanche, il ne saurait renoncer à prendre une mesure favorable à l'organisation à la seule fin de se conformer à la manière de voir d'un Etat membre.* Le souci d'une organisation d'en-

tretenir des relations harmonieuses avec tous les Etats membres *ne doit pas conduire le Directeur général à faire la volonté* de chacun d'eux.» (Les italiques sont de moi.)

9. Je reviens maintenant à la question essentielle, celle de savoir si le cas du requérant a été pris «équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière», comme le prévoit le paragraphe 5 de la section IV de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale. Il faut aussi se demander comment le Secrétaire général va exercer dûment son pouvoir discrétionnaire en la matière et quelles sont les modalités particulières qui s'imposent à cet égard.

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, comme je l'ai relevé plus haut, exerce et doit nécessairement exercer un pouvoir discrétionnaire lors du recrutement et de l'engagement des fonctionnaires. Mais il doit l'exercer dans certaines limites et selon certains principes directeurs reconnus, parfois généraux et parfois plus précis, comme c'est le cas pour la nomination des fonctionnaires.

Les principales dispositions régissant la compétence du Secrétaire général en matière de nomination du personnel de l'Organisation se trouvent à l'article 101, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies, aux termes duquel: «Le personnel est nommé par le Secrétaire général conformément aux règles fixées par l'Assemblée générale.» (Les italiques sont de moi.) Il en résulte que son pouvoir discrétionnaire est soumis aux règles fixées par l'Assemblée générale. Ces questions ont été débattues lors des travaux préparatoires de la Charte.

Dans l'ouvrage de Goodrich, Hambro et Simons intitulé *Commentary to the Charter of the United Nations* (3^e éd. révisée, p. 601) il est dit que pendant la rédaction de la Charte une proposition visant à partager ce pouvoir de nomination entre le Secrétaire général et les gouvernements a été rejetée:

«Au cours des débats sur l'organisation du Secrétariat qui eurent lieu à la commission administrative et budgétaire ... il a été proposé que *la nomination des fonctionnaires du Secrétariat soit subordonnée à l'accord du gouvernement du candidat intéressé*. Pour appuyer cette proposition, on a fait valoir que ce sont les gouvernements qui sont les mieux placés pour juger des qualités des candidats, que les personnes nommées devaient jouir de la confiance de leur gouvernement et qu'une fois nommées leurs fonctions exclusivement internationales seraient ainsi respectées. Mais la majorité a considéré que la procédure proposée empiéterait sur la responsabilité exclusive impartie au Secrétaire général par l'article 101.» (Les italiques sont de moi.)

10. Il résulte de l'article 101, paragraphe 1, de la Charte non seulement que le Secrétaire général a été investi du pouvoir de nommer le personnel de l'Organisation mais qu'il *est tenu d'exercer* son pouvoir discrétionnaire. Il ne peut pas se plier aux ordres ou aux vœux de gouvernements et d'orga-

nisations, ou à d'autres pressions extérieures, ni se laisser indûment influencer par eux. Il est à noter aussi que le pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général *n'est pas synonyme d'attributions illimitées ou absolues*. Selon les principes généraux du droit, ce pouvoir discrétionnaire doit s'exercer conformément à des modalités reconnues.

En revanche, il est dit clairement dans la disposition 104.12 b) du règlement du personnel que les nominations de durée déterminée n'autorisent pas leur titulaire à compter sur une prolongation ou sur une nomination de carrière. En conséquence, le pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général revêt une importance capitale pour la composition du Secrétariat et la nomination des fonctionnaires. De même, il est clair que le Secrétaire général, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, est tenu d'appliquer certaines règles et normes bien établies.

Il convient de rappeler ici les conditions et règles élémentaires énoncées dans le jugement n° 54 du Tribunal administratif à l'occasion de l'affaire *Mauch*. Le Tribunal a déclaré alors (p. 251, par. 5):

« Si l'on a voulu dans ce domaine laisser au Secrétaire général une entière liberté d'action, *il ne saurait cependant user de ses pouvoirs de façon arbitraire ou capricieuse ni donner, du licenciement, un motif spécieux ou inexact qui révélerait un manque de bonne foi ou un mépris des droits du fonctionnaire en cause.* » (Les italiques sont de moi.)

Un tel abus du pouvoir discrétionnaire risquerait d'aboutir à un déni de justice, voulu ou non, qui serait incompatible avec l'exercice de ce pouvoir.

