UNITED NATIONS

SECURITY COUNCIL

Distr
GENERAL

S/10267
16 July 1971
ENGLISH
ORIGINAL: ENGLISH/FRENCH

LEGAL CONSEQUENCES FOR STATES OF THE CONTINUED PRESENCE OF SOUTH AFRICA IN NAMIBIA (SOUTH WEST AFRICA) NOTWITHSTANDING SECURITY COUNCIL RESOLUTION 276 (1970): ADVISORY OPINION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Note by the Secretary-General

The Secretary-General has the honour to transmit herewith to the members of the Security Council the advisory opinion[1/] given by the International Court of Justice on 21 June 1971 in response to the request of the Security Council contained in resolution 284 (1970) of 29 July 1970.

1/ Only a limited number of copies available.

see ICJ (GA) R3 1971

CONSEQUENCES JURIDIQUES POUR LES ETATS DE LA PRESENCE CONTINUE DE L'AFRIQUE DU SUD EN NAMIBIE (SUD-OUEST AFRICAIN) NONOBSTANT LA RESOLUTION 276 (1970) DU CONSEIL DE SECURITE: AVIS CONSULTATIF DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Note du Sécrétaire général

Le Sécrétaire général a l'honneur de communiquer ci-joint aux membres du Conseil de sécurité l'avis consultatif[1/] émis par la Cour internationale de justice le 21 juin 1971, en réponse à la demande du Conseil de sécurité contenue dans la résolution 284 (1970) du 29 juillet 1970.

1/ Exemplaires disponibles en nombre limité.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

LEGAL CONSEQUENCES FOR STATES OF THE CONTINUED PRESENCE OF SOUTH AFRICA IN NAMIBIA (SOUTH WEST AFRICA) NOTWITHSTANDING SECURITY COUNCIL RESOLUTION 276 (1970)

ADVISORY OPINION OF 21 JUNE 1971

1971

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LES ÉTATS DE LA PRÉSENCE CONTINUE DE L'AFRIQUE DU SUD EN NAMIBIE (SUD-OUEST AFRICAIN) NONOBSTANT LA RÉSOLUTION 276 (1970) DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

AVIS CONSULTATIF DU 21 JUIN 1971

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1971

1971
21 June
General List
No. 53

21 June 1971

LEGAL CONSEQUENCES FOR STATES OF THE CONTINUED PRESENCE OF SOUTH AFRICA IN NAMIBIA (SOUTH WEST AFRICA) NOTWITHSTANDING SECURITY COUNCIL RESOLUTION 276 (1970)

Composition and competence of the Court—Propriety of the Court's giving the Opinion—Concept of mandates—Characteristics of the League of Nations Mandate for South West Africa—Situation on the dissolution of the League of Nations and the setting-up of the United Nations: survival of the Mandate and transference of supervision and accountability to the United Nations—Developments in the United Nations prior to the termination of the Mandate—Revocability of the Mandate—Termination of the Mandate by the General Assembly—Action in the Security Council and effect of Security Council resolutions leading to the request for Opinion—Requests by South Africa to supply further factual information and for the holding of a plebiscite—Legal consequences for States

ADVISORY OPINION

Present: *President* Sir Muhammad ZAFRULLA KHAN; *Vice-President* AMMOUN; *Judges* Sir Gerald FITZMAURICE, PADILLA NERVO, FORSTER, GROS, BENGZON, PETRÉN, LACHS, ONYEAMA, DILLARD, IGNACIO-PINTO, DE CASTRO, MOROZOV, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA; *Registrar* AQUARONE.

Concerning the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council resolution 276 (1970),

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1971

1971
21 juin
Rôle général
n° 53

21 juin 1971

CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LES ÉTATS DE LA PRÉSENCE CONTINUE DE L'AFRIQUE DU SUD EN NAMIBIE (SUD-OUEST AFRICAIN) NONOBSTANT LA RÉSOLUTION 276 (1970) DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

Composition et compétence de la Cour — Question de savoir s'il convient que la Cour donne l'avis demandé — Notion de mandat — Caractéristiques du mandat pour le Sud-Ouest africain conféré par la Société des Nations — Situation créée par la dissolution de la Société des Nations et la création de l'Organisation des Nations Unies: maintien du mandat, la surveillance est transférée aux Nations Unies et l'obligation de rendre compte leur est due — Evénements survenus aux Nations Unies avant la cessation du mandat — Révocabilité du mandat — L'Assemblée générale met fin au mandat — Mesures prises par le Conseil de sécurité et effet des résolutions du Conseil de sécurité ayant abouti à la requête pour avis consultatif — Demandes de l'Afrique du Sud tendant à fournir des renseignements complémentaires sur les faits et concernant l'organisation d'un plébiscite — Conséquences juridiques pour les Etats

AVIS CONSULTATIF

Présents: Sir Muhammad ZAFRULLA KHAN, *Président*; M. AMMOUN, *Vice-Président*; sir Gerald FITZMAURICE, MM. PADILLA NERVO, FORSTER, GROS, BENGZON, PETRÉN, LACHS, ONYEAMA, DILLARD, IGNACIO-PINTO, DE CASTRO, MOROZOV, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Juges*; M. AQUARONE, *Greffier*.

Au sujet des conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité,

THE COURT,

composed as above,

gives the following Advisory Opinion:

1. The question upon which the advisory opinion of the Court has been asked was laid before the Court by a letter dated 29 July 1970, filed in the Registry on 10 August, and addressed by the Secretary-General of the United Nations to the President of the Court. In his letter the Secretary-General informed the Court that, by resolution 284 (1970) adopted on 29 July 1970, certified true copies of the English and French texts of which were transmitted with his letter, the Security Council of the United Nations had decided to submit to the Court, with the request for an advisory opinion to be transmitted to the Security Council at an early date, the question set out in the resolution, which was in the following terms:

> "*The Security Council,*
>
> *Reaffirming* the special responsibility of the United Nations with regard to the territory and the people of Namibia,
>
> *Recalling* Security Council resolution 276 (1970) on the question of Namibia,
>
> *Taking note* of the report and recommendations submitted by the *Ad Hoc* Sub-Committee established in pursuance of Security Council resolution 276 (1970),
>
> *Taking further note* of the recommendation of the *Ad Hoc* Sub-Committee on the possibility of requesting an advisory opinion from the International Court of Justice,
>
> *Considering* that an advisory opinion from the International Court of Justice would be useful for the Security Council in its further consideration of the question of Namibia and in furtherance of the objectives the Council is seeking
>
> 1. *Decides* to submit in accordance with Article 96 (1) of the Charter, the following question to the International Court of Justice with the request for an advisory opinion which shall be transmitted to the Security Council at an early date:
>
> 'What are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)?'
>
> 2. *Requests* the Secretary-General to transmit the present resolution to the International Court of Justice, in accordance with Article 65 of the Statute of the Court, accompanied by all documents likely to throw light upon the question."

2. On 5 August 1970, that is to say, after the despatch of the Secretary-General's letter but before its receipt by the Registry, the English and French texts of resolution 284 (1970) of the Security Council were communicated to the President of the Court by telegram from the United Nations Secretariat. The President thereupon decided that the States Members of the United Nations were likely to be able to furnish information on the question, in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute, and by an Order dated 5 August 1970, the President fixed 23 September 1970 as the time-limit within which the

LA COUR,

ainsi composée,

donne l'avis consultatif suivant:

1. La Cour a été saisie de la question sur laquelle l'avis consultatif lui est demandé par une lettre du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au Président de la Cour datée du 29 juillet 1970 et reçue au Greffe le 10 août. Dans cette lettre, le Secrétaire général porte à la connaissance de la Cour que, par la résolution 284 (1970) adoptée le 29 juillet 1970 dont le texte certifié conforme en anglais et en français est joint à sa communication, le Conseil de sécurité des Nations Unies a décidé de soumettre à la Cour, en demandant qu'un avis consultatif lui soit transmis à une date rapprochée, la question énoncée dans la résolution dont les termes sont les suivants:

«*Le Conseil de sécurité*,

Réaffirmant la responsabilité spéciale de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne le territoire et le peuple de la Namibie,

Rappelant la résolution 276 (1970) du Conseil sur la question de Namibie,

Prenant note du rapport et des recommandations présentés par le Sous-Comité *ad hoc* en application de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité,

Prenant note également de la recommandation du Sous-Comité *ad hoc* touchant la possibilité de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice,

Considérant qu'un avis consultatif de la Cour internationale de Justice serait utile au Conseil de sécurité pour continuer à examiner la question de la Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil,

1. *Décide* de soumettre, conformément au paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte, la question suivante à la Cour internationale de Justice en demandant qu'un avis consultatif soit transmis au Conseil de sécurité à une date rapprochée:

«Quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité?»

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre la présente résolution à la Cour internationale de Justice, conformément à l'article 65 du Statut de la Cour, en y joignant tout document pouvant servir à élucider la question.»

2. Le 5 août 1970, après l'envoi de la lettre du Secrétaire général mais avant sa réception au Greffe, les textes anglais et français de la résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité ont été communiqués au Président de la Cour télégraphiquement par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. Le Président a décidé alors que les Etats Membres des Nations Unies étaient susceptibles de fournir des renseignements sur la question, conformément à l'article 66, paragraphe 2, du Statut et, par ordonnance du 5 août 1970 il a fixé au 23 septembre 1970 la date d'expiration du délai dans lequel la Cour

Court would be prepared to receive written statements from them. The same day, the Registrar sent to the States Members of the United Nations the special and direct communication provided for in Article 66 of the Statute.

3. The notice of the request for advisory opinion, prescribed by Article 66, paragraph 1, of the Statute, was given by the Registrar to all States entitled to appear before the Court by letter of 14 August 1970.

4. On 21 August 1970, the President decided that in addition to the States Members of the United Nations, the non-member States entitled to appear before the Court were also likely to be able to furnish information on the question. The same day the Registrar sent to those States the special and direct communication provided for in Article 66 of the Statute.

5. On 24 August 1970, a letter was received by the Registrar from the Secretary for Foreign Affairs of South Africa, whereby the Government of South Africa, for the reasons therein set out, requested the extension to 31 January 1971 of the time-limit for the submission of a written statement. The President of the Court, by an Order dated 28 August 1970, extended the time-limit for the submission of written statements to 19 November 1970.

6. The Secretary-General of the United Nations, in two instalments, and the following States submitted to the Court written statements or letters setting forth their views: Czechoslovakia, Finland, France, Hungary, India, the Netherlands, Nigeria, Pakistan, Poland, South Africa, the United States of America, Yugoslavia. Copies of these communications were transmitted to all States entitled to appear before the Court, and to the Secretary-General of the United Nations, and, in pursuance of Articles 44, paragraph 3, and 82, paragraph 1, of the Rules of Court, they were made accessible to the public as from 5 February 1971.

7. The Secretary-General of the United Nations, in pursuance of Article 65, paragraph 2, of the Statute transmitted to the Court a dossier of documents likely to throw light upon the question, together with an Introductory Note; these documents were received in the Registry in instalments between 5 November and 29 December 1970.

8. Before holding public sittings to hear oral statements in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute, the Court had first to resolve two questions relating to its composition for the further proceedings.

9. In its written statement, filed on 19 November 1970, the Government of South Africa had taken objection to the participation of three Members of the Court in the proceedings. Its objections were based on statements made or other participation by the Members concerned, in their former capacity as representatives of their Governments, in United Nations organs which were dealing with matters concerning South West Africa. The Court gave careful consideration to the objections raised by the Government of South Africa, examining each case separately. In each of them the Court reached the conclusion that the participation of the Member concerned in his former capacity as representative of his Government, to which objection was taken in the South African Government's written statement, did not attract the application of Article 17, paragraph 2, of the Statute of the Court. In making Order No. 2 of 26 January 1971, the Court found no reason to depart in the present advisory proceedings from the decision adopted by the Court in the Order of 18 March 1965 in the *South West Africa* cases (Ethiopia *v.* South Africa; Liberia *v.* South Africa) after hearing the same contentions as have now been advanced by the Government of South Africa. In deciding the other two objections, the

serait disposée à recevoir de ces Etats des exposés écrits. Le même jour, le Greffier a envoyé aux Etats Membres des Nations Unies la communication spéciale et directe prévue à l'article 66 du Statut.

3. La notification de la requête pour avis consultatif, prescrite par l'article 66, paragraphe 1, du Statut, a été adressée par le Greffier, dans une lettre du 14 août 1970, à tous les Etats admis à ester devant la Cour.

4. Le 21 août 1970, le Président a décidé que, outre les Etats Membres des Nations Unies, les Etats non membres admis à ester devant la Cour étaient aussi susceptibles de fournir des renseignements sur la question. Le même jour, le Greffier leur a envoyé la communication spéciale et directe prévue à l'article 66 du Statut.

5. Le 24 août 1970, le Greffier a reçu du secrétaire aux affaires étrangères de l'Afrique du Sud une lettre par laquelle le Gouvernement sud-africain, pour les raisons par lui indiquées, demandait le report au 31 janvier 1971 de la date d'expiration du délai pour la présentation d'un exposé écrit. Par ordonnance du 28 août 1970, le Président a reporté au 19 novembre 1970 la date d'expiration du délai dans lequel des exposés écrits pouvaient être déposés.

6. Ont soumis à la Cour des exposés écrits ou des lettres exprimant leurs vues le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (en deux livraisons) et les Etats ci-après: Afrique du Sud, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Hongrie, Inde, Nigéria, Pakistan, Pays-Bas, Pologne, Tchécoslovaquie, Yougoslavie. Des copies de ces communications ont été transmises à tous les Etats admis à ester devant la Cour ainsi qu'au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et, en application des articles 44, paragraphe 3, et 82, paragraphe 1, du Règlement, les exposés écrits présentés en l'affaire ont été rendus accessibles au public à dater du 5 février 1971.

7. Conformément à l'article 65, paragraphe 2, du Statut, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a transmis à la Cour, avec une note d'introduction, un dossier de documents pouvant servir à élucider la question; ces documents sont parvenus au Greffe, sous plusieurs plis, entre le 5 novembre et le 29 décembre 1970.

8. Avant de tenir des audiences publiques pour entendre des exposés oraux conformément à l'article 66, paragraphe 2, du Statut, la Cour avait à trancher deux questions relatives à sa composition pour la suite de la procédure.

9. Dans son exposé écrit, présenté le 19 novembre 1970, le Gouvernement sud-africain avait formulé des objections à la participation de trois membres de la Cour à la procédure. Il se fondait sur des déclarations que ces membres avaient faites, à l'époque où ils représentaient leur gouvernement, devant des organes des Nations Unies s'occupant de problèmes relatifs au Sud-Ouest africain ou sur leur participation en la même qualité aux travaux de ces organes. La Cour a examiné avec soin les objections du Gouvernement sud-africain, envisageant chaque cas séparément. Pour chacun d'eux, la Cour est parvenue à la conclusion que la participation du juge en question, comme représentant de son gouvernement, à laquelle le Gouvernement sud-africain avait objecté dans son exposé écrit, n'appelait pas l'application de l'article 17, paragraphe 2, du Statut. En adoptant son ordonnance n° 2 du 26 janvier 1971, la Cour n'a vu aucune raison de s'écarter en la présente procédure consultative de la décision qu'elle avait prise dans son ordonnance du 18 mars 1965 dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* après avoir entendu les mêmes observations que celles que le Gouvernement sud-africain formule aujourd'hui. Pour se prononcer sur les deux autres cas, la

Court took into consideration that the activities in United Nations organs of the Members concerned, prior to their election to the Court, and which are referred to in the written statement of the Government of South Africa, do not furnish grounds for treating these objections differently from those raised in the application to which the Court decided not to accede in 1965, a decision confirmed by its Order No. 2 of 26 January 1971. With reference to Order No. 3 of the same date, the Court also took into consideration a circumstance to which its attention was drawn, although it was not mentioned in the written statement of the Government of South Africa, namely the participation of the Member concerned, prior to his election to the Court, in the formulation of Security Council resolution 246 (1968), which concerned the trial at Pretoria of thirty-seven South West Africans and which in its preamble took into account General Assembly resolution 2145 (XXI). The Court considered that this participation of the Member concerned in the work of the United Nations, as a representative of his Government, did not justify a conclusion different from that already reached with regard to the objections raised by the Government of South Africa. Account must also be taken in this respect of precedents established by the present Court and the Permanent Court wherein judges sat in certain cases even though they had taken part in the formulation of texts the Court was asked to interpret. (*P.C.I.J., Series A, No. 1*, p. 11; *P.C.I.J., Series C, No. 84*, p. 535; *P.C.I.J., Series E, No. 4*, p. 270; *P.C.I.J., Series E, No. 8*, p. 251.) After deliberation, the Court decided, by three Orders dated 26 January 1971, and made public on that date, not to accede to the objections which had been raised.

10. By a letter from the Secretary for Foreign Affairs dated 13 November 1970, the Government of South Africa made an application for the appointment of a judge *ad hoc* to sit in the proceedings, in terms of Article 31, paragraph 2, of the Statute of the Court. The Court decided, in accordance with the terms of Article 46 of the Statute of the Court, to hear the contentions of South Africa on this point in camera, and a closed hearing, at which representatives of India, the Netherlands, Nigeria and the United States of America were also present, was held for the purpose on 27 January 1971.

11. By an Order dated 29 January 1971, the Court decided to reject the application of the Government of South Africa. The Court thereafter decided that the record of the closed hearing should be made accessible to the public.

12. On 29 January 1971, the Court decided, upon the application of the Organization of African Unity, that that Organization was also likely to be able to furnish information on the question before the Court, and that the Court would therefore be prepared to hear an oral statement on behalf of the Organization.

13. The States entitled to appear before the Court had been informed by the Registrar on 27 November 1970 that oral proceedings in the case would be likely to open at the beginning of February 1971. On 4 February 1971, notification was given to those States which had expressed an intention to make oral statements, and to the Secretary-General of the United Nations and the Organization of African Unity, that 8 February had been fixed as the opening date. At 23 public sittings held between 8 February and 17 March 1971, oral statements were made to the Court by the following representatives:

Cour a tenu compte du fait que l'activité des membres de la Cour en question, dans des organes des Nations Unies, avant leur élection à la Cour, activité à laquelle le Gouvernement sud-africain s'est référé dans son exposé écrit, ne justifiait pas que ces objections soient traitées différemment de celles qu'avait soulevées la requête à laquelle la Cour n'avait pas fait droit en 1965, dans une décision qui a été confirmée par l'ordonnance n° 2 du 26 janvier 1971. En ce qui concerne l'ordonnance n° 3 de la même date, la Cour a tenu compte aussi d'un élément sur lequel son attention a été appelée bien qu'il n'ait pas été mentionné dans l'exposé écrit du Gouvernement sud-africain: il s'agit du fait que le membre de la Cour en question a participé, avant son élection à la Cour, à l'élaboration de la résolution 246 (1968) du Conseil de sécurité qui concernait le procès de trente-sept ressortissants du Sud-Ouest africain à Pretoria et tenait compte dans son préambule, de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale. La Cour a estimé que la participation de ce membre aux travaux des Nations Unies, comme représentant de son gouvernement, ne justifiait pas une conclusion différente de celle qui avait déjà été adoptée à l'égard des objections formulées par le Gouvernement sud-africain. On doit prendre aussi en considération à cet égard des précédents établis par la Cour actuelle et la Cour permanente et d'après lesquels des juges ont siégé dans certaines affaires bien qu'ils aient pris part à l'élaboration de textes que la Cour était invitée à interpréter (*C.P.J.I. série A n° 1*, p. 11; *C.P.J.I. série C n° 84*, p. 535; *C.P.J.I. série E n° 4*, p. 262; *C.P.J.I. série E n° 8*, p. 242). Après délibéré en chambre du conseil, la Cour a décidé, par trois ordonnances du 26 janvier 1971 rendues publiques à cette date, de ne pas faire droit aux objections soulevées.

10. Par lettre du secrétaire aux affaires étrangères en date du 13 novembre 1970, le Gouvernement sud-africain avait présenté une demande tendant à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire aux termes de l'article 31, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Conformément à l'article 46 de son Statut, la Cour a décidé d'entendre à huis clos les observations de l'Afrique du Sud sur ce point et elle a tenu à cette fin, le 27 janvier 1971, une audience à huis clos à laquelle ont assisté également des représentants des Etats-Unis d'Amérique, de l'Inde, du Nigéria et des Pays-Bas.

11. Par ordonnance du 29 janvier 1971, la Cour a décidé de rejeter la demande du Gouvernement sud-africain. Elle a décidé ensuite de rendre accessible au public le compte rendu de l'audience à huis clos.

12. Le 29 janvier 1971, statuant sur une demande présentée par l'Organisation de l'unité africaine, la Cour a décidé que cette organisation était, elle aussi, susceptible de fournir des renseignements sur la question dont la Cour était saisie, et que la Cour serait donc disposée à entendre un exposé oral qui serait fait au nom de cette organisation.

13. Le 27 novembre 1970, le Greffier avait informé les Etats admis à ester devant la Cour que la procédure orale en l'affaire commencerait probablement au début du mois de février 1971. Le 4 février 1971, les Etats qui avaient manifesté l'intention de présenter des exposés oraux, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'unité africaine ont été informés que la date d'ouverture de la procédure orale était fixée au 8 février. Au cours de vingt-trois audiences publiques, tenues entre le 8 février et le 17 mars 1971, la Cour a entendu, en leurs exposés oraux, les représentants ci-après:

for the Secretary-General of the United Nations:	Mr. C. A. Stavropoulos, Under-Secretary-General, Legal Counsel of the United Nations, and Mr. D. B. H. Vickers, Senior Legal Officer, Office of Legal Affairs;
for Finland:	Mr. E. J. S. Castrén, Professor of International Law in the University of Helsinki;
for the Organization of African Unity:	Mr. T. O. Elias, Attorney-General and Commissioner for Justice of Nigeria;
for India:	Mr. M. C. Chagla, M.P., Former Minister for Foreign Affairs in the Government of India;
for the Netherlands:	Mr. W. Riphagen, Legal Adviser to the Ministry of Foreign Affairs;
for Nigeria:	Mr. T. O. Elias, Attorney-General and Commissioner for Justice;
for Pakistan:	Mr. S. S. Pirzada, S.Pk., Attorney-General of Pakistan;
for South Africa:	Mr. J. D. Viall, Legal Adviser to the Department of Foreign Affairs, Mr. D. P. de Villiers, S.C., Advocate of the Supreme Court of South Africa, Mr. E. M. Grosskopf, S.C., Member of the South African Bar, Mr. H. J. O. van Heerden, Member of the South African Bar, Mr. R. F. Botha, Member of the South African Bar, Mr. M. Wiechers, Professor of Law in the University of South Africa;
for the Republic of Viet-Nam:	Mr. Le Tai Trien, Attorney-General, Supreme Court of Viet-Nam;
for the United States of America:	Mr. J. R. Stevenson, The Legal Adviser, Department of State.

14. Prior to the opening of the public sittings, the Court decided to examine first of all certain observations made by the Government of South Africa in its written statement, and in a letter dated 14 January 1971, in support of its submission that the Court should decline to give an advisory opinion.

15. At the opening of the public sittings on 8 February 1971, the President of the Court announced that the Court had reached a unanimous decision thereon. The substance of the submission of the Government of South Africa and the decision of the Court are dealt with in paragraphs 28 and 29 of the Advisory Opinion, below.

16. By a letter of 27 January 1971, the Government of South Africa had submitted a proposal to the Court regarding the holding of a plebiscite in the Territory of Namibia (South West Africa), and this proposal was elaborated in a further letter of 6 February 1971, which explained that the plebiscite was to determine whether it was the wish of the inhabitants "that the Territory should continue to be administered by the South African Government or should henceforth be administered by the United Nations".

pour le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies:	M. C. A. Stavropoulos, Secrétaire général adjoint, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, et M. D. B. H. Vickers, administrateur hors classe au service juridique de l'Organisation;
pour la Finlande:	M. E. J. S. Castrén, professeur de droit international à l'Université d'Helsinki;
pour l'Organisation de l'unité africaine:	M. T. O. Elias *attorney-general* et commissaire à la Justice du Nigéria;
pour l'Inde:	M. M. C. Chagla, membre du Parlement, ancien ministre des affaires étrangères;
pour les Pays-Bas:	M. W. Riphagen, jurisconsulte du ministère des affaires étrangères;
pour le Nigéria:	M. T. O. Elias *attorney-general* et commissaire à la Justice;
pour le Pakistan:	M. S. S. Pirzada, S.Pk., *attorney-general*;
pour l'Afrique du Sud:	M. J. D. Viall, jurisconsulte du département des affaires étrangères; M. D. P. de Villiers, S.C., avocat à la Cour suprême d'Afrique du Sud; M. E. M. Grosskopf, S.C., membre du barreau d'Afrique du Sud; M. H. J. O. van Heerden, membre du barreau d'Afrique du Sud; M. R. F. Botha, membre du barreau d'Afrique du Sud; M. M. Wiechers, professeur de droit à l'Université d'Afrique du Sud;
pour la République du Viet-Nam:	M. Le Tai Trien, procureur général près la Cour suprême;
pour les Etats-Unis d'Amérique:	M. J. R. Stevenson, jurisconsulte du département d'Etat.

14. Avant l'ouverture des audiences publiques, la Cour avait décidé d'examiner en premier lieu certaines observations que le Gouvernement sud-africain avait formulées dans son exposé écrit et dans une lettre du 14 janvier 1971 à l'appui de sa thèse selon laquelle la Cour devrait refuser de donner un avis consultatif.

15. A l'ouverture des audiences publiques, le 8 février 1971, le Président a annoncé que la Cour était parvenue à une décision unanime à cet égard. La thèse du Gouvernement sud-africain et la décision de la Cour sont traitées aux paragraphes 28 et 29 du présent avis consultatif.

16. Dans une lettre du 27 janvier 1971, le Gouvernement sud-africain avait soumis à la Cour une proposition relative à l'organisation d'un plébiscite dans le territoire de la Namibie (Sud-Ouest africain), proposition qu'il avait développée dans une lettre du 6 février 1971, où il précisait que le plébiscite aurait pour objet de déterminer si les habitants souhaitaient que «le territoire continue à être administré par le Gouvernement sud-africain ou soit désormais administré par les Nations Unies».

17. At the hearing of 5 March 1971, the representative of South Africa explained further the position of his Government with regard to the proposed plebiscite, and indicated that his Government considered it necessary to adduce considerable evidence on the factual issues which it regarded as underlying the question before the Court. At the close of the hearing, on 17 March 1971, the President made the following statement:

> "The Court has considered the request submitted by the representative of South Africa in his letter of 6 February 1971 that a plebiscite should be held in the Territory of Namibia (South West Africa) under the joint supervision of the Court and the Government of the Republic of South Africa.
>
> The Court cannot pronounce upon this request at the present stage without anticipating, or appearing to anticipate, its decision on one or more of the main issues now before it. Consequently, the Court must defer its answer to this request until a later date.
>
> The Court has also had under consideration the desire of the Government of the Republic to supply the Court with further factual material concerning the situation in Namibia (South West Africa). However, until the Court has been able first to examine some of the legal issues which must, in any event, be dealt with, it will not be in a position to determine whether it requires additional material on the facts. The Court must accordingly defer its decision on this matter as well.
>
> If, at any time, the Court should find itself in need of further arguments or information, on these or any other matters, it will notify the governments and organizations whose representatives have participated in the oral hearings."

18. On 14 May 1971 the President sent the following letter to the representatives of the Secretary-General, of the Organization of African Unity and of the States which had participated in the oral proceedings:

> "I have the honour to refer to the statement which I made at the end of the oral hearing on the advisory proceedings relating to the Territory of Namibia (South West Africa) on 17 March last . . . , to the effect that the Court considered it appropriate to defer until a later date its decision regarding the requests of the Government of the Republic of South Africa *(a)* for the holding in that Territory of a plebiscite under the joint supervision of the Court and the Government of the Republic; and *(b)* to be allowed to supply the Court with further factual material concerning the situation there.
>
> I now have the honour to inform you that the Court, having examined the matter, does not find itself in need of further arguments or information, and has decided to refuse both these requests."

* * *

19. Before examining the merits of the question submitted to it the Court must consider the objections that have been raised to its doing so.

20. The Government of South Africa has contended that for several reasons resolution 284 (1970) of the Security Council, which requested

17. A l'audience du 5 mars 1971, le représentant de l'Afrique du Sud a donné des explications complémentaires sur l'attitude de son gouvernement à l'égard du plébiscite proposé et il a indiqué que ce gouvernement estimait nécessaire de produire de nombreux éléments de preuve quant aux points de fait qui, selon lui, sont à la base de la question dont la Cour est saisie. A la clôture des audiences publiques, le 17 mars 1971, le Président a prononcé la déclaration suivante:

> «La Cour a examiné la demande présentée par le représentant de l'Afrique du Sud dans sa lettre du 6 février 1971 tendant à ce qu'un plébiscite soit organisé sur le territoire de la Namibie (Sud-Ouest africain) sous le contrôle conjoint de la Cour et du Gouvernement de la République sud-africaine.
>
> La Cour ne peut, à ce stade, se prononcer sur cette demande sans anticiper ou paraître anticiper la décision qu'elle prendra sur une ou plusieurs des questions importantes dont elle est saisie. En conséquence, elle doit remettre à plus tard la réponse à cette demande.
>
> La Cour a également pris en considération le désir du Gouvernement de la République sud-africaine de fournir à la Cour une documentation complémentaire sur les faits en ce qui concerne la situation en Namibie (Sud-Ouest africain). Mais tant que la Cour n'aura pu d'abord examiner certains des points juridiques qu'elle doit de toute manière traiter, elle ne sera pas en mesure de dire si elle a besoin de renseignements complémentaires sur les faits. La Cour doit donc aussi différer sa décision sur cette question.
>
> Si, à un moment quelconque, la Cour estime avoir besoin d'explications ou de renseignements complémentaires sur ces questions ou sur d'autres, elle le notifiera aux gouvernements et organisations ayant participé à la procédure orale par l'intermédiaire de représentants.»

18. Le 14 mai 1971, le Président a adressé la lettre suivante aux représentants du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, de l'Organisation de l'unité africaine et des Etats qui avaient participé à la procédure orale:

> «Dans la déclaration que j'ai faite à la fin de la procédure orale en l'affaire consultative relative au territoire de la Namibie (Sud-Ouest africain) le 17 mars dernier ... j'indiquais qu'il avait paru approprié à la Cour de remettre à plus tard sa décision sur les demandes du Gouvernement sud-africain tendant à ce que *a)* un plébiscite soit organisé dans ce territoire sous le contrôle conjoint de la Cour et du Gouvernement de la République; *b)* l'autorisation lui soit donnée de fournir à la Cour une documentation complémentaire sur les faits en ce qui concerne la situation dans le territoire.
>
> J'ai l'honneur de vous faire connaître que, après avoir examiné la question, la Cour n'estime pas avoir besoin d'explications ou de renseignements complémentaires et a décidé de rejeter ces deux demandes.»

* * *

19. Avant d'aborder au fond la question qui lui est posée, la Cour doit envisager les objections qui ont été soulevées contre cet examen.

20. Le Gouvernement sud-africain a soutenu que, pour plusieurs motifs, la résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité demandant un avis

the advisory opinion of the Court, is invalid, and that, therefore, the Court is not competent to deliver the opinion. A resolution of a properly constituted organ of the United Nations which is passed in accordance with that organ's rules of procedure, and is declared by its President to have been so passed, must be presumed to have been validly adopted. However, since in this instance the objections made concern the competence of the Court, the Court will proceed to examine them.

21. The first objection is that in the voting on the resolution two permanent members of the Security Council abstained. It is contended that the resolution was consequently not adopted by an affirmative vote of nine members, including the concurring votes of the permanent members, as required by Article 27, paragraph 3, of the Charter of the United Nations.

22. However, the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions. By abstaining, a member does not signify its objection to the approval of what is being proposed; in order to prevent the adoption of a resolution requiring unanimity of the permanent members, a permanent member has only to cast a negative vote. This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter, has been generally accepted by Members of the United Nations and evidences a general practice of that Organization.

23. The Government of South Africa has also argued that as the question relates to a dispute between South Africa and other Members of the United Nations, South Africa, as a Member of the United Nations, not a member of the Security Council and a party to a dispute, should have been invited under Article 32 of the Charter to participate, without vote, in the discussion relating to it. It further contended that the proviso at the end of Article 27, paragraph 3, of the Charter, requiring members of the Security Council which are parties to a dispute to abstain from voting, should have been complied with.

24. The language of Article 32 of the Charter is mandatory, but the question whether the Security Council must extend an invitation in accordance with that provision depends on whether it has made a determination that the matter under its consideration is in the nature of a dispute. In the absence of such a determination Article 32 of the Charter does not apply.

25. The question of Namibia was placed on the agenda of the Security Council as a "situation" and not as a "dispute". No member State made any suggestion or proposal that the matter should be examined as a dispute, although due notice was given of the placing of the question

à la Cour n'est pas valable et que, par suite, la Cour n'a pas compétence pour rendre un avis. Toute résolution émanant d'un organe des Nations Unies régulièrement constitué, prise conformément à son règlement et déclarée adoptée par son président, doit être présumée valable. Cependant, puisqu'en l'espèce les objections soulevées concernent la compétence de la Cour, la Cour les examinera.

21. La première objection vient de ce que deux membres permanents du Conseil de sécurité se sont abstenus lors du vote sur la résolution. On soutient qu'en conséquence la résolution n'a pas été adoptée par un vote affirmatif de neuf membres, dans lequel seraient comprises les voix de tous les membres permanents, comme l'exige l'article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies.

22. Mais les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions. L'abstention d'un membre du Conseil ne signifie pas qu'il s'oppose à l'approbation de ce qui est proposé; pour empêcher l'adoption d'une résolution exigeant l'unanimité des membres permanents, un membre permanent doit émettre un vote négatif. La procédure suivie par le Conseil de sécurité, qui est demeurée inchangée après l'amendement apporté à l'article 27 de la Charte en 1965, a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation.

23. Le Gouvernement sud-africain a soutenu aussi que, s'agissant d'un différend entre l'Afrique du Sud et d'autres Membres des Nations Unies, l'Afrique du Sud aurait dû être conviée, comme Etat Membre des Nations Unies non membre du Conseil de sécurité et partie à un différend, à participer, sans droit de vote, aux discussions relatives à ce différend en vertu de l'article 32 de la Charte. Il a soutenu en outre qu'il aurait fallu appliquer la clause figurant à la fin du paragraphe 3 de l'article 27 de la Charte, qui oblige les membres du Conseil de sécurité parties à un différend à s'abstenir de voter.

24. Le libellé de l'article 32 de la Charte est impératif mais le Conseil de sécurité n'a l'obligation de convier un Etat conformément à cette disposition que s'il constate que la question dont il est saisi a le caractère d'un différend. En l'absence d'une telle constatation, l'article 32 de la Charte ne s'applique pas.

25. La question de la Namibie a été inscrite à l'ordre du jour du Conseil de sécurité en tant que *situation* et non en tant que *différend*. Aucun Etat n'a suggéré ou proposé d'étudier la question en tant que différend, bien que son inscription à l'ordre du jour du Conseil de sécurité

on the Security Council's agenda under the title "Situation in Namibia". Had the Government of South Africa considered that the question should have been treated in the Security Council as a dispute, it should have drawn the Council's attention to that aspect of the matter. Having failed to raise the question at the appropriate time in the proper forum, it is not open to it to raise it before the Court at this stage.

26. A similar answer must be given to the related objection based on the proviso to paragraph 3 of Article 27 of the Charter. This proviso also requires for its application the prior determination by the Security Council that a dispute exists and that certain members of the Council are involved as parties to such a dispute.

* * *

27. In the alternative the Government of South Africa has contended that even if the Court had competence to give the opinion requested, it should nevertheless, as a matter of judicial propriety, refuse to exercise its competence.

28. The first reason invoked in support of this contention is the supposed disability of the Court to give the opinion requested by the Security Council, because of political pressure to which the Court, according to the Government of South Africa, has been or might be subjected.

29. It would not be proper for the Court to entertain these observations, bearing as they do on the very nature of the Court as the principal judicial organ of the United Nations, an organ which, in that capacity, acts only on the basis of the law, independently of all outside influence or interventions whatsoever, in the exercise of the judicial function entrusted to it alone by the Charter and its Statute. A court functioning as a court of law can act in no other way.

30. The second reason advanced on behalf of the Government of South Africa in support of its contention that the Court should refuse to accede to the request of the Security Council is that the relevant legal question relates to an existing dispute between South Africa and other States. In this context it relies on the case of *Eastern Carelia* and argues that the Permanent Court of International Justice declined to rule upon the question referred to it because it was directly related to the main point of a dispute actually pending between two States.

31. However, that case is not relevant, as it differs from the present one. For instance one of the States concerned in that case was not at the time a Member of the League of Nations and did not appear before the Permanent Court. South Africa, as a Member of the United Nations, is bound by Article 96 of the Charter, which empowers the Security Council to request advisory opinions on any legal question. It has appeared before the Court, participated in both the written and oral pro-

sous le titre « La situation en Namibie » ait été dûment notifiée. Si le Gouvernement sud-africain avait estimé que la question devait être considérée devant le Conseil de sécurité comme un différend, il aurait dû appeler l'attention du Conseil sur ce point. Faute d'avoir soulevé le problème en temps voulu devant l'instance qui convenait, il ne lui est plus loisible de le faire à ce stade devant la Cour.

26. Il faut répondre de la même manière à l'objection connexe tirée de la clause figurant à la fin du paragraphe 3 de l'article 27 de la Charte. Cette clause exige également, pour être applicable, que le Conseil de sécurité ait constaté au préalable qu'il existe un différend auquel certains membres du Conseil sont parties.

* * *

27. Le Gouvernement sud-africain a soutenu subsidiairement que, même si la Cour avait compétence pour répondre à la demande d'avis, elle n'en devrait pas moins, pour rester dans son rôle judiciaire, refuser d'exercer sa compétence.

28. La première raison invoquée à l'appui de cette thèse est la prétendue incapacité où serait la Cour de donner l'avis consultatif demandé par le Conseil de sécurité en raison des pressions politiques auxquelles, selon le Gouvernement sud-africain, elle aurait été ou pourrait être soumise.

29. Il n'y a pas lieu pour la Cour de retenir ces observations portant sur la nature même de la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, qui, en cette qualité, ne se prononce que sur la base du droit, indépendamment de toute influence ou de toute intervention de la part de quiconque, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle confiée à elle seule par la Charte et par son Statut. Une cour, remplissant une fonction de cour de justice, ne saurait agir d'une autre manière.

30. La deuxième raison avancée par le Gouvernement sud-africain pour étayer sa thèse selon laquelle la Cour devrait refuser de donner suite à la requête du Conseil de sécurité est que la question juridique dont il s'agit a trait à un différend existant entre l'Afrique du Sud et d'autres Etats. A ce sujet, le Gouvernement sud-africain invoque l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* et fait valoir que la Cour permanente de Justice internationale a refusé de se prononcer sur la question posée parce qu'elle concernait directement le point essentiel d'un différend actuellement né entre deux Etats.

31. Cette affaire n'est pas pertinente car elle diffère de la présente espèce. C'est ainsi que l'un des Etats intéressés n'était pas à l'époque membre de la Société des Nations et ne s'était pas présenté devant la Cour permanente. Or l'Afrique du Sud est liée, comme Membre des Nations Unies, par l'article 96 de la Charte qui autorise le Conseil de sécurité à demander un avis consultatif sur toute question juridique. De plus elle s'est présentée devant la Cour, a participé tant à la procédure

ceedings and, while raising specific objections against the competence of the Court, has addressed itself to the merits of the question.