11. Des dispositions concrètes relatives à l'exercice par le Secrétaire général de son pouvoir discrétionnaire en matière de nomination du personnel figurent dans la résolution 37/126 de l'Assemblée générale, dans le chapitre IV, articles 4.2 et 4.4, du statut du personnel et dans la disposition 104.4 du règlement du personnel.

La résolution 37/126 de l'Assemblée générale dispose, au paragraphe 5 de sa section IV:

« 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* » (les italiques sont de moi).

Le paragraphe 4 de la même section de la résolution dispose que les organisations:

« déterminent de façon continue leurs besoins en personnel permanent et en personnel nommé pour une durée déterminée en même temps qu'elles appliquent le processus de planification des ressources humaines ».

Compte tenu non seulement de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale, mais aussi des conditions assez strictes énoncées au chapitre IV,

article 4.4, du statut du personnel et dans la disposition 104.14 du règlement du personnel, il aurait été tout à fait irrégulier de rejeter la candidature du requérant aux fins d'une nomination de carrière. Or, au vu notamment de la correspondance échangée entre le Secrétaire général et M. Yakimetz, force m'est de conclure que le cas *du requérant n'a pas été pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière* selon la lettre et l'esprit de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale.

12. Dans la lettre qu'il a adressée le 13 décembre 1983 au Secrétaire général (annexe 39 à l'exposé des faits et plaidoirie du requérant), le conseil de M. Yakimetz mentionne la résolution 37/126 (sect. IV, par. 5) de l'Assemblée générale, l'article 4.4 du statut du personnel et la disposition 104.14 du règlement du personnel ainsi que l'article 101, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies. Dans cette lettre, il est dit à juste titre que la demande de M. Yakimetz tendant à ce que son engagement soit prolongé ou à ce qu'il soit nommé à un poste de carrière devait être prise «équitablement en considération» et que des éléments non pertinents ne sauraient empêcher que sa candidature «soit prise équitablement et raisonnablement en considération».

La réponse du 21 décembre 1983, signée au nom du Secrétaire général par M. Nègre (annexe 40 à l'exposé des faits et plaidoirie du requérant), révèle que la demande de M. Yakimetz n'a pas été «prise équitablement en considération» car le raisonnement juridique a été entaché de graves vices. Il ressort clairement de cette lettre qu'on est parti à tort de l'idée que M. Yakimetz ne pouvait pas être mis au bénéfice du principe selon lequel un cas comme le sien doit être «pris équitablement en considération» aux fins d'un maintien en fonctions parce que sa situation n'était pas «la même que celle de «la plupart des fonctionnaires» ayant des états de service comparables»; la raison suivante lui est donnée: «votre présent contrat a été conclu sur la base d'un détachement de la fonction publique de votre pays» (*ibid.*).

On peut relever en passant que même ce qui est dit des faits paraît inexact ou du moins tendancieux. De surcroît, M. Nègre semble partir du principe, dans sa lettre, qu'un fonctionnaire détaché dès le début pour travailler au Secrétariat ne devrait pas pouvoir être nommé à un poste de carrière «sans la participation de toutes les parties initialement en cause». Cela semble impliquer qu'une nomination de carrière serait en fait, dans de telles circonstances, une sorte de contrat de détachement déguisé. Le fait que des contrats de détachement «n'autorisent pas leur titulaire à compter sur une prolongation ou sur une nomination d'un type différent» ne doit pas constituer un obstacle à un éventuel renouvellement de ces contrats ou à leur conversion en une nomination de carrière. Au contraire, ce libellé vise la possibilité d'un renouvellement ou d'une conversion, s'il apparaît raisonnable et opportun d'y procéder dans un cas concret.

C'est commettre une erreur de droit concernant des dispositions de la Charte des Nations Unies que de présumer qu'une nomination de carrière ne serait possible qu'avec un détachement ou du moins avec le consente-

ment de l'Etat ayant précédemment accordé le détachement. Ce ne serait pas non plus dans l'intérêt de l'Organisation, du Secrétariat et des fonctionnaires. D'autres faits assez bizarres semblent confirmer l'impression que la candidature de M. Yakimetz n'a pas été dûment prise en considération.

13. C'est ainsi que le 28 février 1983 le requérant a reçu de M. Sadry, directeur de la division d'administration du personnel, un « mémorandum » dans lequel celui-ci l'informait de ce qui suit :

« il m'a été demandé de vous communiquer la décision du Secrétaire général de vous placer en congé spécial à plein traitement, à compter du 1^{er} mars 1983 et jusqu'à nouvel ordre » (annexe 26 à l'exposé des faits et plaidoirie du requérant).

M. Sadry n'avait pas mâché ses mots pour lui signifier cette mesure inhabituelle. Elle entraînait immédiatement en vigueur et ce pour un temps indéterminé. Qui plus est, elle n'était pas motivée. La disposition 105.2 a) du règlement du personnel relative aux périodes de congé spécial était citée, mais il n'était pas dit pourquoi cette disposition était invoquée. A ce propos il convient de noter que, en plus du congé spécial qui peut être accordé aux fonctionnaires soit « pour leur permettre de poursuivre des études ou des recherches dans l'intérêt de l'Organisation, soit en cas de maladie prolongée », un congé spécial peut également leur être accordé « pour toute autre raison importante ». Il me semble découler du libellé de la disposition 105.2 du règlement du personnel que cette raison doit être fournie, surtout lorsque aucune demande de congé spécial n'a été présentée. La durée de ce congé spécial non sollicité n'a pas non plus été précisée; il s'appliquait « jusqu'à nouvel ordre ».

Lorsque de telles mesures extraordinaires sont sommairement prises à l'égard d'un fonctionnaire respecté, il semble que la moindre des choses serait de bien les motiver.

Qu'il me soit permis de dire que le Secrétaire général aurait dû aussi, en vertu des principes de justice et d'équité, fixer au requérant un délai de réponse et qu'il n'aurait pas dû mettre lesdites mesures en application avant la fin de ce délai et avant que le requérant ait pu répondre, protester ou demander un entretien à propos de cette atteinte brutale et inattendue à son avenir professionnel.

A mon avis, le Secrétariat n'a pas suivi une procédure équitable en mettant le requérant, sans qu'il l'ait sollicité, en congé spécial illimité. Il aurait fallu respecter un minimum de règles de procédure dans l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire.

Certains passages du jugement n° 333 du Tribunal administratif semblent mériter d'être relevés à ce sujet. Il est dit, à la page 20, paragraphe XX, du jugement :

« Le Tribunal tient toutefois à marquer *sa réprobation* devant le fait que le défendeur n'a pas indiqué suffisamment tôt et de façon spé-

cifique 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. *Cependant, cette omission de la part du défendeur n'a pas causé de préjudice notable au requérant...*» (Les italiques sont de moi.)

Il peut paraître surprenant d'affirmer que ladite omission du défendeur n'a pas causé de préjudice notable au requérant étant donné que l'engagement de M. Yakimetz n'a pas été renouvelé et que sa candidature à un poste de carrière a été passée sous silence.

14. Il s'agit notamment de savoir comment le Secrétaire général doit dans les formes exercer son pouvoir discrétionnaire, en l'absence de toute procédure spécifiée dans le règlement du personnel et sans que rien n'indique en l'occurrence par quel processus le Secrétaire est parvenu à sa décision ni ce qui l'a motivée. Ni le statut ni le règlement du personnel ne contiennent de dispositions sur la procédure à suivre, ce qui ne veut pas dire que le Secrétaire général puisse agir sans respecter les formes.

A mon sens, cette absence totale de formalisme dans la procédure de prise de décision en l'affaire *Yakimetz* et l'absence de toute raison indiquant comment le Secrétaire général est parvenu à sa décision frisent le déni de justice. S'agissant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Secrétaire général, il se pourrait donc bien qu'un *grave abus* de ce pouvoir ait été commis quand, par le mémorandum du 11 mars 1983 émanant du cabinet du Secrétaire général, il a été interdit au requérant de *pénétrer dans l'enceinte de l'Organisation des Nations Unies « jusqu'à nouvel ordre »* (annexe 29 à l'exposé des faits et plaidoirie du requérant). Cette interdiction n'a pas été motivée. En outre, selon les renseignements disponibles, M. Yakimetz s'est aussi vu interdire l'accès à la cafétéria de l'Organisation. *Il ne faut pas oublier que M. Yakimetz était encore titulaire d'un contrat d'engagement en cours de validité.* Le fondement juridique de ces mesures était et reste ténu. Aucun motif de fait ni de droit n'a été donné à l'appui de cette décision extraordinaire, si ce n'est cette vague explication :

« il était dans l'intérêt de l'Organisation, à ce stade et dans l'attente d'un examen plus approfondi de la question, que vous ne pénétriez pas dans l'enceinte de l'Organisation des Nations Unies » (annexe 30 à l'exposé des faits et plaidoirie du requérant).