32. Nor does the Court find that in this case the Security Council's request relates to a legal dispute actually pending between two or more States. It is not the purpose of the request to obtain the assistance of the Court in the exercise of the Security Council's functions relating to the pacific settlement of a dispute pending before it between two or more States. The request is put forward by a United Nations organ with reference to its own decisions and it seeks legal advice from the Court on the consequences and implications of these decisions. This objective is stressed by the preamble to the resolution requesting the opinion, in which the Security Council has stated "that an advisory opinion from the International Court of Justice would be useful for the Security Council in its further consideration of the question of Namibia and in furtherance of the objectives the Council is seeking". It is worth recalling that in its Advisory Opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the Court stated: "The object of this request for an Opinion is to guide the United Nations in respect of its own action" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 19).

33. The Court does not find either that in this case the advisory opinion concerns a dispute between South Africa and the United Nations. In the course of the oral proceedings Counsel for the Government of South Africa stated:

> ". . . our submission is not that the question is a dispute, but that in order to answer the question the Court will have to decide legal and factual issues which are actually in dispute between South Africa and other States".

34. The fact that, in the course of its reasoning, and in order to answer the question submitted to it, the Court may have to pronounce on legal issues upon which radically divergent views exist between South Africa and the United Nations, does not convert the present case into a dispute nor bring it within the compass of Articles 82 and 83 of the Rules of Court. A similar position existed in the three previous advisory proceedings concerning South West Africa: in none of them did South Africa claim that there was a dispute, nor did the Court feel it necessary to apply the Rules of Court concerning "a legal question actually pending between two or more States". Differences of views among States on legal issues have existed in practically every advisory proceeding; if all were agreed, the need to resort to the Court for advice would not arise.

35. In accordance with Article 83 of the Rules of Court, the question whether the advisory opinion had been requested "upon a legal question actually pending between two or more States" was also of decisive im-

écrite qu'à la procédure orale et, tout en soulevant certaines objections précises contre la compétence de la Cour, a traité du fond.

32. La Cour n'estime pas non plus qu'en l'espèce la requête du Conseil de sécurité ait trait à un différend juridique actuellement pendant entre deux ou plusieurs Etats. L'objet de la requête n'est pas de faire en sorte que la Cour assiste le Conseil de sécurité dans l'exercice de ses fonctions relatives au règlement pacifique d'un différend entre deux ou plusieurs Etats dont il serait saisi. Il s'agit d'une requête présentée par un organe des Nations Unies, à propos de ses propres décisions, en vue d'obtenir de la Cour un avis juridique sur les conséquences et les incidences de ces décisions. C'est cet objectif que souligne le préambule de la résolution sollicitant l'avis, où le Conseil de sécurité indique « qu'un avis consultatif de la Cour internationale de Justice serait utile au Conseil de sécurité pour continuer à examiner la question de Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil ». Il convient de rappeler que, dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour a dit: « L'objet de la présente demande d'avis est d'éclairer les Nations Unies dans leur action propre » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 19).

33. La Cour ne considère pas non plus qu'en l'espèce l'avis consultatif concerne un différend entre l'Afrique du Sud et les Nations Unies. Au cours de la procédure orale, l'un des conseils du Gouvernement sud-africain s'est exprimé en ces termes:

> « nous affirmons, non pas que la question constitue un différend, mais que, pour y répondre, la Cour devra trancher des points de droit et de fait qui font l'objet d'un différend actuellement né entre l'Afrique du Sud et d'autres Etats ».

34. Le fait que, dans l'énoncé de ses motifs et pour répondre à la question qui lui est soumise, la Cour puisse avoir à se prononcer sur des questions juridiques au sujet desquelles les vues de l'Afrique du Sud et celles des Nations Unies s'opposent radicalement ne suffit pas à transformer la présente affaire en un différend et n'entraîne pas l'application des articles 82 et 83 du Règlement. La situation était comparable dans les trois procédures consultatives précédentes concernant le Sud-Ouest africain: dans aucune d'elles, l'Afrique du Sud n'a prétendu qu'il y eût un différend, pas plus que la Cour n'a jugé nécessaire d'appliquer les articles de son Règlement visant « une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats ». Presque toutes les procédures consultatives ont été marquées par des divergences de vues entre Etats sur des points de droit; si les opinions des Etats concordaient, il serait inutile de demander l'avis de la Cour.

35. Etant donné l'article 83 du Règlement, la question de savoir si l'avis consultatif a été demandé « au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats » revêtait aussi une

portance in the Court's consideration of the request made by the Government of South Africa for the appointment of a judge *ad hoc*. As already indicated, the Court heard argument in support of that request and, after due deliberation, decided, by an Order of 29 January 1971, not to accede to it. This decision was based on the conclusion that the terms of the request for advisory opinion, the circumstances in which it had been submitted (which are described in para. 32 above), as well as the considerations set forth in paragraphs 33 and 34 above, were such as to preclude the interpretation that an opinion had been "requested upon a legal question actually pending between two or more States". Thus, in the opinion of the Court, South Africa was not entitled under Article 83 of the Rules of Court to the appointment of a judge *ad hoc*.

36. It has been urged that the possible existence of a dispute was a point of substance which was prematurely disposed of by the Order of 29 January 1971. Now the question whether a judge *ad hoc* should be appointed is of course a matter concerning the composition of the Bench and possesses, as the Government of South Africa recognized, absolute logical priority. It has to be settled prior to the opening of the oral proceedings, and indeed before any further issues, even of procedure, can be decided. Until it is disposed of the Court cannot proceed with the case. It is thus a logical necessity that any request for the appointment of a judge *ad hoc* must be treated as a preliminary matter on the basis of a prima facie appreciation of the facts and the law. This cannot be construed as meaning that the Court's decision thereon may involve the irrevocable disposal of a point of substance or of one related to the Court's competence. Thus, in a contentious case, when preliminary objections have been raised, the appointment of judges *ad hoc* must be decided before the hearing of those objections. That decision, however, does not prejudge the Court's competence if, for instance, it is claimed that no dispute exists. Conversely, to assert that the question of the judge *ad hoc* could not be validly settled until the Court had been able to analyse substantive issues is tantamount to suggesting that the composition of the Court could be left in suspense, and thus the validity of its proceedings left in doubt, until an advanced stage in the case.

37. The only question which was in fact settled with finality by the Order of 29 January 1971 was the one relating to the Court's composition for the purpose of the present case. That decision was adopted on the authority of Article 3, paragraph 1, of the Rules of Court and in accordance with Article 55, paragraph 1, of the Statute. Consequently, after the adoption of that decision, while differing views might still be held as to the applicability of Article 83 of the Rules of Court in the present case, the regularity of the composition of the Court for the

importance décisive du point de vue de l'examen par la Cour de la demande introduite par le Gouvernement sud-africain en vue de la désignation d'un juge *ad hoc*. Comme il a déjà été indiqué, la Cour a entendu des observations à l'appui de cette demande et, après délibéré, a décidé par son ordonnance du 29 janvier 1971 de ne pas y faire droit. Cette décision était fondée sur la conclusion que les termes de la demande d'avis consultatif, les circonstances de sa présentation (qui sont décrites au par. 32 ci-dessus) et les considérations exposées aux paragraphes 33 et 34 étaient de nature à exclure l'interprétation selon laquelle l'avis aurait été « demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats ». Ainsi, selon la Cour, l'Afrique du Sud n'était pas fondée en vertu de l'article 83 du Règlement à désigner un juge *ad hoc*.

36. On a fait valoir que l'existence éventuelle d'un différend constituait une question de fond réglée prématurément par l'ordonnance du 29 janvier 1971. Or, la question de savoir si un juge *ad hoc* doit être nommé concerne évidemment la composition de la Cour et présente, comme le Gouvernement sud-africain l'a reconnu, une priorité logique absolue. Elle doit être tranchée avant l'ouverture de la procédure orale et même avant que toute autre question, fût-elle procédurale, puisse être décidée. Tant qu'elle n'est pas réglée, la Cour ne peut pas poursuivre l'examen de l'affaire. Il est donc logiquement indispensable que toute demande tendant à la désignation d'un juge *ad hoc* soit traitée comme une question préliminaire sur la base d'une première appréciation des faits et du droit. On ne saurait déduire de cela que la décision de la Cour à ce sujet pourrait trancher de façon irrévocable un point de fond ou un point ayant trait à la compétence de la Cour. C'est ainsi que, dans une affaire contentieuse, lorsque des exceptions préliminaires sont soulevées, la question de la désignation de juges *ad hoc* doit être réglée avant les débats sur ces exceptions. La décision prise ne préjuge cependant pas de la compétence de la Cour, au cas où l'on prétendrait, par exemple, qu'il n'existe pas de différend. Inversement, affirmer que la question du juge *ad hoc* ne saurait être valablement réglée tant que la Cour n'a pas été en mesure d'analyser des questions de fond revient à dire qu'il faudrait laisser en suspens la question de la composition de la Cour et, partant, laisser planer un doute sur la validité de la procédure, jusqu'à un stade avancé de l'affaire.

37. La seule question que l'ordonnance du 29 janvier 1971 ait en fait définitivement réglée est celle qui concerne la composition de la Cour aux fins de la présente instance. Cette décision a été prise sur la base de l'article 3, paragraphe 1, du Règlement et conformément à l'article 55, paragraphe 1, du Statut. Par conséquent, si les divergences de vues demeurent possibles quant à l'applicabilité de l'article 83 du Règlement en l'espèce, dès lors que la décision est adoptée, il n'est plus loisible de remettre en cause le caractère régulier de la composition de la Cour pour

purposes of delivering the present Advisory Opinion, in accordance with the Statute and the Rules of Court, is no longer open to question.

38. In connection with the possible appointment of judges *ad hoc*, it has further been suggested that the final clause in paragraph 1 of Article 82 of the Rules of Court obliges the Court to determine as a preliminary question whether the request relates to a legal question actually pending between two or more States. The Court cannot accept this reading, which overstrains the literal meaning of the words "*avant tout*". It is difficult to conceive that an Article providing general guidelines in the relatively unschematic context of advisory proceedings should prescribe a rigid sequence in the action of the Court. This is confirmed by the practice of the Court, which in no previous advisory proceedings has found it necessary to make an independent preliminary determination of this question or of its own competence, even when specifically requested to do so. Likewise, the interpretation of the Rules of Court as imposing a procedure *in limine litis*, which has been suggested, corresponds neither to the text of the Article nor to its purpose, which is to regulate advisory proceedings without impairing the flexibility which Articles 66, paragraph 4, and 68 of the Statute allow the Court so that it may adjust its procedure to the requirements of each particular case. The phrase in question merely indicates that the test of legal pendency is to be considered "above all" by the Court for the purpose of exercising the latitude granted by Article 68 of the Statute to be guided by the provisions which apply in contentious cases to the extent to which the Court recognizes them to be applicable. From a practical point of view it may be added that the procedure suggested, analogous to that followed in contentious procedure with respect to preliminary objections, would not have dispensed with the need to decide on the request for the appointment of a judge *ad hoc* as a previous, independent decision, just as in contentious cases the question of judges *ad hoc* must be settled before any hearings on the preliminary objections may be proceeded with. Finally, it must be observed that such proposed preliminary decision under Article 82 of the Rules of Court would not necessarily have predetermined the decision which it is suggested should have been taken subsequently under Article 83, since the latter provision envisages a more restricted hypothesis: that the advisory opinion is requested *upon* a legal question actually pending and not that it *relates* to such a question.

39. The view has also been expressed that even if South Africa is not entitled to a judge *ad hoc* as a matter of right, the Court should, in the exercise of the discretion granted by Article 68 of the Statute, have allowed such an appointment, in recognition of the fact that South Africa's interests are specially affected in the present case. In this connection the Court wishes to recall a decision taken by the Permanent Court at a time when the Statute did not include any provision concerning advisory opinions, the entire regulation of the procedure in the matter being thus left to the Court (*P.C.I.J., Series E, No. 4*, p. 76). Confronted with a

le prononcé du présent avis consultatif, aux termes de son Statut et de son Règlement.

38. En ce qui concerne la désignation éventuelle de juges *ad hoc*, on a indiqué en outre que la clause figurant à la fin du paragraphe 1 de l'article 82 du Règlement contraint la Cour à établir, en tant que question préliminaire, si la demande d'avis a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats. La Cour ne peut admettre cette interprétation qui force le sens littéral des mots « avant tout ». On imagine mal qu'un article donnant des directives générales dans le cadre relativement souple de la procédure consultative prescrive strictement l'ordre dans lequel la Cour doit procéder. C'est du reste ce que confirme la pratique de la Cour qui n'a jugé nécessaire, dans aucune procédure consultative antérieure, de se prononcer à titre préliminaire et indépendant sur cette question ni sur sa compétence, même lorsqu'elle était expressément priée de le faire. De même, interpréter le Règlement comme imposant une procédure *in limine litis*, ainsi qu'on l'a fait, ne correspond ni au texte de l'article ni à son objet, lequel est de régler la procédure consultative sans nuire à la latitude que l'article 66, paragraphe 4, et l'article 68 du Statut accordent à la Cour de façon qu'elle puisse adapter sa procédure aux nécessités de chaque espèce. Le membre de phrase en question montre simplement que la Cour doit « avant tout » chercher à savoir s'il y a une question juridique pendante à l'effet d'exercer la faculté qui lui est donnée par l'article 68 du Statut de s'inspirer des dispositions relatives à la procédure en matière contentieuse dans la mesure où elle les reconnaît applicables. On peut ajouter qu'en pratique la procédure suggérée, analogue à celle qui est suivie en matière contentieuse pour les exceptions préliminaires, n'aurait pas supprimé la nécessité d'une décision préliminaire et indépendante sur la demande de désignation d'un juge *ad hoc*, exactement comme au contentieux la question des juges *ad hoc* doit être réglée avant tout débat sur les exceptions préliminaires. Enfin il convient de faire observer que la décision préliminaire qu'il était proposé de prendre en vertu de l'article 82 du Règlement n'aurait pas nécessairement prédéterminé la décision qu'il aurait fallu prendre ensuite, selon cette proposition, en vertu de l'article 83, puisque celui-ci envisage une hypothèse plus restreinte: celle où l'avis consultatif est demandé *au sujet d'*une question juridique actuellement pendante et non pas celle où il *a trait* à pareille question.

39. On a aussi exprimé l'avis que, même si l'Afrique du Sud n'a pas droit à un juge *ad hoc*, la Cour n'en devrait pas moins, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 68 du Statut, lui permettre d'en désigner un, pour tenir compte du fait que ses intérêts sont particulièrement touchés dans la présente instance. A cet égard, la Cour rappellera une décision prise par la Cour permanente à une époque où le Statut ne contenait aucune disposition sur les avis consultatifs, le soin de régler la procédure en la matière étant laissé entièrement à la Cour (*C.P.J.I. série E n° 4*, p. 72). Saisie d'une requête tendant à la désignation

request for the appointment of a judge *ad hoc* in a case in which it found there was no dispute, the Court, in rejecting the request, stated that "the decision of the Court must be in accordance with its Statute and with the Rules duly framed by it in pursuance of Article 30 of the Statute" (Order of 31 October 1935, *P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, Annex 1, p. 69 at p. 70). It found further that the "exception cannot be given a wider application than is provided for by the Rules" (*ibid.*, p. 71). In the present case the Court, having regard to the Rules of Court adopted under Article 30 of the Statute, came to the conclusion that it was unable to exercise discretion in this respect.

40. The Government of South Africa has also expressed doubts as to whether the Court is competent to, or should, give an opinion, if, in order to do so, it should have to make findings as to extensive factual issues. In the view of the Court, the contingency that there may be factual issues underlying the question posed does not alter its character as a "legal question" as envisaged in Article 96 of the Charter. The reference in this provision to legal questions cannot be interpreted as opposing legal to factual issues. Normally, to enable a court to pronounce on legal questions, it must also be acquainted with, take into account and, if necessary, make findings as to the relevant factual issues. The limitation of the powers of the Court contended for by the Government of South Africa has no basis in the Charter or the Statute.

41. The Court could, of course, acting on its own, exercise the discretion vested in it by Article 65, paragraph 1, of the Statute and decline to accede to the request for an advisory opinion. In considering this possibility the Court must bear in mind that: "A reply to a request for an Opinion should not, in principle, be refused." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 19.) The Court has considered whether there are any "compelling reasons", as referred to in the past practice of the Court, which would justify such a refusal. It has found no such reasons. Moreover, it feels that by replying to the request it would not only "remain faithful to the requirements of its judicial character" (*I.C.J. Reports 1960*, p. 153), but also discharge its functions as "the principal judicial organ of the United Nations" (Art. 92 of the Charter).

* * *

42. Having established that it is properly seised of a request for an advisory opinion, the Court will now proceed to an analysis of the question placed before it: "What are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)?"

43. The Government of South Africa in both its written and oral statements has covered a wide field of history, going back to the origin and functioning of the Mandate. The same and similar problems were

d'un juge *ad hoc* dans une affaire où elle estimait qu'il n'existait pas de différend, la Cour permanente a dit, en rejetant cette requête: « la Cour ne peut statuer qu'en conformité de son Statut et de son Règlement, dûment établi en application de l'article 30 du Statut » (ordonnance du 31 octobre 1935, *C.P.J.I. série A/B n° 65*, ann. 1, p. 70). Elle a constaté en outre que « l'application [de l'exception ne] saurait être étendue au-delà des limites qui lui ont été réglementairement fixées » (*ibid.*, p. 71). Dans la présente affaire, la Cour, tenant compte du Règlement adopté en vertu de l'article 30 du Statut, est arrivée à la conclusion qu'elle n'était pas en mesure d'exercer un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

40. Le Gouvernement sud-africain a également mis en doute que la Cour soit compétente pour donner un avis ou encore qu'elle doive le faire si, pour cela, il lui faut se prononcer sur des questions de fait d'une portée étendue. Selon la Cour, ce n'est pas parce que la question posée met en jeu des faits qu'elle perd le caractère de « question juridique » au sens de l'article 96 de la Charte. On ne saurait considérer que cette disposition oppose les questions de droit aux points de fait. Pour être à même de se prononcer sur des questions juridiques, un tribunal doit normalement avoir connaissance des faits correspondants, les prendre en considération et, le cas échéant, statuer à leur sujet. Les limites que le Gouvernement sud-africain prétend assigner aux pouvoirs de la Cour n'ont de fondement ni dans la Charte ni dans le Statut.

41. Il est vrai que la Cour pourrait, de sa propre initiative, user du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 65, paragraphe 1, du Statut et ne pas donner suite à la demande d'avis consultatif. Lorsqu'elle examine cette possibilité, la Cour ne doit pas perdre de vue qu'« En principe la réponse à une demande d'avis ne doit pas être refusée » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 19). La Cour s'est demandé, eu égard à sa pratique passée, si des raisons « décisives » justifieraient un tel refus. Elle n'a pu en découvrir aucune. Elle estime au surplus qu'en répondant à la requête non seulement elle resterait « fidèle aux exigences de son caractère judiciaire » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 153), mais encore elle s'acquitterait de ses fonctions d'« organe judiciaire principal des Nations Unies » (Charte, art. 92).

* * *

42. Ayant établi qu'elle était valablement saisie d'une requête pour avis consultatif, la Cour analysera la question qui lui est soumise: « Quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité? »

43. Dans son exposé écrit comme dans ses exposés oraux, le Gouvernement sud-africain a fait un large historique, remontant à l'origine du mandat, dont il a examiné le fonctionnement. D'autres gouvernements,

dealt with by other governments, the Secretary-General of the United Nations and the Organization of African Unity in their written and oral statements.

44. A series of important issues is involved: the nature of the Mandate, its working under the League of Nations, the consequences of the demise of the League and of the establishment of the United Nations and the impact of further developments within the new organization. While the Court is aware that this is the sixth time it has had to deal with the issues involved in the Mandate for South West Africa, it has nonetheless reached the conclusion that it is necessary for it to consider and summarize some of the issues underlying the question addressed to it. In particular, the Court will examine the substance and scope of Article 22 of the League Covenant and the nature of "C" mandates.

45. The Government of South Africa, in its written statement, presented a detailed analysis of the intentions of some of the participants in the Paris Peace Conference, who approved a resolution which, with some alterations and additions, eventually became Article 22 of the Covenant. At the conclusion and in the light of this analysis it suggested that it was quite natural for commentators to refer to "'C' mandates as being in their practical effect not far removed from annexation". This view, which the Government of South Africa appears to have adopted, would be tantamount to admitting that the relevant provisions of the Covenant were of a purely nominal character and that the rights they enshrined were of their very nature imperfect and unenforceable. It puts too much emphasis on the intentions of some of the parties and too little on the instrument which emerged from those negotiations. It is thus necessary to refer to the actual text of Article 22 of the Covenant, paragraph 1 of which declares:

> "1. To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant."

As the Court recalled in its 1950 Advisory Opinion on the *International Status of South-West Africa*, in the setting-up of the mandates system "two principles were considered to be of paramount importance: the principle of non-annexation and the principle that the well-being and development of such peoples form 'a sacred trust of civilization'" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 131).

46. It is self-evident that the "trust" had to be exercised for the benefit of the peoples concerned, who were admitted to have interests of their

ainsi que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'unité africaine, ont évoqué les mêmes problèmes ou des problèmes analogues dans leurs exposés écrits et oraux.

44. Toute une série de questions importantes sont en jeu: la nature du mandat, son application à l'époque de la Société des Nations, les conséquences de la disparition de la Société, de l'établissement des Nations Unies et des faits survenus depuis lors au sein de la nouvelle organisation. La Cour n'ignore pas qu'elle est appelée pour la sixième fois à connaître des problèmes liés au mandat pour le Sud-Ouest africain, mais elle n'en a pas moins conclu qu'il lui fallait examiner et résumer certains des problèmes mis en jeu par la question qui lui est posée. Elle se propose d'étudier en particulier le contenu et la portée de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et la nature des mandats C.

45. Dans son exposé écrit, le Gouvernement sud-africain a présenté une analyse détaillée des intentions de certains des participants à la conférence de la paix de Paris, où fut approuvée la résolution qui, avec certaines modifications et adjonctions, devait devenir ultérieurement l'article 22 du Pacte. En conclusion, et à la lumière de cette analyse, il a estimé qu'il était très naturel que les commentateurs aient parlé des mandats C « comme très proches, dans leur effet pratique, de l'annexion ». Cette manière de voir, que le Gouvernement sud-africain paraît avoir adoptée, reviendrait à admettre que les dispositions pertinentes du Pacte avaient un caractère de pure forme et que les droits qu'elles consacraient étaient par nature imparfaits et non exécutoires. Elle accorde trop d'importance aux intentions de certaines des parties et pas assez à l'instrument issu des négociations. Il faut donc se reporter au texte même de l'article 22, paragraphe 1, du Pacte:

> « 1. Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des États qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission. »

La Cour a rappelé dans son avis consultatif de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* que, lorsque le système des mandats fut créé, « deux principes furent considérés comme étant d'importance primordiale: celui de la non-annexion et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples formaient « une mission sacrée de civilisation » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 131).

46. Il est évident que la « mission » dont il s'agit devait être exercée au profit des populations en cause auxquelles on reconnaissait des intérêts

own and to possess a potentiality for independent existence on the attainment of a certain stage of development: the mandates system was designed to provide peoples "not yet" able to manage their own affairs with the help and guidance necessary to enable them to arrive at the stage where they would be "able to stand by themselves". The requisite means of assistance to that end is dealt with in paragraph 2 of Article 22:

> "2. The best method of giving practical effect to this principle is that the tutelage of such peoples should be entrusted to advanced nations who by reason of their resources, their experience or their geographical position can best undertake this responsibility, and who are willing to accept it, and that this tutelage should be exercised by them as Mandatories on behalf of the League."

This made it clear that those Powers which were to undertake the task envisaged would be acting exclusively as mandatories on behalf of the League. As to the position of the League, the Court found in its 1950 Advisory Opinion that: "The League was not, as alleged by [the South African] Government, a 'mandator' in the sense in which this term is used in the national law of certain States." The Court pointed out that: "The Mandate was created, in the interest of the inhabitants of the territory, and of humanity in general, as an international institution with an international object—a sacred trust of civilisation." Therefore, the Court found, the League "had only assumed an international function of supervision and control" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 132).

47. The acceptance of a mandate on these terms connoted the assumption of obligations not only of a moral but also of a binding legal character; and, as a corollary of the trust, "securities for [its] performance" were instituted (para. 7 of Art. 22) in the form of legal accountability for its discharge and fulfilment:

> "7. In every case of mandate, the Mandatory shall render to the Council an annual report in reference to the territory committed to its charge."

48. A further security for the performance of the trust was embodied in paragraph 9 of Article 22:

> "9. A permanent Commission shall be constituted to receive and examine the annual reports of the Mandatories and to advise the Council on all matters relating to the observance of the mandates."

Thus the reply to the essential question, *quis custodiet ipsos custodes?*, was given in terms of the mandatory's accountability to international

propres et la possibilité de vivre indépendantes lorsqu'elles auraient atteint un certain stade de développement: le système des mandats devait fournir aux peuples « non encore » capables de gérer leurs propres affaires l'aide et les conseils nécessaires pour leur permettre d'arriver au stade où ils seraient « capables de se diriger eux-mêmes ». Le mode d'assistance nécessaire à cet effet était défini à l'article 22, paragraphe 2:

> « 2. La meilleure méthode de réaliser pratiquement ce principe est de confier la tutelle de ces peuples aux nations développées qui, en raison de leurs ressources, de leur expérience ou de leur position géographique, sont le mieux à même d'assumer cette responsabilité et qui consentent à l'accepter: elles exerceraient cette tutelle en qualité de Mandataires et au nom de la Société. »

Il ressort clairement de ce texte que les puissances qui allaient se charger de la tâche envisagée agiraient exclusivement en qualité de mandataires et au nom de la Société des Nations. Pour ce qui est de la position de la SdN, la Cour a dit, dans son avis de 1950, que « la Société des Nations n'était pas, comme l'a allégué [le Gouvernement sud-africain], un « mandant », au sens où ce terme est employé dans la législation interne de certains Etats ». La Cour faisait observer: « Le Mandat a été créé, dans l'intérêt des habitants du Territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un but international: une mission sacrée de civilisation ». Elle estimait donc que la Société des Nations « avait seulement assumé une fonction internationale de surveillance et de contrôle » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 132).

47. Accepter un mandat dans ces conditions supposait que l'on contractait des obligations non seulement morales mais aussi juridiquement contraignantes et, comme corollaire de la mission, « des garanties pour [son] accomplissement » étaient prévues (art. 22, par. 7) sous forme d'une obligation juridique de rendre compte de la manière dont on s'en acquittait:

> « 7. Dans tous les cas le Mandataire doit envoyer au Conseil un rapport annuel concernant les territoires dont il a la charge. »

48. Une autre garantie de l'accomplissement de la mission était prévue au paragraphe 9 de l'article 22:

> « 9. Une commission permanente sera chargée de recevoir et d'examiner les rapports annuels des mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats. »

La réponse à la question essentielle *quis custodiet ipsos custodes?* était donc que les mandataires étaient tenus de rendre compte à des organismes

organs. An additional measure of supervision was introduced by a resolution of the Council of the League of Nations, adopted on 31 January 1923. Under this resolution the mandatory Governments were to transmit to the League petitions from communities or sections of the populations of mandated territories.

49. Paragraph 8 of Article 22 of the Covenant gave the following directive:

> "8. The degree of authority, control or administration to be exercised by the Mandatory shall, if not previously agreed upon by the Members of the League, be explicitly defined in each case by the Council."

In pursuance of this directive, a Mandate for German South West Africa was drawn up which defined the terms of the Mandatory's administration in seven articles. Of these, Article 6 made explicit the obligation of the Mandatory under paragraph 7 of Article 22 of the Covenant by providing that "The Mandatory shall make to the Council of the League of Nations an annual report to the satisfaction of the Council, containing full information with regard to the territory, and indicating the measures taken to carry out the obligations assumed under Articles 2, 3, 4 and 5" of the Mandate. As the Court said in 1950: "the Mandatory was to observe a number of obligations, and the Council of the League was to supervise the administration and see to it that these obligations were fulfilled" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 132). In sum the relevant provisions of the Covenant and those of the Mandate itself preclude any doubt as to the establishment of definite legal obligations designed for the attainment of the object and purpose of the Mandate.

50. As indicated in paragraph 45 above, the Government of South Africa has dwelt at some length on the negotiations which preceded the adoption of the final version of Article 22 of the League Covenant, and has suggested that they lead to a different reading of its provisions. It is true that as that Government points out, there had been a strong tendency to annex former enemy colonial territories. Be that as it may, the final outcome of the negotiations, however difficult of achievement, was a rejection of the notion of annexation. It cannot tenably be argued that the clear meaning of the mandate institution could be ignored by placing upon the explicit provisions embodying its principles a construction at variance with its object and purpose.

51. Events subsequent to the adoption of the instruments in question should also be considered. The Allied and Associated Powers, in their Reply to Observations of the German Delegation, referred in 1919 to "the mandatory Powers, which in so far as they may be appointed trustees by the League of Nations will derive no benefit from such trusteeship". As to the Mandate for South West Africa, its preamble

internationaux. Une résolution du Conseil de la Société des Nations adoptée le 31 janvier 1923 a introduit une mesure de surveillance supplémentaire. En vertu de cette résolution, les gouvernements mandataires devaient transmettre à la Société les pétitions de communautés ou d'éléments de la population des territoires sous mandat.

49. L'article 22, paragraphe 8, du Pacte contenait la directive suivante:

> «8. Si le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le Mandataire n'a pas fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société, il sera expressément statué sur ces points par le Conseil.»

Conformément à cette directive, il a été établi un mandat pour le Sud-Ouest africain allemand qui définissait en sept articles les conditions de l'administration du territoire par le mandataire. L'article 6 précisait l'obligation qui incombait au mandataire en vertu de l'article 22, paragraphe 7, du Pacte; il stipulait que celui-ci devait «envoyer au Conseil de la Société des Nations un rapport annuel satisfaisant le Conseil et contenant toute information intéressant le territoire et indiquant les mesures prises pour assurer les engagements pris suivant les articles 2, 3, 4 et 5» du mandat. Ainsi que la Cour l'a dit en 1950: «le mandataire était tenu de respecter un certain nombre d'obligations, et le Conseil de la Société des Nations devait surveiller l'administration et veiller à ce que ces obligations fussent respectées» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 132). En bref, les dispositions pertinentes du Pacte et celles du mandat lui-même ne laissent subsister aucun doute quant à la création d'obligations juridiques précises visant à atteindre le but et l'objet du mandat.

50. Comme il est indiqué au paragraphe 45 ci-dessus, le Gouvernement sud-africain s'est étendu assez longuement sur les négociations qui ont précédé l'adoption de la version définitive de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et a soutenu qu'on pouvait en tirer une interprétation différente de cette disposition. Il est vrai, comme ce gouvernement le fait observer, qu'il y avait eu une tendance marquée à l'annexion des anciens territoires coloniaux ennemis. Quoi qu'il en soit, le résultat final de ces négociations — même s'il n'a pas été obtenu sans mal — a été le rejet de l'idée d'annexion. Prétendre qu'on peut méconnaître le sens évident de l'institution des mandats, en donnant aux dispositions explicites qui en expriment les principes une interprétation contraire à son but et à son objet, est une thèse insoutenable.

51. Il faut aussi tenir compte des événements qui ont suivi l'adoption des instruments en question. Les Puissances alliées et associées, dans leur *Réponse aux remarques de la délégation allemande sur les conditions de paix*, se sont référées en 1919 aux «Puissances mandataires qui, étant constituées fidéicommissaires par la Société des Nations, ne tireront aucun bénéfice de ce fidéicommis». Le mandat pour le Sud-Ouest africain

recited that "His Britannic Majesty, for and on behalf of the Government of the Union of South Africa, has agreed to accept the Mandate in respect of the said territory and has undertaken to exercise it on behalf of the League of Nations".

52. Furthermore, the subsequent development of international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations, made the principle of self-determination applicable to all of them. The concept of the sacred trust was confirmed and expanded to all "territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government" (Art. 73). Thus it clearly embraced territories under a colonial régime. Obviously the sacred trust continued to apply to League of Nations mandated territories on which an international status had been conferred earlier. A further important stage in this development was the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960), which embraces all peoples and territories which "have not yet attained independence". Nor is it possible to leave out of account the political history of mandated territories in general. All those which did not acquire independence, excluding Namibia, were placed under trusteeship. Today, only two out of fifteen, excluding Namibia, remain under United Nations tutelage. This is but a manifestation of the general development which has led to the birth of so many new States.

53. All these considerations are germane to the Court's evaluation of the present case. Mindful as it is of the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion, the Court is bound to take into account the fact that the concepts embodied in Article 22 of the Covenant—"the strenuous conditions of the modern world" and "the well-being and development" of the peoples concerned—were not static, but were by definition evolutionary, as also, therefore, was the concept of the "sacred trust". The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted them as such. That is why, viewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, the last fifty years, as indicated above, have brought important developments. These developments leave little doubt that the ultimate objective of the sacred trust was the self-determination and independence of the peoples concerned. In this domain; as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been

précisait d'autre part dans son préambule: « Sa Majesté britannique, agissant pour le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud, et en son nom, s'est engagée à accepter le mandat sur ledit territoire et a entrepris de l'exercer au nom de la Société des Nations ».

52. En outre l'évolution ultérieure du droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires. La notion de mission sacrée a été confirmée et étendue à tous les « territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes » (art. 73). Il est clair que ces termes visaient les territoires sous régime colonial. Manifestement la mission sacrée continuait à s'appliquer aux territoires placés sous le mandat de la Société des Nations auxquels un statut international avait été conféré antérieurement. Une autre étape importante de cette évolution a été la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1960) applicable à tous les peuples et à tous les territoires « qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance ». De même, il est impossible de négliger l'histoire politique des territoires sous mandat en général. Tous ceux qui n'ont pas accédé à l'indépendance, à l'exception de la Namibie, ont été placés sous tutelle. Aujourd'hui sur quinze de ces territoires, non compris la Namibie, deux seulement sont encore sous la tutelle des Nations Unies. Ce n'est là qu'une manifestation de l'évolution générale qui a conduit à la naissance de maints nouveaux Etats.

53. Toutes ces considérations se rattachent à la manière dont la Cour envisage la présente affaire. Sans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion, la Cour doit tenir compte de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte — « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » et « le bien-être et le développement » des peuples intéressés — n'étaient pas statiques mais par définition évolutives et qu'il en allait de même par suite de la notion de « mission sacrée de civilisation ». On doit donc admettre que les parties au Pacte les ont acceptées comme telles. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Du fait de cette évolution il n'y a guère de doute que la « mission sacrée de civilisation » avait pour objectif ultime l'autodétermination et l'indépendance des peuples en cause. Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium*

considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.

54. In the light of the foregoing, the Court is unable to accept any construction which would attach to "C" mandates an object and purpose different from those of "A" or "B" mandates. The only differences were those appearing from the language of Article 22 of the Covenant, and from the particular mandate instruments, but the objective and safeguards remained the same, with no exceptions such as considerations of geographical contiguity. To hold otherwise would mean that territories under "C" mandate belonged to the family of mandates only in name, being in fact the objects of disguised cessions, as if the affirmation that they could "be best administered under the laws of the Mandatory as integral portions of its territory" (Art. 22, para. 6) conferred upon the administering Power a special title not vested in States entrusted with "A" or "B" mandates. The Court would recall in this respect what was stated in the 1962 Judgment in the *South West Africa* cases as applying to all categories of mandate:

> "The rights of the Mandatory in relation to the mandated territory and the inhabitants have their foundation in the obligations of the Mandatory and they are, so to speak, mere tools given to enable it to fulfil its obligations." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 329.)

* * *

55. The Court will now turn to the situation which arose on the demise of the League and with the birth of the United Nations. As already recalled, the League of Nations was the international organization entrusted with the exercise of the supervisory functions of the Mandate. Those functions were an indispensable element of the Mandate. But that does not mean that the mandates institution was to collapse with the disappearance of the original supervisory machinery. To the question whether the continuance of a mandate was inseparably linked with the existence of the League, the answer must be that an institution established for the fulfilment of a sacred trust cannot be presumed to lapse before the achievement of its purpose. The responsibilities of both mandatory and supervisor resulting from the mandates institution were complementary, and the disappearance of one or the other could not affect the survival of the institution. That is why, in 1950, the Court remarked, in connection with the obligations corresponding to the sacred trust:

> "Their *raison d'être* and original object remain. Since their fulfilment did not depend on the existence of the League of Nations, they could not be brought to an end merely because this supervisory

s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.

54. Compte tenu de ce qui précède, la Cour ne saurait faire sienne une interprétation qui attribuerait aux mandats C un objet et un but différents de ceux des mandats A ou B. Les seules différences sont celles qui ressortent du libellé de l'article 22 du Pacte et des instruments de mandat pertinents, mais l'objectif et les garanties sont les mêmes, aucune exception n'étant faite notamment pour des raisons de contiguïté géographique. Soutenir le contraire signifierait que les territoires sous mandat C n'appartenaient que de nom à la famille des mandats et n'étaient en fait que l'objet de cessions déguisées, comme si, en affirmant qu'ils ne sauraient « être mieux administrés que sous les lois du Mandataire, comme une partie intégrante de son territoire » (art. 22, par. 6), on avait conféré à la puissance administrante un titre spécial qui n'était pas accordé aux Etats auxquels des mandats A ou B avaient été confiés. La Cour rappellera à ce sujet une observation qu'elle a faite dans son arrêt de 1962 sur les affaires du *Sud-Ouest africain* et qui s'applique à toutes les catégories de mandats:

> « Les droits du Mandataire concernant le territoire sous Mandat et ses habitants se fondent sur les obligations du Mandataire et ils ne sont, pour ainsi dire, que de simples instruments lui permettant de remplir ses obligations. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 329.)

* * *

55. La Cour en vient maintenant à la situation créée par la disparition de la Société des Nations et la naissance des Nations Unies. On a vu plus haut que la Société des Nations était l'organisation internationale chargée d'exercer les fonctions de surveillance à l'égard des mandats. Ces fonctions étaient un élément essentiel du système des mandats. Cela ne signifie pourtant pas que l'institution des mandats devait nécessairement prendre fin lorsque disparaîtrait le mécanisme originel de surveillance. A la question de savoir si le maintien du mandat était inséparablement lié à l'existence de la Société des Nations, il faut répondre que l'on ne saurait présumer la caducité d'une institution établie en vue d'accomplir une mission sacrée tant que son objectif n'a pas été atteint. Les responsabilités du mandataire et de l'autorité de surveillance dans l'institution des mandats étaient complémentaires et la disparition de l'un ou de l'autre ne pouvait affecter la survivance de l'institution. C'est pour cette raison qu'en 1950 la Cour a déclaré, à propos des obligations découlant de la mission sacrée:

> « A tous égards leur raison d'être et leur objet primitif demeurent. Comme leur exécution ne dépendait pas de l'existence de la Société des Nations, ces obligations ne pouvaient devenir caduques pour

organ ceased to exist. Nor could the right of the population to have the Territory administered in accordance with these rules depend thereon." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133.)

In the particular case, specific provisions were made and decisions taken for the transfer of functions from the organization which was to be wound up to that which came into being.

56. Within the framework of the United Nations an international trusteeship system was established and it was clearly contemplated that mandated territories considered as not yet ready for independence would be converted into trust territories under the United Nations international trusteeship system. This system established a wider and more effective international supervision than had been the case under the mandates of the League of Nations.

57. It would have been contrary to the overriding purpose of the mandates system to assume that difficulties in the way of the replacement of one régime by another designed to improve international supervision should have been permitted to bring about, on the dissolution of the League, a complete disappearance of international supervision. To accept the contention of the Government of South Africa on this point would have entailed the reversion of mandated territories to colonial status, and the virtual replacement of the mandates régime by annexation, so determinedly excluded in 1920.

58. These compelling considerations brought about the insertion in the Charter of the United Nations of the safeguarding clause contained in Article 80, paragraph 1, of the Charter, which reads as follows:

> "1. Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements, made under Articles 77, 79 and 81, placing each territory under the trusteeship system, and until such agreements have been concluded, nothing in this Chapter shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any States or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties."

59. A striking feature of this provision is the stipulation in favour of the preservation of the rights of "any peoples", thus clearly including the inhabitants of the mandated territories and, in particular, their indigenous populations. These rights were thus confirmed to have an existence independent of that of the League of Nations. The Court, in the 1950 Advisory Opinion on the *International Status of South-West Africa*, relied on this provision to reach the conclusion that "no such rights of the peoples could be effectively safeguarded without inter-

la seule raison que cet organe de surveillance avait cessé d'exister. Le droit de la population de voir le Territoire administré conformément à ces règles ne pouvait pas non plus en dépendre. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133.)

Dans ce cas particulier, des dispositions spéciales ont été élaborées et des décisions ont été prises en vue de transférer les fonctions de l'organisation qui devait être dissoute à celle qui prenait naissance.

56. Lorsqu'on a créé dans le cadre des Nations Unies un régime international de tutelle, on a manifestement envisagé que les territoires sous mandat que l'on ne considérait pas encore mûrs pour l'indépendance seraient placés sous le régime international de tutelle des Nations Unies. Ce régime comportait une surveillance internationale plus large et plus efficace que celle des mandats de la Société des Nations.

57. Il eût été contraire au but primordial du système des mandats d'admettre que les difficultés dues au remplacement d'un régime par un autre régime destiné à améliorer la surveillance internationale puissent entraîner, à la dissolution de la Société des Nations, la disparition de toute surveillance internationale. Accepter la thèse du Gouvernement sud-africain sur ce point aurait abouti au retour des territoires sous mandat au statut colonial et au remplacement virtuel du système des mandats par l'annexion, solution qui avait été résolument écartée en 1920.

58. Ce sont ces raisons décisives qui ont déterminé l'introduction dans la Charte des Nations Unies de la clause de sauvegarde que constitue l'article 80, paragraphe 1, de la Charte:

> « 1. A l'exception de ce qui peut être convenu dans les accords particuliers de tutelle conclus conformément aux articles 77, 79 et 81 et plaçant chaque territoire sous le régime de tutelle, et jusqu'à ce que ces accords aient été conclus, aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée comme modifiant directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun Etat ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties. »

59. L'un des traits notables de cette disposition est la stipulation concernant le maintien des droits des peuples, qui s'applique sans conteste aux habitants des territoires sous mandat et en particulier aux populations autochtones. C'est là confirmer que ces droits possèdent une existence indépendante de celle de la Société des Nations. Dans son avis consultatif de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, la Cour s'est fondée sur cette disposition pour conclure que « ces droits des peuples ne sauraient être efficacement garantis sans contrôle international et sans

national supervision and a duty to render reports to a supervisory organ" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 137). In 1956 the Court confirmed the conclusion that "the effect of Article 80 (1) of the Charter" was that of "preserving the rights of States and peoples" (*I.C.J. Reports 1956*, p. 27).

60. Article 80, paragraph 1, of the Charter was thus interpreted by the Court as providing that the system of replacement of mandates by trusteeship agreements, resulting from Chapter XII of the Charter, shall not "be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any States or any peoples".

61. The exception made in the initial words of the provision, "Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements, made under Articles 77, 79 and 81, placing each territory under the trusteeship system, and until such agreements have been concluded", established a particular method for changing the status quo of a mandate régime. This could be achieved only by means of a trusteeship agreement, unless the "sacred trust" had come to an end by the implementation of its objective, that is, the attainment of independent existence. In this way, by the use of the expression "until such agreements have been concluded", a legal hiatus between the two systems was obviated.

62. The final words of Article 80, paragraph 1, refer to "the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties". The records of the San Francisco Conference show that these words were inserted in replacement of the words "any mandate" in an earlier draft in order to preserve "any rights set forth in paragraph 4 of Article 22 of the Covenant of the League of Nations".

63. In approving this amendment and inserting these words in the report of Committee II/4, the States participating at the San Francisco Conference obviously took into account the fact that the adoption of the Charter of the United Nations would render the disappearance of the League of Nations inevitable. This shows the common understanding and intention at San Francisco that Article 80, paragraph 1, of the Charter had the purpose and effect of keeping in force all rights whatsoever, including those contained in the Covenant itself, against any claim as to their possible lapse with the dissolution of the League.

64. The demise of the League could thus not be considered as an unexpected supervening event entailing a possible termination of those rights, entirely alien to Chapter XII of the Charter and not foreseen by the safeguarding provisions of Article 80, paragraph 1. The Members of the League, upon effecting the dissolution of that organization, did not declare, or accept even by implication, that the mandates would be cancelled or lapse with the dissolution of the League. On the contrary,

l'obligation de soumettre des rapports à un organe de contrôle» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 137). En 1956, la Cour a confirmé la conclusion d'après laquelle «l'effet de l'article 80, paragraphe 1, de la Charte ... garantit les droits [des] Etats et [des] peuples» (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 27).

60. Ainsi, selon l'interprétation de la Cour, l'article 80, paragraphe 1, de la Charte disposait que l'opération de remplacement des mandats par des accords de tutelle, en vertu du chapitre XII de la Charte, ne devait pas être «interprétée comme modifiant directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun Etat ou d'aucun peuple».

61. Le début du paragraphe 1 précisait la méthode par laquelle le *statu quo* en matière de mandat pouvait être modifié «A l'exception de ce qui peut être convenu dans les accords particuliers de tutelle conclus conformément aux articles 77, 79 et 81 et plaçant chaque territoire sous le régime de tutelle, et jusqu'à ce que des accords aient été conclus». La transformation ne pouvait s'effectuer qu'au moyen d'un accord de tutelle, à moins que la «mission sacrée» ne soit arrivée à son terme par suite de la réalisation de l'objectif auquel elle répondait: l'accession à l'indépendance. En employant la formule «jusqu'à ce que ces accords aient été conclus», on évitait toute solution de continuité juridique entre les deux régimes.

62. A la fin de l'article 80, paragraphe 1, il est fait mention des «dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties». Les documents officiels de la conférence de San Francisco montrent que cette formule a été introduite à la place des mots «d'un mandat quelconque», qui figuraient dans un texte antérieur, afin de préserver «les droits stipulés au paragraphe 4 de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations».

63. Si les Etats participant à la conférence de San Francisco ont approuvé cet amendement et introduit cette précision dans le rapport du comité 4 de la Commission II, c'est manifestement parce qu'ils considéraient que l'adoption de la Charte des Nations Unies rendrait inéluctable la disparition de la Société des Nations. Cela montre que, selon l'interprétation et l'intention des participants à la conférence de San Francisco, l'article 80, paragraphe 1, de la Charte avait pour but et pour effet de maintenir en vigueur tous les droits, quels qu'ils soient, y compris les droits stipulés dans le Pacte lui-même, pour qu'on ne puisse pas prétendre que la dissolution de la Société des Nations les avait rendus caducs.

64. La disparition de la SdN ne saurait donc être considérée comme un événement fortuit entraînant une éventuelle extinction de ces droits, événement entièrement étranger au chapitre XII de la Charte et que n'auraient pas prévu les dispositions de sauvegarde de l'article 80, paragraphe 1. Lorsque les Membres de la Société des Nations ont dissout l'organisation, ils n'ont ni déclaré ni accepté, même implicitement, que cette dissolution entraînerait l'abrogation ou la caducité des mandats. Au

paragraph 4 of the resolution on mandates of 18 April 1946 clearly assumed their continuation.

65. The Government of South Africa, in asking the Court to reappraise the 1950 Advisory Opinion, has argued that Article 80, paragraph 1, must be interpreted as a mere saving clause having a purely negative effect.

66. If Article 80, paragraph 1, were to be understood as a mere interpretative provision preventing the operation of Chapter XII from affecting any rights, then it would be deprived of all practical effect. There is nothing in Chapter XII—which, as interpreted by the Court in 1950, constitutes a framework for future agreements—susceptible of affecting existing rights of States or of peoples under the mandates system. Likewise, if paragraph 1 of Article 80 were to be understood as a mere saving clause, paragraph 2 of the same Article would have no purpose. This paragraph provides as follows:

> "2. Paragraph 1 of this Article shall not be interpreted as giving grounds for delay or postponement of the negotiation and conclusion of agreements for placing mandated and other territories under the trusteeship system as provided for in Article 77."

This provision was obviously intended to prevent a mandatory Power from invoking the preservation of its rights resulting from paragraph 1 as a ground for delaying or postponing what the Court described as "the normal course indicated by the Charter, namely, conclude Trusteeship Agreements" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 140). No method of interpretation would warrant the conclusion that Article 80 as a whole is meaningless.

67. In considering whether negative effects only may be attributed to Article 80, paragraph 1, as contended by South Africa, account must be taken of the words at the end of Article 76 *(d)* of the Charter, which, as one of the basic objectives of the trusteeship system, ensures equal treatment in commercial matters for all Members of the United Nations and their nationals. The proviso "subject to the provisions of Article 80" was included at the San Francisco Conference in order to preserve the existing right of preference of the mandatory Powers in "C" mandates. The delegate of the Union of South Africa at the Conference had pointed out earlier that "the 'open door' had not previously applied to the 'C' mandates", adding that "his Government could not contemplate its application to their mandated territory". If Article 80, paragraph 1, had no conservatory and positive effects, and if the rights therein preserved could have been extinguished with the disappearance of the League of Nations, then the proviso in Article 76 *(d) in fine* would be deprived of any practical meaning.

contraire, le paragraphe 4 de la résolution du 18 avril 1946 sur les mandats suppose nettement leur maintien en vigueur.

65. Le Gouvernement sud-africain a demandé à la Cour de reconsidérer son avis consultatif de 1950 et soutenu à ce propos que l'article 80, paragraphe 1, devait être interprété comme une simple clause de sauvegarde ayant un effet purement négatif.

66. Si l'on devait voir dans l'article 80, paragraphe 1, une simple disposition interprétative empêchant que l'application du chapitre XII ne porte atteinte à des droits, ce paragraphe serait dépourvu de toute portée pratique. Rien dans le chapitre XII — qui, selon l'interprétation donnée par la Cour en 1950, est un cadre pour des accords de tutelle à venir — ne peut affecter les droits que des Etats ou des peuples tiennent du système des mandats. De plus, si l'on devait considérer l'article 80, paragraphe 1, comme une simple clause de sauvegarde, le paragraphe 2 de cet article serait sans objet. Ce paragraphe dispose:

> « 2. Le paragraphe 1 du présent article ne doit pas être interprété comme motivant un retard ou un ajournement de la négociation et de la conclusion d'accords destinés à placer sous le régime de tutelle des territoires sous mandat ou d'autres territoires ainsi qu'il est prévu à l'article 77. »

Cette disposition visait manifestement à empêcher une puissance mandataire d'invoquer le maintien de ses droits en vertu du paragraphe 1 pour retarder ou ajourner le moment de prendre ce que la Cour a appelé « la voie normale tracée par la Charte, c'est-à-dire: conclure des Accords de Tutelle » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 140). Aucune méthode d'interprétation n'autorise à conclure que l'article 80 n'ait dans son ensemble aucune signification.

67. Quand on se demande si l'on ne peut attribuer à l'article 80, paragraphe 1, qu'un effet purement négatif, ainsi que le soutient l'Afrique du Sud, il faut tenir compte des derniers mots de l'article 76, alinéa *d)*, de la Charte, qui visent à assurer, comme une des fins essentielles du régime de tutelle, l'égalité de traitement dans le domaine commercial à tous les Membres de l'Organisation et à leurs ressortissants. La clause « sous réserve des dispositions de l'article 80 » a été introduite à la conférence de San Francisco pour préserver le droit de préférence que possédaient les puissances mandataires dans les territoires placés sous mandat C. Le représentant de l'Union sud-africaine à la conférence avait fait observer que « la « porte ouverte » n'était pas applicable, auparavant, aux mandats C », ajoutant que « son gouvernement n'en envisageait pas l'application au territoire placé sous son mandat ». Si l'article 80, paragraphe 1, n'avait pas eu d'effet conservatoire et positif et si les droits qu'il maintenait avaient pu s'éteindre à la disparition de la Société des Nations, le dernier membre de phrase de l'article 76, alinéa *d)*, aurait été dépourvu de toute signification pratique.

68. The Government of South Africa has invoked as "new facts" not fully before the Court in 1950 a proposal introduced by the Chinese delegation at the final Assembly of the League of Nations and another submitted by the Executive Committee to the United Nations Preparatory Commission, both providing in explicit terms for the transfer of supervisory functions over mandates from the League of Nations to United Nations organs. It is argued that, since neither of these two proposals was adopted, no such transfer was envisaged.

69. The Court is unable to accept the argument advanced. The fact that a particular proposal is not adopted by an international organ does not necessarily carry with it the inference that a collective pronouncement is made in a sense opposite to that proposed. There can be many reasons determining rejection or non-approval. For instance, the Chinese proposal, which was never considered but was ruled out of order, would have subjected mandated territories to a form of supervision which went beyond the scope of the existing supervisory authority in respect of mandates, and could have raised difficulties with respect to Article 82 of the Charter. As to the establishment of a Temporary Trusteeship Committee, it was opposed because it was felt that the setting up of such an organ might delay the negotiation and conclusion of trusteeship agreements. Consequently two United States proposals, intended to authorize this Committee to undertake the functions previously performed by the Mandates Commission, could not be acted upon. The non-establishment of a temporary subsidiary body empowered to assist the General Assembly in the exercise of its supervisory functions over mandates cannot be interpreted as implying that the General Assembly lacked competence or could not itself exercise its functions in that field. On the contrary, the general assumption appeared to be that the supervisory functions over mandates previously performed by the League were to be exercised by the United Nations. Thus, in the discussions concerning the proposed setting-up of the Temporary Trusteeship Committee, no observation was made to the effect that the League's supervisory functions had not been transferred to the United Nations. Indeed, the South African representative at the United Nations Preparatory Commission declared on 29 November 1945 that "it seemed reasonable to create an interim body as the Mandates Commission was now in abeyance and countries holding mandates should have a body to which they could report".

70. The Government of South Africa has further contended that the provision in Article 80, paragraph 1, that the terms of "existing international instruments" shall not be construed as altered by anything in Chapter XII of the Charter, cannot justify the conclusion that the duty to report under the Mandate was transferred from the Council of the

68. Le Gouvernement sud-africain a invoqué en tant que « faits nouveaux » dont la Cour n'aurait pas eu pleinement connaissance en 1950 une proposition de la délégation chinoise, présentée à la dernière Assemblée de la Société des Nations, ainsi qu'une autre proposition soumise par le Comité exécutif à la Commission préparatoire des Nations Unies, qui toutes deux prévoyaient expressément le transfert à des organes des Nations Unies des fonctions de surveillance de la SdN relatives aux mandats. Il a fait valoir que, ni l'une ni l'autre de ces propositions n'ayant été adoptée, aucun transfert de ce genre n'a été envisagé.

69. La Cour ne peut accepter cette argumentation. Le fait que telle ou telle proposition n'ait pas été adoptée par un organe international n'implique pas nécessairement qu'une décision collective inverse ait été prise. Le rejet ou la non-approbation d'une proposition peut tenir à de nombreux motifs. Par exemple, la proposition chinoise, qui n'a jamais été examinée et a été considérée comme irrecevable, aurait eu pour effet d'assujettir les territoires sous mandat à un mode de surveillance allant au-delà des pouvoirs de surveillance applicables aux mandats et elle aurait pu soulever des difficultés au sujet de l'article 82 de la Charte. Quant à la proposition tendant à constituer un comité temporaire de tutelle, elle a été repoussée parce qu'on estimait que la création d'un tel organe aurait risqué de retarder la négociation et la conclusion d'accords de tutelle. En conséquence deux propositions des Etats-Unis visant à autoriser ce comité à assumer les fonctions exercées jusque-là par la Commission permanente des mandats sont restées sans suite. On ne saurait considérer que le fait de ne pas créer un organe subsidiaire temporaire chargé d'aider l'Assemblée générale dans l'exercice de ses fonctions de surveillance à l'égard des mandats implique que l'Assemblée générale n'avait pas compétence ou ne pouvait exercer elle-même ses fonctions propres dans ce domaine. On semble avoir supposé au contraire que les fonctions de surveillance sur les mandats, auparavant assumées par la Société des Nations, seraient exercées par l'Organisation des Nations Unies. C'est ainsi que, dans les débats sur la proposition concernant la création du comité temporaire de tutelle, personne n'a signalé que les fonctions de surveillance de la Société des Nations n'avaient pas été transférées à l'Organisation des Nations Unies. Qui plus est, le représentant de l'Afrique du Sud à la Commission préparatoire des Nations Unies a déclaré le 29 novembre 1945: « il semble raisonnable de créer un organisme provisoire puisque la Commission des mandats est en sommeil et que les pays mandataires devraient avoir un organisme auquel ils puissent soumettre leur rapport ».

70. Le Gouvernement sud-africain a soutenu d'autre part que l'article 80, paragraphe 1, qui prévoit qu'aucune disposition du chapitre XII de la Charte ne sera interprétée comme modifiant les dispositions « d'actes internationaux en vigueur », ne saurait autoriser à conclure que, par suite d'un transfert, l'obligation de faire rapport au Conseil de la Société des

League to the United Nations.

71. This objection fails to take into consideration Article 10 in Chapter IV of the Charter, a provision which was relied upon in the 1950 Opinion to justify the transference of supervisory powers from the League Council to the General Assembly of the United Nations. The Court then said:

> "The competence of the General Assembly of the United Nations to exercise such supervision and to receive and examine reports is derived from the provisions of Article 10 of the Charter, which authorizes the General Assembly to discuss any questions or any matters within the scope of the Charter and to make recommendations on these questions or matters to the Members of the United Nations." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 137.)

72. Since a provision of the Charter—Article 80, paragraph 1—had maintained the obligations of the Mandatory, the United Nations had become the appropriate forum for supervising the fulfilment of those obligations. Thus, by virtue of Article 10 of the Charter, South Africa agreed to submit its administration of South West Africa to the scrutiny of the General Assembly, on the basis of the information furnished by the Mandatory or obtained from other sources. The transfer of the obligation to report, from the League Council to the General Assembly, was merely a corollary of the powers granted to the General Assembly. These powers were in fact exercised by it, as found by the Court in the 1950 Advisory Opinion. The Court rightly concluded in 1950 that

> "... the General Assembly of the United Nations is legally qualified to exercise the supervisory functions previously exercised by the League of Nations with regard to the administration of the Territory, and that the Union of South Africa is under an obligation to submit to supervision and control of the General Assembly and to render annual reports to it" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 137).

In its 1955 Advisory Opinion on *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South-West Africa*, after recalling some passages from the 1950 Advisory Opinion, the Court stated:

> "Thus, the authority of the General Assembly to exercise supervision over the administration of South-West Africa as a mandated Territory is based on the provisions of the Charter." (*I.C.J. Reports 1955*, p. 76.)

In the 1956 Advisory Opinion on *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, again after referring to certain passages from the 1950 Advisory Opinion, the Court stated:

Nations imposée par le mandat est due désormais à l'Organisation des Nations Unies.

71. Cette objection ne tient pas compte de l'article 10, chapitre IV, de la Charte, sur lequel l'avis de 1950 s'est appuyé pour justifier le transfert de fonctions de surveillance du Conseil de la Société des Nations à l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour a déclaré alors:

> « La compétence de l'Assemblée générale des Nations Unies pour exercer un tel contrôle et pour recevoir et examiner des rapports se déduit des termes généraux de l'article 10 de la Charte qui autorise l'Assemblée générale à discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte et à formuler sur ces questions ou affaires des recommandations aux Membres des Nations Unies. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 137.)

72. Dès lors qu'une disposition de la Charte — l'article 80, paragraphe 1 — maintenait les obligations du mandataire, c'est à l'Organisation des Nations Unies qu'il incombait de veiller au respect de ces obligations. Par conséquent, en vertu de l'article 10 de la Charte, l'Afrique du Sud a consenti à soumettre son administration du Sud-Ouest africain à l'examen de l'Assemblée générale, sur la base des renseignements fournis par le mandataire ou obtenus d'autres sources. Le transfert à l'Assemblée générale de l'obligation de faire rapport existant envers le Conseil de la Société des Nations n'a été qu'un corollaire des pouvoirs dévolus à l'Assemblée générale. Celle-ci les a en fait exercés, comme la Cour l'a constaté dans son avis consultatif de 1950. Elle a conclu à juste titre:

> « l'Assemblée générale des Nations Unies est fondée en droit à exercer les fonctions de surveillance qu'exerçait précédemment la Société des Nations en ce qui concerne l'administration du Territoire et ... l'Union sud-africaine a l'obligation de se prêter à la surveillance de l'Assemblée générale et de lui soumettre des rapports annuels » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 137).

Dans son avis consultatif de 1955 sur la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, la Cour a dit, après avoir rappelé certains passages de l'avis de 1950:

> « Ainsi, la compétence de l'Assemblée générale pour exercer une surveillance sur l'administration du Sud-Ouest africain en tant que territoire sous mandat est fondée sur les dispositions de la Charte. » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 76.)

Dans son avis consultatif de 1956 sur l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, s'étant de nouveau référée à certains passages de l'avis de 1950, la Cour s'est exprimée en ces termes:

"Accordingly, the obligations of the Mandatory continue unimpaired with this difference, that the supervisory functions exercised by the Council of the League of Nations are now to be exercised by the United Nations." (*I.C.J. Reports 1956*, p. 27.)

In the same Opinion the Court further stated:

"... the paramount purpose underlying the taking over by the General Assembly of the United Nations of the supervisory functions in respect of the Mandate for South West Africa formerly exercised by the Council of the League of Nations was to safeguard the sacred trust of civilization through the maintenance of effective international supervision of the administration of the Mandated Territory" (*ibid.*, p. 28).

* * *

73. With regard to the intention of the League, it is essential to recall that, at its last session, the Assembly of the League, by a resolution adopted on 12 April 1946, attributed to itself the responsibilities of the Council in the following terms:

"The Assembly, with the concurrence of all the Members of the Council which are represented at its present session: Decides that, so far as required, it will, during the present session, assume the functions falling within the competence of the Council."

Thereupon, before finally dissolving the League, the Assembly on 18 April 1946, adopted a resolution providing as follows for the continuation of the mandates and the mandates system:

"The Assembly . . .

. . . . . .

3. Recognises that, on the termination of the League's existence, its functions with respect to the mandated territories will come to an end, but notes that Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the United Nations embody principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant of the League;

4. Takes note of the expressed intentions of the Members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them for the well-being and development of the peoples concerned in accordance with the obligations contained in the respective Mandates, until other arrangements have been agreed between the United Nations and the respective mandatory Powers."

« Par conséquent, les obligations du Mandataire subsistent dans toute leur force, avec cette différence que les fonctions de contrôle exercées par le Conseil de la Société des Nations doivent maintenant être exercées par les Nations Unies. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 27.)

Dans le même avis, la Cour a dit en outre:

« l'intention principale qui est à la base de la reprise par l'Assemblée générale des Nations Unies des fonctions de surveillance à l'égard du Mandat sur le Sud-Ouest africain, précédemment exercées par le Conseil de la Société des Nations, est de sauvegarder la mission sacrée de civilisation, grâce au maintien d'une surveillance internationale effective de l'administration du territoire sous mandat » (*ibid.*, p. 28).

* * *

73. En ce qui concerne les intentions de la Société des Nations, il est indispensable de noter qu'à sa dernière réunion l'Assemblée de la Société s'est attribué les responsabilités du Conseil par une résolution du 12 avril 1946 où l'on peut lire:

« L'Assemblée, avec l'assentiment de tous les membres du Conseil représentés à la présente session,

Décide que, pour autant qu'il sera nécessaire, elle assumera, durant la présente session, toutes les fonctions rentrant dans la compétence du Conseil. »

En suite de quoi, avant de dissoudre définitivement la Société des Nations, l'Assemblée a adopté le 18 avril 1946 une résolution dont les dispositions citées ci-après prévoyaient la continuation des mandats et du système des mandats:

« L'Assemblée ...

. . . . . .

3. Reconnaît que la dissolution de la Société des Nations mettra fin à ses fonctions en ce qui concerne les territoires sous mandat, mais note que des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte sont incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies;

4. Note que les Membres de la Société administrant actuellement des territoires sous mandat ont exprimé leur intention de continuer à les administrer, en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés, conformément aux obligations contenues dans les divers mandats, jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires. »

As stated in the Court's 1962 Judgment:

> "... the League of Nations in ending its own existence did not terminate the Mandates but ... definitely intended to continue them by its resolution of 18 April 1946" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 334).

74. That the Mandate had not lapsed was also admitted by the Government of South Africa on several occasions during the early period of transition, when the United Nations was being formed and the League dissolved. In particular, on 9 April 1946, the representative of South Africa, after announcing his Government's intention to transform South West Africa into an integral part of the Union, declared before the Assembly of the League:

> "In the meantime, the Union will continue to administer the territory scrupulously in accordance with the obligations of the Mandate, for the advancement and promotion of the interests of the inhabitants, as she has done during the past six years when meetings of the Mandates Commission could not be held.
>
> The disappearance of those organs of the League concerned with the supervision of mandates, primarily the Mandates Commission and the League Council, will necessarily preclude complete compliance with the letter of the Mandate. The Union Government will nevertheless regard the dissolution of the League as in no way diminishing its obligations under the Mandate, which it will continue to discharge with the full and proper appreciation of its responsibilities until such time as other arrangements are agreed upon concerning the future status of the territory."

The Court referred to this statement in its Judgment of 1962, finding that "there could be no clearer recognition on the part of the Government of South Africa of the continuance of its obligations under the Mandate after the dissolution of the League of Nations" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 340).

75. Similar assurances were given on behalf of South Africa in a memorandum transmitted on 17 October 1946 to the Secretary-General of the United Nations, and in statements to the Fourth Committee of the General Assembly on 4 November and 13 November 1946. Referring to some of these and other assurances the Court stated in 1950: "These declarations constitute recognition by the Union Government of the continuance of its obligations under the Mandate and not a mere indication of the future conduct of that Government." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 135.)

76. Even before the dissolution of the League, on 22 January 1946, the Government of the Union of South Africa had announced to the General Assembly of the United Nations its intention to ascertain the

Ainsi que la Cour l'a dit dans son arrêt de 1962:

> « en mettant fin à sa propre existence, la Société des Nations n'a pas mis fin aux Mandats mais ... elle a certainement entendu les maintenir par sa résolution du 18 avril 1946 » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 334).

74. Au début de la période transitoire, lors de la constitution de l'Organisation des Nations Unies et de la dissolution de la Société des Nations, le Gouvernement sud-africain a, lui aussi, admis à plusieurs reprises que le mandat n'était pas devenu caduc. En particulier, le 9 avril 1946, après avoir annoncé l'intention de son gouvernement de faire du Sud-Ouest africain une partie intégrante de l'Union, le représentant de l'Afrique du Sud a déclaré devant l'Assemblée de la Société des Nations:

> « Dans l'intervalle, l'Union sud-africaine continuera à l'administrer en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat, afin d'assurer le progrès et de sauvegarder les intérêts de ses habitants, comme elle l'a fait pendant les six dernières années durant lesquelles la Commission des mandats n'a pu se réunir.
>
> La disparition des organes de la Société des Nations qui s'occupent du contrôle des mandats, à savoir, en premier lieu la Commission des mandats et le Conseil de la Société, empêchera évidemment de se conformer entièrement à la lettre du Mandat. Le Gouvernement de l'Union se fera, cependant, un devoir de considérer que la disparition de la Société des Nations ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat; il continuera à s'en acquitter en pleine conscience et avec le juste sentiment de ses responsabilités, jusqu'au moment où d'autres arrangements auront été conclus quant au statut futur de ce territoire. »

La Cour a évoqué cette déclaration dans son arrêt de 1962, où elle a constaté que « Il ne pouvait y avoir de la part du Gouvernement sud-africain de reconnaissance plus claire de la continuation, après la dissolution de la Société des Nations, de ses obligations en vertu du Mandat pour le Sud-Ouest africain » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 340).

75. Des assurances analogues ont été données par l'Afrique du Sud dans un mémorandum transmis le 17 octobre 1946 au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et dans des déclarations faites devant la Quatrième Commission de l'Assemblée générale les 4 et 13 novembre 1946. Se référant à certaines de ces assurances parmi d'autres, la Cour a dit en 1950: « Ces déclarations constituent la reconnaissance par le Gouvernement de l'Union de la continuation de ses obligations en vertu du Mandat et non une simple indication quant à la conduite future de ce Gouvernement » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 135).

76. Dès le 22 janvier 1946, avant même la dissolution de la Société des Nations, le Gouvernement de l'Union sud-africaine a fait part à l'Assemblée générale des Nations Unies de son intention de donner à la population

views of the population of South West Africa, stating that "when that had been done, the decision of the Union would be submitted to the General Assembly for judgment". Thereafter, the representative of the Union of South Africa submitted a proposal to the Second Part of the First Session of the General Assembly in 1946, requesting the approval of the incorporation of South West Africa into the Union. On 14 December 1946 the General Assembly adopted resolution 65 (I) noting—

> ". . . *with satisfaction* that the Union of South Africa, by presenting this matter to the United Nations, recognizes the interest and concern of the United Nations in the matter of the future status of territories now held under mandate"

and declared that it was—

> ". . . *unable to accede* to the incorporation of the territory of South West Africa in the Union of South Africa".

The General Assembly, the resolution went on,

> "*Recommends* that the mandated territory of South West Africa be placed under the international trusteeship system and invites the Government of the Union of South Africa to propose for the consideration of the General Assembly a trusteeship agreement for the aforesaid Territory."

A year later the General Assembly, by resolution 141 (II) of 1 November 1947, took note of the South African Government's decision not to proceed with its plan for the incorporation of the Territory. As the Court stated in 1950:

> "By thus submitting the question of the future international status of the Territory to the 'judgment' of the General Assembly as the 'competent international organ', the Union Government recognized the competence of the General Assembly in the matter." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 142.)

77. In the course of the following years South Africa's acts and declarations made in the United Nations in regard to South West Africa were characterized by contradictions. Some of these acts and declarations confirmed the recognition of the supervisory authority of the United Nations and South Africa's obligations towards it, while others clearly signified an intention to withdraw such recognition. It was only on 11 July 1949 that the South African Government addressed to the Secretary-General a letter in which it stated that it could "no longer see that any

du Sud-Ouest africain l'occasion d'exprimer sa volonté, indiquant: « Quand cette volonté sera connue, l'Union soumettra sa décision au jugement de l'Assemblée générale ». Par la suite, le représentant de l'Union sud-africaine a présenté à l'Assemblée générale, pendant la deuxième partie de sa première session de 1946, une proposition par laquelle il lui demandait d'approuver l'incorporation du Sud-Ouest africain à l'Union sud-africaine. L'Assemblée générale a adopté le 14 décembre 1946 la résolution 65 (I), où elle a constaté

> « *avec satisfaction* que l'Union sud-africaine, en soumettant cette question à l'Organisation des Nations Unies, reconnaît l'intérêt et le souci que les Nations Unies témoignent pour la question du statut futur des territoires actuellement sous mandat »

et a déclaré qu'elle

> « *ne saurait admettre* l'incorporation du territoire du Sud-Ouest africain à l'Union sud-africaine ».

Plus loin l'Assemblée générale

> « *Recommande* que le territoire sous mandat du Sud-Ouest africain soit placé sous le régime international de tutelle et invite le Gouvernement de l'Union sud-africaine à soumettre à l'examen de l'Assemblée générale un accord de tutelle pour ledit territoire. »

Un an plus tard, par sa résolution 141 (II) du 1er novembre 1947, l'Assemblée générale a pris acte de la décision du Gouvernement sud-africain de ne pas procéder à l'incorporation du territoire. Comme la Cour l'a dit en 1950:

> « En soumettant ainsi la question du futur statut international du Territoire au « jugement » de l'Assemblée générale en tant qu' « organe international compétent », le Gouvernement de l'Union a reconnu la compétence de l'Assemblée générale en la matière. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 142.)

77. Au cours des années suivantes, l'Afrique du Sud s'est contredite dans ses actes et ses déclarations aux Nations Unies en ce qui concerne le Sud-Ouest africain. Certains actes et certaines déclarations ont confirmé que l'Afrique du Sud reconnaissait le pouvoir de surveillance des Nations Unies et les obligations qui lui incombaient à leur égard alors que d'autres dénotaient une intention de revenir sur cette reconnaissance. Ce n'est que le 11 juillet 1949 que le Gouvernement sud-africain a adressé au Secrétaire général une lettre dans laquelle il déclarait qu'il ne pouvait « plus croire

real benefit is to be derived from the submission of special reports on South West Africa to the United Nations and [had] regretfully come to the conclusion that in the interests of efficient administration no further reports should be forwarded".

78. In the light of the foregoing review, there can be no doubt that, as consistently recognized by this Court, the Mandate survived the demise of the League, and that South Africa admitted as much for a number of years. Thus the supervisory element, an integral part of the Mandate, was bound to survive, and the Mandatory continued to be accountable for the performance of the sacred trust. To restrict the responsibility of the Mandatory to the sphere of conscience or of moral obligation would amount to conferring upon that Power rights to which it was not entitled, and at the same time to depriving the peoples of the Territory of rights which they had been guaranteed. It would mean that the Mandatory would be unilaterally entitled to decide the destiny of the people of South West Africa at its discretion. As the Court, referring to its Advisory Opinion of 1950, stated in 1962:

> "The findings of the Court on the obligation of the Union Government to submit to international supervision are thus crystal clear. Indeed, to exclude the obligations connected with the Mandate would be to exclude the very essence of the Mandate." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 334.)

79. The cogency of this finding is well illustrated by the views presented on behalf of South Africa, which, in its final submissions in the *South West Africa* cases, presented as an alternative submission, "in the event of it being held that the Mandate as such continued in existence despite the dissolution of the League of Nations",

> "... that the Respondent's former obligations under the Mandate to report and account to, and to submit to the supervision, of the Council of the League of Nations, lapsed upon the dissolution of the League, and have not been replaced by any similar obligations relative to supervision by any organ of the United Nations or any other organization or body" (*I.C.J. Reports 1966*, p. 16).

The principal submission, however, had been:

> "That the whole Mandate for South West Africa lapsed on the dissolution of the League of Nations and that Respondent is, in consequence thereof, no longer subject to any legal obligations thereunder." *(Ibid.)*

que la présentation aux Nations Unies de rapports spéciaux sur le Sud-Ouest africain puisse présenter un avantage réel quelconque et il est arrivé avec regret à la conclusion que, dans l'intérêt d'une administration efficace, aucun rapport ne doit plus être envoyé ».

78. Compte tenu de ce qui précède, il ne fait pas de doute que, comme la Cour l'a invariablement reconnu, le mandat a survécu à la disparition de la Société des Nations et que l'Afrique du Sud l'a admis pendant plusieurs années. De ce fait, l'élément de surveillance, qui est une partie intégrante du mandat, devait forcément survivre et le mandataire restait tenu de rendre compte de l'exécution de la mission sacrée. Faire de la responsabilité du mandataire une simple affaire de conscience ou d'obligation morale serait conférer à cette puissance des droits auxquels elle ne saurait prétendre et, en même temps, priver les populations du territoire de droits qui leur ont été garantis. Ce serait donner au mandataire la faculté de décider unilatéralement et à son gré du destin de la population du Sud-Ouest africain. Comme la Cour, se référant à son avis consultatif de 1950, l'a déclaré en 1962:

> « Les conclusions de la Cour au sujet de l'obligation du Gouvernement de l'Union de se soumettre à une surveillance internationale sont donc parfaitement claires. En fait, exclure les obligations liées au Mandat reviendrait à exclure l'essence même du Mandat. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 334.)

79. Le bien-fondé de cette déclaration apparaît à la lecture des thèses présentées par l'Afrique du Sud qui, dans ses conclusions finales dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, a soutenu subsidiairement, pour le « cas où l'on estimerait que le Mandat en tant que tel est demeuré en vigueur malgré la dissolution de la Société des Nations »,

> « que les obligations incombant antérieurement au défendeur en vertu du Mandat et consistant à faire rapport et à rendre compte au Conseil de la Société des Nations et à se soumettre à la surveillance de ce Conseil ont pris fin lors de la dissolution de la Société et n'ont pas été remplacées par des obligations similaires concernant une surveillance par un organe quelconque des Nations Unies, par toute autre organisation ou par tout autre organisme » (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 16-17).

La conclusion principale du défendeur était la suivante:

> « Que le Mandat pour le Sud-Ouest africain dans son ensemble est devenu caduc lors de la dissolution de la Société des Nations et que le défendeur n'est plus en conséquence soumis à aucune des obligations juridiques découlant du Mandat. » (*Ibid.*, p. 16.)

80. In the present proceedings, at the public sitting of 15 March 1971, the representative of South Africa summed up his Government's position in the following terms:

> "Our contentions concerning the falling away of supervisory and accountability provisions are, accordingly, absolute and unqualified. On the other hand, our contentions concerning the possible lapse of the Mandate as a whole are secondary and consequential and depend on our primary contention that the supervision and the accountability provisions fell away on the dissolution of the League.
>
> In the present proceedings we accordingly make the formal submission that the Mandate has lapsed as a whole by reason of the falling away of supervision by the League, but for the rest we assume that the Mandate still continued . . .
>
> . . . on either hypothesis we contend that after dissolution of the League there no longer was any obligation to report and account under the Mandate."

He thus placed the emphasis on the "falling-away" of the "supervisory and accountability provisions" and treated "the possible lapse of the Mandate as a whole" as a "secondary and consequential" consideration.

81. Thus, by South Africa's own admission, "supervision and accountability" were of the essence of the Mandate, as the Court had consistently maintained. The theory of the lapse of the Mandate on the demise of the League of Nations is in fact inseparable from the claim that there is no obligation to submit to the supervision of the United Nations, and vice versa. Consequently, both or either of the claims advanced, namely that the Mandate has lapsed and/or that there is no obligation to submit to international supervision by the United Nations, are destructive of the very institution upon which the presence of South Africa in Namibia rests, for:

> "The authority which the Union Government exercises over the Territory is based on the Mandate. If the Mandate lapsed, as the Union Government contends, the latter's authority would equally have lapsed. To retain the rights derived from the Mandate and to deny the obligations thereunder could not be justified." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133; cited in *I.C.J. Reports 1962*, p. 333.)

82. Of this South Africa would appear to be aware, as is evidenced by its assertion at various times of other titles to justify its continued presence in Namibia, for example before the General Assembly on 5 October 1966:

80. Au cours de la présente instance, à l'audience publique du 15 mars 1971, le représentant de l'Afrique du Sud a résumé comme suit la position de son gouvernement:

> « Par conséquent, notre argumentation sur l'extinction des clauses concernant la surveillance et l'obligation de rendre compte est absolue et sans réserves. Mais notre argumentation sur la caducité éventuelle du mandat dans son ensemble est secondaire et accessoire; elle est subordonnée à notre thèse essentielle, à savoir que les dispositions du mandat concernant la surveillance et l'obligation de rendre compte ont disparu à la dissolution de la Société des Nations.
>
> Nous concluons donc formellement dans la présente procédure que le mandat est devenu caduc dans son ensemble en raison de la disparition de la surveillance de la Société des Nations mais, pour le reste, nous considérons qu'il a subsisté...
>
> Nous soutenons néanmoins que, dans l'un et l'autre cas, il n'existait plus, après la disparition de la Société des Nations, aucune obligation de rendre compte ou de faire rapport en vertu du mandat. »

Le représentant de l'Afrique du Sud mettait ainsi l'accent sur « l'extinction », « la disparition » des clauses concernant la surveillance et l'obligation de rendre compte et estimait « secondaire et accessoire » l'argumentation portant sur la « caducité éventuelle du mandat dans son ensemble ».