Mais qu'en est-il des intérêts légitimes du requérant? Une interdiction aussi exceptionnelle doit avoir été ressentie par M. Yakimetz et considérée aussi bien par ses collègues que dans d'autres milieux comme déshonorante.

15. Il découle des principes fondamentaux de justice et de correction envers le personnel du Secrétariat qu'il aurait fallu fournir par écrit à M. Yakimetz des raisons adéquates à l'appui de la décision de ne pas lui accorder une nomination de carrière.

En fait, le requérant n'a pas reçu de réponse à sa candidature à un poste

de carrière et aucune communication à ce sujet ne lui est parvenue à ce jour.

Cette série d'événements inhabituels me semble indiquer que la candidature de M. Yakimetz à un poste de carrière n'a pas été prise équitablement en considération comme l'exigeait la résolution 37/126 de l'Assemblée générale. Il est d'autre part peu probable que les dispositions du chapitre IV, articles 4.2 et 4.4, du statut du personnel et ainsi que la disposition 104.14 du règlement du personnel aient été dûment respectées. Les événements qui ont suivi semblent confirmer cette conclusion.

Pour des raisons qui n'ont pas été spécifiées, M. Yakimetz s'est vu interdire de travailler dans son propre bureau du bâtiment du Siège mais il a été autorisé par la suite à travailler à quelque distance de là, d'abord dans le bâtiment Chrysler puis dans le bâtiment Burroughs. Lorsque le nouveau bâtiment CD-2 a été prêt, il a été autorisé à retourner dans sa section et à travailler dans ce bâtiment jusqu'à l'expiration de son contrat.

La Cour ne possède pas de renseignements adéquats sur les raisons qui sous-tendent ces mesures. Mais il semble au moins que celles-ci contribuent à éclairer quelque peu la question 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. Quelles que puissent avoir été ces raisons, il ne peut pas s'agir d'un manque d'aptitude ni d'un manque d'intégrité puisque M. Yakimetz a été promu à la classe P-5 le 29 juin 1983 et que cette promotion récompensait manifestement ses qualités professionnelles et son dévouement au service de l'Organisation.

Je me vois forcé de conclure de ces événements que le cas du requérant n'a guère été pris «équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière».

16. Pour terminer l'examen de ce que devrait être la norme régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à un fonctionnaire chargé de l'administration, on peut mentionner les éléments complémentaires ci-après. Il faut respecter l'article 100 de la Charte des Nations Unies, suivant lequel ni le Secrétaire général ni le personnel «ne solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation». Il faut aussi tenir compte du paragraphe 3 de l'article 101, aux termes duquel le Secrétaire général doit assurer à l'Organisation les services de personnes «possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité» et dans lequel il est ajouté que le Secrétaire général doit prendre en considération «l'importance d'un recrutement effectué sur une base géographique aussi large que possible».

Il convient de mentionner également les éléments suivants :

- a) l'obligation d'agir de bonne foi et compte dûment tenu des normes admises en matière de comportement;
- b) l'obligation de prendre dûment en considération les droits et devoirs du personnel en général et du fonctionnaire concerné en particulier;

- c) la nécessité évidente d'envisager une nomination de carrière pour M. Yakimetz lors de la prise en considération équitable de son cas et la nécessité de lui en faire connaître le résultat sans délai et en le motivant.

17. On ne peut examiner la question de savoir si, dans son jugement n° 333, le Tribunal administratif a « commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies » sans étudier brièvement la nature juridique de la notion de détachement.

L'application et les conséquences juridiques de la notion assez vague de détachement doivent être envisagées à la lumière des principes qui viennent d'être examinés succinctement. C'est ainsi que l'article 100 de la Charte dispose que, dans l'accomplissement de leurs devoirs, les fonctionnaires du Secrétariat des Nations Unies « ne solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation ». D'autre part les fonctionnaires « s'abstiendront de tout acte incompatible avec leur situation de fonctionnaires internationaux [qui] ne sont responsables qu'envers l'Organisation ». Ces obligations fondamentales sont développées à l'article 1 du statut du personnel.

18. Ni la Charte des Nations Unies, ni le statut et le règlement du personnel ne contiennent de dispositions relatives au détachement. Il se pourrait par contre que le principe même du détachement soulève des questions liées à l'article 100 de la Charte et aux dispositions susmentionnées du règlement du personnel.