81. Ainsi, de l'aveu même de l'Afrique du Sud, « la surveillance et l'obligation de rendre compte » étaient des éléments essentiels du mandat, ce que la Cour a toujours affirmé. La thèse selon laquelle le mandat serait devenu caduc à la dissolution de la Société des Nations est en fait inséparable de l'assertion qu'il n'y a pas d'obligation de se soumettre à la surveillance des Nations Unies. Il en résulte que, ensemble ou séparément, les deux assertions, à savoir que le mandat est devenu caduc et qu'il n'existe aucune obligation de se soumettre à la surveillance internationale des Nations Unies, sont incompatibles avec l'institution même sur laquelle repose la présence de l'Afrique du Sud en Namibie, car

> « L'autorité que le Gouvernement de l'Union exerce sur le Territoire est fondée sur le Mandat. Si le Mandat avait cessé d'exister, comme le prétend le Gouvernement de l'Union, l'autorité de celle-ci aurait également cessé d'exister. Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat tout en répudiant les obligations qui en découlent. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133; cité dans *C.I.J. Recueil 1962*, p. 333.)

82. Il semble que l'Afrique du Sud ait conscience de ce qui précède, comme l'atteste le fait qu'à diverses reprises elle a invoqué d'autres titres pour justifier le maintien de sa présence en Namibie. Ainsi elle a déclaré devant l'Assemblée générale le 5 octobre 1966:

> "South Africa has for a long time contended that the Mandate is no longer legally in force, and that South Africa's right to administer the Territory is not derived from the Mandate but from military conquest, together with South Africa's openly declared and consistent practice of continuing to administer the Territory as a sacred trust towards the inhabitants."

In the present proceedings the representative of South Africa maintained on 15 March 1971:

> ". . . if it is accepted that the Mandate has lapsed, the South African Government would have the right to administer the Territory by reason of a combination of factors, being *(a)* its original conquest; *(b)* its long occupation; *(c)* the continuation of the sacred trust basis agreed upon in 1920; and, finally *(d)* because its administration is to the benefit of the inhabitants of the Territory and is desired by them. In these circumstances the South African Government cannot accept that any State or organization can have a better title to the Territory."

83. These claims of title, which apart from other considerations are inadmissible in regard to a mandated territory, lead by South Africa's own admission to a situation which vitiates the object and purpose of the Mandate. Their significance in the context of the sacred trust has best been revealed by a statement made by the representative of South Africa in the present proceedings on 15 March 1971: "it is the view of the South African Government that no legal provision prevents its annexing South West Africa." As the Court pointed out in its Advisory Opinion on the *International Status of South-West Africa*, "the principle of non-annexation" was "considered to be of paramount importance" when the future of South West Africa and other territories was the subject of decision after the First World War (*I.C.J. Reports 1950*, p. 131). What was in consequence excluded by Article 22 of the League Covenant is even less acceptable today.

* * *

84. Where the United Nations is concerned, the records show that, throughout a period of twenty years, the General Assembly, by virtue of the powers vested in it by the Charter, called upon the South African Government to perform its obligations arising out of the Mandate. On 9 February 1946 the General Assembly, by resolution 9 (I), invited all States administering territories held under mandate to submit trusteeship agreements. All, with the exception of South Africa, responded by placing the respective territories under the trusteeship system or offering

« l'Afrique du Sud soutient depuis longtemps que le Mandat n'est plus en vigueur juridiquement et que le droit que possède l'Afrique du Sud d'administrer le Territoire ne découle pas du Mandat mais de la conquête militaire ainsi que de sa pratique déclarée et constante consistant à poursuivre l'administration du Territoire comme une mission sacrée à l'égard des habitants ».

Dans la présente procédure, le représentant de l'Afrique du Sud a dit le 15 mars 1971:

« Le Gouvernement sud-africain estime qu'étant admise la caducité du mandat, il aurait le droit d'administrer le territoire grâce au jeu d'une série de facteurs qui sont *a)* la conquête initiale, *b)* une occupation prolongée, *c)* le maintien de la mission sacrée confiée et acceptée en 1920, *d)* le fait que son administration s'exerce au profit des habitants du territoire et qu'elle est voulue par eux. Dans ces conditions, le Gouvernement sud-africain ne saurait considérer qu'un Etat ou une organisation puisse avoir un meilleur titre à administrer le territoire. »

83. Invoquer ces titres qui, toutes autres considérations mises à part, sont inadmissibles s'agissant d'un territoire sous mandat, aboutit à une situation qui, de l'aveu même de l'Afrique du Sud, est contraire à l'objet et au but du mandat. La déclaration suivante du représentant de l'Afrique du Sud, faite le 15 mars 1971 au cours de la présente procédure permettra d'en apprécier tout le sens par rapport à la mission sacrée: « Le Gouvernement sud-africain est d'avis qu'aucune disposition juridique ne l'empêche d'annexer le Sud-Ouest africain ». Comme la Cour l'a fait observer dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, le principe de la « non-annexion » a été considéré « comme étant d'importance primordiale » au moment où il a fallu se prononcer sur l'avenir du Sud-Ouest africain et d'autres territoires après la première guerre mondiale (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 131). Ce que l'article 22 du Pacte de la Société des Nations a exclu en conséquence est encore moins acceptable aujourd'hui.

* * *

84. Pour ce qui est des Nations Unies, il ressort des documents que, pendant vingt ans, en vertu des pouvoirs que la Charte lui confère, l'Assemblée générale a prié le Gouvernement sud-africain de s'acquitter des obligations découlant du mandat. Le 9 février 1946, par sa résolution 9 (I), l'Assemblée générale a invité tous les Etats qui administraient des territoires en vertu d'un mandat à soumettre des accords de tutelle. La réaction de tous, à l'exception de l'Afrique du Sud, a été de placer les territoires en question sous le régime de tutelle ou de leur offrir l'indé-

them independence. The General Assembly further made a special recommendation to this effect in resolution 65 (I) of 14 December 1946; on 1 November 1947, in resolution 141 (II), it "urged" the Government of the Union of South Africa to propose a trusteeship agreement; by resolution 227 (III) of 26 November 1948 it maintained its earlier recommendations. A year later, in resolution 337 (IV) of 6 December 1949, it expressed "regret that the Government of the Union of South Africa has withdrawn its previous undertaking to submit reports on its administration of the Territory of South West Africa for the information of the United Nations", reiterated its previous resolutions and invited South Africa "to resume the submission of such reports to the General Assembly". At the same time, in resolution 338 (IV), it addressed specific questions concerning the international status of South West Africa to this Court. In 1950, by resolution 449 (V) of 13 December, it accepted the resultant Advisory Opinion and urged the Government of the Union of South Africa "to take the necessary steps to give effect to the Opinion of the International Court of Justice". By the same resolution, it established a committee "to confer with the Union of South Africa concerning the procedural measures necessary for implementing the Advisory Opinion . . .". In the course of the ensuing negotiations South Africa continued to maintain that neither the United Nations nor any other international organization had succeeded to the supervisory functions of the League. The Committee, for its part, presented a proposal closely following the terms of the Mandate and providing for implementation "through the United Nations by a procedure as nearly as possible analogous to that which existed under the League of Nations, thus providing terms no more extensive or onerous than those which existed before". This procedure would have involved the submission by South Africa of reports to a General Assembly committee, which would further set up a special commission to take over the functions of the Permanent Mandates Commission. Thus the United Nations, which undoubtedly conducted the negotiations in good faith, did not insist on the conclusion of a trusteeship agreement; it suggested a system of supervision which "should not exceed that which applied under the Mandates System . . .". These proposals were rejected by South Africa, which refused to accept the principle of the supervision of its administration of the Territory by the United Nations.

85. Further fruitless negotiations were held from 1952 to 1959. In total, negotiations extended over a period of thirteen years, from 1946 to 1959. In practice the actual length of negotiations is no test of whether the possibilities of agreement have been exhausted; it may be sufficient to show that an early deadlock was reached and that one side adamantly refused compromise. In the case of Namibia (South West Africa) this

pendance. En outre l'Assemblée générale a formulé une recommandation spéciale à cet égard dans sa résolution 65 (I) du 14 décembre 1946; le 1er novembre 1947, par sa résolution 141 (II), elle a « prié instamment » le Gouvernement de l'Union sud-africaine de soumettre à son examen un accord de tutelle; par sa résolution 227 (III) du 26 novembre 1948, elle a maintenu ses recommandations antérieures. Un an plus tard, par sa résolution 337 (IV) du 6 décembre 1949, elle a regretté que « le Gouvernement de l'Union sud-africaine ait retiré sa promesse antérieure ... de présenter des rapports sur son administration du territoire du Sud-Ouest africain, pour information, à l'Organisation des Nations Unies », confirmé ses résolutions précédentes et invité l'Afrique du Sud « à reprendre la présentation de ... rapports à l'Assemblée générale ». En même temps, elle soumettait à la Cour, par sa résolution 338 (IV), des questions précises au sujet du statut international du Sud-Ouest africain. En 1950, par sa résolution 449 (V) du 13 décembre, l'Assemblée a accepté l'avis consultatif que la Cour lui avait donné à la suite de sa demande et elle a « invité instamment le Gouvernement de l'Union sud-africaine à prendre les mesures nécessaires pour donner effet à l'avis de la Cour internationale de Justice ». Par la même résolution, l'Assemblée a créé un comité « chargé de conférer avec l'Union sud-africaine au sujet des mesures de procédure nécessaires pour mettre en œuvre l'avis consultatif... ». Au cours des négociations qui ont suivi, l'Afrique du Sud a persisté à soutenir que ni les Nations Unies ni aucune autre organisation internationale n'avaient hérité les fonctions de surveillance de la Société des Nations. Le comité, pour sa part, a présenté une proposition qui suivait de près les termes du mandat et prévoyait une mise en œuvre « qui serait assurée par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations Unies au moyen d'une procédure se rapprochant le plus possible de celle qui était appliquée par la Société des Nations; ainsi les obligations imposées ne seraient ni plus étendues ni plus lourdes que les obligations antérieures ». Cette procédure aurait comporté l'envoi de rapports par l'Afrique du Sud à une commission de l'Assemblée générale, qui aurait aussi institué un comité spécial chargé de reprendre les fonctions de la Commission permanente des mandats. Ainsi les Nations Unies, qui ont indubitablement mené les négociations de bonne foi, n'ont pas insisté sur la conclusion d'un accord de tutelle; elles ont suggéré un système de contrôle qui ne serait pas « plus étendu que sous le régime des Mandats ». Ces propositions ont été rejetées par l'Afrique du Sud qui a refusé d'accepter le principe de la surveillance des Nations Unies pour son administration du territoire.

85. D'autres négociations infructueuses ont eu lieu de 1952 à 1959. Ainsi les négociations se sont échelonnées sur treize années au total, de 1946 à 1959. En pratique la durée des négociations ne permet pas de savoir si les possibilités d'accord ont été épuisées; il peut être suffisant de montrer qu'on a abouti rapidement à une impasse et que, d'un côté, on s'est fermement refusé à tout compromis. Dans le cas de la Namibie

stage had patently been reached long before the United Nations finally abandoned its efforts to reach agreement. Even so, for so long as South Africa was the mandatory Power the way was still open for it to seek an arrangement. But that chapter came to an end with the termination of the Mandate.

86. To complete this brief summary of the events preceding the present request for advisory opinion, it must be recalled that in 1955 and 1956 the Court gave at the request of the General Assembly two further advisory opinions on matters concerning the Territory. Eventually the General Assembly adopted resolution 2145 (XXI) on the termination of the Mandate for South West Africa. Subsequently the Security Council adopted resolution 276 (1970), which declared the continued presence of South Africa in Namibia to be illegal and called upon States to act accordingly.

* * *

87. The Government of France in its written statement and the Government of South Africa throughout the present proceedings have raised the objection that the General Assembly, in adopting resolution 2145 (XXI), acted *ultra vires*.

88. Before considering this objection, it is necessary for the Court to examine the observations made and the contentions advanced as to whether the Court should go into this question. It was suggested that though the request was not directed to the question of the validity of the General Assembly resolution and of the related Security Council resolutions, this did not preclude the Court from making such an enquiry. On the other hand it was contended that the Court was not authorized by the terms of the request, in the light of the discussions preceding it, to go into the validity of these resolutions. It was argued that the Court should not assume powers of judicial review of the action taken by the other principal organs of the United Nations without specific request to that effect, nor act as a court of appeal from their decisions.

89. Undoubtedly, the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned. The question of the validity or conformity with the Charter of General Assembly resolution 2145 (XXI) or of related Security Council resolutions does not form the subject of the request for advisory opinion. However, in the exercise of its judicial function and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from those resolutions.

90. As indicated earlier, with the entry into force of the Charter of the United Nations a relationship was established between all Members of the United Nations on the one side, and each mandatory Power on the other. The mandatory Powers while retaining their mandates assumed,

(Sud-Ouest africain), ce stade a été manifestement atteint bien avant que les Nations Unies abandonnent finalement leurs efforts pour parvenir à un accord. Mais tant que l'Afrique du Sud restait la puissance mandataire, il lui était toujours loisible de chercher un arrangement. Ce chapitre s'est clos avec la cessation du mandat.

86. Pour achever ce bref résumé des événements qui ont précédé la présente requête pour avis consultatif, il convient de rappeler qu'en 1955 et 1956 la Cour a rendu, à la demande de l'Assemblée générale, deux autres avis consultatifs sur des questions intéressant le territoire. L'Assemblée générale a finalement adopté la résolution 2145 (XXI) sur la cessation du mandat pour le Sud-Ouest africain. Ultérieurement le Conseil de sécurité a pris la résolution 276 (1970) qui déclarait illégale la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie et invitait les Etats à agir en conséquence.

* * *

87. Le Gouvernement français, dans son exposé écrit, et le Gouvernement sud-africain, tout au long de la procédure en la présente affaire, ont objecté qu'en adoptant la résolution 2145 (XXI), l'Assemblée générale, avait excédé ses pouvoirs.

88. Avant d'examiner cette objection, la Cour doit considérer les observations et les arguments avancés sur le point de savoir si elle devrait aborder la question. On a dit que le fait que la demande d'avis ne portait pas sur la question de la validité de la résolution de l'Assemblée générale ou des résolutions connexes du Conseil de sécurité n'empêchait pas la Cour de procéder à cet examen. On a soutenu d'autre part que, vu les termes de la requête et compte tenu des débats qui l'ont précédée, la Cour n'était pas autorisée à étudier la validité de ces résolutions. On a fait valoir en ce sens que la Cour ne devait pas s'arroger des pouvoirs de contrôle judiciaire quant aux mesures prises par les autres organes principaux des Nations Unies sans y avoir été expressément invitée, ni jouer le rôle d'une cour d'appel à l'égard de leurs décisions.

89. Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit. Ce n'est pas sur la validité de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ou des résolutions connexes du Conseil de sécurité ni sur leur conformité avec la Charte que porte la demande d'avis consultatif. Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et puisque des objections ont été formulées, la Cour examinera ces objections dans son exposé des motifs, avant de se prononcer sur les conséquences juridiques découlant de ces résolutions.

90. Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies a instauré un rapport entre tous les Membres des Nations Unies, d'une part, et chacune des puissances mandataires, d'autre part. Tout en conservant leurs mandats, les puissances mandataires

under Article 80 of the Charter, vis-à-vis all United Nations Members, the obligation to keep intact and preserve, until trusteeship agreements were executed, the rights of other States and of the peoples of mandated territories, which resulted from the existing mandate agreements and related instruments, such as Article 22 of the Covenant and the League Council's resolution of 31 January 1923 concerning petitions. The mandatory Powers also bound themselves to exercise their functions of administration in conformity with the relevant obligations emanating from the United Nations Charter, which member States have undertaken to fulfil in good faith in all their international relations.

91. One of the fundamental principles governing the international relationship thus established is that a party which disowns or does not fulfil its own obligations cannot be recognized as retaining the rights which it claims to derive from the relationship.

92. The terms of the preamble and operative part of resolution 2145 (XXI) leave no doubt as to the character of the resolution. In the preamble the General Assembly declares itself "*Convinced* that the administration of the Mandated Territory by South Africa has been conducted in a manner contrary" to the two basic international instruments directly imposing obligations upon South Africa, the Mandate and the Charter of the United Nations, as well as to the Universal Declaration of Human Rights. In another paragraph of the preamble the conclusion is reached that, after having insisted with no avail upon performance for more than twenty years, the moment has arrived for the General Assembly to exercise the right to treat such violation as a ground for termination.

93. In paragraph 3 of the operative part of the resolution the General Assembly "*Declares* that South Africa has failed to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the moral and material well-being and security of the indigenous inhabitants of South West Africa and has, in fact, disavowed the Mandate". In paragraph 4 the decision is reached, as a consequence of the previous declaration "that the Mandate conferred upon His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa is *therefore* terminated . . .". (Emphasis added.) It is this part of the resolution which is relevant in the present proceedings.

94. In examining this action of the General Assembly it is appropriate to have regard to the general principles of international law regulating termination of a treaty relationship on account of breach. For even if the mandate is viewed as having the character of an institution, as is maintained, it depends on those international agreements which created the system and regulated its application. As the Court indicated in 1962 "this Mandate, like practically all other similar Mandates" was "a special type of instrument composite in nature and instituting a novel international régime. It incorporates a definite agreement . . ." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 331). The Court stated conclusively in that Judgment that the

ont, en vertu de l'article 80 de la Charte, assumé à l'égard de tous les Membres des Nations Unies l'obligation de maintenir intacts et de sauvegarder, jusqu'à ce que des accords de tutelle aient été conclus, les droits des autres Etats et des populations des territoires sous mandat qui découlaient des accords de mandat en vigueur et des instruments connexes, notamment de l'article 22 du Pacte et de la résolution du Conseil de la Société des Nations du 31 janvier 1923 relative aux pétitions. Les puissances mandataires s'engageaient aussi à s'acquitter de leurs fonctions d'administration conformément aux obligations que la Charte des Nations Unies imposait à cet égard et que les Etats Membres sont tenus de remplir de bonne foi dans toutes leurs relations internationales.

91. L'un des principes fondamentaux régissant le rapport ainsi établi sur le plan international est qu'une partie qui renie ou ne remplit pas ses propres obligations ne saurait être considérée comme conservant les droits qu'elle prétend tirer de ce rapport.

92. Le libellé du préambule et du dispositif de la résolution 2145 (XXI) ne laisse aucun doute sur la nature de cette résolution. Dans le préambule l'Assemblée générale se déclare « *Convaincue* que l'administration du Territoire sous mandat par l'Afrique du Sud a été assurée d'une manière contraire » aux deux instruments internationaux fondamentaux imposant directement des obligations à l'Afrique du Sud, le mandat et la Charte des Nations Unies, ainsi qu'à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Dans un autre alinéa du préambule, l'Assemblée générale arrive à la conclusion qu'après avoir insisté en vain pendant plus de vingt ans sur l'exécution le moment est venu pour elle d'exercer son droit de considérer une telle violation comme un motif pour mettre fin au mandat.

93. Au paragraphe 3 du dispositif de la résolution, l'Assemblée générale « *Déclare* que l'Afrique du Sud a failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire sous mandat, n'a pas assuré le bien-être moral et matériel et la sécurité des autochtones du Sud-Ouest africain et a, en fait, dénoncé le Mandat. » Au paragraphe 4, elle décide, comme suite à la déclaration qui précède, « que le Mandat confié à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Union sud-africaine est *donc* terminé (italiques ajoutées). C'est cette partie de la résolution qui est pertinente pour la présente procédure.

94. Pour examiner l'acte ainsi accompli par l'Assemblée générale, il convient de tenir compte des principes généraux de droit international qui régissent la cessation d'une relation conventionnelle comme conséquence d'une violation. En effet, même étant admis que le mandat a le caractère d'une institution, ainsi qu'on le soutient, il n'en est pas moins issu des accords internationaux qui ont créé le système et en ont réglementé l'application. La Cour a dit en 1962: « comme presque tous les autres Mandats semblables, ce Mandat constitue un acte d'un type spécial, de nature composite, instituant un régime international nouveau. Il contient un accord précis » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 331).

Mandate "... in fact and in law, is an international agreement having the character of a treaty or convention" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 330). The rules laid down by the Vienna Convention on the Law of Treaties concerning termination of a treaty relationship on account of breach (adopted without a dissenting vote) may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject. In the light of these rules, only a material breach of a treaty justifies termination, such breach being defined as:

(a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or

(b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty" (Art. 60, para. 3).

95. General Assembly resolution 2145 (XXI) determines that both forms of material breach had occurred in this case. By stressing that South Africa "has, in fact, disavowed the Mandate", the General Assembly declared in fact that it had repudiated it. The resolution in question is therefore to be viewed as the exercise of the right to terminate a relationship in case of a deliberate and persistent violation of obligations which destroys the very object and purpose of that relationship.

* * *

96. It has been contended that the Covenant of the League of Nations did not confer on the Council of the League power to terminate a mandate for misconduct of the mandatory and that no such power could therefore be exercised by the United Nations, since it could not derive from the League greater powers than the latter itself had. For this objection to prevail it would be necessary to show that the mandates system, as established under the League, excluded the application of the general principle of law that a right of termination on account of breach must be presumed to exist in respect of all treaties, except as regards provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character (as indicated in Art. 60, para. 5, of the Vienna Convention). The silence of a treaty as to the existence of such a right cannot be interpreted as implying the exclusion of a right which has its source outside of the treaty, in general international law, and is dependent on the occurrence of circumstances which are not normally envisaged when a treaty is concluded.

97. The Government of South Africa has contended that it was the intention of the drafters of the mandates that they should not be revocable even in cases of serious breach of obligation or gross misconduct on the part of the mandatory. This contention seeks to draw support from the fact that at the Paris Peace Conference a resolution was adopted in which the proposal contained in President Wilson's draft of the Covenant regarding a right of appeal for the substitution of the mandatory was not

Elle a conclu dans son arrêt que le mandat «est en fait et en droit un engagement international ayant le caractère d'un traité ou d'une convention» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 330). Les règles de la convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition), peuvent, à bien des égards, être considérées comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine. D'après ces règles, l'extinction d'un traité n'est justifiée qu'en cas de violation substantielle, définie comme étant constituée par:

«*a)* un rejet du traité non autorisé par la présente Convention; ou

b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du Traité» (art. 60, par. 3).

95. La résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale constate qu'il y a eu en l'occurrence violation substantielle sous l'une et l'autre forme. Quand elle souligne que l'Afrique du Sud «a, en fait, dénoncé le Mandat», l'Assemblée générale déclare en réalité que l'Afrique du Sud l'a rejeté. Il faut donc voir dans la résolution en question l'exercice du droit de mettre fin à un certain rapport à la suite d'une violation délibérée et persistante d'obligations, qui détruit l'objet même et le but de ce rapport.

* * *

96. On a soutenu que le Pacte de la Société des Nations ne conférait pas au Conseil de la Société le pouvoir de mettre fin à un mandat en raison d'une faute du mandataire et que les Nations Unies ne sauraient donc exercer un tel pouvoir puisqu'elles n'ont pu hériter de la SdN de pouvoirs plus étendus que celle-ci n'en avait. Pour que cette objection soit valable, il faudrait montrer que le système des mandats établi par la Société des Nations excluait l'application du principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire (convention de Vienne, art. 60, par. 5). Le silence d'un traité à ce sujet ne saurait être interprété comme impliquant l'exclusion d'un droit dont la source se trouve en dehors du traité, dans le droit international général, et qui dépend de circonstances que l'on n'envisage normalement pas au moment de conclure le traité.

97. Le Gouvernement sud-africain a soutenu que, dans l'intention des rédacteurs des mandats, ceux-ci ne devaient pas être révocables, même en cas de violation sérieuse des obligations du mandataire ou de faute grave de sa part. Cette thèse cherche à tirer parti du fait qu'à la conférence de la paix de Paris une résolution a été adoptée qui ne reprenait pas la proposition figurant dans le projet de Pacte présenté par le président Wilson et relative au droit de demander le remplacement du mandataire.

included. It should be recalled that the discussions at the Paris Peace Conference relied upon by South Africa were not directly addressed to an examination of President Wilson's proposals concerning the regulation of the mandates system in the League Covenant, and the participants were not contesting these particular proposals. What took place was a general exchange of views, on a political plane, regarding the questions of the disposal of the former German colonies and whether the principle of annexation or the mandatory principle should apply to them.

98. President Wilson's proposed draft did not include a specific provision for revocation, on the assumption that mandates were revocable. What was proposed was a special procedure reserving "to the people of any such territory or governmental unit the right to appeal to the League for the redress or correction of any breach of the mandate by the mandatory State or agency or for the substitution of some other State or agency, as mandatory". That this special right of appeal was not inserted in the Covenant cannot be interpreted as excluding the application of the general principle of law according to which a power of termination on account of breach, even if unexpressed, must be presumed to exist as inherent in any mandate, as indeed in any agreement.

99. As indicated earlier, at the Paris Peace Conference there was opposition to the institution of the mandates since a mandate would be inherently revocable, so that there would be no guarantee of long-term continuance of administration by the mandatory Power. The difficulties thus arising were eventually resolved by the assurance that the Council of the League would not interfere with the day-to-day administration of the territories and that the Council would intervene only in case of a fundamental breach of its obligations by the mandatory Power.

100. The revocability of a mandate was envisaged by the first proposal which was made concerning a mandates system:

> "In case of any flagrant and prolonged abuse of this trust the population concerned should be able to appeal for redress to the League, who should in a proper case assert its authority to the full, even to the extent of removing the mandate and entrusting it to some other State if necessary." (J. C. Smuts, *The League of Nations: A Practical Suggestion*, 1918, pp. 21-22.)

Although this proposal referred to different territories, the principle remains the same. The possibility of revocation in the event of gross violation of the mandate was subsequently confirmed by authorities on international law and members of the Permanent Mandates Commission

Il convient de rappeler que les débats de la conférence de la paix de Paris invoqués par l'Afrique du Sud n'ont pas directement porté sur les propositions du président Wilson ayant trait à la réglementation du système des mandats dans le Pacte de la Société des Nations et les participants n'ont pas contesté ces propositions. Il y a eu un échange de vues général, de caractère politique, sur le sort des anciennes colonies allemandes et la question de savoir si l'on devait leur appliquer le principe de l'annexion ou celui du mandat.

98. Partant de l'idée que les mandats étaient révocables, le projet du président Wilson ne contenait pas de disposition expresse relative à la révocation. Ce qu'il proposait était une procédure spéciale réservant «aux peuples de ces territoires ou circonscriptions administratives le droit de faire appel à la Société des Nations pour qu'elle remédie à toute violation du mandat qui serait commise par l'Etat ou l'organisme mandataire ou pour qu'elle lui substitue comme mandataire un autre Etat ou un autre organisme». Le fait que ce droit d'appel spécial n'ait pas été incorporé au Pacte ne saurait être interprété comme excluant l'application du principe général de droit d'après lequel il faut présumer que le pouvoir de mettre fin, comme conséquence d'une violation, à un mandat comme d'ailleurs à toute convention, existe de façon inhérente, même s'il n'est pas exprimé.

99. On a vu qu'à la conférence de la paix de Paris une opposition s'était manifestée contre l'institution des mandats, du fait qu'ils auraient été intrinsèquement révocables et que rien n'aurait donc garanti aux puissances mandataire la continuité à long terme de leur administration. Les difficultés ainsi soulevées ont été finalement résolues quand on a donné l'assurance que le Conseil de la Société des Nations ne s'immiscerait pas dans l'administration courante des territoires et qu'il n'interviendrait qu'au cas où la puissance mandataire violerait fondamentalement ses obligations.

100. La proposition initiale relative au système des mandats envisageait la révocabilité:

> « En cas d'abus flagrant et prolongé de cette mission, la population dont il s'agit devrait avoir le droit de s'adresser à la Société pour qu'il y soit remédié et celle-ci devrait, si le cas se présente, exercer pleinement son autorité, allant éventuellement jusqu'à enlever le mandat pour le confier à un autre Etat si c'est nécessaire. » (J. C. Smuts, *La Société des Nations: une proposition pratique*, 1918, p. 21-22.) *[Traduction du Greffe.]*

Certes cette proposition concernait d'autres territoires, mais le principe restait le même. La possibilité d'une révocation en cas de violation grave du mandat a été ultérieurement confirmée par des spécialistes du droit international faisant autorité ainsi que par les membres de la Commission

who interpreted and applied the mandates system under the League of Nations.

101. It has been suggested that, even if the Council of the League had possessed the power of revocation of the Mandate in an extreme case, it could not have been exercised unilaterally but only in co-operation with the mandatory Power. However, revocation could only result from a situation in which the Mandatory had committed a serious breach of the obligations it had undertaken. To contend, on the basis of the principle of unanimity which applied in the League of Nations, that in this case revocation could only take place with the concurrence of the Mandatory, would not only run contrary to the general principle of law governing termination on account of breach, but also postulate an impossibility. For obvious reasons, the consent of the wrongdoer to such a form of termination cannot be required.

102. In a further objection to General Assembly resolution 2145 (XXI) it is contended that it made pronouncements which the Assembly, not being a judicial organ, and not having previously referred the matter to any such organ, was not competent to make. Without dwelling on the conclusions reached in the 1966 Judgment in the *South West Africa* contentious cases, it is worth recalling that in those cases the applicant States, which complained of material breaches of substantive provisions of the Mandate, were held not to "possess any separate self-contained right which they could assert . . . to require the due performance of the Mandate in discharge of the 'sacred trust' " (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 29 and 51). On the other hand, the Court declared that: ". . . any divergences of view concerning the conduct of a mandate were regarded as being matters that had their place in the political field, the settlement of which lay between the mandatory and the competent organs of the League" (*ibid.*, p. 45). To deny to a political organ of the United Nations which is a successor of the League in this respect the right to act, on the argument that it lacks competence to render what is described as a judicial decision, would not only be inconsistent but would amount to a complete denial of the remedies available against fundamental breaches of an international undertaking.

103. The Court is unable to appreciate the view that the General Assembly acted unilaterally as party and judge in its own cause. In the 1966 Judgment in the *South West Africa* cases, referred to above, it was found that the function to call for the due execution of the relevant provisions of the mandate instruments appertained to the League acting as an entity through its appropriate organs. The right of the League "in the pursuit of its collective, institutional activity, to require the due performance of the Mandate in discharge of the 'sacred trust' ", was specifically recognized (*ibid.*, p. 29). Having regard to this finding, the United Nations as a successor to the League, acting through its competent organs, must be seen above all as the supervisory institution, competent to pronounce, in that capacity, on the conduct of the man-

permanente des mandats qui interprétaient et appliquaient le système des mandats à l'époque de la Société des Nations.

101. On a indiqué que, même si le Conseil de la Société des Nations avait eu le pouvoir de révoquer le mandat dans un cas extrême, il n'aurait pu en user qu'en coopération avec la puissance mandataire mais non unilatéralement. La révocation ne pouvait cependant résulter que d'une violation grave par le mandataire des obligations qu'il avait assumées. Tirer argument du principe de l'unanimité appliqué par la Société des Nations pour soutenir que la révocation ne pouvait intervenir dans ce cas qu'avec l'accord du mandataire serait non seulement aller à l'encontre du principe général de droit régissant l'extinction comme conséquence d'une violation, mais aussi postuler une impossibilité. Pour des raisons évidentes, on ne saurait, s'agissant d'une extinction de ce genre, exiger le consentement du fautif.

102. On a objecté encore à la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale qu'elle contient des prononcés que l'Assemblée n'a pas compétence pour formuler, faute d'être un organe judiciaire et de n'avoir pas renvoyé la question à un tel organe. Sans insister sur les conclusions de l'arrêt rendu en 1966 dans les affaires contentieuses du *Sud-Ouest africain*, il convient de rappeler qu'en l'espèce on a considéré que les Etats demandeurs, qui se plaignaient de violations substantielles de dispositions de fond du mandat, « ne possédaient ... aucun droit propre et autonome pouvant être invoqué ... de réclamer ... la bonne exécution du Mandat conformément à la « mission sacrée de civilisation » (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 29 et 51). D'autre part la Cour a déclaré que « l'on considérait les différends relatifs à la gestion d'un Mandat comme relevant de l'ordre politique et comme devant être réglés entre le Mandataire et les organes compétents de la Société des Nations » (*ibid.*, p. 45). Refuser le droit d'agir à un organe politique de l'Organisation des Nations Unies, successeur de la Société des Nations à cet égard, parce qu'il n'aurait pas compétence pour prendre ce qui est qualifié de décision judiciaire, ce serait non seulement contradictoire mais encore cela reviendrait à un déni total des recours disponibles contre les violations fondamentales d'un engagement international.

103. La Cour ne peut souscrire à l'opinion selon laquelle l'Assemblée générale a agi unilatéralement, comme partie et juge en sa propre cause. Dans l'arrêt de 1966 sur le *Sud-Ouest africain*, mentionné plus haut, on a conclu que c'est à la Société des Nations, agissant en tant qu'entité par l'intermédiaire de ses organes compétents, que revenait la fonction d'exiger la bonne mise en œuvre des dispositions pertinentes du mandat. Le droit de la Société des Nations « de réclamer, dans l'accomplissement de son activité collective et institutionnelle, la bonne exécution du Mandat conformément à la « mission sacrée de civilisation » a été expressément reconnu (*ibid.*, p. 29). Etant donné cette conclusion, il faut voir avant tout dans l'Organisation des Nations Unies, successeur de la Société des Nations, agissant par l'intermédiaire de ses organes compétents, l'insti-

datory with respect to its international obligations, and competent to act accordingly.

* * *

104. It is argued on behalf of South Africa that the consideration set forth in paragraph 3 of resolution 2145 (XXI) of the General Assembly, relating to the failure of South Africa to fulfil its obligations in respect of the administration of the mandated territory, called for a detailed factual investigation before the General Assembly could adopt resolution 2145 (XXI) or the Court pronounce upon its validity. The failure of South Africa to comply with the obligation to submit to supervision and to render reports, an essential part of the Mandate, cannot be disputed in the light of determinations made by this Court on more occasions than one. In relying on these, as on other findings of the Court in previous proceedings concerning South West Africa, the Court adheres to its own jurisprudence.

* * *

105. General Assembly resolution 2145 (XXI), after declaring the termination of the Mandate, added in operative paragraph 4 "that South Africa has no other right to administer the Territory". This part of the resolution has been objected to as deciding a transfer of territory. That in fact is not so. The pronouncement made by the General Assembly is based on a conclusion, referred to earlier, reached by the Court in 1950:

> "The authority which the Union Government exercises over the Territory is based on the Mandate. If the Mandate lapsed, as the Union Government contends, the latter's authority would equally have lapsed." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133.)

This was confirmed by the Court in its Judgment of 21 December 1962 in the *South West Africa* cases (Ethiopia *v.* South Africa; Liberia *v.* South Africa) (*I.C.J. Reports 1962*, p. 333). Relying on these decisions of the Court, the General Assembly declared that the Mandate having been terminated "South Africa has no other right to administer the Territory". This is not a finding on facts, but the formulation of a legal situation. For it would not be correct to assume that, because the General Assembly is in principle vested with recommendatory powers, it is debarred from adopting, in specific cases within the framework of its competence, resolutions which make determinations or have operative design.

* * *

tution de surveillance qui a compétence pour se prononcer, en cette qualité, sur le comportement du mandataire à l'égard de ses obligations internationales et pour agir en conséquence.

* * *

104. L'Afrique du Sud a fait valoir que, vu les considérations énoncées au paragraphe 3 de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, où il est dit que l'Afrique du Sud a failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du territoire sous mandat, un examen approfondi des faits était nécessaire avant que l'Assemblée générale puisse adopter la résolution 2145 (XXI) et la Cour se prononcer sur sa validité. L'inobservation par l'Afrique du Sud de l'obligation de se soumettre à une surveillance et de présenter des rapports, ce qui constituait une partie essentielle du mandat, ne peut être contestée, compte tenu des prononcés formulés par la Cour à diverses reprises. En invoquant ces prononcés, ainsi que d'autres conclusions émises dans des procédures antérieures relatives au Sud-Ouest africain, la Cour s'en tient à sa propre jurisprudence.

* * *

105. Ayant déclaré le mandat terminé, la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ajoute, au paragraphe 4 du dispositif, « que l'Afrique du Sud n'a aucun autre droit d'administrer le Territoire ». On a objecté que ce passage de la résolution décidait un transfert de territoire. Or tel n'est pas le cas. Ce qu'a dit l'Assemblée générale repose sur une conclusion de la Cour, déjà mentionnée, qui a été formulée en 1950:

> « L'autorité que le Gouvernement de l'Union exerce sur le Territoire est fondée sur le Mandat. Si le Mandat avait cessé d'exister, comme le prétend le Gouvernement de l'Union, l'autorité de celle-ci aurait également cessé d'exister. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133.)

Cette conclusion a été confirmée par la Cour dans son arrêt du 21 décembre 1962 dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 333). S'appuyant sur ces décisions de la Cour, l'Assemblée générale a déclaré que, le mandat étant terminé, « l'Afrique du Sud n'a aucun autre droit d'administrer le Territoire ». Elle n'a pas ainsi tranché des faits mais décrit une situation juridique. Il serait en effet inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant d'une intention d'exécution.

* * *

106. By resolution 2145 (XXI) the General Assembly terminated the Mandate. However, lacking the necessary powers to ensure the withdrawal of South Africa from the Territory, it enlisted the co-operation of the Security Council by calling the latter's attention to the resolution, thus acting in accordance with Article 11, paragraph 2, of the Charter.

107. The Security Council responded to the call of the General Assembly. It "took note" of General Assembly resolution 2145 (XXI) in the preamble of its resolution 245 (1968); it took it "into account" in resolution 246 (1968); in resolutions 264 (1969) and 269 (1969) it adopted certain measures directed towards the implementation of General Assembly resolution 2145 (XXI) and, finally, in resolution 276 (1970), it reaffirmed resolution 264 (1969) and recalled resolution 269 (1969).

108. Resolution 276 (1970) of the Security Council, specifically mentioned in the text of the request, is the one essential for the purposes of the present advisory opinion. Before analysing it, however, it is necessary to refer briefly to resolutions 264 (1969) and 269 (1969), since these two resolutions have, together with resolution 276 (1970), a combined and a cumulative effect. Resolution 264 (1969), in paragraph 3 of its operative part, calls upon South Africa to withdraw its administration from Namibia immediately. Resolution 269 (1969), in view of South Africa's lack of compliance, after recalling the obligations of Members under Article 25 of the Charter, calls upon the Government of South Africa, in paragraph 5 of its operative part, "to withdraw its administration from the territory immediately and in any case before 4 October 1969". The preamble of resolution 276 (1970) reaffirms General Assembly resolution 2145 (XXI) and espouses it, by referring to the decision, not merely of the General Assembly, but of the United Nations "that the Mandate of South-West Africa was terminated". In the operative part, after condemning the non-compliance by South Africa with General Assembly and Security Council resolutions pertaining to Namibia, the Security Council declares, in paragraph 2, that "the continued presence of the South African authorities in Namibia is illegal" and that consequently all acts taken by the Government of South Africa "on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid". In paragraph 5 the Security Council "*Calls upon* all States, particularly those which have economic and other interests in Namibia, to refrain from any dealings with the Government of South Africa which are inconsistent with operative paragraph 2 of this resolution".

109. It emerges from the communications bringing the matter to the Security Council's attention, from the discussions held and particularly from the text of the resolutions themselves, that the Security Council, when it adopted these resolutions, was acting in the exercise of what it deemed to be its primary responsibility, the maintenance of peace and security, which, under the Charter, embraces situations which might

106. Par sa résolution 2145 (XXI) l'Assemblée générale a mis fin au mandat. Cependant, comme elle ne dispose pas des pouvoirs nécessaires pour obtenir que l'Afrique du Sud se retire du territoire, elle a fait appel au concours du Conseil de sécurité en attirant son attention sur la résolution, conformément à l'article 11, paragraphe 2, de la Charte.

107. Le Conseil de sécurité a répondu à l'appel de l'Assemblée générale. Il a pris note de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée dans le préambule de sa résolution 245 (1968); il en a tenu compte dans sa résolution 246 (1968); dans ses résolutions 264 (1969) et 269 (1969), il a adopté certaines mesures visant à la mettre en œuvre et, pour finir, dans sa résolution 276 (1970), il a réaffirmé sa résolution 264 (1969) et rappelé sa résolution 269 (1969).

108. C'est la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, expressément visée dans le texte de la requête, qui est essentielle aux fins du présent avis consultatif. Avant d'en entreprendre l'analyse, il convient cependant de dire un mot des résolutions 264 (1969) et 269 (1969), dont l'effet se conjugue et s'ajoute à celui de la résolution 276 (1970). Au paragraphe 3 du dispositif de la résolution 264 (1969), le Conseil de sécurité demande à l'Afrique du Sud de retirer immédiatement son administration de la Namibie. L'Afrique du Sud n'ayant pas obtempéré, dans la résolution 269 (1969), le Conseil, après avoir rappelé les obligations des Etats Membres en vertu de l'article 25 de la Charte, demande au Gouvernement sud-africain, au paragraphe 5 du dispositif, « de retirer son administration du territoire immédiatement, et en tout état de cause, avant le 4 octobre 1969 ». La résolution 276 (1970) réaffirme dans son préambule la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, et même la fait sienne, dans la mesure où il y est dit que ce n'est pas seulement l'Assemblée générale, mais les Nations Unies qui « ont décidé que le mandat sur le Sud-Ouest africain était terminé ». Dans le dispositif, après avoir condamné le refus de l'Afrique du Sud de se conformer aux résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité relatives à la Namibie, le Conseil de sécurité déclare, au paragraphe 2, que « la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie est illégale » et qu'en conséquence toutes les mesures prises par le Gouvernement sud-africain « au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat sont illégales et invalides ». Au paragraphe 5, le Conseil de sécurité « *Demande* à tous les Etats, en particulier ceux qui ont des intérêts économiques et autres en Namibie, de s'abstenir de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui sont incompatibles avec le paragraphe 2 du dispositif de la présente résolution ».

109. Il ressort des communications par lesquelles la question a été portée à l'attention du Conseil de sécurité, des débats qui s'y sont déroulés et en particulier du texte même des résolutions, que le Conseil de sécurité, lorsqu'il a adopté ces résolutions, agissait dans l'exercice de ce qu'il estimait sa responsabilité principale — le maintien de la paix et de la sécurité — qui, en vertu de la Charte (art. 1, par. 1), s'étend aux situations

lead to a breach of the peace. (Art. 1, para. 1.) In the preamble of resolution 264 (1969) the Security Council was "*Mindful* of the grave consequences of South Africa's continued occupation of Namibia" and in paragraph 4 of that resolution it declared "that the actions of the Government of South Africa designed to destroy the national unity and territorial integrity of Namibia through the establishment of Bantustans are contrary to the provisions of the United Nations Charter". In operative paragraph 3 of resolution 269 (1969) the Security Council decided "that the continued occupation of the territory of Namibia by the South African authorities constitutes an aggressive encroachment on the authority of the United Nations, . . .". In operative paragraph 3 of resolution 276 (1970) the Security Council declared further "that the defiant attitude of the Government of South Africa towards the Council's decisions undermines the authority of the United Nations".

110. As to the legal basis of the resolution, Article 24 of the Charter vests in the Security Council the necessary authority to take action such as that taken in the present case. The reference in paragraph 2 of this Article to specific powers of the Security Council under certain chapters of the Charter does not exclude the existence of general powers to discharge the responsibilities conferred in paragraph 1. Reference may be made in this respect to the Secretary-General's Statement, presented to the Security Council on 10 January 1947, to the effect that "the powers of the Council under Article 24 are not restricted to the specific grants of authority contained in Chapters VI, VII, VIII and XII . . . the Members of the United Nations have conferred upon the Security Council powers commensurate with its responsibility for the maintenance of peace and security. The only limitations are the fundamental principles and purposes found in Chapter I of the Charter."

111. As to the effect to be attributed to the declaration contained in paragraph 2 of resolution 276 (1970), the Court considers that the qualification of a situation as illegal does not by itself put an end to it. It can only be the first, necessary step in an endeavour to bring the illegal situation to an end.

112. It would be an untenable interpretation to maintain that, once such a declaration had been made by the Security Council under Article 24 of the Charter, on behalf of all member States, those Members would be free to act in disregard of such illegality or even to recognize violations of law resulting from it. When confronted with such an internationally unlawful situation, Members of the United Nations would be expected to act in consequence of the declaration made on their behalf. The question therefore arises as to the effect of this decision of the Security Council for States Members of the United Nations in accordance with Article 25 of the Charter.

113. It has been contended that Article 25 of the Charter applies only

susceptibles de mener à une rupture de la paix. Dans le préambule de la résolution 264 (1969), le Conseil de sécurité se disait « *Conscient* des graves conséquences de l'occupation continue de la Namibie par l'Afrique du Sud » et, au paragraphe 4 de la même résolution, il déclarait « que les actes du Gouvernement sud-africain visant à détruire l'unité nationale et l'intégrité territoriale de la Namibie par la création de Bantoustans sont contraires aux dispositions de la Charte des Nations Unies ». Au paragraphe 3 du dispositif de la résolution 269 (1969), le Conseil décidait « que l'occupation continue du territoire de la Namibie par les autorités sud-africaines constitue une atteinte agressive à l'autorité de l'Organisation des Nations Unies ». Au paragraphe 3 du dispositif de la résolution 276 (1970), le Conseil déclarait en outre « que l'attitude de défi du Gouvernement sud-africain envers les décisions du Conseil sape l'autorité des Nations Unies ».

110. Pour ce qui est du fondement juridique de la résolution, l'article 24 de la Charte confère au Conseil de sécurité les pouvoirs nécessaires pour prendre des mesures comme celle qu'il a adoptée dans le cas présent. Au paragraphe 2 de cet article, la mention des pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité en vertu de certains chapitres de la Charte n'exclut pas l'existence de pouvoirs généraux destinés à lui permettre de s'acquitter des responsabilités conférées par le paragraphe 1. A cet égard, on peut se reporter à la déclaration du Secrétaire général, présentée le 10 janvier 1947 au Conseil de sécurité, où il est dit que « les pouvoirs du Conseil, découlant de l'article 24, ne se limitent pas aux attributions spécifiques d'autorité mentionnées aux chapitres VI, VII, VIII et XII ... les Membres des Nations Unies ont reconnu au Conseil de sécurité des pouvoirs en rapport avec les responsabilités qui lui incombent relativement au maintien de la paix et de la sécurité. Les seules restrictions ressortent des principes et buts fondamentaux qui figurent au chapitre premier de la Charte. »

111. Quant à l'effet à attribuer à la déclaration figurant au paragraphe 2 de la résolution 276 (1970), la Cour estime qu'en qualifiant une situation d'illégale on n'y met pas fin *ipso facto*. Ce ne peut être que la première mesure qui s'impose si l'on veut faire cesser la situation illégale.

112. Ce serait une interprétation insoutenable d'affirmer que, lorsque le Conseil de sécurité fait une telle déclaration en vertu de l'article 24 de la Charte au nom de tous les Etats Membres, ceux-ci sont libres de ne faire aucun cas de l'illégalité ni même des violations du droit qui en résultent. En présence d'une situation internationalement illicite de cette nature, on doit pouvoir compter sur les Membres des Nations Unies pour tirer les conséquences de la déclaration faite en leur nom. La question est donc de savoir quel est l'effet de cette décision du Conseil de sécurité à l'égard des Etats Membres des Nations Unies conformément à l'article 25 de la Charte.

113. On a soutenu que l'article 25 ne s'applique qu'aux mesures

to enforcement measures adopted under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view. Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to "the decisions of the Security Council" adopted in accordance with the Charter. Moreover, that Article is placed, not in Chapter VII, but immediately after Article 24 in that part of the Charter which deals with the functions and powers of the Security Council. If Article 25 had reference solely to decisions of the Security Council concerning enforcement action under Articles 41 and 42 of the Charter, that is to say, if it were only such decisions which had binding effect, then Article 25 would be superfluous, since this effect is secured by Articles 48 and 49 of the Charter.

114. It has also been contended that the relevant Security Council resolutions are couched in exhortatory rather than mandatory language and that, therefore, they do not purport to impose any legal duty on any State nor to affect legally any right of any State. The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council.

115. Applying these tests, the Court recalls that in the preamble of resolution 269 (1969), the Security Council was "*Mindful* of its responsibility to take necessary action to secure strict compliance with the obligations entered into by States Members of the United Nations under the provisions of Article 25 of the Charter of the United Nations". The Court has therefore reached the conclusion that the decisions made by the Security Council in paragraphs 2 and 5 of resolutions 276 (1970), as related to paragraph 3 of resolution 264 (1969) and paragraph 5 of resolution 269 (1969), were adopted in conformity with the purposes and principles of the Charter and in accordance with its Articles 24 and 25. The decisions are consequently binding on all States Members of the United Nations, which are thus under obligation to accept and carry them out.

116. In pronouncing upon the binding nature of the Security Council decisions in question, the Court would recall the following passage in its Advisory Opinion of 11 April 1949 on *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*:

> "The Charter has not been content to make the Organization created by it merely a centre 'for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends' (Article 1, para. 4). It has equipped that centre with organs, and has given it special tasks. It has defined the position of the Members in relation to the Organization

coercitives prises en vertu du chapitre VII de la Charte. Rien dans la Charte ne vient appuyer cette idée. L'article 25 ne se limite pas aux décisions concernant des mesures coercitives mais s'applique aux « décisions du Conseil de sécurité » adoptées conformément à la Charte. En outre cet article est placé non pas au chapitre VII mais immédiatement après l'article 24, dans la partie de la Charte qui traite des fonctions et pouvoirs du Conseil de sécurité. Si l'article 25 ne visait que les décisions du Conseil de sécurité relatives à des mesures coercitives prises en vertu des articles 41 et 42 de la Charte, autrement dit si seules ces décisions avaient un effet obligatoire, l'article 25 serait superflu car cet effet résulte des articles 48 et 49 de la Charte.

114. On a soutenu aussi que les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité sont rédigées en des termes qui leur confèrent plutôt le caractère d'une exhortation que celui d'une injonction et qu'en conséquence elles ne prétendent ni imposer une obligation juridique à un Etat quelconque ni toucher sur le plan juridique à l'un quelconque de ses droits. Il faut soigneusement analyser le libellé d'une résolution du Conseil de sécurité avant de pouvoir conclure à son effet obligatoire. Etant donné le caractère des pouvoirs découlant de l'article 25, il convient de déterminer dans chaque cas si ces pouvoirs ont été en fait exercés, compte tenu des termes de la résolution à interpréter, des débats qui ont précédé son adoption, des dispositions de la Charte invoquées et en général de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les conséquences juridiques de la résolution du Conseil de sécurité.

115. Appliquant ces critères, la Cour rappelle que, dans le préambule de la résolution 269 (1969), le Conseil de sécurité s'est déclaré « *Conscient* qu'il a le devoir de prendre les mesures voulues pour que les Etats Membres des Nations Unies s'acquittent fidèlement des obligations qu'ils ont assumées conformément à l'article 25 de la Charte des Nations Unies ». La Cour en conclut que les décisions prises par le Conseil de sécurité aux paragraphes 2 et 5 de la résolution 276 (1970), rapprochées du paragraphe 3 de la résolution 264 (1969) et du paragraphe 5 de la résolution 269 (1969), ont été adoptées conformément aux buts et principes de la Charte et à ses articles 24 et 25. Elles sont par conséquent obligatoires pour tous les Etats Membres des Nations Unies, qui sont ainsi tenus de les accepter et de les appliquer.

116. A propos du caractère obligatoire de ces décisions du Conseil de sécurité, la Cour rappellera le passage suivant tiré de l'avis consultatif qu'elle a rendu le 11 avril 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*:

> « La Charte ne s'est pas bornée à faire simplement de l'Organisation créée par elle un centre où s'harmoniseraient les efforts des nations vers les fins communes définies par elle (art. 1, par. 4). Elle lui a donné des organes; elle lui a assigné une mission propre. Elle a défini la position des Membres par rapport à l'Organisation en

by requiring them to give it every assistance in any action undertaken by it (Article 2, para. 5), and to accept and carry out the decisions of the Security Council." (*I.C.J. Reports 1949*, p. 178.)

Thus when the Security Council adopts a decision under Article 25 in accordance with the Charter, it is for member States to comply with that decision, including those members of the Security Council which voted against it and those Members of the United Nations who are not members of the Council. To hold otherwise would be to deprive this principal organ of its essential functions and powers under the Charter.

* * *

117. Having reached these conclusions, the Court will now address itself to the legal consequences arising for States from the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970). A binding determination made by a competent organ of the United Nations to the effect that a situation is illegal cannot remain without consequence. Once the Court is faced with such a situation, it would be failing in the discharge of its judicial functions if it did not declare that there is an obligation, especially upon Members of the United Nations, to bring that situation to an end. As this Court has held, referring to one of its decisions declaring a situation as contrary to a rule of international law: "This decision entails a legal consequence, namely that of putting an end to an illegal situation" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 82).

118. South Africa, being responsible for having created and maintained a situation which the Court has found to have been validly declared illegal, has the obligation to put an end to it. It is therefore under obligation to withdraw its administration from the Territory of Namibia. By maintaining the present illegal situation, and occupying the Territory without title, South Africa incurs international responsibilities arising from a continuing violation of an international obligation. It also remains accountable for any violations of its international obligations, or of the rights of the people of Namibia. The fact that South Africa no longer has any title to administer the Territory does not release it from its obligations and responsibilities under international law towards other States in respect of the exercise of its powers in relation to this Territory. Physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States.

119. The member States of the United Nations are, for the reasons given in paragraph 115 above, under obligation to recognize the illegality and invalidity of South Africa's continued presence in Namibia. They are also under obligation to refrain from lending any support or any form of assistance to South Africa with reference to its occupation of Namibia, subject to paragraph 125 below.

leur prescrivant de lui donner pleine assistance dans toute action entreprise par elle (art. 2, par. 5), d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 178.)

Ainsi, lorsque le Conseil de sécurité adopte une décision aux termes de l'article 25 conformément à la Charte, il incombe aux Etats Membres de se conformer à cette décision, notamment aux membres du Conseil de sécurité qui ont voté contre elle et aux Membres des Nations Unies qui ne siègent pas au Conseil. Ne pas l'admettre serait priver cet organe principal des fonctions et pouvoirs essentiels qu'il tient de la Charte.

* * *

117. Etant parvenue à ces conclusions, la Cour en vient maintenant aux conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Quand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence. Placée en face d'une telle situation, la Cour ne s'acquitterait pas de ses fonctions judiciaires si elle ne déclarait pas qu'il existe une obligation, pour les Membres des Nations Unies en particulier, de mettre fin à cette situation. A propos d'une de ses décisions, par laquelle elle avait déclaré qu'une situation était contraire à une règle de droit international, la Cour a dit: « Cette décision entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 82).

118. L'Afrique du Sud, à laquelle incombe la responsabilité d'avoir créé et prolongé une situation qui, selon la Cour, a été valablement déclarée illégale, est tenue d'y mettre fin. Elle a donc l'obligation de retirer son administration du territoire de la Namibie. Tant qu'elle laisse subsister cette situation illégale et occupe le territoire sans titre, l'Afrique du Sud encourt des responsabilités internationales pour violation persistante d'une obligation internationale. Elle demeure aussi responsable de toute violation de ses obligations internationales ou des droits du peuple namibien. Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres Etats et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats.

119. Les Etats Membres des Nations Unies ont, pour les raisons indiquées au paragraphe 115 ci-dessus, l'obligation de reconnaître l'illégalité et le défaut de validité du maintien de la présence sud-africaine en Namibie. Ils sont aussi tenus de n'accorder à l'Afrique du Sud, pour son occupation de la Namibie, aucune aide ou aucune assistance quelle qu'en soit la forme, sous réserve de ce qui est dit au paragraphe 125 ci-dessous.

120. The precise determination of the acts permitted or allowed—what measures are available and practicable, which of them should be selected, what scope they should be given and by whom they should be applied—is a matter which lies within the competence of the appropriate political organs of the United Nations acting within their authority under the Charter. Thus it is for the Security Council to determine any further measures consequent upon the decisions already taken by it on the question of Namibia. In this context the Court notes that at the same meeting of the Security Council in which the request for advisory opinion was made, the Security Council also adopted resolution 283 (1970) which defined some of the steps to be taken. The Court has not been called upon to advise on the legal effects of that resolution.

121. The Court will in consequence confine itself to giving advice on those dealings with the Government of South Africa which, under the Charter of the United Nations and general international law, should be considered as inconsistent with the declaration of illegality and invalidity made in paragraph 2 of resolution 276 (1970), because they may imply a recognition that South Africa's presence in Namibia is legal.

122. For the reasons given above, and subject to the observations contained in paragraph 125 below, member States are under obligation to abstain from entering into treaty relations with South Africa in all cases in which the Government of South Africa purports to act on behalf of or concerning Namibia. With respect to existing bilateral treaties, member States must abstain from invoking or applying those treaties or provisions of treaties concluded by South Africa on behalf of or concerning Namibia which involve active intergovernmental co-operation. With respect to multilateral treaties, however, the same rule cannot be applied to certain general conventions such as those of a humanitarian character, the non-performance of which may adversely affect the people of Namibia. It will be for the competent international organs to take specific measures in this respect.

123. Member States, in compliance with the duty of non-recognition imposed by paragraphs 2 and 5 of resolution 276 (1970), are under obligation to abstain from sending diplomatic or special missions to South Africa including in their jurisdiction the Territory of Namibia, to abstain from sending consular agents to Namibia, and to withdraw any such agents already there. They should also make it clear to the South African authorities that the maintenance of diplomatic or consular relations with South Africa does not imply any recognition of its authority with regard to Namibia.

124. The restraints which are implicit in the non-recognition of South Africa's presence in Namibia and the explicit provisions of paragraph 5 of resolution 276 (1970) impose upon member States the obligation to abstain from entering into economic and other forms of relationship

120. Quant à savoir exactement quels actes sont permis ou autorisés, quelles mesures sont possibles ou applicables, quelles sont celles qui devraient être retenues, quelle portée il faudrait leur donner et par qui elles devraient être appliquées, ce sont là des questions qui relèvent des organes politiques compétents des Nations Unies, agissant dans le cadre des pouvoirs conférés par la Charte. Ainsi, il appartient au Conseil de sécurité d'indiquer toutes autres mesures devant faire suite aux décisions qu'il a prises en ce qui concerne la question de la Namibie. A ce propos, la Cour note que, lors de la séance où il a formulé la présente requête pour avis consultatif, le Conseil de sécurité a aussi adopté la résolution 283 (1970) qui définit certaines des mesures à prendre. La Cour n'a pas été invitée à donner un avis sur les conséquences juridiques de cette résolution.

121. La Cour se bornera donc à exprimer un avis sur les rapports avec le Gouvernement sud-africain qui, en vertu de la Charte des Nations Unies et du droit international général, doivent être considérés comme incompatibles avec la déclaration d'illégalité et d'invalidité formulée au paragraphe 2 de la résolution 276 (1970), parce qu'ils peuvent impliquer une reconnaissance du caractère légal de la présence sud-africaine en Namibie.

122. Pour les raisons indiquées plus haut et sous réserve des observations formulées plus loin au paragraphe 125, les Etats Membres sont tenus de ne pas établir avec l'Afrique du Sud des relations conventionnelles dans tous les cas où le Gouvernement sud-africain prétendrait agir au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne. S'agissant des traités bilatéraux en vigueur, les Etats Membres doivent s'abstenir d'invoquer ou d'appliquer les traités ou dispositions des traités conclus par l'Afrique du Sud au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne qui nécessitent une collaboration intergouvernementale active. Pour ce qui est des traités multilatéraux, la même règle ne peut s'appliquer à certaines conventions générales, comme les conventions de caractère humanitaire, dont l'inexécution pourrait porter préjudice au peuple namibien. Il appartiendra aux organes internationaux compétents de prendre des mesures précises à cet égard.

123. Conformément au devoir de non-reconnaissance imposé par les paragraphes 2 et 5 de la résolution 276 (1970), les Etats Membres doivent s'abstenir d'accréditer auprès de l'Afrique du Sud des missions diplomatiques ou des missions spéciales dont la juridiction s'étendrait au territoire de la Namibie; ils doivent en outre s'abstenir d'envoyer des agents consulaires en Namibie et rappeler ceux qui s'y trouvent déjà. Ils doivent également signifier aux autorités sud-africaines qu'en entretenant des relations diplomatiques ou consulaires avec l'Afrique du Sud ils n'entendent pas reconnaître par là son autorité sur la Namibie.

124. Les restrictions qu'implique la non-reconnaissance de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et les dispositions expresses du paragraphe 5 de la résolution 276 (1970) imposent aux Etats Membres l'obligation de ne pas entretenir avec l'Afrique du Sud agissant au nom de la

120. The precise determination of the acts permitted or allowed—what measures are available and practicable, which of them should be selected, what scope they should be given and by whom they should be applied—is a matter which lies within the competence of the appropriate political organs of the United Nations acting within their authority under the Charter. Thus it is for the Security Council to determine any further measures consequent upon the decisions already taken by it on the question of Namibia. In this context the Court notes that at the same meeting of the Security Council in which the request for advisory opinion was made, the Security Council also adopted resolution 283 (1970) which defined some of the steps to be taken. The Court has not been called upon to advise on the legal effects of that resolution.

121. The Court will in consequence confine itself to giving advice on those dealings with the Government of South Africa which, under the Charter of the United Nations and general international law, should be considered as inconsistent with the declaration of illegality and invalidity made in paragraph 2 of resolution 276 (1970), because they may imply a recognition that South Africa's presence in Namibia is legal.

122. For the reasons given above, and subject to the observations contained in paragraph 125 below, member States are under obligation to abstain from entering into treaty relations with South Africa in all cases in which the Government of South Africa purports to act on behalf of or concerning Namibia. With respect to existing bilateral treaties, member States must abstain from invoking or applying those treaties or provisions of treaties concluded by South Africa on behalf of or concerning Namibia which involve active intergovernmental co-operation. With respect to multilateral treaties, however, the same rule cannot be applied to certain general conventions such as those of a humanitarian character, the non-performance of which may adversely affect the people of Namibia. It will be for the competent international organs to take specific measures in this respect.

123. Member States, in compliance with the duty of non-recognition imposed by paragraphs 2 and 5 of resolution 276 (1970), are under obligation to abstain from sending diplomatic or special missions to South Africa including in their jurisdiction the Territory of Namibia, to abstain from sending consular agents to Namibia, and to withdraw any such agents already there. They should also make it clear to the South African authorities that the maintenance of diplomatic or consular relations with South Africa does not imply any recognition of its authority with regard to Namibia.

124. The restraints which are implicit in the non-recognition of South Africa's presence in Namibia and the explicit provisions of paragraph 5 of resolution 276 (1970) impose upon member States the obligation to abstain from entering into economic and other forms of relationship

Namibie ou en ce qui la concerne des rapports ou des relations de caractère économique ou autre qui seraient de nature à affermir l'autorité de l'Afrique du Sud dans le territoire.

125. D'une manière générale, la non-reconnaissance de l'administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale. En particulier, alors que les mesures prises officiellement par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat sont illégales ou nulles, cette nullité ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire.

126. Pour ce qui est des Etats non membres, et bien que ces Etats ne soient pas liés par les articles 24 et 25 de la Charte, les paragraphes 2 et 5 de la résolution 276 (1970) les invitent à s'associer à l'action des Nations Unies concernant la Namibie. De l'avis de la Cour, la cessation du mandat et la déclaration de l'illégalité de la présence sud-africaine en Namibie sont opposables à tous les Etats, en ce sens qu'elles rendent illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international; en particulier aucun Etat qui établit avec l'Afrique du Sud des relations concernant la Namibie ne peut escompter que l'Organisation des Nations Unies ou ses Membres reconnaîtront la validité ou les effets de ces relations ou les conséquences qui en découlent. Dès lors qu'il a été mis fin au mandat par décision de l'organisation internationale chargée du pouvoir de surveillance à son égard et que le maintien de la présence sud-africaine en Namibie a été déclaré illégal, il appartient aux Etats non membres d'agir conformément à ces décisions.

127. Quant aux conséquences générales de la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, tous les Etats doivent se souvenir qu'elle porte préjudice à un peuple qui doit compter sur l'assistance de la communauté internationale pour atteindre les objectifs auxquels correspond la mission sacrée de civilisation.

* * *

128. Dans ses exposés oraux et dans ses communications écrites à la Cour, le Gouvernement sud-africain a exprimé le désir de fournir à la Cour des renseignements de fait supplémentaires touchant les buts et les objectifs de sa politique de développement séparé ou *apartheid*; il soutient en effet que, pour établir l'existence d'une violation des obligations internationales fondamentales imposées par le mandat à l'Afrique du Sud, il faudrait prouver que, sur tel ou tel point particulier, l'Afrique du Sud n'a pas exercé ses pouvoirs législatifs ou administratifs en vue d'accroître de bonne foi, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être et le progrès des habitants. Le Gouvernement sud-africain affirme qu'un acte ou une omission qui lui serait imputable ne constituerait une viola-

shown that such act or omission was actuated by a motive, or directed towards a purpose other than one to promote the interests of the inhabitants of the Territory.

129. The Government of South Africa having made this request, the Court finds that no factual evidence is needed for the purpose of determining whether the policy of *apartheid* as applied by South Africa in Namibia is in conformity with the international obligations assumed by South Africa under the Charter of the United Nations. In order to determine whether the laws and decrees applied by South Africa in Namibia, which are a matter of public record, constitute a violation of the purposes and principles of the Charter of the United Nations, the question of intent or governmental discretion is not relevant; nor is it necessary to investigate or determine the effects of those measures upon the welfare of the inhabitants.

130. It is undisputed, and is amply supported by documents annexed to South Africa's written statement in these proceedings, that the official governmental policy pursued by South Africa in Namibia is to achieve a complete physical separation of races and ethnic groups in separate areas within the Territory. The application of this policy has required, as has been conceded by South Africa, restrictive measures of control officially adopted and enforced in the Territory by the coercive power of the former Mandatory. These measures establish limitations, exclusions or restrictions for the members of the indigenous population groups in respect of their participation in certain types of activities, fields of study or of training, labour or employment and also submit them to restrictions or exclusions of residence and movement in large parts of the Territory.

131. Under the Charter of the United Nations, the former Mandatory had pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter.

* * *

132. The Government of South Africa also submitted a request that a plebiscite should be held in the Territory of Namibia under the joint supervision of the Court and the Government of South Africa (para. 16 above). This proposal was presented in connection with the request to submit additional factual evidence and as a means of bringing evidence before the Court. The Court having concluded that no further evidence

tion de ses obligations internationales que s'il était démontré que cet acte ou cette omission a été inspiré par un autre motif ou a eu un autre but que de servir les intérêts des habitants du territoire.

129. Le Gouvernement sud-africain ayant formulé cette demande, la Cour estime qu'il n'est nul besoin de preuves sur les faits pour dire si la politique d'*apartheid* pratiquée par l'Afrique du Sud en Namibie est conforme aux obligations internationales que l'Afrique du Sud a assumées aux termes de la Charte des Nations Unies. S'agissant de déterminer si les lois et décrets appliqués par l'Afrique du Sud en Namibie, qui sont de notoriété publique, violent les buts et principes de la Charte des Nations Unies, la question de l'intention ou du pouvoir discrétionnaire du gouvernement est sans pertinence; il n'est pas nécessaire non plus d'examiner ou d'apprécier les effets de ces mesures sur le bien-être des habitants.

130. C'est un fait incontesté, et d'ailleurs abondamment démontré par les documents joints à l'exposé écrit de l'Afrique du Sud, que la politique officielle du Gouvernement sud-africain en Namibie tend à une séparation physique complète des races et des groupes ethniques, chacun étant installé dans une zone distincte du territoire. Ainsi que l'Afrique du Sud l'a reconnu, la mise en œuvre de cette politique nécessite des mesures restrictives de contrôle, adoptées et appliquées officiellement dans le territoire par le pouvoir coercitif de l'ancien mandataire. Ces mesures ont pour objet de limiter, d'exclure ou de restreindre la participation des membres des groupes de population autochtones à certains types d'activité, à certains domaines d'étude ou de formation et à certains travaux ou emplois, et d'imposer aux autochtones des restrictions ou des prohibitions en matière de résidence et de déplacement dans de vastes régions du territoire.

131. En vertu de la Charte des Nations Unies, l'ancien mandataire s'était engagé à observer et à respecter, dans un territoire ayant un statut international, les droits de l'homme et les libertés fondamentales pour tous sans distinction de race. Le fait d'établir et d'imposer, au contraire, des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte.

* * *

132. Le Gouvernement sud-africain a également présenté une demande tendant à ce qu'un plébiscite soit organisé dans le territoire de la Namibie sous la surveillance conjointe de la Cour et du Gouvernement sud-africain (par. 16 ci-dessus). Cette proposition a été introduite dans le cadre de la demande de présentation de preuves supplémentaires sur les faits et afin d'éclairer la Cour. La Cour ayant conclu qu'un complément

was required, that the Mandate was validly terminated and that in consequence South Africa's presence in Namibia is illegal and its acts on behalf of or concerning Namibia are illegal and invalid, it follows that it cannot entertain this proposal.

* * *

133. For these reasons,

THE COURT IS OF OPINION,

in reply to the question:

> "What are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)?"

by 13 votes to 2,

(1) that, the continued presence of South Africa in Namibia being illegal, South Africa is under obligation to withdraw its administration from Namibia immediately and thus put an end to its occupation of the Territory;

by 11 votes to 4,

(2) that States Members of the United Nations are under obligation to recognize the illegality of South Africa's presence in Namibia and the invalidity of its acts on behalf of or concerning Namibia, and to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa implying recognition of the legality of, or lending support or assistance to, such presence and administration;

(3) that it is incumbent upon States which are not Members of the United Nations to give assistance, within the scope of subparagraph (2) above, in the action which has been taken by the United Nations with regard to Namibia.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-first day of June, one thousand nine hundred and seventy-one, in two copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the other transmitted to the Secretary-General of the United Nations.

(*Signed*) ZAFRULLA KHAN,
President

(*Signed*) S. AQUARONE,
Registrar

de preuve n'était pas nécessaire, qu'il a été valablement mis fin au mandat, qu'en conséquence la présence de l'Afrique du Sud en Namibie est illégale et que toutes les mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne sont illégales et nulles, elle ne saurait retenir cette proposition.

* * *

133. Par ces motifs,

LA COUR EST D'AVIS,

En réponse à la question:

> « Quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité? »,

par treize voix contre deux,

1) que, la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie étant illégale, l'Afrique du Sud a l'obligation de retirer immédiatement son administration de la Namibie et de cesser ainsi d'occuper le territoire;

par onze voix contre quatre,

2) que les Etats Membres des Nations Unies ont l'obligation de reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et le défaut de validité des mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne, et de s'abstenir de tous actes et en particulier de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui impliqueraient la reconnaissance de la légalité de cette présence et de cette administration, ou qui constitueraient une aide ou une assistance à cet égard;
3) qu'il incombe aux Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies de prêter leur assistance, dans les limites du sous-paragraphe 2 ci-dessus, à l'action entreprise par les Nations Unies en ce qui concerne la Namibie.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, La Haye, le vingt et un juin mil neuf cent soixante et onze, en deux exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et dont l'autre sera transmis au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Le Président,
(Signé) ZAFRULLA KHAN.

Le Greffier,
(Signé) S. AQUARONE.

President Sir Muhammad ZAFRULLA KHAN makes the following declaration:

I am in entire agreement with the Opinion of the Court but would wish to add some observations on two or three aspects of the presentation made to the Court on behalf of South Africa.

It was contended that under the supervisory system as devised in the Covenant of the League and the different mandate agreements, the mandatory could, in the last resort, flout the wishes of the Council of the League by casting its vote in opposition to the directions which the Council might propose to give to the mandatory. The argument runs that this system was deliberately so devised, with open eyes, as to leave the Council powerless in face of the veto of the mandatory if the latter chose to exercise it. In support of this contention reliance was placed on paragraph 5 of Article 4 of the Covenant of the League by virtue of which any Member of the League not represented on the Council was to be invited to send a representative to sit as a member at any meeting of the Council during the consideration of matters specially affecting the interests of that Member. This entitled the mandatory to sit as a member at any meeting of the Council in which a matter affecting its interests as a mandatory came under consideration. Under paragraph 1 of Article 5 of the Covenant decisions of the Council required the agreement of all the Members of the League represented at the meeting. This is known as the unanimity rule and by virtue thereof it was claimed that a mandatory possessed a right of veto when attending a meeting of the Council in pursuance of paragraph 5 of Article 4 and consequently the last word on the manner and method of the administration of the mandate rested with the mandatory. This contention is untenable. Were it well founded it would reduce the whole system of mandates to mockery. As the Court, in its Judgment of 1966, observed:

> "In practice, the unanimity rule was frequently not insisted upon, or its impact was mitigated by a process of give-and-take, and by various procedural devices to which both the Council and the mandatories lent themselves. So far as the Court's information goes, there never occurred any case in which a mandatory 'vetoed' what would otherwise have been a Council decision. Equally, however, much trouble was taken to avoid situations in which the mandatory would have been forced to acquiesce in the views of the rest of the Council short of casting an adverse vote. The occasional deliberate absence of the mandatory from a meeting, enabled decisions to be taken that the mandatory might have felt obliged to vote against if it had been present. This was part of the above-mentioned process for arriving at generally acceptable conclusions." (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 44-45.)

Sir Muhammad ZAFRULLA KHAN, Président, fait la déclaration suivante:

Je m'associe sans réserve à l'avis de la Cour mais je tiens à ajouter quelques observations sur deux ou trois aspects des thèses développées par l'Afrique du Sud devant la Cour.

L'Afrique du Sud a fait valoir que, dans le système de surveillance prévu par le Pacte de la Société des Nations et les divers accords de mandat, un mandataire pouvait, en dernier ressort, déjouer la volonté du Conseil de la Société en votant contre les directives que le Conseil se proposait de lui donner. Sa thèse est que le système avait été conçu, de propos délibéré, pour que le Conseil reste désarmé devant le veto du mandataire si celui-ci décidait d'en user. Afin d'étayer cette affirmation, l'Afrique du Sud a invoqué l'article 4, paragraphe 5, du Pacte de la Société des Nations, en vertu duquel tout Membre de la Société qui n'était pas représenté au Conseil devait être invité à y envoyer siéger un représentant lorsqu'une question qui l'intéressait particulièrement était portée devant cet organe. Le mandataire pouvait donc se faire représenter au Conseil quand celui-ci examinait une question touchant à ses intérêts de mandataire. Or, d'après l'article 5, paragraphe 1, du Pacte, les décisions du Conseil étaient prises à l'unanimité des Membres de la Société représentés à la réunion. En raison de l'existence de cette règle, dite règle de l'unanimité, l'Afrique du Sud a soutenu qu'un mandataire aurait disposé d'un droit de veto lorsqu'il assistait à une réunion du Conseil en vertu de l'article 4, paragraphe 5, de sorte que le mandataire, et non le Conseil, aurait eu le dernier mot sur la façon d'administrer le mandat. Cette thèse est insoutenable. Si elle était fondée, le système des mandats tout entier n'eût été qu'un simulacre. Ainsi que la Cour l'a dit dans son arrêt de 1966:

> « En pratique, il était fréquent que l'on n'insiste pas sur la règle de l'unanimité ou que l'on en atténue les effets au moyen de compromis et d'artifices de procédure auxquels le Conseil et le Mandataire se prêtaient. A la connaissance de la Cour, aucun Mandataire n'a jamais opposé son veto à une décision éventuelle du Conseil. On par ailleurs pris grand soin d'éviter de mettre les Mandataires dans l'obligation d'avoir à choisir entre l'adoption du point de vue des autres membres du Conseil et un vote contraire. En s'abstenant volontairement de siéger à telle ou telle séance, le Mandataire permettait au Conseil de prendre des décisions contre lesquelles il aurait cru devoir voter s'il avait été présent. Cela faisait partie des moyens d'aboutir à des conclusions généralement acceptables, qui viennent d'être mentionnées. » (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 44 et 45.)

The representative of South Africa, in answer to a question by a Member of the Court, confessed that there was not a single case on record in which the representative of a mandatory Power ever cast a negative vote in a meeting of the Council so as to block a decision of the Council. It is thus established that in practice the last word always rested with the Council of the League and not with the mandatory.

The Covenant of the League made ample provision to secure the effectiveness of the Covenant and conformity to its provisions in respect of the obligations entailed by membership of the League. A Member of the League which had violated any covenant of the League could be declared to be no longer a Member of the League by a vote of the Council concurred in by the representatives of all the other Members of the League represented thereon (para. 4, Art. 16, of the Covenant).

The representative of South Africa conceded that:

> "... if a conflict between a mandatory and the Council occurred and if all the Members of the Council were of the opinion that the mandatory had violated a covenant of the League, it would have been legally possible for the Council to expel the mandatory from the League and thereafter decisions of the Council could no longer be thwarted by the particular mandatory—for instance, a decision to revoke the mandate. The mandatory would then no longer be a Member of the League and would then accordingly no longer be entitled to attend and vote in Council meetings.
> ... we agree that by expelling a mandatory the Council could have overcome the practical or mechanical difficulties created by the unanimity requirement." (Hearing of 15 March 1971.)

It was no doubt the consciousness of this position which prompted the deliberate absence of a mandatory from a meeting of the Council of the League which enabled the Council to take decisions that the mandatory might have felt obliged to vote against if it had been present.

If a mandatory ceased to be a Member of the League and the Council felt that the presence of its representative in a meeting of the Council dealing with matters affecting the mandate would be helpful, it could still be invited to attend as happened in the case of Japan after it ceased to be a Member of the League. But it could not attend as of right under paragraph 5 of Article 4 of the Covenant.

In addition, if need arose the Covenant could be amended under Article 26 of the Covenant. In fact no such need arose but the authority was provided in the Covenant. It would thus be idle to contend that the mandates system was deliberately devised, with open eyes, so as to leave the Council of the League powerless against the veto of the mandatory if the latter chose to exercise it.

Those responsible for the Covenant were anxious and worked hard

Le représentant de l'Afrique du Sud, répondant à une question posée par un membre de la Cour, a admis qu'on n'avait pas connaissance d'un seul cas où le représentant d'une puissance mandataire eût émis un vote négatif à une réunion du Conseil, de manière à paralyser une décision. Il est donc établi qu'en pratique c'est toujours le Conseil de la Société et non le mandataire qui a eu le dernier mot.

D'amples précautions étaient prises dans le Pacte de la Société des Nations pour garantir son application effective ainsi que le respect des clauses concernant l'exécution des obligations qui incombaient aux Membres. Un Membre de la Société qui se rendait coupable de la violation d'un des engagements résultant du Pacte pouvait être exclu de la Société, l'exclusion étant prononcée par le vote de tous les autres Membres de la Société représentés au Conseil (art. 16, par. 4, du Pacte).