Une des conclusions à tirer de ces dispositions est que, si une personne détachée demande que son engagement soit renouvelé ou plus spécialement qu'on la nomme à un poste de carrière, *sa précédente nomination, fondée sur un détachement, ne devrait en principe pas constituer un obstacle juridique à un renouvellement ou à une nomination de carrière*. L'Organisation peut avoir intérêt à s'assurer pour le Secrétariat les services de fonctionnaires ayant fait la preuve de leurs qualités et ayant acquis une expérience précieuse en tant que fonctionnaires détachés.

Dans son jugement n° 333, le Tribunal administratif a déclaré :

« IV. Dans la lettre qu'il a adressée le 21 décembre 1983 au requérant, le défendeur a conclu que, comme la participation de toutes les parties en cause était nécessaire pour que l'engagement du requérant soit renouvelé, il était impossible en l'espèce de prendre une décision dans ce sens. »

Cette déclaration du Tribunal constitue une simplification si grave qu'elle est indéfendable. Le Tribunal semble ne pas avoir envisagé ou ne pas avoir voulu envisager l'éventualité d'une nomination de carrière indépendante d'un détachement. Le détachement peut être un procédé utile dans la mesure où l'on peut escompter qu'une personne détachée par son gouvernement aura bien les qualités personnelles et professionnelles correspondant à l'emploi en question. Certes, les personnes nommées à des postes de carrière le sont aussi souvent sur recommandation officielle, même en l'absence de détachement.

Dans la demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif formée par M. Yakimetz (doc. A/AC.86/R.117, p. 4, par. 9), il est donné un aperçu succinct de ce problème de détachement :

« le défendeur a-t-il commis une erreur en estimant qu'ayant antérieurement été employé dans le cadre d'un contrat qualifié de « détachement », le requérant était de ce fait privé de manière permanente de la possibilité d'être employé à l'Organisation des Nations Unies au titre d'un contrat ou d'une nomination d'un type différent ».

A mon avis, ce problème est fondamental en l'espèce et le Tribunal semble l'avoir occulté.

Un aspect essentiel *de ce problème* a été évoqué comme suit par M. Kean dans son opinion dissidente (jugement n° 333, p. 26, par. 10) :

« Dans le cas du requérant, il était impossible, étant donné les circonstances, que le requérant reprenne ses fonctions au sein de l'administration nationale dont il venait de démissionner, ce que ne souhaitait d'ailleurs ni le gouvernement ni le requérant. Par conséquent, un accord présumé d'exclusion (explicite ou implicite) n'aurait eu pour effet que d'empêcher le requérant d'être employé par l'ONU, immédiatement ou à une date ultérieure, aussi précieux ou indispensables que ses services puissent être. Il est impensable que le défendeur ait jamais été partie à un accord aussi déraisonnable, étant donné que l'article 101.3 de la Charte ... stipule que « 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 ». (Les italiques sont de moi.) »

19. Mes conclusions, après cet examen rapide de la notion de détachement, sont les suivantes :

Un conflit fondamental entre les dispositions de l'article 100 de la Charte relatives à l'indépendance et à l'intégrité du Secrétariat et la pratique du détachement risque de surgir si le principe du détachement est appliqué trop strictement. Pour le cas d'une nomination de carrière, tout au moins, l'absence de détachement *ne saurait* constituer un obstacle juridique à un nouvel engagement à l'Organisation. A mon avis, le fonctionnaire dont l'engagement repose sur un contrat de détachement doit aussi pouvoir solliciter une période de service au Secrétariat, au titre d'un contrat permanent.

Au vu de ce qui précède, je conclus que le Tribunal administratif, dans son jugement n° 333 du 8 juin 1984, a commis des erreurs de droit concernant des dispositions de la Charte des Nations Unies. Il a commis une erreur en entérinant le manquement manifeste du Secrétaire général qui n'a pas appliqué les dispositions réglementaires du paragraphe 1 de l'article 101 de la Charte, qui s'imposaient à lui. Il a commis une erreur en ne concluant pas que les mesures administratives prises à l'encontre de

M. Yakimetz étaient incompatibles avec l'article 100 de la Charte. Et il a commis une erreur concernant le paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte en regardant comme une considération dominante le consentement d'un gouvernement au recrutement d'un fonctionnaire au Secrétariat.

C'est parce que je suis en désaccord avec ce qui est dit dans l'avis consultatif à propos de la question 2 que j'ai dû rédiger la présente opinion dissidente.