Le représentant de l'Afrique du Sud a reconnu que:

> « si un conflit s'était élevé entre un mandataire et le Conseil et si tous les Membres du Conseil avaient été d'avis que le mandataire avait violé l'un des engagements résultant du Pacte, il aurait été juridiquement possible que le Conseil exclue de la Société le mandataire, qui n'aurait plus alors été là pour faire opposition aux décisions du Conseil, par exemple à une décision de révoquer le mandat. Le mandataire n'aurait plus été Membre de la Société des Nations et n'aurait donc plus eu le droit de siéger et de voter aux séances du Conseil.
> ... nous admettons qu'en prononçant l'expulsion d'un mandataire le Conseil aurait pu surmonter les difficultés pratiques ou mécaniques créées par la règle de l'unanimité. » (Audience du 15 mars 1971.)

C'est à coup sûr parce qu'on avait conscience de cette situation qu'il est arrivé qu'un mandataire s'abstienne volontairement d'assister à une réunion du Conseil de la Société des Nations, lui permettant ainsi d'adopter des décisions contre lesquelles ce mandataire aurait pu se sentir obligé de voter s'il avait été présent.

Si, un mandataire ayant cessé d'être Membre de la Société des Nations, le Conseil estimait néanmoins utile que ce mandataire fût représenté à une réunion où des questions intéressant le mandat devaient être discutées, il pouvait encore l'inviter à y assister; il le fit dans le cas du Japon, après que cet Etat eut quitté la Société. Mais un mandataire se trouvant dans cette situation n'aurait pu se prévaloir de l'article 4, paragraphe 5, du Pacte pour siéger de plein droit.

Au surplus, si le besoin s'en était fait sentir, le Pacte aurait pu être amendé conformément à son article 26. Il n'en a pas été ainsi, mais la possibilité existait. Il serait donc vain d'affirmer que le système des mandats a été conçu, de propos délibéré, pour que le Conseil de la Société soit désarmé si un mandataire décidait d'exercer son droit de veto.

Les auteurs du Pacte ont voulu instituer un système qui permette de

The representative of South Africa, in answer to a question by a Member of the Court, confessed that there was not a single case on record in which the representative of a mandatory Power ever cast a negative vote in a meeting of the Council so as to block a decision of the Council. It is thus established that in practice the last word always rested with the Council of the League and not with the mandatory.

The Covenant of the League made ample provision to secure the effectiveness of the Covenant and conformity to its provisions in respect of the obligations entailed by membership of the League. A Member of the League which had violated any covenant of the League could be declared to be no longer a Member of the League by a vote of the Council concurred in by the representatives of all the other Members of the League represented thereon (para. 4, Art. 16, of the Covenant).

The representative of South Africa conceded that:

> "... if a conflict between a mandatory and the Council occurred and if all the Members of the Council were of the opinion that the mandatory had violated a covenant of the League, it would have been legally possible for the Council to expel the mandatory from the League and thereafter decisions of the Council could no longer be thwarted by the particular mandatory—for instance, a decision to revoke the mandate. The mandatory would then no longer be a Member of the League and would then accordingly no longer be entitled to attend and vote in Council meetings.
> ... we agree that by expelling a mandatory the Council could have overcome the practical or mechanical difficulties created by the unanimity requirement." (Hearing of 15 March 1971.)

It was no doubt the consciousness of this position which prompted the deliberate absence of a mandatory from a meeting of the Council of the League which enabled the Council to take decisions that the mandatory might have felt obliged to vote against if it had been present.

If a mandatory ceased to be a Member of the League and the Council felt that the presence of its representative in a meeting of the Council dealing with matters affecting the mandate would be helpful, it could still be invited to attend as happened in the case of Japan after it ceased to be a Member of the League. But it could not attend as of right under paragraph 5 of Article 4 of the Covenant.

In addition, if need arose the Covenant could be amended under Article 26 of the Covenant. In fact no such need arose but the authority was provided in the Covenant. It would thus be idle to contend that the mandates system was deliberately devised, with open eyes, so as to leave the Council of the League powerless against the veto of the mandatory if the latter chose to exercise it.

Those responsible for the Covenant were anxious and worked hard

Le représentant de l'Afrique du Sud, répondant à une question posée par un membre de la Cour, a admis qu'on n'avait pas connaissance d'un seul cas où le représentant d'une puissance mandataire eût émis un vote négatif à une réunion du Conseil, de manière à paralyser une décision. Il est donc établi qu'en pratique c'est toujours le Conseil de la Société et non le mandataire qui a eu le dernier mot.

D'amples précautions étaient prises dans le Pacte de la Société des Nations pour garantir son application effective ainsi que le respect des clauses concernant l'exécution des obligations qui incombaient aux Membres. Un Membre de la Société qui se rendait coupable de la violation d'un des engagements résultant du Pacte pouvait être exclu de la Société, l'exclusion étant prononcée par le vote de tous les autres Membres de la Société représentés au Conseil (art. 16, par. 4, du Pacte).

Le représentant de l'Afrique du Sud a reconnu que:

> « si un conflit s'était élevé entre un mandataire et le Conseil et si tous les Membres du Conseil avaient été d'avis que le mandataire avait violé l'un des engagements résultant du Pacte, il aurait été juridiquement possible que le Conseil exclue de la Société le mandataire, qui n'aurait plus alors été là pour faire opposition aux décisions du Conseil, par exemple à une décision de révoquer le mandat. Le mandataire n'aurait plus été Membre de la Société des Nations et n'aurait donc plus eu le droit de siéger et de voter aux séances du Conseil.
> ... nous admettons qu'en prononçant l'expulsion d'un mandataire le Conseil aurait pu surmonter les difficultés pratiques ou mécaniques créées par la règle de l'unanimité. » (Audience du 15 mars 1971.)

C'est à coup sûr parce qu'on avait conscience de cette situation qu'il est arrivé qu'un mandataire s'abstienne volontairement d'assister à une réunion du Conseil de la Société des Nations, lui permettant ainsi d'adopter des décisions contre lesquelles ce mandataire aurait pu se sentir obligé de voter s'il avait été présent.

Si, un mandataire ayant cessé d'être Membre de la Société des Nations, le Conseil estimait néanmoins utile que ce mandataire fût représenté à une réunion où des questions intéressant le mandat devaient être discutées, il pouvait encore l'inviter à y assister; il le fit dans le cas du Japon, après que cet Etat eut quitté la Société. Mais un mandataire se trouvant dans cette situation n'aurait pu se prévaloir de l'article 4, paragraphe 5, du Pacte pour siéger de plein droit.

Au surplus, si le besoin s'en était fait sentir, le Pacte aurait pu être amendé conformément à son article 26. Il n'en a pas été ainsi, mais la possibilité existait. Il serait donc vain d'affirmer que le système des mandats a été conçu, de propos délibéré, pour que le Conseil de la Société soit désarmé si un mandataire décidait d'exercer son droit de veto.

Les auteurs du Pacte ont voulu instituer un système qui permette de

to institute a system which would be effective in carrying out to the full the sacred trust of civilization. Had they deliberately devised a framework which might enable a mandatory so inclined to defy the system with impunity, they would have been guilty of defeating the declared purpose of the mandates system and this is not to be thought of; nor is it to be imagined that these wise statesmen, despite all the care that they took and the reasoning and persuasion that they brought into play, were finally persuaded into accepting as reality that which could so easily be turned into a fiction.

* * *

In my view the supervisory authority of the General Assembly of the United Nations in respect of the mandated territory, being derived from the Covenant of the League and the Mandate Agreement, is not restricted by any provision of the Charter of the United Nations. The extent of that authority must be determined by reference to the relevant provisions of the Covenant of the League and the Mandate Agreement. The General Assembly was entitled to exercise the same authority in respect of the administration of the Territory by the Mandatory as was possessed by the Council of the League and its decisions and determinations in that respect had the same force and effect as the decisions and determinations of the Council of the League. This was well illustrated in the case of General Assembly resolution 289 (IV), adopted on 21 November 1949 recommending that Libya shall become independent as soon as possible and in any case not later than 1 January 1952. A detailed procedure for the achievement of this objective was laid down, including the appointment by the General Assembly of a United Nations Commissioner in Libya and a Council to aid and advise him, etc. All the recommendations contained in this resolution constituted binding decisions; decisions which had been adopted in accordance with the provisions of the Charter but whose binding character was derived from Annex XI to the Treaty of Peace with Italy.

* * *

The representative of South Africa, during the course of his oral submission, refrained from using the expression "*apartheid*" but urged:

> "... South Africa is in the position that its conduct would be unlawful if the differentiation which it admittedly practises should be directed at, and have the result of subordinating the interests of one or certain groups on a racial or ethnic basis to those of others, ... If that can be established in fact, then South Africa would be guilty of violation of its obligations in that respect, otherwise not." (Hearing of 17 March 1971.)

remplir efficacement la mission sacrée de civilisation et ils n'ont pas mesuré leurs peines pour y parvenir. S'ils avaient sciemment créé un cadre dans lequel le mandataire qui y aurait été disposé aurait pu braver impunément le système, ils auraient été coupables d'aller à l'encontre de l'objet déclaré du système des mandats, hypothèse qui n'est pas à envisager; on ne saurait imaginer non plus que, malgré le mal qu'ils se sont donné, et malgré leur effort de réflexion et de persuasion, ces politiques avisés ont été en fin de compte convaincus d'accepter comme réel ce qu'on pouvait si facilement transformer en simple fiction.

* * *

Du fait qu'ils découlent du Pacte de la Société des Nations et de l'accord de mandat, les pouvoirs de surveillance de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le territoire sous mandat ne sont limités, selon moi, par aucune disposition de la Charte des Nations Unies. Pour déterminer l'étendue de ces pouvoirs, il faut se reporter aux dispositions pertinentes du Pacte et de l'accord de mandat. L'Assemblée générale peut, pour ce qui est de l'administration du territoire par le mandataire, exercer les pouvoirs que le Conseil de la Société des Nations possédait, et ses décisions et résolutions en ce domaine ont la même force et le même effet que les décisions et résolutions dudit Conseil. Je n'en veux pour preuve que la résolution 289 (IV), en date du 21 novembre 1949, par laquelle l'Assemblée générale recommandait que la Libye accède à l'indépendance le plus tôt possible et en tout cas au plus tard le 1er janvier 1952. Toute une procédure était prévue pour parvenir à ce résultat, y compris la désignation par l'Assemblée générale d'un commissaire des Nations Unies pour la Libye et la constitution d'un conseil chargé de lui apporter son concours et ses avis. Toutes les recommandations figurant dans cette résolution constituaient autant de décisions impératives, adoptées conformément aux dispositions de la Charte, mais qui tiraient leur force obligatoire de l'annexe XI du traité de paix avec l'Italie.

* * *

Dans son exposé oral, le représentant de l'Afrique su Sud s'est gardé d'employer le mot d'*apartheid*, mais, selon ses déclarations,

> « l'Afrique du Sud considère que son comportement serait illégal si la différenciation qu'elle pratique — elle ne s'en cache pas — visait et conduisait à subordonner pour des raisons raciales ou ethniques les intérêts d'un ou de certains groupes à ceux des autres ... Si cela pouvait être établi en fait, alors l'Afrique du Sud serait coupable d'avoir failli à ses obligations à cet égard, autrement pas. » (Audience du 17 mars 1971.)

The policy of *apartheid* was initiated by Prime Minister Malan and was then vigorously put into effect by his successors, Strijdom and Verwoerd. It has been continuously proclaimed that the purpose and object of the policy are the maintenance of White domination. Speaking to the South African House of Assembly, as late as 1963, Dr. Verwoerd said:

> "Reduced to its simplest form the problem is nothing else than this: We want to keep South Africa White . . . Keeping it White can only mean one thing, namely, White domination, not leadership, not guidance, but control, supremacy. If we are agreed that it is the desire of the people that the White man should be able to continue to protect himself by White domination . . . we say that it can be achieved by separate development." (*I.C.J. Pleadings, South West Africa*, Vol. IV, p. 264.)

South Africa's reply to this in its Rejoinder in the 1966 cases was in effect that these and other similar pronouncements were qualified by "the promise to provide separate homelands for the Bantu groups" wherein the Bantu would be free to develop his capacities to the same degree as the White could do in the rest of the country. But this promise itself was always subject to the qualification that the Bantu homelands would develop under the guardianship of the White. In this connection it was urged that in 1961 the "Prime Minister spoke of a greater degree of ultimate independence for Bantu homelands than he had mentioned a decade earlier". This makes little difference in respect of the main purpose of the policy which continued to be the domination of the White.

It needs to be remembered, however, that the Court is not concerned in these proceedings with conditions in South Africa. The Court is concerned with the administration of South West Africa as carried on by the Mandatory in discharge of his obligations under the Mandate which prescribed that the well-being and development of people who were not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world constituted a sacred trust of civilization and that the best method of giving effect to this principle was that the tutelage of such peoples should be entrusted to advanced nations who, by reason of their resources, their experience and their geographical position could best undertake this responsibility (Art. 22, paras. 1 and 2, of the Covenant of the League of Nations).

The administration was to be carried on "in the interests of the indigenous population" (para. 6, Art. 22). For the discharge of this obligation it is not enough that the administration should believe in good faith that the policy it proposes to follow is in the best interests of all sections of the population. The supervisory authority must be satisfied that it is in the

La politique d'*apartheid* a été inaugurée par M. Malan, alors premier ministre, et vigoureusement poursuivie par ses successeurs, MM. Strijdom et Verwoerd. Il a été constamment proclamé que le but et l'objet de cette politique étaient le maintien de la domination blanche. M. Verwoerd déclarait encore en 1963 devant l'Assemblée de l'Afrique du Sud:

> « Réduit à sa forme la plus simple, le problème n'est autre que le suivant: nous voulons que l'Afrique du Sud reste blanche ... La garder blanche ne peut vouloir dire qu'une seule chose, à savoir assurer la domination des blancs, leur assurer non la « direction », non l'« orientation », mais le « contrôle », la « suprématie ». Si nous sommes d'accord pour dire que c'est le désir du peuple que les blancs soient en mesure de continuer à se protéger en maintenant la domination blanche ... nous disons que le moyen d'y parvenir est le développement séparé. » (*C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. IV, p. 264.)

Dans les affaires de 1966, l'Afrique du Sud a expliqué en substance, dans sa duplique, que cette déclaration et d'autres propos analogues étaient tempérés par la « promesse de créer des foyers *(homelands)* distincts pour les groupes bantous » où les Bantous seraient libres de tirer parti de leurs aptitudes de la même façon que les blancs dans le reste du pays. Mais cette promesse elle-même était toujours sujette à cette restriction que les foyers bantous devraient se développer sous la tutelle des blancs. On a dit à ce propos qu'en 1961, « le premier ministre a parlé d'accorder en définitive aux foyers bantous une plus grande indépendance qu'il ne l'avait fait dix ans auparavant ». Mais cela ne change guère le but essentiel de la politique suivie, qui reste l'hégémonie des blancs.

Il convient toutefois de rappeler que, dans la présente procédure, la Cour n'a pas à se préoccuper de la situation en Afrique du Sud. Ce qui l'intéresse, c'est l'administration du Sud-Ouest africain, telle qu'elle a été assurée par le mandataire en exécution des obligations que lui imposait le mandat, lequel prévoyait que le bien-être et le développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne formaient une mission sacrée de civilisation et que la meilleure méthode de réaliser pratiquement ce principe était de confier la tutelle de ces peuples aux nations développées qui, en raison de leurs ressources, de leur expérience ou de leur position géographique, étaient le mieux à même d'assumer cette responsabilité (art. 22, par. 1 et 2, du Pacte de la Société des Nations).

L'administration devait être exercée « dans l'intérêt de la population indigène » (art. 22, par. 6). Pour qu'une obligation semblable soit respectée, il ne suffit pas que l'administration croie de bonne foi que la politique qu'elle se propose de suivre est conforme à l'intérêt bien entendu de toutes les couches de la population: encore faut-il que l'autorité chargée

best interests of the indigenous population of the Territory. This follows from Article 6 of the Mandate Agreement for South West Africa, read with paragraph 6 of Article 22 of the Covenant.

The representative of South Africa, while admitting the right of the people of South West Africa to self-determination, urged in his oral statement that the exercise of that right must take into full account the limitations imposed, according to him, on such exercise by the tribal and cultural divisions in the Territory. He concluded that in the case of South West Africa self-determination "may well find itself practically restricted to some kind of autonomy and local self-government within a larger arrangement of co-operation" (hearing of 17 March 1971). This in effect means a denial of self-determination as envisaged in the Charter of the United Nations.

Whatever may have been the conditions in South Africa calling for special measures, those conditions did not exist in the case of South West Africa at the time when South Africa assumed the obligation of a mandatory in respect of the Territory, nor have they come into existence since. In South West Africa the small White element was not and is not indigenous to the Territory. There can be no excuse in the case of South West Africa for the application of the policy of *apartheid* so far as the interests of the White population are concerned. It is claimed, however, that the various indigenous groups of the population have reached different stages of development and that there are serious ethnic considerations which call for the application of the policy of separate development of each group. The following observations of the Director of the Institute of Race Relations, London, are apposite in this context:

> ". . . White South African arguments are based on the different stages of development reached by various groups of people. It is undisputed fact that groups have developed at different paces in respect of the control of environment (although understanding of other aspects of life has not always grown at the same pace). But the aspect of South African thought which is widely questioned elsewhere is the assumption that an individual is permanently limited by the limitations of his group. His ties with it may be strong; indeed, when considering politics and national survival, the assumption that they will be strong is altogether reasonable. Again, as a matter of choice, people may prefer to mix socially with those of their own group, but to say that by law people of one group must mix with no others can really only proceed from a conviction not only that the other groups are inferior but that every member of each of the other groups is permanently and irremediably inferior. It is this that rankles. 'Separate but equal' is possible so long as it is a matter of choice by both parties; legally imposed by one, it must be regarded by the other as a humiliation, and far more so if it applies not only

de la surveillance parvienne à la conviction que cette politique est conforme à l'intérêt de la population indigène du territoire. C'est ce qui découle de l'article 6 du mandat pour le Sud-Ouest africain et de l'article 22, paragraphe 6, du Pacte.

Le représentant de l'Afrique du Sud a reconnu, certes, le droit du peuple du Sud-Ouest africain à l'autodétermination, mais il a affirmé dans son exposé oral que, pour l'exercice de ce droit, il fallait tenir pleinement compte des limites qu'imposeraient, selon lui, les divisions tribales et culturelles du territoire. Il a conclu que dans le cas du Sud-Ouest africain l'autodétermination « peut fort bien, dans la pratique, se trouver réduite à une sorte d'autonomie locale dans le cadre d'un système de coopération plus large » (audience du 17 mars 1971). Cela revient en fait à nier le droit à l'autodétermination, tel que l'envisage la Charte des Nations Unies.

Quelles qu'aient pu être les circonstances qui, en Afrique du Sud, ont amené à prendre des mesures spéciales, ces circonstances n'existaient pas dans le Sud-Ouest africain au moment où l'Afrique du Sud y a assumé les obligations de mandataire et elles n'ont pas non plus fait leur apparition depuis. Dans le Sud-Ouest africain, la petite minorité blanche n'a jamais constitué une population autochtone. Les intérêts de la population blanche ne sauraient donc y excuser l'application de la politique d'*apartheid*. On affirme cependant que les différents groupes de population indigènes sont à des niveaux de développement différents et que d'importantes considérations ethniques obligent à appliquer une politique de développement séparé à chacun de ces groupes. Les observations suivantes du directeur de l'Institut des relations interraciales de Londres méritent à ce propos d'être citées:

> « Les Sud-Africains blancs tirent argument des différents niveaux de développement qu'auraient atteint les divers groupes de population. Il est de fait que ces groupes ont évolué plus ou moins vite pour ce qui touche la maîtrise de l'environnement (le rythme de l'évolution pouvant cependant être différent pour d'autres aspects de la vie). Mais l'aspect du raisonnement sud-africain le plus généralement critiqué est le postulat selon lequel les limitations du groupe s'imposent à jamais à l'individu. Les attaches de l'individu avec le groupe peuvent être fortes; sur le plan de la politique et de l'existence nationale, il est même parfaitement raisonnable de supposer qu'elles le sont. De même, s'ils ont le choix, les gens peuvent préférer fréquenter les membres de leur propre groupe, mais dire qu'en vertu de la loi les gens appartenant à un certain groupe ne doivent fréquenter personne d'autre procède forcément de la conviction, non seulement que les autres groupes sont inférieurs, mais encore que chaque membre de tout autre groupe l'est aussi, d'une façon permanente et irrémédiable. C'est cette idée qui révolte. « Séparés mais égaux », cela peut se concevoir s'il s'agit d'un libre choix des deux parties

to the group as a whole but to individuals. In fact, of course, what separate development has meant has been anything but equal.

These are some reasons why it will be hard to find natives of Africa who believe that to extend the policy of separate development to South West Africa even more completely than at present is in the interest of any but the White inhabitants." (Quoted in *I.C.J. Pleadings, South West Africa*, Vol. IV, p. 339.)

* * *

Towards the close of his oral presentation the representative of South Africa made a plea to the Court in the following terms:

"In our submission, the general requirement placed by the Charter on all United Nations activities is that they must further peace, friendly relations, and co-operation between nations, and especially between member States. South Africa, as a member State, is under a duty to contribute towards those ends, and she desires to do so, although she has no intention of abdicating what she regards as her responsibilities on the sub-continent of southern Africa.

If there are to be genuine efforts at achieving a peaceful solution, they will have to satisfy certain criteria. They will have to respect the will of the self-determining peoples of South West Africa. They will have to take into account the facts of geography, of economics, of budgetary requirements, of the ethnic conditions and of the state of development.

If this Court, even in an opinion on legal questions, could indicate the road towards a peaceful and constructive solution along these lines, then the Court would have made a great contribution, in our respectful submission, to the cause of international peace and security and, more, to the cause of friendly relations amongst not only the nations but amongst all men." (Hearing of 5 March 1971.)

The representative of the United States of America, in his oral presentation, observed that:

"... the question of holding a free and proper plebiscite under appropriate auspices and with conditions and arrangements which would ensure a fair and informed expression of the will of the people of Namibia deserves study. It is a matter which might be properly submitted to the competent political organs of the United Nations, which have consistently manifested their concern that the

intéressées; mais si c'est une solution imposée légalement par l'une des parties, l'autre ne peut qu'y voir une brimade, surtout si elle ne s'applique pas seulement au groupe en tant que tel, mais aussi aux individus. Il est évident qu'en réalité rien n'est moins « égal » que le développement séparé.

Voilà donc quelques-unes des raisons qui font qu'il se trouvera difficilement des Africains pour penser qu'une extension encore plus grande de la politique de développement séparé au Sud-Ouest africain sert les intérêts d'autres habitants que les blancs. » (Cité dans *C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. IV, p. 339.)

* * *

Vers la fin de son exposé oral le représentant de l'Afrique du Sud a adressé à la Cour le plaidoyer suivant:

« Selon nous, la condition générale à laquelle la Charte soumet toutes les activités des Nations Unies est qu'elles doivent favoriser la paix, les relations amicales et la coopération entre les nations, notamment entre les Etats Membres. En tant qu'Etat Membre, l'Afrique du Sud a le devoir de contribuer à ces fins, et elle en a le désir, bien qu'elle n'ait aucunement l'intention d'abdiquer ce qu'elle considère comme ses responsabilités dans le sous-continent de l'Afrique australe.

Les efforts visant à une solution pacifique devront, pour être authentiques, répondre à certains critères. Ils devront respecter la volonté des populations du Sud-Ouest africain disposant de leur propre sort. Ils devront tenir compte des réalités géographiques, économiques et budgétaires, des conditions ethniques et du degré de développement.

Si la Cour, même dans un avis sur des questions juridiques, pouvait montrer la voie vers une solution pacifique et constructive en ce sens, nous estimons qu'elle contribuerait grandement — nous le lui disons respectueusement — à la cause de la paix et de la sécurité internationales et, mieux encore, à celle des relations amicales non seulement entre les nations mais aussi entre tous les hommes. » (Audience du 5 mars 1971.)

Le représentant des Etats-Unis d'Amérique a déclaré devant la Cour

« qu'il vaut la peine d'étudier la question de l'organisation d'un plébiscite loyal et régulier, sous des auspices appropriés, dans des conditions et selon des modalités qui garantiraient à la population de la Namibie la possibilité d'exprimer sa volonté librement et en connaissance de cause. Cette question pourrait fort bien être soumise aux organes politiques compétents des Nations Unies, qui ont cons-

Namibians achieve self-determination. The Court may wish to so indicate in its opinion to the Security Council." (Hearing of 9 March 1971.)

The Court having arrived at the conclusion that the Mandate has been terminated and that the presence of South Africa in South West Africa is illegal, I would, in response to the plea made by the representative of South Africa, suggest that South Africa should offer to withdraw its administration from South West Africa in consultation with the United Nations so that a process of withdrawal and substitution in its place of United Nations' control may be agreed upon and carried into effect with the minimum disturbance of present administrative arrangements. It should also be agreed upon that, after the expiry of a certain period but not later than a reasonable time-limit thereafter, a plebiscite may be held under the supervision of the United Nations, which should ensure the freedom and impartiality of the plebiscite, to ascertain the wishes of the inhabitants of the Territory with regard to their political future. If the result of the plebiscite should reveal a clear preponderance of views in support of a particular course and objective, that course should be adopted so that the desired objective may be achieved as early as possible.

South Africa's insistence upon giving effect to the will of the peoples of South West Africa proceeds presumably from the conviction that an overwhelming majority of the peoples of the Territory desire closer political integration with the Republic of South Africa. Should that prove in fact to be the case the United Nations, being wholly committed to the principle of self-determination of peoples, would be expected to readily give effect to the clearly expressed wishes of the peoples of the Territory. Should the result of the plebiscite disclose their preference for a different solution, South Africa should equally readily accept and respect such manifestation of the will of the peoples concerned and should co-operate with the United Nations in giving effect to it.

The Government of South Africa, being convinced that an overwhelming majority of the peoples of South West Africa truly desire incorporation with the Republic, would run little risk of a contrary decision through the adoption of the procedure here suggested. If some such procedure is adopted and the conclusion that may emerge therefrom, whatever it may prove to be, is put into effect, South Africa would have vindicated itself in the eyes of the world and in the estimation of the peoples of South West Africa, whose freely expressed wishes must be supreme. There would still remain the possibility, and, if South Africa's estimation of the situation is close enough to reality, the strong probability, that once the peoples of South West Africa have been put in a position to manage their own affairs without any outside influence or control and they have had greater experience of the difficulties and problems with which they would be confronted, they may freely decide, in the exercise of their sovereignty, to establish a closer political relationship with South Africa. The adoption

tamment manifesté leur souci de voir les Namibiens obtenir l'autodétermination et la Cour voudra peut-être indiquer cela dans l'avis qu'elle adressera au Conseil de sécurité. » (Audience du 9 mars 1971.)

La Cour étant parvenue à la conclusion qu'il a été mis fin au mandat et que la présence de l'Afrique du Sud dans le Sud-Ouest africain est illégale, je me permets de répondre à l'appel adressé à la Cour par le représentant de l'Afrique du Sud et de suggérer que l'Afrique du Sud offre de retirer son administration du Sud-Ouest africain en consultation avec les Nations Unies, de façon qu'une opération de retrait, suivie d'une prise en charge par les Nations Unies, puisse être envisagée d'un commun accord et menée à bien avec le moins possible de bouleversement dans l'organisation administrative existante. Il devrait également être convenu que, à l'expiration d'une certaine période mais sans dépasser un délai raisonnable, un plébiscite destiné à permettre aux habitants du territoire de faire connaître leurs vœux sur leur avenir politique aurait lieu sous la surveillance des Nations Unies, qui assureraient la liberté et l'impartialité de la consultation. Si le plébiscite dégageait une nette majorité en faveur d'une solution et d'un objectif déterminé, c'est cette solution qui devrait être adoptée en vue d'atteindre dès que possible l'objectif en question.

L'Afrique du Sud insiste pour que la volonté des peuples du Sud-Ouest africain soit respectée, sans doute parce qu'elle est convaincue qu'une majorité écrasante des populations du territoire se prononcerait en faveur d'une intégration politique plus étroite avec la République sud-africaine. S'il en était ainsi, l'Organisation des Nations Unies, qui est tout acquise au principe de l'autodétermination, s'inclinerait devant le vœu clairement exprimé par les populations du territoire. Si, au contraire, le plébiscite devait révéler que ces dernières préfèrent une autre solution, l'Afrique du Sud devrait de même accepter et respecter leur volonté et coopérer avec les Nations Unies pour qu'elle soit suivie d'effet.

Le Gouvernement sud-africain est certain qu'une majorité écrasante de la population du Sud-Ouest africain désire véritablement s'intégrer à la République; dans ce cas, l'adoption de la méthode que je viens de décrire ne l'exposerait guère au risque d'une décision adverse. Si l'on a recours à une méthode semblable et si la conclusion qu'elle aura permis de dégager, quelle qu'elle soit, est effectivement appliquée, l'Afrique du Sud se sera justifiée aux yeux du monde et dans l'estime des peuples du Sud-Ouest africain, dont la volonté librement exprimée doit en tout cas l'emporter. Il resterait la possibilité et, si l'appréciation que l'Afrique du Sud porte sur la situation est suffisamment proche de la réalité, la forte probabilité que, quand les peuples du Sud-Ouest africain, une fois mis à même de diriger leurs propres destinées sans pression ni contrôle extérieurs, auront acquis une plus grande expérience des difficultés et des problèmes à surmonter, ils décident librement et souverainement de nouer des relations politiques plus étroites avec l'Afrique du Sud. En

of the course here suggested would indeed make a great contribution "to the cause of international peace and security and, more, to the cause of friendly relations amongst not only the nations but amongst all men".

Vice-President AMMOUN and Judges PADILLA NERVO, PETRÉN, ONYEAMA, DILLARD and DE CASTRO append separate opinions to the Opinion of the Court.

Judges Sir Gerald FITZMAURICE and GROS append dissenting opinions to the Opinion of the Court.

(Initialled) Z.K.
(Initialled) S.A.

adoptant la ligne de conduite suggérée ici, l'Afrique du Sud contribuerait grandement « à la cause de la paix et de la sécurité internationales et, mieux encore, à celle des relations amicales non seulement entre les nations mais aussi entre tous les hommes ».

M. AMMOUN, Vice-Président, et MM. PADILLA NERVO, PETRÉN, ONYEAMA, DILLARD et DE CASTRO, juges, joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion individuelle.

Sir Gerald FITZMAURICE et M. GROS, juges, joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) Z.K.
(Paraphé) S.A.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. AMMOUN, VICE-PRÉSIDENT

1. Le Conseil de sécurité ayant demandé à la Cour internationale de Justice, dans le cadre de la compétence consultative de celle-ci, un avis autorisé au sujet des conséquences juridiques du maintien de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (ancien Sud-Ouest africain) nonobstant la révocation en 1966 du mandat-tutelle que la Société des Nations avait confié à cette puissance en 1920, la Cour a été appelée à se prononcer, pour la première fois en ce qui concerne certains principes fondamentaux du droit des gens, sur un certain nombre de problèmes que soulève la demande d'avis. Ce sont, en particulier, la souveraineté des peuples dépendants, l'institution du mandat, sa nature et ses fins, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la décolonisation, l'égalité entre les nations et entre les individus, la discrimination raciale traduite dans la doctrine de l'*apartheid* en Afrique du Sud et en Namibie, enfin l'ensemble des droits de l'homme et leur caractère universel impératif.

Toutes ces notions sont la manifestation d'un droit international nouveau, conséquence de l'évolution sociale et politique irréversible du monde moderne. La Cour, dans son avis, ne les a pas éludées. Elle ne leur a pas toujours donné, cependant, à mon avis, les développements de droit qu'elles exigent.

D'autre part, les motifs et l'énoncé du dispositif ne me semblent pas suffisamment explicites et concluants quant à la définition juridique de la présence sud-africaine en Namibie et aux obligations qui en découlent pour les Etats.

C'est pourquoi j'ai cru devoir émettre la présente opinion individuelle en vue d'apporter à l'avis, dont je partage les vues, un appui supplémentaire, quelque modeste qu'il soit.

2. La République d'Afrique du Sud, qui s'était prévalue, entre autres Etats, de l'article 66 du Statut de la Cour, pour fournir des renseignements à l'occasion de la demande d'avis, s'était présentée comme une partie à un différend l'opposant à la majorité des Etats qui avaient participé au vote des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et du Conseil de sécurité relatives à la Namibie. A ce titre, elle avait sollicité l'autorisation de désigner un juge *ad hoc* appelé à participer avec les membres de la Cour au prononcé de l'avis.

Après avoir rejeté la requête de l'Afrique du Sud par une ordonnance rendue le 29 janvier 1971 à la majorité des voix, la Cour l'a expliqué

SEPARATE OPINION OF VICE-PRESIDENT AMMOUN

[Translation]

1. The Security Council having requested from the International Court of Justice, within the framework of the latter's advisory jurisdiction, an authoritative opinion concerning the legal consequences of the continued presence of South Africa in Namibia (formerly South West Africa) notwithstanding the termination in 1966 of the tutelary Mandate which the League of Nations had conferred upon that Power in 1920, the Court has been called upon to pronounce, for the first time in regard to certain fundamental principles of international law, on a number of problems raised by the request for an opinion. These are, in particular, the sovereignty of dependent peoples, the mandate institution, its nature and its objects, the right of peoples to self-determination and decolonization, equality between nations and between individuals, racial discrimination as expressed in the doctrine of *apartheid* in South Africa and in Namibia and, in sum, the whole body of human rights and their imperative universal character.

All these notions are the outward expression of a new body of international law, the consequence of an irreversible social and political evolution of the modern world. The Court, in its Advisory Opinion, has not overlooked them. In my view, however, it has not always gone far enough in spelling out the legal conclusions to which they point.

Furthermore, I find that neither the reasons given for the operative part nor the wording of those paragraphs are sufficiently explicit and decisive in regard to the legal qualification of the presence of South Africa in Namibia and the obligations for States that flow therefrom.

I have therefore felt it my duty to compose this separate opinion with a view to contributing to the Advisory Opinion of the Court, whose views I share, some further support, however modest it may be.

2. The Republic of South Africa, having, like certain other States, availed itself of Article 66 of the Statute of the Court in order to furnish information in connection with the request for an advisory opinion, presented itself as a party to a dispute between it and the majority of States which had taken part in voting the United Nations General Assembly and Security Council resolutions relating to Namibia. On that ground, it requested permission to choose a judge *ad hoc* to participate, with the Members of the Court, in the giving of the opinion.

Having rejected South Africa's application by a majority decision in an Order made on 29 January 1971, the Court has explained that one

notamment par l'absence d'un différend entre parties. Pour que soit désigné un juge *ad hoc*, il aurait fallu non seulement qu'il y ait un différend, mais que l'une des parties à ce différend n'ait pas un juge de sa nationalité sur le siège, alors que l'autre en avait un. Quelle serait en l'espèce cette autre partie? Les Etats qui ont voté contre l'Afrique du Sud? Mais alors ceux qui se sont prononcés en sa faveur font avec elle *cause commune* aux termes de l'article 31 du Statut de la Cour et, comme tels, ils sont déjà représentés. Dans ces conditions, passer outre et autoriser l'Afrique du Sud à désigner un juge *ad hoc* aurait été à l'encontre de la règle de l'égalité que le Statut de la Cour a voulu justement sauvegarder par l'institution du juge *ad hoc*. Cela exclut, à plus forte raison, tout pouvoir discrétionnaire que l'on voudrait déduire de l'article 68 du Statut de la Cour; car celle-ci ne peut, sous couvert d'interprétation, violer la règle de base et la raison d'être de cette institution. De toute façon, si l'opinion de la minorité avait été acceptée, la Cour aurait dû, à mon avis, autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* tant pour l'Afrique du Sud que pour la Namibie. La personnalité juridique de la Namibie aurait été ainsi judiciairement reconnue, et la Namibie aurait figuré pour la première fois dans une instance internationale [1].

La Namibie, même du temps où elle était réduite à l'état de colonie allemande ou qu'elle était soumise au mandat sud-africain, possédait une personnalité juridique que seul le droit ancien lui déniait. Elle n'était considérée par les puissants du jour que comme une expression géographique empruntant son nom à la position la localisant dans le sud-ouest du continent africain. Elle n'en constituait pas moins un sujet de droit distinct de l'Etat allemand, possédant la souveraineté nationale mais n'en ayant pas l'exercice. L'institution du mandat, à plus forte raison, n'entraînait pas l'annexion du pays qui y fut soumis, ainsi que la Cour l'a précisé en se reportant à son avis précédent du 18 juillet 1950. La souveraineté, qui est inhérente à tout peuple, comme la liberté est inhérente à tout être humain, n'avait donc pas cessé d'appartenir au peuple sous mandat. Elle était simplement dépouillée pour un temps de ses moyens et de sa liberté d'expression. Le général Smuts, premier ministre de l'Union sud-africaine, le reconnaissait déjà dans son étude sur la future institution du mandat [2]. Parties bénéficiaires aux accords de mandat par voie de représentation, certains des peuples qui allaient y être soumis devaient en conséquence être consultés sur le choix du mandataire. C'est ce que stipulait le paragraphe 4 de l'article 22 du Pacte pour les peuples détachés de l'Empire ottoman. Il est vrai que la commission d'enquête, réduite à ses seuls membres américains, King et

[1] Ce n'est qu'à titre d'observateur que la Namibie a été admise à la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique.

[2] *The League of Nations: A Practical Suggestion.*

of its reasons lay in the absence of a dispute between parties. To justify the appointment of a judge *ad hoc*, not only would a dispute have had to be present but there would have had to be on the Bench no judge of the nationality of one of the parties while the Bench did include a judge of the nationality of the opposing party. But what, in the present proceedings, would have been the identity of that opposing party? The States which voted against South Africa? But in that case those which voted for South Africa are *in the same interest* as it, within the meaning of Article 31 of the Statute, and as such are already represented. To have ignored this and allowed South Africa a judge *ad hoc* would in such circumstances have contravened the rule of that very equality which the Statute seeks to safeguard through the institution of judges *ad hoc*. *A fortiori* this rules out any discretionary power that some might wish to deduce from Article 68 of the Statute, for the Court may not, on the pretext of interpretation, contravene the fundamental rule and *raison d'être* of that institution. In any case, if the opinion of the minority had been accepted, the Court ought, in my view, to have permitted the choice of a judge *ad hoc* both for South Africa and for Namibia. The legal personality of Namibia would thus have been judicially recognized and Namibia would have appeared for the first time in international proceedings [1].

Namibia, even at the periods when it had been reduced to the status of a German colony or was subject to the South African Mandate, possessed a legal personality which was denied to it only by the law now obsolete. It was considered by the Powers of the day as a merely geographical concept taking its name from its location in the South-West of the African Continent. It nevertheless constituted a subject of law that was distinct from the German State, possessing national sovereignty but lacking the exercise thereof. The institution of the Mandate, *a fortiori*, did not connote the annexation of the country which was subject to it, as the Court has made clear by its reference to its earlier Advisory Opinion of 18 July 1950. Sovereignty, which is inherent in every people, just as liberty is inherent in every human being, therefore did not cease to belong to the people subject to mandate. It had simply, for a time, been rendered inarticulate and deprived of freedom of expression. General Smuts, the Prime Minister of the Union of South Africa, already recognized this in his study on what was to be the mandate institution [2]. As the beneficiaries on whose behalf the mandate agreements were to be concluded, it was right that some of the peoples who were to be subjected to them should be consulted on the selection of the mandatory. That is what was stipulated in paragraph 4 of Article 22 of the Covenant, for the peoples severed from the Ottoman Empire. In fact the commission of inquiry, reduced to its

[1] It was only as an observer that Namibia was admitted to the United Nations Economic Commission for Africa.