20. Pour conclure, je souhaite ajouter quelques observations sur un point qui concerne à la fois la question 1 et la question 2, à savoir les conséquences juridiques éventuelles, s'il y en a, du fait que M. Yakimetz a changé de résidence permanente et opté pour la nationalité américaine.

M. Ustor a souligné, dans la déclaration qu'il a jointe au jugement n° 333 du Tribunal administratif (p. 22), que :

« le requérant ne remplissait pas les conditions requises pour que son cas soit pris en considération aux fins d'une nomination de carrière. En tout état de cause, vu les circonstances dans lesquelles il a choisi de rompre avec son pays, le requérant « ne pouvait plus prétendre remplir les conditions qui régissent l'emploi à l'Organisation des Nations Unies » et il ne pouvait s'attendre à ce que l'examen de sa candidature aboutisse à une nomination permanente ».

Cette assertion paraît trop catégorique pour être soutenable. J'ai examiné plus haut la disposition de la résolution 37/126 de l'Assemblée générale selon laquelle le cas des fonctionnaires « sera pris équitablement en considération aux fins d'une nomination de carrière ».

Dans sa déclaration, M. Ustor semble renverser ce principe en affirmant en fait qu'il ne faut aucunement prendre en considération aux fins d'une nomination de carrière le cas des fonctionnaires appartenant à la catégorie de M. Yakimetz. Ce qui me préoccupe également, c'est que l'absolutisme de M. Ustor frise la violation des principes sur lesquels reposent l'article 100 de la Charte, ceux qui ont trait à l'indépendance et à l'intégrité des fonctionnaires, ainsi que des principes juridiques fondamentaux énoncés dans la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, et notamment ceux des articles 13 et 15, aux termes desquels : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays » (art. 13, par. 2); « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité » (art. 15, par. 2).

Certes, un changement de nationalité risque de créer des complications du point de vue des nécessités et des effets du détachement ainsi que de la disposition du paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte, qui est ainsi rédigée : « Sera dûment prise en considération l'importance d'un recrutement effectué sur une base géographique aussi large que possible. »

Or, la « considération dominante » définie au paragraphe 3 de l'article 101 de la Charte 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» dans le recrutement des fonctionnaires. Ces qualités, M. Yakimetz les possédait *indéniablement*. On peut dire que le requérant est resté loyal à l'égard de l'Organisation malgré certaines pressions et certains revers. A mon avis, la rupture des liens avec un gouvernement n'est pas unilatérale. Il y a différentes manières dont un gouvernement peut rompre ses liens avec l'un de ses ressortissants. Cette situation doit-elle modifier radicalement les chances de celui-ci d'être nommé à un poste de carrière ? Selon moi, il faut répondre par la négative à cette question.

On voit encore moins bien dans quelle mesure le seul changement de résidence devrait avoir un effet défavorable. Souvent, le fait qu'une personne soit en poste pendant une bonne partie de sa vie d'adulte dans un pays ou dans une ville où se trouve situé l'organe des Nations Unies pour lequel elle travaille peut l'amener tout naturellement à y établir sa résidence. *Il ne faut pas encourager le gouvernement d'origine à manifester en pareil cas une susceptibilité excessive.* Dans ces circonstances, un premier détachement devrait suffire pour maintenir le fonctionnaire dans ses fonctions et, en cas de difficultés, une nomination de carrière pourrait être la solution. Le règlement du personnel n'interdit pas de changer de résidence.

Dans son jugement n° 326 (affaire *Fischman*, p. 8, par. VII), le Tribunal administratif a soutenu un point de vue légèrement différent. Il s'est référé à la circulaire du 19 janvier 1954, aux termes de laquelle :

«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. Cette décision risque au contraire de nuire aux intérêts de l'Organisation dans le cas des administrateurs recrutés sur le plan international...»

Il me semble que cette conclusion est beaucoup trop catégorique. Restreindre ainsi les libertés fondamentales de personnes possédant de hautes qualités professionnelles risque, pour de nombreuses raisons, de nuire aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies, en l'empêchant d'obtenir des fonctionnaires qualifiés ou en lui faisant perdre des personnes bien adaptées, qui ont passé de longues années à son service et y ont ainsi acquis une compétence précieuse pour elle.

Appliquées à la présente affaire, ces considérations montrent que le fait que M. Yakimetz a établi sa résidence permanente à New York et qu'il a demandé la citoyenneté américaine ne saurait être considéré comme un obstacle à l'examen de sa candidature à un poste de carrière.

(Signé) Jens EVENSEN.