[2] *The League of Nations: A Practical Suggestion.*

Crane, procéda à une consultation au Liban, en Syrie, en Palestine et en Irak, la Grande-Bretagne et la France ayant décliné l'invitation d'y participer du président américain Woodrow Wilson parce qu'elles s'étaient entendues pour l'attribution des mandats et qu'elles se trouvaient déjà sur place. La majorité des populations consultées réclama l'indépendance immédiate. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'était pas encore mûr. Les quatre pays mentionnés ne devaient obtenir leur indépendance qu'à la suite de la deuxième guerre mondiale.

L'opinion de Paul Fauchille, écrivant en 1922, n'est à retenir qu'à titre historique, dépourvue qu'elle est aujourd'hui de toute pertinence. « Il paraît bien [avançait-il] que tandis que dans les mandats de la deuxième et de la troisième catégorie, la pleine souveraineté est attribuée au Mandataire, il y a dans les mandats de la première catégorie, comme dans un protectorat proprement dit, partage de la souveraineté entre les communautés ou nations indépendantes et le Mandataire [1]. » Fauchille assimilait donc les mandats B et C aux colonies de son temps. Il concevait un partage de souveraineté pour les mandats A, alors qu'il faut convenir que la souveraineté est indivisible, comme la liberté, et que ne peut être conçue qu'une distinction entre la possession de la souveraineté et son exercice. Stoyanovsky, écrivant trois ans plus tard, voyait plus juste en soutenant la thèse de la souveraineté virtuelle qui réside dans le peuple que la domination ou la tutelle a dépossédé de son exercice [2]. Telles étaient aussi les vues de Paul Pic [3].

Il est vrai que la qualité de peuple, reconnue par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2372 (XXII) du 12 juin 1968 au peuple namibien, a été contestée par le Gouvernement sud-africain dans le but de justifier, pour régner, la division au sein du pays, sous le vocable afrikaans de l'*apartheid*, ou développement séparé. Mais le peuple namibien, dont la Cour a admis à son tour l'existence et l'unité dans le présent avis, a affirmé lui-même sa personnalité internationale en entreprenant la lutte pour la liberté. L'Afrique du Sud s'étant opposée à la réalisation des buts du mandat et à l'acheminement de la Namibie vers l'indépendance et la jouissance de sa pleine souveraineté, celle-ci reprend le combat. La légitimité de la lutte nationale namibienne a été reconnue dans quatre résolutions de l'Assemblée générale [4] et dans la résolution 269 (1969) du Conseil de sécurité. Cette lutte s'aligne, par analogie, avec celles entreprises par d'autres membres de la communauté internationale, au cours de la première guerre mondiale, avant qu'ils ne fussent reconnus comme Etats, tels que les peuples polonais, tchèque et slovaque; ou avec

---

[1] *Traité de droit international public*, 1922, tome I, p. 298.

[2] *La théorie générale des mandats internationaux*, 1925, p. 83 et suiv.

[3] « Le régime des mandats d'après le traité de Versailles », *Revue générale de droit international public*, 1923, 2e série, IV, n° 5, p. 334.

[4] Résolutions 2372 (XXII), 2403 (XXIII), 2498 (XXIV) et 2517 (XXIV).

American members, King and Crane, conducted such consultations in Lebanon, Syria, Palestine and Iraq; the United Kingdom and France having declined the American President Woodrow Wilson's invitation to take part because they had come to an agreement as to the allocation of the mandates and were already in position on the spot. The majority of the populations consulted demanded immediate independence, but the right of peoples to self-determination had not yet come to maturity and it was only in the wake of the Second World War that the four countries mentioned were to obtain their independence.

The opinion expressed by Paul Fauchille, writing in 1922, deserves attention solely as a historical illustration, since today it has lost all relevance. "It seems clear," he averred, "that, whereas in the case of mandates of the second and third categories full sovereignty is attributed to the Mandatory, there is in the case of mandates of the first category, as in a protectorate properly so called, a sharing of sovereignty between the independent communities or nations and the Mandatory [1]." Fauchille thus assimilated "B" and "C" Mandates to the colonies of his period. He conceived of a sharing of sovereignty in the case of "A" Mandates, whereas it must surely be agreed that sovereignty is indivisible, as is liberty, and that all that is conceivable is a distinction between the possession of sovereignty and its exercise. Stoyanovsky, writing three years later, took a more accurate view when he upheld the notion of virtual sovereignty residing in a people deprived of its exercise by domination or tutelage [2]. Those were also the views of Paul Pic [3].

It is true that the Namibians' status of a people, which was recognized by the General Assembly of the United Nations in its resolution 2372 (XXII) of 12 June 1968, has been disputed by the South African Government so as to justify dividing—and ruling—the country under the euphemism of separate development, known in Afrikaans as *apartheid*. But the Namibian people, whose existence and unity the Court has, in its turn, recognized in the present Advisory Opinion, has itself asserted its international personality by taking up the struggle for freedom. Since South Africa has opposed the achievement of the objects of the Mandate and blocked Namibia's path to independence and the enjoyment of its full sovereignty, Namibia has decided to fight. The legitimacy of the Namibian national struggle has been recognized in four resolutions of the General Assembly [4] and in Security Council resolution 269 (1969). This struggle, by analogy, continues the line of those waged by other members of the international community, during the First World War, before they were recognized as States, such as the Polish, Czech and

---

[1] *Traité de droit international public*, 1922, Vol. I, p. 298.

[2] *La théorie générale des mandats internationaux*, 1925, pp. 83 ff.

[3] "Le régime des mandats d'après le traité de Versailles", *Revue générale de droit international public*, 1923, 2nd Series, IV, No. 5, p. 334.

[4] Resolutions 2372 (XXII), 2403 (XXIII), 2498 (XXIV) and 2517 (XXIV).

le mouvement national français [1] tandis que la France était dominée par l'Allemagne hitlérienne.

En droit, la légitimité de la lutte des peuples ne doit pas faire de doute, car elle découle du droit de légitime défense inné dans la nature humaine et consacré par l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Et l'on sait que la légitime défense peut être collective, associant, ainsi qu'il en est, les autres peuples de l'Afrique, membres de l'Organisation de l'unité africaine, au combat pour la liberté du peuple namibien. La Déclaration universelle des droits de l'homme l'a également admis en soulignant, dès le préambule, « qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ».

La lutte du peuple namibien se situe ainsi dans le cadre du droit des gens, d'autant plus que la lutte des peuples en général a été un des éléments, sinon l'élément primordial, dans la formation de la règle coutumière qui a conduit à la reconnaissance du droit de libre détermination des peuples. Aussi aurais-je souhaité que la Cour eût fait mention dans son avis de la lutte légitime du peuple namibien, à l'instar de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Mais son silence à ce sujet n'exclut pas son assentiment, du moment qu'elle s'est référée aux résolutions pertinentes des deux autres organes des Nations Unies.

La Cour n'a pas fait mention de la décision de l'Assemblée générale portant « que désormais le Sud-Ouest africain relève directement de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies » (par. 4 de la résolution de l'Assemblée générale 2145 (XXI)). Cela était à dire pour préciser la nature des rapports entre l'Organisation internationale d'une part, la Namibie et la République sud-africaine de l'autre. Elle n'a pas mentionné non plus la création du Conseil des Nations Unies pour le Sud-Ouest africain (par. 6 de ladite résolution), dénommé par la suite Conseil des Nations Unies pour la Namibie par la résolution 2372 (XXII) et doté, par la résolution 2248 (S-V), de compétences étatiques. Ces compétences, qui devaient être assurées par l'Etat mandataire jusqu'à la déchéance du mandat, habilitent le Conseil à exercer, au nom des Nations Unies, le pouvoir législatif et l'autorité administrative en Namibie, ainsi que sa représentation diplomatique et la protection diplomatique de ses ressortissants. C'est cet organisme qui aurait été appelé, le cas échéant, à désigner un juge *ad hoc* pour la Namibie, comme il aurait pu aussi présenter à la Cour l'exposé écrit et l'exposé oral à l'instar du Gouvernement sud-africain. Il n'a pas reçu toutefois la communication de l'article 66 l'y autorisant.

---

[1] Ce sont les termes de L. Cavaré, *Droit international public positif*, tome II, 2e éd., p. 334-335.

Slovak peoples; or of the French national movement [1] at the time when France was under the domination of Nazi Germany.

In law, the legitimacy of the peoples' struggle cannot be in any doubt, for it follows from the right of self-defence, inherent in human nature, which is confirmed by Article 51 of the United Nations Charter. It is also an accepted principle that self-defence may be collective; thus we see the other peoples of Africa, members of the Organization of African Unity, associated with the Namibians in their fight for freedom. The rightness of this is also confirmed by the Universal Declaration of Human Rights, which stresses in its preamble that "it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law".

The struggle of the Namibian people thus takes its place within the framework of international law, not least because the struggle of peoples in general has been one, if not indeed the primary factor in the formation of the customary rule whereby the right of peoples to self-determination is recognized. I could therefore have wished that the Court, like the General Assembly and the Security Council, had mentioned in its Opinion the legitimate struggle of the Namibian people. But its silence on this subject does not exclude its agreement, since it has referred to the relevant resolutions of the other two organs of the United Nations.

The Court has not mentioned the General Assembly's decision to the effect that "henceforth South West Africa comes under the direct responsibility of the United Nations" (para. 4 of General Assembly resolution 2145 (XXI)). That should have been said in order to make clear the nature of the relationships between the Organization, on the one hand, and Namibia and the Republic of South Africa on the other. Nor has the Court referred to the setting-up of a United Nations Council for South West Africa (para. 6 of the same resolution), the name of which was changed by resolution 2372 (XXII) to United Nations Council for Namibia and which resolution 2248 (S-V) had vested with powers of statehood. These are the powers which it was for the Mandatory to exercise until the expiry of the Mandate, and they entitle the Council, acting on behalf of the United Nations, to exercise legislative competence and administrative authority in Namibia as well as to represent it diplomatically and exercise diplomatic protection of its nationals. It is to this body that it would in other circumstances have fallen to choose a judge *ad hoc* for Namibia, and it might also have presented the Court with a written statement and an oral statement as did the Government of South Africa. However it did not receive the communication referred to in Article 66 which would have authorized it to do so.

---

[1] These are the terms used by L. Cavaré, *Droit international public positif*, Vol. II, 2nd ed., pp. 334 f.

3. La révocation du mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie décidée par l'Assemblée générale des Nations Unies se fonde sur trois motifs qui figurent au paragraphe 5 du préambule de la résolution 2145 (XXI) du 27 octobre 1966, ainsi conçu:

> « *Convaincue* que l'administration du Territoire sous mandat par l'Afrique du Sud a été assurée d'une manière contraire au Mandat, à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration universelle des droits de l'homme... »

L'Assemblée générale en était arrivée à cette décision après qu'elle eut constaté, au paragraphe 8 du préambule de ladite résolution,

> « que tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies pour amener le Gouvernement sud-africain à respecter ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire sous mandat et à assurer le bien-être et la sécurité des autochtones du pays ont été inutiles ».

La révocation du mandat a été ainsi expressément fondée sur trois motifs touchant trois instruments internationaux de prime importance. La Cour, en refusant, à juste titre, de discuter la validité formelle ou intrinsèque des résolutions en cause, n'en a pas moins jugé nécessaire de réfuter les arguments avancés à ce sujet par certains Etats. En le faisant, elle devait porter en outre son examen sur chacun des trois motifs énoncés par la résolution 2145 (XXI) justifiant la révocation du mandat et entraînant l'illégalité de la présence en Namibie des autorités sud-africaines devenue sans titre.

La Cour a examiné le premier motif consistant en la violation de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et de l'article 2 de l'acte de mandat aux termes duquel

> « Le Mandataire accroîtra, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire soumis au présent mandat. »

La Cour ne pouvait se contenter de constater la violation de cette obligation par le mandataire. Elle est en effet conviée à dégager les conséquences juridiques de la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, et ces conséquences diffèrent en nature et en nombre suivant qu'il y a eu violation des textes relativement limités que sont les instruments du mandat, ou violation des obligations découlant de la Charte constitutionnelle des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

D'autre part, les principes et les buts des Nations Unies s'imposent à tous les organes de celles-ci: à l'Assemblée générale, au Conseil de sécurité et, tout autant, à la Cour internationale de Justice, comme aussi à chacun des Etats Membres.

Or l'on nous dit que ces principes ont été violés, que ces buts ont été

3. The revocation of South Africa's Mandate for Namibia which was decided upon by the General Assembly of the United Nations is based on three grounds which are mentioned in the fifth paragraph of the preamble to resolution 2145 (XXI) of 27 October 1966, reading as follows:

> "*Convinced* that the administration of the mandated Territory by South Africa has been conducted in a manner contrary to the Mandate, the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights."

The General Assembly had reached this decision after finding, in the eighth paragraph of the preamble to the same resolution,

> ". . . that all the efforts of the United Nations to induce the Government of South Africa to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the well-being and security of the indigenous inhabitants have been of no avail".

The revocation of the Mandate was thus explicitly based on three grounds relating to international instruments of the first importance. In refusing, quite rightly, to question the formal or intrinsic validity of the resolutions concerned, the Court nevertheless felt it necessary to refute the arguments advanced in this connection by certain States. In doing this it had in addition to direct its consideration to each of the three grounds stated in resolution 2145 (XXI) as justifying the termination of the Mandate and entailing the illegality of the presence in Namibia of the South African authorities thus bereft of title.

The Court considered the first ground, namely that of the violation of Article 22 of the Covenant of the League of Nations and of Article 2 of the mandate agreement, according to which:

> "The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present Mandate."

The Court could not content itself with finding that the Mandatory had violated this obligation, for it was called upon to deduce the legal consequences of the illegal presence of South Africa in Namibia, and these consequences differ in nature and in number according to whether there was a violation of the relatively limited texts constituting the mandate instruments, or a violation of the obligations flowing from the constitutional Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights.

Furthermore, the principles and purposes of the United Nations must be observed by all its organs: by the General Assembly and the Security Council and, no less, by the International Court of Justice, as also by each of the member States.

Now, we are told that these principles have been violated, these pur-

gravement négligés. Et, tandis que les organes politiques ont rempli leurs obligations en dénonçant et condamnant ces violations et cette grave négligence, la Cour internationale de Justice se devait de remplir les siennes en ne fermant pas les yeux sur des agissements affectant les principes et les droits dont la défense lui incombe.

Enfin, la Cour ne pouvait pas rester témoin impassible face à l'évolution du droit des gens moderne qui se poursuit aux Nations Unies par la mise en œuvre et l'extension à l'ensemble du monde des principes d'égalité, de liberté et de paix dans la justice, inscrits dans la Charte et la Déclaration universelle des droits de l'homme.

La Cour ne légifère pas. Elle dit le droit. Mais un droit qui se dégage du progrès humain, et non un droit révolu, vestige des inégalités humaines de la domination et du colonialisme qui ont sévi dans les rapports internationaux jusqu'au début du siècle, et qui disparaissent, grâce à la lutte des peuples et à l'extension, jusqu'aux confins du globe, de la communauté humaine universelle.

Aussi la Cour n'a-t-elle pas omis d'aborder, outre la violation des stipulations du mandat, les deux autres motifs de sa révocation. En se référant, comme la résolution 2145 (XXI), à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Cour a affirmé le caractère impératif du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ainsi que des droits de l'homme dont elle a dénoncé la violation par les autorités sud-africaines. Son raisonnement et ses conclusions, auxquels j'ai dit que j'adhère, me paraissent cependant compatibles avec des explications complémentaires qui, exprimées dans les opinions individuelles, sont de nature à renforcer lesdites conclusions.

4. En ce qui concerne la survivance du mandat après la dissolution de la Société des Nations et la prise en charge du contrôle de l'administration du mandataire par l'Organisation des Nations Unies que la Cour a justifiées par des arguments juridiques tirés de la considération des buts et objets du mandat à la lumière des textes et des travaux préparatoires, ainsi que de l'analyse des articles pertinents de la Charte, renvoyant aux avis et à l'arrêt antérieurs (avis de 1950, 1955 et 1956 et arrêt de 1962), je voudrais ajouter une considération générale qui me paraît indispensable, se rattachant à la nature même de l'institution du mandat-tutelle et à sa place dans l'évolution de l'humanité.

Des historiens [1] ont esquissé le tableau de la marche ascensionnelle de l'homme, depuis l'*homo sapiens* apparu sur la face du globe en premier lieu au Proche-Orient dans ce qui a été la Terre de Chanaan, jusqu'aux plus grands penseurs et, plus spécialement, tout au long de l'histoire du

[1] Voir en particulier H. G. Wells, *Outline of History*.

poses gravely neglected. And when the political organs have fulfilled their obligations, by denouncing and condemning these violations and this grave neglect, the International Court of Justice owed it to itself to discharge its own obligations by not closing its eyes to conduct infringing the principles and rights which it is its duty to defend.

Again, the Court could not remain an unmoved witness in face of the evolution of modern international law which is taking place in the United Nations through the implementation and the extension to the whole world of the principles of equality, liberty and peace in justice which are embodied in the Charter and in the Universal Declaration of Human Rights.

The Court is not a law-making body. It declares the law. But it is a law discernible from the progress of humanity, not an obsolete law, a vestige of the inequalities between men, the domination and colonialism which were rife in international relationships up to the beginning of this century but are now disappearing, thanks to the struggle being waged by the peoples and to the extension to the ends of the world of the universal community of mankind.

Thus, in addition to the violation of the stipulations of the Mandate, the Court did not omit consideration of the other two grounds for its termination. By referring, like resolution 2145 (XXI), to the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights, the Court has asserted the imperative character of the right of peoples to self-determination and also of the human rights whose violation by the South African authorities it has denounced. It appears to me, however, that its reasoning and conclusions, to which, as I have said, I subscribe, leave room for explanations which, expressed in the separate opinions, may serve to strengthen those conclusions.

4. With regard to the survival of the Mandate after the dissolution of the League and the taking-over by the United Nations of supervision of the Mandatory's administration, which the Court has justified by legal arguments drawn from consideration of the purposes and objects of the Mandate in the light of the texts and *travaux préparatoires* and from an analysis of the pertinent Charter articles, referring also herein to certain of its earlier decisions (the Advisory Opinions of 1950, 1955 and 1956, and the Judgment of 1962), I would like to add one general observation which seems to me to be essential; it relates to the very nature of the tutelary-mandate institution and its place in the evolution of humanity.

Historians [1] have outlined the upward march of mankind from the time when *homo sapiens* appeared on the face of the globe, first of all in the Near East in what was the land of Canaan, up to the age of the greatest thinkers and, more particularly, throughout the whole history

[1] See in particular H. G. Wells, *Outline of History*.

progrès social, depuis l'antique esclavage jusqu'à la propension humaine inéluctable et irréversible vers l'égalité et la liberté. Cette marche est comme le temps. Elle ne s'arrête pas. Nul ne saurait s'y opposer longtemps. Les textes, que ce soient les lois, les constitutions, les déclarations, les pactes ou les chartes, ne font que la définir et en marquer les étapes successives. Ils en sont la simple constatation. C'est dire que les droits dont jouissent progressivement les hommes et les peuples sont bien moins le résultat de ces textes que du progrès humain qu'ils attestent.

L'institution de la tutelle, succédant à la colonisation, et précédant et préparant l'indépendance souveraine, s'inscrit dans cette marche ascensionnelle. La conception de la tutelle a pris naissance à l'une de ces étapes, en 1920; elle devait prendre fin à l'étape suivante. Les dispositions de l'article 22 du Pacte, les termes des actes de mandat, qu'ils définissent les buts de la tutelle ou déterminent l'aide aux peuples attardés afin qu'ils rejoignent l'avant-garde constituée par les peuples plus évolués, traduisent cette mouvante réalité. Woodrow Wilson, et même le général sud-africain Smuts et le ministre français Simon, étaient imprégnés de cette vérité quand ils avouaient que le mandat a une fin ou est révocable. Aussi, revenant aux arguments développés dans l'avis, j'aurais souhaité que la révocabilité du mandat, qui a été si fortement contestée, ait été plus amplement justifiée par la nature de la tutelle, et en considération du contexte universel dans lequel elle s'inscrit. De par sa nature et en vue de ses fins, le mandat-tutelle ne pourrait en conséquence durer au gré de celui qui n'en avait que la charge ou la garde. Sa révocation, décidée *erga omnes*, en raison de son caractère institutionnel objectif, par l'Assemblée générale représentant la communauté internationale depuis que ne la représente plus la Société des Nations, s'impose à l'extrême petit nombre d'Etats qui s'y sont opposés ou se sont abstenus de l'approuver en exprimant des doutes ou des réserves. Comment le mandat sud-africain, avec ses organes et ses structures, devenu caduc pour la majorité quasi unanime des Etats, subsisterait-il pour quelques autres? Une institution est un être de raison qui existe ou n'existe pas, mais ne peut tout à la fois être et ne pas être. Cela serait non moins étrange qu'un Etat admis à la majorité Membre des Nations Unies qui le deviendrait pour les uns et non pour les autres.

5. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été enfin reconnu par la Cour au paragraphe 52 de l'avis. Il y est notamment dit:

> « En outre, l'évolution ultérieure du droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires ... Une autre étape importante de cette évolution a été la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux

of social progress, from the slavery of Antiquity to man's inevitable, irreversible drive towards equality and freedom. This march is like time itself. It never stops. Nothing can stand in its way for long. The texts, whether they be laws, constitutions, declarations, covenants or charters, do but define it and mark its successive phases. They are a mere record of it. In other words, the progressive rights which men and peoples enjoy are the result much less of those texts than of the human progress to which they bear witness.

The institution of tutelage, succeeding colonialization and preceding and preparing the way for sovereign independence, has its place in this upward march, at one stage of which this concept of guardianship was born, in 1920; at the following stage, it was due to end. The provisions of Article 22 of the Covenant and the terms of the mandate agreements, whether they define the purposes of tutelage or specify the assistance to be given to backward peoples to enable them to catch up the vanguard of more developed peoples, give expression to this kinetic reality. Woodrow Wilson, and even the South African General Smuts, and the French Minister Simon, were imbued with this truth when they admitted that mandates must have an end, or are revocable. And so, to revert to the arguments set forth in the Advisory Opinion, I could have wished that the revocability of the Mandate, which has been so strongly contested, had been more fully justified by reference to the nature of tutelage and in consideration of the universal context in which it finds its place. Considering its nature and purposes, the duration of the tutelary Mandate could not be determined at will by the party charged or entrusted with it. When the General Assembly, representing the international community once the League had ceased to do so, decided the revocation of that Mandate, with effect *erga omnes* in view of the Mandate's objective institutional character, that revocation was also binding on the extremely small number of States which had opposed it or, by expressing doubts and reservations, withheld their approval. For how could South Africa's Mandate, with its organs and structures, having lapsed for the quasi-unanimity of States, survive in the eyes of some others? An institution is a creature of reason which either exists or does not: it cannot at one and the same time be and not be. That would be no less curious than if a State admitted by majority vote to the United Nations should be a Member for some but not for others.

5. Recognition of the right of peoples to self-determination is expressed by the Court in paragraph 52 of the Advisory Opinion. It is there stated, *inter alia*, that:

> "Furthermore, the subsequent development of international law, in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations, made the principle of self-determination applicable to all of them. . . . A further important stage in this development was the Declaration on the Granting of Inde-

peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1960) applicable à tous les peuples et à tous les territoires « qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance ».

L'avis ne manque pas de force persuasive. Il en eût eu encore davantage s'il avait remonté la voie qui a conduit ce droit des peuples à faire ainsi son entrée dans le droit des gens positif, et déterminé quels en ont été les éléments constitutifs dans leur intégralité. Je fais allusion en particulier à la lutte des peuples pour la liberté et l'indépendance qui se déroule depuis qu'il y a des peuples conquérants et dominateurs, et des peuples soumis, mais insoumis. Pour nous limiter aux temps modernes, citons les déclarations historiques proclamées dès la fin du XVIII[e] siècle, les dispositions des chartes et des pactes modernes, depuis la charte de l'Atlantique et la Charte des Nations Unies, jusqu'au pacte de Bogota et à celui de l'Organisation de l'unité africaine, les déclarations renouvelées de Bandoung et des pays non alignés de Belgrade et du Caire, la déclaration 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, enfin les deux déclarations solennelles qui ont clôturé l'œuvre des Nations Unies au cours des vingt-cinq premières années de son existence: la déclaration 2625 (XXV) adoptée à l'unanimité le 24 octobre 1970, relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte, et la déclaration 2627 (XXV) adoptée le même jour à l'occasion du 24[e] anniversaire de l'Organisation des Nations Unies. Ces actes internationaux ou universels auraient-ils vu le jour sans la lutte héroïque des peuples aspirant du plus profond d'eux-mêmes à la liberté et à l'indépendance? S'il est une « pratique générale » pouvant, de façon incontestable, créer le droit aux termes de l'article 38, paragraphe 1 *b)*, du Statut de la Cour, c'est bien celle que constitue l'action consciente des peuples eux-mêmes luttant avec détermination. Cette lutte se poursuit pour affirmer, une fois de plus, le droit de libre disposition, notamment en Afrique australe, et plus spécialement en Namibie. En sorte qu'on doive reconnaître que le droit de libre disposition des peuples, avant d'être inscrit dans les chartes non octroyées mais enlevées de haute lutte, avait d'abord été écrit douloureusement, avec le sang des peuples, dans la conscience enfin réveillée de l'humanité. Et sans ces mêmes peuples, principalement d'Asie et d'Afrique, qui ont afflué, depuis la deuxième guerre mondiale, dans la nouvelle organisation internationale, première organisation de caractère universaliste, aurait-on enregistré ce nombre imposant de déclarations et de résolutions qui ont traduit dans le droit et imposé aux rapports internationaux rénovés les grands principes qu'ils avaient contribué à consacrer?

Quant à la « pratique générale » des Etats, à laquelle on a traditionnellement recours pour constater l'éclosion du droit coutumier, elle a acquis,

pendence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960), which embraces all peoples and territories which 'have not yet attained independence'."

The Opinion is not lacking in persuasive force; it would have possessed still more if it had retraced the path whereby this right of peoples has made its entry into positive international law and had determined exactly what were the factors which have gone into its making. I refer in particular to the fight of the peoples for freedom and independence, which has been going on ever since there have been conquering and dominating peoples and subject but unsubjugated peoples. To confine ourselves to modern times, we may mention the historic declarations proclaimed at the end of the eighteenth century, the provisions of present-day charters and covenants from the Atlantic Charter and the United Nations Charter to the Pact of Bogotá and the Charter of the Organization of African Unity, the repeated declarations of Bandung and of the non-aligned countries meeting in Belgrade and Cairo, the declaration contained in resolution 1514 (XV) of the General Assembly of the United Nations and, finally the two solemn Declarations which marked the close of the work of the United Nations during the first 25 years of its existence: resolution 2625 (XXV), adopted unanimously on 24 October 1970, on the principles of international law concerning friendly relations and co-operation between States in accordance with the Charter of the United Nations, and resolution 2627 (XXV), adopted on the same day on the occasion of the 25th anniversary of the United Nations. Would these international or universal instruments have seen the light of day if it had not been for the heroic fight of peoples aspiring with all their hearts after freedom and independence? If there is any "general practice" which might be held, beyond dispute, to constitute law within the meaning of Article 38, paragraph 1 *(b)*, of the Statute of the Court, it must surely be that which is made up of the conscious action of the peoples themselves, engaged in a determined struggle. This struggle continues for the purpose of asserting, yet once more, the right of self-determination, more particularly in southern Africa and, specifically, Namibia. Indeed one is bound to recognize that the right of peoples to self-determination, before being written into charters that were not granted but won in bitter struggle, had first been written painfully, with the blood of the peoples, in the finally awakened conscience of humanity. And without those same peoples, mainly of Asia and Africa, who since the Second World War have streamed into the new international Organization, the first of a universalist character, would it have been possible to achieve that impressive number of declarations and resolutions whereby the great principles they had helped consecrate have been translated into law and applied to the reshaping of international relations?

As for the "general practice" of States to which one traditionally refers when seeking to ascertain the emergency of customary law, it

quant au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, une extension plus que « générale », une extension universelle, depuis qu'elle a été consacrée par la Charte des Nations Unies (art. 1er, par. 2, et art. 55) et confirmée par les textes dont il vient d'être fait mention, pactes, déclarations, résolutions, qui ont réuni, dans leur ensemble, l'unanimité des Etats sur le droit impératif de libre disposition des peuples. Il n'est pas un Etat, faut-il le souligner, qui n'ait, au moins une fois, apposé sa signature sur l'un ou l'autre de ces textes, ou ne l'ait appuyé de son suffrage. La rectitude et la fermeté de cette pratique sont prouvées, de surcroît, par le grand nombre des Etats — non moins de cinquante-cinq — qui, depuis la consécration par la Charte du droit à l'autodétermination, en ont bénéficié, après avoir déterminé par la lutte et les revendications de leurs peuples, son établissement définitif dans la théorie comme dans la pratique du droit nouveau. Si des doutes avaient subsisté à cet égard dans l'esprit des Etats Membres des Nations Unies, ils ne se seraient pas déterminés à proclamer la légitimité de la lutte des peuples — en l'espèce le peuple namibien — en vue de la réalisation du droit à l'autodétermination. Si la reconnaissance de ce droit en tant que norme juridique n'est pas encore admise dans la pratique de certains Etats, rares il est vrai, pas plus que dans les écrits de certains juristes encore plus rares, l'attitude des premiers s'explique par le souci de leurs intérêts traditionnels, et celle des seconds par une sorte de respect extrême pour des postulats implantés de longue date dans le droit international classique. Le droit est un acte vivant, non un palmarès glorieux des auteurs du passé, dont l'œuvre impose certes le respect, mais auxquels on ne peut supposer, de grands esprits exceptés, une vision de l'avenir telle qu'il leur soit possible de voir toujours au-delà de leur temps. Tout montre combien il est difficile de se libérer des servitudes d'un passé qu'on a vécu soi-même et des traditions pour lesquelles on n'avait que des égards. Il faut donc voir une page d'histoire à tourner dans l'attachement à un droit révolu qui dénie aux résolutions des Nations Unies l'autorité dont la Charte les a revêtues et qu'a renforcée la volonté quasi unanime des peuples du monde; volonté autrement plus décisive que celle des cinq ou six puissances qui affirmaient des conceptions contraires en se prévalant d'un droit de représentation dont elles doivent avouer l'absence de fondement juridique. Aussi les faits ont-ils eu raison des ultimes résistances et l'on peut voir dans les deux dernières phrases du paragraphe 52 de l'avis une allusion, peut-être trop discrète, à cette lutte, avis qui met en tout cas le point final à la question.

6. La violation des droits de l'homme n'a pas pris fin sous quelque ciel que ce soit; il suffit pour s'en rendre compte de consulter les archives de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, de la Commission internationale de juristes, voire de lire la presse mondiale. Les violations de la liberté individuelle et de la dignité humaine, la discrimination raciale, sociale ou religieuse

has, in the case of the right of peoples to self-determination, become so widespread as to be not merely "general" but universal, since it has been enshrined in the Charter of the United Nations (Art. 1, para. 2, and Art. 55) and confirmed by the texts that have just been mentioned: pacts, declarations and resolutions, which, taken as a whole, epitomize the unanimity of States in favour of the imperative right of peoples to self-determination. There is not one State, it should be emphasized, which has not, at least once, appended its signature to one or other of these texts, or which has not supported it by its vote. The confirmed rightness of this practice is moreover evinced by the great number of States—no less than 55—which, since the consecration by the Charter of the right of self-determination, have benefited from it, after having ensured, by the struggles and the strivings of their peoples, its definitive embodiment in both the theory and the practice of the new law. If any doubts had remained on this matter in the mind of the States Members of the United Nations, they would not have resolved to proclaim the legitimacy of the struggle of peoples—and more specifically the Namibian people—to make good their right of self-determination. If this right is still not recognized as a juridical norm in the practice of a few rare States or the writings of certain even rarer theoreticians, the attitude of the former is explained by their concern for their traditional interests, and that of the latter by a kind of extreme respect for certain long-entrenched postulates of classic international law. Law is a living deed, not a brilliant honours-list of past writers whose work of course compels respect but who cannot, except for a few great minds, be thought to have had such a vision of the future that they could always see beyond their own times. Everything goes to show how difficult it is to free ourselves from the servitudes of a past through which we have ourselves lived and from traditions we have always respected. It is, then, a page of history which needs turning that must be seen in attachment to an outdated law which denies the resolutions of the United Nations the authority with which the Charter has invested them, which authority has been reinforced by the almost unanimous will of the peoples of the world. That will is incomparably more decisive than that of the five or six Powers which have asserted opposite conceptions while relying on a claim to representativity whose lack of legal basis they must confess. Facts, therefore, have got the better of their last-ditch resistance, and in the last two sentences of paragraph 52 of the Advisory Opinion one may see an allusion to this struggle: one perhaps over-discreet, but at all events the Opinion has written *finis* to the matter.

6. The violation of human rights has not come to an end in any part of the world; to realize that fact one need only consult the archives of the European Court of Human Rights, the Human Rights Commission of the United Nations or the International Commission of Jurists, or simply read the world press. Violations of personal freedom and human dignity, the racial, social or religious discrimination which constitutes

qui constitue la plus grave des violations des droits humains puisqu'elle en annihile la double base que sont l'égalité et la liberté, résistent toutes encore aux courants de libération dans chacun des cinq continents. Ce n'est certes pas une raison pour clore les yeux sur le comportement des autorités sud-africaines. Les faits évoqués devant la Cour en rapport avec la demande d'avis consultatif ne peuvent être ignorés du moment que leur examen importe à la détermination des conséquences juridiques de la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie.

L'avis fait formellement état de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il aurait gagné à traiter expressément du caractère comminatoire de certains de ces droits mis en cause par les agissements de l'Afrique du Sud, et dont il a admis ce caractère en en retenant la violation aux paragraphes 130 et 131.

Dans son exposé écrit, le Gouvernement français, faisant allusion aux obligations du mandat accepté par l'Afrique du Sud, à celles qu'elle a assumées en devenant Membre des Nations Unies, et aux normes énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, a déclaré qu'il ne fait pas de doute que le Gouvernement de l'Afrique du Sud a très réellement et systématiquement contrevenu à ces règles et à ces obligations. Mais il a objecté à propos de la mention faite par la résolution 2145 (XXI) de la Déclaration universelle des droits de l'homme, que le manquement aux normes qui y sont inscrites ne peut, de toute évidence, déclencher la sanction de la révocation du mandat, le texte de cette déclaration n'ayant pas un caractère conventionnel liant les Etats.

Quoique les énonciations de la Déclaration ne soient pas obligatoires en tant que convention internationale selon l'article 38, paragraphe 1 *a)*, du Statut de la Cour, elles peuvent lier les Etats en vertu de la coutume aux termes du paragraphe 1 *b)* du même article, soit qu'elles aient constitué une codification du droit coutumier, ainsi qu'il a été dit dans l'avis pour l'article 6 de la convention de Vienne sur le droit des traités, soit qu'elles aient acquis force de coutume par une pratique générale acceptée comme étant le droit, selon les termes de l'article 38, paragraphe 1 *b)*. Un droit qui est certes à considérer comme une norme coutumière obligatoire antérieure à la Déclaration universelle des droits de l'homme et que celle-ci a codifiée, est le droit à l'égalité, droit que l'on s'accorde à considérer, depuis les temps les plus anciens, comme inhérent à la nature humaine.

L'égalité que réclament les Namibiens et d'autres peuples de toutes teintes, résultat de longues luttes tendant à la traduire dans les faits, nous intéresse au plus haut point parce quelle est, d'une part, le fondement d'autres droits de l'homme qui n'en sont que les corollaires et, d'autre part, parce qu'elle exclut naturellement la discrimination raciale et l'*apartheid*, qui sont les plus graves des faits reprochés à l'Afrique du Sud, comme aussi à d'autres Etats. Les explications que je lui consacre ne

the most serious of violations of human rights since it annihilates the two-fold basis provided by equality and liberty, all still resist the currents of liberation in each of the five continents. That is certainly no reason why we should close our eyes to the conduct of the South African authorities. The facts mentioned before the Court in relation to the request for an advisory opinion cannot be ignored, seeing that consideration of them is important for the determination of the legal consequences of the illegal presence of South Africa in Namibia.

The Advisory Opinion takes judicial notice of the Universal Declaration of Human Rights. In the case of certain of the Declaration's provisions, attracted by the conduct of South Africa, it would have been an improvement to have dealt in terms with their comminatory nature, which is implied in paragraphs 130 and 131 of the Opinion by the references to their violation.

In its written statement the French Government, alluding to the obligations which South Africa accepted under the Mandate and assumed on becoming a Member of the United Nations, and to the norms laid down in the Universal Declaration of Human Rights, stated that there was no doubt that the Government of South Africa had, in a very real sense, systematically infringed those rules and those obligations. Nevertheless, referring to the mention by resolution 2145 (XXI) of the Universal Declaration of Human Rights, it objected that it was plainly impossible for non-compliance with the norms it enshrined to be sanctioned with the revocation of the Mandate, inasmuch as that Declaration was not in the nature of a treaty binding upon States.

Although the affirmations of the Declaration are not binding *qua* international convention within the meaning of Article 38, paragraph 1 *(a)*, of the Statute of the Court, they can bind States on the basis of custom within the meaning of paragraph 1 *(b)* of the same Article, whether because they constituted a codification of customary law as was said in respect of Article 6 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, or because they have acquired the force of custom through a general practice accepted as law, in the words of Article 38, paragraph 1 *(b)*, of the Statute. One right which must certainly be considered a pre-existing binding customary norm which the Universal Declaration of Human Rights codified is the right to equality, which by common consent has ever since the remotest times been deemed inherent in human nature.

The equality demanded by the Namibians and by other peoples of every colour, the right to which is the outcome of prolonged struggles to make it a reality, is something of vital interest to us here, on the one hand because it is the foundation of other human rights which are no more than its corollaries and, on the other, because it naturally rules out racial discrimination and *apartheid*, which are the gravest of the facts with which South Africa, as also other States, stands charged. The attention

sauraient donc nullement être considérées comme exagérées ou disproportionnées.

Ce n'est pas par pure coïncidence que figure dans l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme le principe primordial, ou vérité première, ainsi libellé: « Tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits. »

De ce principe premier découlent la plupart des droits et libertés.

De tous les droits de l'homme, le droit à l'égalité est, de loin, le plus important. Il est aussi le plus anciennement reconnu comme un droit naturel; on peut même dire que la doctrine du droit naturel a vu le jour dans l'antiquité avec la conception de l'égalité humaine comme premier élément. Elle est de droit naturel depuis Zénon de Sidon [1] et ses premiers disciples. Les origines du concept de l'égalité humaine se rattachent à des pays hors d'Europe, comme s'y rattachent aujourd'hui ses plus ardents défenseurs. Comme le christianisme qui en a repris les données, la philosophie zénonienne reflétait la révolte des humbles et des opprimés. « La liberté stoïque », nous enseigne Hegel dans la *Phénoménologie de l'esprit*, « a surgi dans un temps de peur et d'esclavage ». L'égalité n'était pas du goût des Grecs jusques et y compris le temps de Platon et d'Aristote, qui trouvaient des mots pour justifier l'inégalité et l'esclavage [2]. Alors que pour les stoïciens, « on n'est esclave ni par nature, ni par conquête ». Quand Zénon mourut, son œuvre était achevée et la notion d'égalité définitivement accueillie et répandue dans le monde de ce temps par ses disciples [3], lointains précurseurs des philosophes du XVIII[e] siècle. Deux courants s'étaient établis sur les deux bords opposés de la Méditerranée: un courant gréco-romain illustré par Epictète, Lucain, Cicéron, Marc-Aurèle; et un courant asiatique et africain, passant par les moines du Sinaï et saint Jean Climaque, Alexandrie avec Plotin et Philon le Juif, Carthage qu'illustra à nouveau saint Augustin; les deux courants se rejoignant en Espagne avec Sénèque. La philosophie stoïcienne, semant

---

[1] Selon Diogène Laërce, une statue lui fut élevée dans cette ville, de même qu'à Athènes où il était allé enseigner et y fonda l'école qui porta d'abord son nom, puis celui d'école stoïcienne.

[2] Pour Aristote, la raison constitue un privilège dont certains, par exemple les esclaves, sont privés. Ses conseils à son élève Alexandre qui n'était pas encore le Grand, « étaient de traiter les Grecs en familiers, les *Barbares* comme des animaux »...

Et pourtant les *Barbares* n'avaient-ils pas déjà sondé l'espace, prédit les éclipses et baptisé les signes du Zodiaque; divisé le temps en mois, en semaines; inventé l'alphabet; et n'allaient-ils pas bientôt donner au monde la première philosophie vraiment humaine, celle fondée sur l'égalité?

[3] G. Rodier, *Etudes de philosophie grecque*, 1969, p. 231.

Les disciples de Zénon furent, en grand nombre, ses compatriotes: Zénon, second du nom, et Bœthus, tous deux également de Sidon; Antipater, de Tyr; Apollonios, également de Tyr; Chrysippe, de la Chypre phénicienne; Herillos, de Carthage; Caton, d'Utique; Persée, compatriote et ami de Zénon; Posidonios, de Hamah de Syrie, étape phénicienne vers Babylone; Diogène, de Babylone; Panetios, élève d'Antipater de Tyr, né à Rhodes, lieu de rencontre phénico-grec comme Chypre, où Cicéron et Pompée vinrent suivre son enseignement.

I am devoting to it in these observations can therefore by no means be regarded as exaggerated or out of proportion.

It is not by mere chance that in Article 1 of the Universal Declaration of the Rights of Man there stands, so worded, this primordial principle or axiom: "All human beings are born free and equal in dignity and rights."

From this first principle flow most rights and freedoms.

Of all human rights, the right to equality is far and away the most important. It is also the one which has been longest recognized as a natural right; it may even be said that the doctrine of natural law was born in ancient times with the concept of human equality as its first element. It has been part of natural law ever since Zeno of Sidon [1] and his earliest disciples. It is in countries outside Europe that the provenance of the concept itself, as also of its most ardent present-day defenders, must be sought. Like the Christianity which later espoused the same premises, the philosophy of Zeno reflected the revolt of the humble and the oppressed. "Stoic liberty," Hegel teaches us in his *Phenomenology of the Mind*, "arose in a time of fear and slavery." Equality was not to the liking of the Greeks up to and including the time of Plato and Aristotle, who both found words to justify inequality and slavery [2], whereas for the Stoics: "man is a slave neither by nature nor by conquest." When Zeno died, his work was completed, and the notion of equality definitively received and propagated throughout the world of that era by his disciples [3], the distant forerunners of the eighteenth-century philosophers. Two streams of thought had become established on the two opposite shores of the Mediterranean, a Graeco-Roman stream represented by Epictetus, Lucan, Cicero and Marcus Aurelius; and an Asian and African stream, comprising the monks of Sinai and Saint John Climac, Alexandria with Plotinus and Philo the Jew, Carthage to which Saint Augustine gave new lustre; the two streams flowed together in Spain with Seneca. The stoic philosophy,

---

[1] According to Diogenes Laertes, a statue was erected to him in that city, as also in Athens, where he had gone to teach and where he founded the school which first bore his name but was later called the Stoic school.

[2] For Aristotle, reason was a privilege of which certain people, for instance slaves, are deprived. His advice to his pupil Alexander, who was not yet called the Great, was "to treat Greeks as members of the family, the *Barbarians* as animals . . .".

Yet had not the *Barbarians* already probed space, predicted eclipses and given names to the signs of the Zodiac; divided time into months, into weeks; invented the alphabet; and were they not soon to give the world the first really humane philosophy: namely, that founded upon equality?

[3] G. Rodier, *Etudes de philosophie grecque*, 1969, p. 231.

The disciples of Zeno were, many of them, his fellow countrymen: Zeno, the second of that name, and Boëthus, both also of Sidon; Antipater, of Tyre; Apollonios, also of Tyre; Chrysippos, of Phoenician Cyprus; Herillos, of Carthage; Cato, of Utica; Perseus, friend of Zeno; Posidonios, of Hama in Syria, a Phoenician halting-place on the road to Babylon; Diogenes, of Babylon; Panetios, a pupil of Antipater of Tyre, who was born in Rhodes, a Phoenicio-Greek meeting-place as also was Cyprus, where Cicero and Pompey came to follow his teaching.

pour la première fois dans l'histoire de l'humanité les germes de l'égalité entre les hommes et entre les nations, influença les plus grands jurisconsultes romains, d'origine phénicienne, Papinien et Ulpien, puis les docteurs du christianisme [1], à travers lesquels elle se perpétua jusqu'au siècle des philosophes [2]. Le terrain était préparé pour l'œuvre législative et constitutionnelle qui débuta avec les premières déclarations de droits en Amérique et en Europe, se continua avec les constitutions du XIX[e] siècle, pour aboutir finalement, dans le droit des gens positif, aux chartes de San Francisco, de Bogota et d'Addis-Abéba, ainsi qu'à la Déclaration universelle des droits de l'homme, que sont venues confirmer les multiples résolutions des Nations Unies et, en particulier, les déclarations solennelles précitées de l'Assemblée générale 1514 (XV), 2625 (XXV) et 2627 (XXV). La Cour vient de l'affirmer à son tour.

7. La Charte a consacré l'égalité en termes encore plus formels que ceux relatifs au droit de libre disposition des peuples, en proclamant dans le préambule la foi des Nations Unies dans l'égalité des nations, grandes et petites, et en déclarant à l'article 2, alinéa 1, que « L'Organisation est fondée sur l'égalité souveraine de tous ses Membres ». L'Assemblée générale eut maintes fois l'occasion d'affirmer le droit à l'égalité et les droits fondamentaux qui en dérivent. Il en a été ainsi chaque fois que l'Assemblée générale, retenant sa compétence nonobstant la prétention des Etats que ces droits, n'étant pas sanctionnés par le droit international, relevaient de leur compétence nationale. L'Afrique du Sud s'est ainsi régulièrement prévalue de sa compétence interne, déniant celle des Nations Unies, lorsqu'elle a été accusée depuis 1946, session après session, de pratiquer l'*apartheid* en violation du droit à l'égalité. Les résolutions successives de l'Assemblée générale rejetant la thèse sud-africaine impliquaient que l'égalité et les droits fondamentaux violés par l'*apartheid* constituent des obligations placées sous la protection de la loi internationale et rentrent comme telles dans la compétence des Nations Unies.

Tout dernièrement, le 26 mai 1971, le Comité spécial sur l'*apartheid* décidait de s'opposer à tout dialogue avec l'Afrique du Sud qui ne comporterait pas la reconnaissance préalable de l'égalité à la population noire.

---

[1] Bertrand Russell écrit dans son ouvrage *History of Western Philosophy*, p. 275-276: « By nature, the stoics held, all human beings are equal ... Christianity took this part of the stoic teachings. »

[2] Pour cette éclosion du concept de l'égalité en terre phénicienne, son adoption par le monde gréco-romain et le christianisme, son développement à travers les tribulations des temps, on peut consulter notamment, outre Bertrand Russell déjà cité, Emile Bréhier, *Histoire de la philosophie*, tome 2, p. 228 et 234; Rodis-Lewis, *La morale stoïcienne*, p. 11 et 74; G. Rodier, *Etudes de philosophie grecque*, p. 219, 220 et 231; Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 67; Ernest Renan, *Histoire des origines du christianisme*.

sowing for the first time in mankind's history the seeds of equality between men and between nations, influenced the greatest of the Roman jurisconsults who were of Phoenician origin, Papinius and Ulpian, and then the doctors of Christianity [1] through whom it was eventually transmitted to the Age of Reason [2]. The ground was thus prepared for the legislative and constitutional process which began with the first declarations or bills of rights in America and Europe, continued with the constitutions of the nineteenth century, and culminated in positive international law in the San Francisco, Bogotà and Addis Ababa charters, and in the Universal Declaration of Human Rights which has been confirmed by numerous resolutions of the United Nations, in particular the above-mentioned declarations adopted by the General Assembly in resolutions 1514 (XV), 2625 (XXV) and 2627 (XXV). The Court in its turn has now confirmed it.

7. The Charter has consecrated the principle of equality in even more categorical terms than it uses for the right of peoples to self-determination by reaffirming in its preamble the faith of the United Nations in the equal rights of nations large and small, and by declaring in Article 2, paragraph 1, that "The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members". The General Assembly has many times had occasion to affirm the right to equality and the fundamental rights which derive therefrom. This has been the case every time that the General Assembly has decided that it had competence notwithstanding the claim by States that such rights did not enjoy the protection of international law and therefore fell within their own national jurisdiction. Thus South Africa has regularly sought to rely on its domestic jurisdiction, denying the competence of the United Nations whenever since 1946, at session after session, it has been accused of practising *apartheid* in violation of the right to equality. The successive resolutions of the General Assembly rejecting this contention by South Africa have given it to be understood that the equality and fundamental rights violated by *apartheid* constitute obligations which are in fact placed under the protection of international law and as such fall within the competence of the United Nations.

Only recently, on 26 May 1971, the Special Committee on Apartheid decided to oppose any dialogue with South Africa unless based on prior recognition of the equality of the Black population.

---

[1] Bertrand Russell, in his *History of Western Philosophy*, pp. 275 f., writes: "By nature, the stoics held, all human beings are equal . . . Christianity took this part of the stoic teachings."

[2] For this flowering of the concept of equality in the ancient land of Phoenicia, its adoption by the Graeco-Roman world and Christianity, and its development through the vicissitudes of time, the following works may be consulted: Bertrand Russell, *op. cit.*; Emile Bréhier, *Histoire de la philosophie*, Vol. 2, pp. 228 and 234; Rodis-Lewis, *La morale stoïcienne*, pp. 11 and 74; G. Rodier, *Etudes de philosophie grecque*, pp. 219, 220 and 231; Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 67; Ernest Renan, *Histoire des origines du christianisme.*

Au surplus, comment ne pas admettre comme obligatoires des principes et des droits qu'il est légitime de défendre les armes à la main, ainsi qu'en a convenu la communauté internationale? C'est ce que n'ont cessé d'affirmer l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité depuis 1966, en proclamant la légitimité de la lutte du peuple namibien et de tous autres peuples dépendants pour la défense de leurs droits. De plus, dans sa résolution 2396 (XXIII) du 2 décembre 1968, l'Assemblée générale, se référant expressément aux droits de l'homme et à la lutte pour leur mise en œuvre,

> « *Réaffirme* sa reconnaissance de la légitimité du combat que mène la population de l'Afrique du Sud pour assurer la jouissance des droits de l'homme sans exception. »

Cette dernière résolution, adoptée à l'unanimité, moins les deux voix de l'Afrique du Sud et du Portugal, montre que la communauté internationale dans son ensemble juge les droits de l'homme susceptibles d'être défendus par la force des armes, les considérant par conséquent comme des droits impératifs pourvus d'une sanction effective, c'est-à-dire faisant corps avec le droit international positif. L'opposition des deux Etats du Portugal et de l'Afrique du Sud ne diminue pas l'autorité juridique de cette résolution, car on ne pouvait leur demander de faire acte d'héroïsme en se condamnant eux-mêmes. Le Conseil de sécurité à son tour, dans sa résolution 282 (1970) ordonnant l'embargo sur les armes à destination de l'Afrique du Sud a reconnu

> « la légitimité du combat que mène le peuple opprimé de l'Afrique du Sud pour assurer les droits de l'homme et les droits politiques énoncés dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ».

Cet accord de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité est de nature à mettre le point final au caractère obligatoire des droits de l'homme.

On remarquera, de surcroît, que l'Assemblée générale a assimilé les actes rentrant dans le cadre de l'*apartheid*, actes violant les normes fondamentales de l'égalité et de la liberté et presque tous les autres droits de l'homme, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité en en proclamant l'imprescriptibilité dans la convention internationale du 26 novembre 1968. Les violations des droits de l'homme par la pratique de l'*apartheid*, elle-même violation de l'égalité et des droits qui en sont les corollaires, sont donc punissables, au sens de la communauté internationale, tout autant que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, sanctionnés par le statut du tribunal de Nuremberg. La résolution 2074 (XX) de l'Assemblée générale a même condamné l'*apartheid* « comme constituant un crime contre l'humanité ». Comment des Etats — autres que le Portugal et l'Afrique du Sud tant de fois dénoncés par les

For the rest, how is it possible not to recognize the binding force of principles and rights which the international community has agreed that it is legitimate to defend by force of arms? That is what the General Assembly and the Security Council have been affirming ever since 1966 in proclaiming the legitimacy of the Namibian people's struggle, and that of all other dependent peoples, to defend their rights. What is more, in its resolution 2396 (XXIII) of 2 December 1968, the General Assembly, making specific reference to human rights and the struggle for their implementation, reaffirmed—

> ". . . its recognition of the legitimacy of the struggle of the peoples of South Africa for all human rights."

This resolution, adopted unanimously but for the two votes of South Africa and Portugal, demonstrates that the international community as a whole deems it legitimate to defend human rights by force of arms; it thus considers them to be peremptory rights endowed with effective sanction, or in other words that they are part and parcel of positive international law. The opposition of two States, Portugal and South Africa, does not diminish the legal authority of that resolution, because they could not be expected to go to the heroic length of condemning themselves. The Security Council in its turn, in resolution 282 (1970) ordering an embargo on the shipment of arms to South Africa, recognized—

> ". . . the legitimacy of the struggle of the oppressed people of South Africa in pursuance of their human and political rights as set forth in the Charter of the United Nations and [in] the Universal Declaration of Human Rights".

This concordance of view between the General Assembly and the Security Council offers final confirmation of the binding nature of human rights.

It will also be noted that the General Assembly equated acts which result from the policy of *apartheid* and thus violate the fundamental laws of equality and liberty, and nearly all other human rights, to war crimes and crimes against humanity when, in the International Convention of 26 November 1968, it declared them liable to prosecution without statutory limitation. Thus, in the eyes of the international community, violations of human rights by the practice of *apartheid*, itself a violation of equality and of the rights which are its corollaries, are no less punishable than the crimes against humanity and war crimes upon which the Charter of the Nuremberg Tribunal visited sanctions. General Assembly resolution 2074 (XX) even condemned *apartheid* as constituting "a crime against humanity". For how can States—other than Portugal and South Africa, so often denounced by the United Nations—cast doubt on a tenet to

Nations Unies — peuvent-ils mettre en doute, après en avoir convenu, que les droits de l'homme revêtent un caractère obligatoire? Tant est vrai le mot du philosophe catholique Jacques Maritain:

> « ... à l'origine de l'incitation secrète qui pousse sans cesse à la transformation des sociétés, il y a le fait que l'homme possède des droits inaliénables, et que cependant la possibilité de revendiquer justement l'exercice de tels ou tels d'entre eux lui est ôtée par ce qui subsiste d'inhumain à chaque époque dans les structures sociales » [1].

Les droits humains dont la violation par la pratique de l'*apartheid* est punissable au même titre et dans les mêmes conditions que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, tel le génocide, sont à déterminer en relevant par la suite et au courant de l'argumentation, les actes constitutifs de l'*apartheid*. Je le fais au paragraphe 8 *in fine*.

8. La Cour ne pouvait s'abstenir de vérifier la réalité de la pratique de l'*apartheid* qui, non seulement est contraire à l'obligation du mandataire d'assurer le bien-être matériel et moral et le progrès social des populations sous mandat, mais contrevient aussi aux principes d'égalité et de liberté, et aux autres droits qui en dérivent pour les individus et les peuples. Si l'*apartheid* n'était retenu que comme une violation du mandat, sa condamnation ne serait pas, comme il se doit, radicale. Il n'est pas, en effet, pratiqué uniquement par l'Afrique du Sud, ancien Etat mandataire, et rien qu'en Namibie, anciennement sous mandat. Il est d'une extension plus large. Il est pratiqué dans des pays qui ne sont pas sous tutelle. Il doit être défini et réprimé comme le serait tout attentat contre l'égalité humaine et la liberté individuelle ou nationale. Il doit être saisi, comme il a été dit par l'Assemblée générale, comme un crime contre l'humanité, commis en l'espèce au préjudice du peuple namibien. La violation de l'obligation de présenter un rapport à la satisfaction du Conseil de la Société des Nations, ou celle de transmettre les pétitions des habitants, toutes deux obligations connexes relatives aux garanties de bonne exécution des obligations principales propres au mandat-tutelle, ne revêtent pas la même gravité que la violation de ces dernières. On ne saurait donc opter pour la solution de facilité consistant à justifier la révocation du mandat par le refus de faire rapport à l'Assemblée générale et de transmettre les pétitions, voire par le refus de collaborer avec les comités créés par les Nations Unies, et négliger en même temps les violations les plus graves en ne faisant pas l'effort d'en relever les preuves, sous le vain prétexte que la possibilité n'a pas été donnée à un Etat d'exposer les faits, preuves que la procédure écrite et orale contient en surabondance. L'Assemblée générale l'a bien compris qui a relevé à l'unanimité, l'Afrique du Sud et le Portugal exceptés, outre la violation du

[1] *Autour de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Unesco, 1948, p. 16.

which they have all subscribed, namely that human rights are binding in character? How true is what the Catholic philosopher Jacques Maritain once wrote:

> "... underlying the stealthy, perpetual urge to transform societies is the fact that man possesses inalienable rights while the possibility of claiming actually to exercise now this one, now that, is yet denied him by those vestiges of inhumanity which remain embedded in the social structures of every era [1]".

The particular human rights whose violation by the practice of *apartheid* is punishable for the same reason and on the same terms as war crimes, and such crimes against humanity as genocide, will be indentified when, at the end of section 8, I come in the course of the argument to deal with the various acts which go to make up *apartheid.*

8. The Court could not refrain from ascertaining the real nature of the practice of *apartheid,* which is not merely contrary to the Mandatory's obligation to ensure the moral and material well-being and social progress of the population under Mandate, but also contravenes the principles of equality and liberty, and the other rights deriving therefrom for individuals and peoples alike. The condemnation of *apartheid,* if it were only taken into account as a violation of the Mandate, would not be radical, as it should be. For it is not only practised by the former mandatory State of South Africa, nor only in the former mandated territory of Namibia. It is more widespread. It is applied in countries which are not under tutelage. It should be delineated and punished as any other attempt upon human equality and individual or national liberty would be. It should be apprehended, in the General Assembly's words, as a crime against humanity, committed in this case against the Namibian people. The breach of the obligation to submit a report to the satisfaction of the Council of the League, or to transmit the petitions of the inhabitants, both of which are obligations bound up with the safeguards for the due performance of the principal obligations assumed by the trustee-Mandatory as such, is not laden with the same degree of gravity as the violation of the latter themselves. It is therefore inadmissible to choose the easy way out and justify the revocation of the Mandate by reference to the refusal to report to the General Assembly or transmit petitions, or even the refusal to collaborate with the committees set up by the United Nations, while at the same time overlooking the gravest violations by failing to make the effort to adduce the proofs thereof, on the hollow pretext that a State has not been given an opportunity of producing factual evidence, when both the written and the oral proceedings contain superabundant proof. This point was grasped by the General Assembly when, with the exception of

[1] *Autour de la Déclaration universelle des droits de l'homme,* Unesco, 1948, p. 16.

mandat, celle de la Charte et de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce qui a déterminé l'Organisation des Nations Unies à sanctionner le comportement de l'Afrique du Sud, ainsi que cela se lit dans ses nombreuses résolutions, c'est bien moins l'abstention touchant rapports et pétitions, que la violation flagrante des principes les plus essentiels pour l'homme, que consacre le droit international: l'égalité, dont l'*apartheid* est la négation, la liberté qui s'exprime par le droit de libre disposition des peuples, et le respect de la dignité humaine qu'ont affecté profondément des mesures appliquées aux hommes de couleur.

Cela dit, il importait de répondre à deux objections soulevées à propos de la pratique de l'*apartheid* et de la nécessité de la dénoncer pour en tirer les conséquences de droit.

Quand on soutient tout d'abord que la demande d'avis consultatif formulée par le Conseil de sécurité ne porte pas sur l'*apartheid*, ne semble-t-il pas que l'on oublie que l'application de cette doctrine a été la cause fondamentale de l'action des Nations Unies tout au long de son histoire, depuis que l'Inde l'a soulevée en 1946, passant par la résolution 2145 (XXI) de 1966 révoquant le mandat et celles adoptées depuis cette date? Ladite résolution de 1966, qui a été réaffirmée par la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité à laquelle se réfère sa résolution 284 (1970) demandant l'avis de la Cour, s'exprime en ces termes:

> « *Réaffirmant* sa résolution 2074 (XX) du 17 décembre 1965, notamment le paragraphe 4 par lequel elle a condamné la politique d'*apartheid* et de discrimination raciale pratiquée par le Gouvernement sud-africain au Sud-Ouest africain comme constituant un crime contre l'humanité. »

Peut-on après cela dire que l'avis demandé à la Cour ne l'autorise pas à traiter de l'*apartheid*?

Ce n'est pas non plus une excuse pour éluder l'examen de la pratique de l'*apartheid* en Namibie que de se retrancher derrière l'absence de preuves matérielles attestant l'application de cette politique au détriment du peuple namibien. Car ces preuves, outre les aveux des responsables sud-africains, se trouvent en abondance dans les dossiers de l'instance. Après avoir reproduit certains de ces aveux, je citerai les textes officiels du Gouvernement sud-africain qui démontrent le fait et en donnent l'explication, à savoir que la politique d'*apartheid* n'a pas été appliquée dans l'intérêt de la population autrefois sous mandat comme le prétend l'Afrique du Sud, mais au préjudice de cette population et dans l'intérêt de l'Etat mandataire et de ses propres ressortissants.

Dans le cadre des aveux, il faut citer les déclarations probantes des quatre premiers ministres qui se sont succédé depuis 1948 à ce jour,

South Africa and Portugal, it unanimously took account of the breach not only of the Mandate, but also of the Charter and the Universal Declaration of Human Rights. As is plain from the texts of its many resolutions, what decided the United Nations to penalize South Africa's conduct was much less the non-compliance over reports and petitions than the flagrant violation of the most essential principles of humanity, principles protected by the sanction of international law: equality, of which *apartheid* is the negation; freedom, which finds expression in the right of peoples to self-determination; and the dignity of the human person, which has been profoundly injured by the measures applied to non-White human beings.

That point having been made clear, a reply must nevertheless be given to two objections raised in connection with the practice of *apartheid* and the necessity of denouncing it with a view to determining the legal consequences.

When, in the first place, it is maintained that the request for advisory opinion formulated by the Security Council is not concerned with *apartheid*, it is surely forgotten that the application of that doctrine has been the underlying cause of the United Nations' action ever since the earliest days, from the raising of the question by India in 1946 to resolution 2145 (XXI) of 1966, which revoked the Mandate, and those adopted since. Resolution 2145 (XXI), which was reaffirmed by the Security Council resolution, 276 (1970), to which resolution 284 (1970) requesting the opinion of the Court refers, contains the following paragraph:

> "*Reaffirming* its resolution 2074 (XX) of 17 December 1965, in particular paragraph 4 thereof which condemned the policies of *apartheid* and racial discrimination practised by the Government of South Africa in South West Africa as constituting a crime against humanity."

In view of this, can it still be said that the request for the Court's opinion does not entitle it to deal with the subject of *apartheid*?

Nor is it any excuse for evading examination of the practice of *apartheid* in Namibia to plead the absence of material proof of the application of that policy to the detriment of the Namibian people; for such proof, quite apart from ministerial admissions on the part of South Africa, is to be found in abundance in the documentation of the proceedings. After reproducing some of these admissions, I will cite the official texts of the South African Government which demonstrate the facts of the matter and reveal the explanation, which is that the policy of *apartheid* has been applied not, as South Africa claims, in the interest of the population formerly under Mandate, but to the prejudice of that population and in the interest of the mandatory State and its own nationals.

In the matter of admissions, four successive Prime Ministers from 1948 to the present day, Dr. Malan, Mr. Strijdom, Dr. Verwoerd and Mr. Vor-

MM. Malan, Strijdom, Verwoerd et Vorster, quant à la définition qu'ils donnent de la politique d'*apartheid* applicable tant en Afrique du Sud qu'en Namibie. Le Dr Malan, dans un discours prononcé en avril 1948, s'exprimait en ces termes:

> « La race européenne de l'avenir sera-t-elle capable de maintenir sa maîtrise, sa pureté et sa civilisation, ou se laissera-t-elle aller à la dérive jusqu'à ce qu'elle soit submergée pour toujours, sans honneur, dans la mer noire de la population non européenne de l'Afrique du Sud? Des influences étrangères font que l'on demande de plus en plus souvent, avec une véhémence grandissante, que toutes les *colour bars* et les mesures de ségrégation soient supprimées; le résultat ne pourrait être que celui-ci: la race blanche perdrait sa suprématie... »

M. Strijdom, décrivant en avril 1955 sa politique devant le parlement, disait:

> « Je parle net, je ne m'excuse pas. Ou bien l'homme blanc domine, ou bien c'est le noir qui prend le dessus ... La seule façon dont les Européens puissent maintenir leur suprématie, c'est par la domination... »

Le Dr Verwoerd, parlant également au parlement en 1958, déclarait:

> « Le Dr Malan l'a dit, M. Strijdom l'a dit, je l'ai dit à maintes reprises et je le répète ici: la politique d'*apartheid* s'oriente constamment dans la direction d'un développement de plus en plus séparé, l'idéal étant une séparation totale dans tous les domaines. »

Dans un autre discours plus circonstancié prononcé le 25 janvier 1963, il devait dire:

> « Réduit à ses termes fondamentaux, la problème est très simple: nous entendons garder blanche l'Afrique du Sud ... La garder blanche ne peut vouloir dire qu'une chose, la domination des Blancs. Il ne suffit pas que les Blancs dirigent ou guident, il faut qu'ils dominent, qu'ils aient la suprématie. Si nous admettons que le désir du peuple est que les Blancs puissent continuer à se défendre en maintenant leur domination ... nous disons que ce résultat peut être atteint par le développement séparé. »

Enfin, en mai 1965, M. Vorster, l'actuel premier ministre, déclarait alors qu'il était ministre de la Justice:

> « A ce parlement auquel il incombe de décider du destin de la République sud-africaine, c'est le Blanc, et le Blanc seul, qui aura le droit de siéger. »

Ces déclarations établiraient à suffisance la pratique de l'*apartheid* et les mobiles de ses auteurs. Mais les responsables dont les déclarations ont été reproduites n'ont pas été entendus par la Cour pour qu'ils en recon-

ster, have defined their concept of the *apartheid* policy, as applicable in both South Africa and Namibia, in declarations which offer proof conclusive. In a speech made in April 1948, Dr. Malan asked:

> "Will the European race in the future be able to maintain its rule, its purity and its civilization, or will it float along until it vanishes for ever, without honour, in the Black sea of South Africa's Non-European population? . . . As a result of foreign influences the demand for the removal of all colour bar and segregation measures is being pressed more and more continuously and vehemently; and all this means nothing less that that the White race will lose its ruling position . . ."

In April 1955 Mr. Strijdom, describing his policy in Parliament, stated:

> "I am being as blunt as I can. I am making no excuses. Either the White man dominates or the Black man takes over . . . The only way the Europeans can maintain supremacy is by domination . . ."

Dr. Verwoerd likewise stated to Parliament in 1958:

> "Dr. Malan said it, and Mr. Strijdom said it, and I have said it repeatedly and I want to say it again: The policy of *apartheid* moves consistently in the direction of more and more separate development with the ideal of total separation in all spheres."

Later Dr. Verwoerd went into greater detail in a speech on 25 January 1963:

> "Reduced to its simplest form the problem is nothing else than this: We want to keep South Africa White . . . Keeping it White can only mean one thing, namely White domination, not leadership, not guidance, but control, supremacy. If we are agreed that it is the desire of the people that the White man should be able to continue to protect himself by White domination . . . we say that it can be achieved by separate development."

Finally, in May 1965, the present Prime Minister, Mr. Vorster, then Minister of Justice, declared:

> "In this Parliament, whose business it is to decide the destiny of the Republic of South Africa, Whites, and Whites only, will have the right to sit."

Such declarations would afford ample proof of what the practice of *apartheid* means and what the motives of those who devised it were. But the Ministers whose declarations are here reproduced have not appeared

naissent la pleine authenticité ou qu'ils les expliquent et les commentent. Aussi je passe aux textes officiels promulgués et publiés qui constituent à la fois une preuve matérielle et un aveu, et dont l'énumération, quoique non exhaustive, rapporte la preuve des diverses manifestations illicites de l'*apartheid* ainsi que des droits humains correspondants qui ont été violés.

Les principaux textes qui ont cet effet probatoire sont les suivants:

1) Le *Bantu Trust and Land Act* de 1936, relatif aux réserves pour les Africains, constituant une ségrégation territoriale définitive, et qui porte atteinte à la liberté individuelle, au droit de libre déplacement et de libre résidence et au droit de propriété (Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 1, 13 et 17).

2) Le *Natives (Urban Areas) Proclamation* de 1951, modifié en 1954, aux termes duquel les noirs ne peuvent résider dans les zones urbaines, sauf quelques exceptions; proclamation qui viole les mêmes droits que le *Bantu Trust and Land Act.*

3) Les *Native Reserve Regulations* de 1924 et de 1938, qui interdisent aux Africains dans les réserves de les quitter ou d'y retourner sans une autorisation spéciale, violant les droits humains précités.

4) Le *Native Administration Proclamation* de 1922, qui interdit aux Africains de se déplacer sans un laissez-passer, violant le droit de libre déplacement (art. 13).

5) Le *Native Building Workers Act* de 1951, qui porte atteinte aux principes d'égalité et de liberté (art. 1).

6) Le *Prohibition of Political Interference Act* de 1968, qui interdit, en violation des libertés démocratiques, les partis à composition mixte (art. 21).

7) Le *South West Africa Affairs Amendment Act* de 1949, qui méconnaît les droits politiques des Africains (art. 21).

8) Le *Master and Servants Proclamation* de 1920, qui constitue en délit la rupture d'un contrat d'emploi, portant atteinte au droit du travail et à la dignité humaine, et rétablit, en quelque sorte, le travail forcé (art. 1 et 23).

9) Le *Prohibition of Mixed Marriages Ordinance* de 1953, qui considère nuls les mariages entre noirs et blancs, violant le principe d'égalité et les droits de la famille et la dignité humaine (art. 1 et 16).

10) Le *Terrorism Act* de 1967, destiné à donner plein effet à la pratique de l'*apartheid* par une répression sévère qui viole les principes les plus sacrés du droit criminel, à savoir la légalité des délits, les règles relatives à la définition de l'action principale et de la complicité, la non-rétroactivité des délits et des peines, la présomption d'innocence, la règle de la chose jugée.

before the Court to certify their full authenticity or to explain and comment upon them. I therefore turn to the official texts which have been promulgated and published, and which constitute at one and the same time material proof and an admission; their mere enumeration, even though not exhaustive, demonstrates the various forms in which the unlawfulness of *apartheid* is manifested and the corresponding human rights which have been violated.

The chief texts possessing this probative effect are the following:

1. The Bantu Trust and Land Act of 1936, concerning reserves for Africans which constitute permanent territorial segregation; it thus encroached upon personal liberty, freedom of movement, freedom of residence and the right to own property (Universal Declaration of Human Rights, Arts. 1, 13 and 17).

2. The Natives (Urban Areas) Proclamation of 1951, amended in 1954, under which Black persons may not, with a few exceptions, reside in urban areas; this Proclamation infringes the same rights as the Bantu Trust and Land Act.

3. The Native Reserve Regulations of 1924 and 1938, which forbade Africans in the reserves to leave them or return to them without special authorization; this also violates the human rights mentioned above.

4. The Native Administration Proclamation of 1922, which forbids Africans to circulate without a pass; this violates the right to freedom of movement (Art. 13).

5. The Native Building Workers Act of 1951, which encroaches upon the principles of equality and liberty (Art. 1).

6. The Prohibition of Political Interference Act of 1968, which, in violation of democratic freedoms, prohibits parties of racially mixed membership (Art. 21).

7. The South West Africa Affairs Amendment Act of 1949, which flouted the political rights of the Africans (Art. 21).

8. The Master and Servants Proclamation of 1920, which makes the breach of a contract of employment a punishable offence; this constitutes an infringement of the right to work and an affront to human dignity, and virtually reintroduces forced labour (Arts. 1 and 23).

9. The Prohibition of Mixed Marriages Ordinance of 1953, which regards marriages between Blacks and Whites as void; this is another affront to human dignity and violates the principles of equality as well as the rights of the family (Arts. 1 and 16).

10. The Terrorism Act of 1967, intended to enforce *apartheid* through severe repression, which violates the most sacred principles of criminal law, namely the rule *nullum crimen sine lege*, the rules relating to the definition of principal and accessory, the non-retroactivity of penal laws and of penalties, the presumption of innocence, and the rule of *res judicata*.

11) Le *Suppression of Communism Act* de 1950, étendu à la Namibie, qui présente les mêmes caractéristiques illicites que la loi contre le terrorisme.

Il n'est pas sans intérêt, en définitive, de rappeler que la Commission des droits de l'homme dénonce dans sa résolution 3 (XXIV) de 1968 les lois et les pratiques de l'*apartheid* et

> « Condamne les agissements du Gouvernement de l'Afrique du Sud qui poursuit et intensifie sa politique inhumaine d'*apartheid* en violation totale et flagrante de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme. »

En conclusion de ce qui précède, il est permis de croire que l'Assemblée générale n'errait pas lorsqu'elle soulignait, dans la résolution 395 (V) du 2 décembre 1950, que tout système de ségrégation raciale, tel l'*apartheid*, est automatiquement fondé sur des doctrines de discrimination raciale. Elle n'a pas été moins catégorique dans sa déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par sa résolution 1904 (XVIII). Cette déclaration condamne la discrimination raciale et l'*apartheid* comme une violation des droits de l'homme. Elle a été adoptée à l'unanimité. On comprend difficilement après cet accord général des Etats, dont certains disposent des moyens d'investigation les plus complets, qu'on puisse douter de la réalité du fait illicite qu'ils dénoncent.

La condamnation de l'*apartheid* a, au surplus, dépassé le stade des déclarations pour passer dans celui des conventions obligatoires. La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, comprenant naturellement l'*apartheid*, adoptée par l'Assemblée générale le 21 décembre 1965, est entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

9. L'Afrique du Sud n'a pas contesté uniquement la matérialité des faits, mais aussi l'interprétation qui en a été donnée par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité. Le point de vue qu'elle soutient, et que tous les Etats lui dénient, même ceux qui discutent la validité des mesures prises à son égard, est que son administration a été précisément conçue en vue de réaliser les objectifs du mandat consistant à accroître le bien-être et le progrès social des populations; que l'*apartheid*, ou développement séparé de ces populations, aurait été instauré en conséquence dans leur intérêt, étant donné leur état d'évolution sociale; que les mesures prises, jugées contraires aux dispositions de la Charte et à la Déclaration universelle des droits de l'homme, notamment par la résolution 2145 (XXI) révoquant le mandat, étaient également justifiées par les circonstances inhérentes au milieu humain et ne tendent qu'à la réalisation de la mission dont l'Afrique du Sud a été investie.

La Cour a fort justement rapporté, au paragraphe 131 de l'avis, la

11. The Suppression of Communism Act of 1950, extended to Namibia, which has the same unlawful characteristics as the Terrorism Act.

It is, in sum, not without interest to recall that the Commission on Human Rights, in its resolution 3 (XXIV) of 1968, denounced the laws and practices of *apartheid* and *condemned*—

> ". . . the Government of South Africa for its perpetuation and intensification of the inhuman policy of *apartheid*, in complete and flagrant violation of the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights".

In the light of the foregoing it is justifiable to consider that the General Assembly was not mistaken when, in resolution 395 (V) of 2 December 1950, it emphasized that any system of racial segregation, such as *apartheid*, is necessarily based on doctrines of racial discrimination. The Assembly was no less categorical in its Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, adopted by resolution 1904 (XVIII). This Declaration condemns racial discrimination and *apartheid* as violating human rights. It was adopted unanimously. Given this general agreement of States, some of which have the fullest possible means of investigation at their disposal, it is difficult to understand how the material existence of the illegalities they denounce can be doubted.

Furthermore, the condemnation of *apartheid* has passed the stage of declarations and entered the phase of binding conventions. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination—naturally including *apartheid*—adopted by the General Assembly on 21 December 1965, came into force on 4 January 1969.

9. South Africa has not only contested the material existence of the facts but also the interpretation placed upon them by the General Assembly and the Security Council. Its point of view—rejected by all States, even those which question the validity of the measures taken against South Africa—is that its administration has been designed with the precise aim of realising the objectives of the Mandate, these being to promote the well-being and social progress of the inhabitants; that accordingly *apartheid*, or the separate development of these populations was, given their stage of social evolution, instituted in their own interest: that the measures which have been deemed contrary to the provisions of the Charter and to the Universal Declaration of Human Rights, in particular by resolution 2145 (XXI) revoking the Mandate, were justified by the socio-anthropological circumstances and are directed solely to the accomplishment of the mission entrusted to South Africa.

The Court, in paragraph 131 of the Advisory Opinion, has very justly

preuve textuelle de l'illégalité de la pratique de l'*apartheid*. Des preuves concrètes peuvent également être tirées des faits sans plus ample informé. Quand de pareilles preuves sont susceptibles d'être rapportées, il convient de les présenter pour rendre encore plus décisives, si besoin est, les conclusions de la Cour. Je traiterai, à ce propos, de deux questions que la Cour n'a pas abordées et qui sont utiles à la clarté du sujet: l'une pour répondre à la prétention que le peuple namibien n'en est pas un; l'autre afin de réfuter l'affirmation que l'*apartheid* répond à l'obligation du mandataire de promouvoir le bien-être du peuple sous mandat et son progrès social.

10. L'argument auquel l'Afrique du Sud s'attache avec le plus de véhémence est la disparité des ethnies en Namibie. Pour justifier la politique d'*apartheid* qu'ils appliquent tant en République sud-africaine qu'en Namibie, les gouvernements successifs de Pretoria ont avancé la thèse selon laquelle les autochtones dans le sud-ouest de l'Afrique n'ont jamais constitué un peuple, et qu'en raison des oppositions ethniques et sociologiques qui les divisent et les dressent les uns contre les autres, seule la politique de développement séparé fondée sur les institutions tribales pouvait leur assurer le bien-être et le progrès social. Cette assertion permettait au Gouvernement sud-africain, non seulement de se défendre de faire une politique de discrimination raciale, mais aussi de rejeter toute accusation de violer les dispositions du mandat et de la Charte et de contrevenir à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Je me propose de montrer, en conséquence, que la prémisse sur laquelle l'Afrique du Sud se fonde pour justifier ses méthodes d'administration de la Namibie est fausse; que le peuple namibien, lointain héritier d'une vieille civilisation qui n'avait rien à envier en son temps à l'Europe, avait, avant le régime colonial, participé à la constitution de grands empires, nonobstant la multiplicité des éléments dont il se compose comme tant d'autres peuples.

Que de peuples se sont en effet constitués d'éléments humains divers et variés, de nos jours et tout au long de l'histoire. La multiplicité des ethnies n'a pas fait obstacle à la formation des peuples et des Etats en Afrique. Sans parler des Etats anciens du Ghana, du Mali, de Bournou, d'Axoum, de Kivu, du Bénin et des Bantous, ainsi que de l'Etat du Congo créé par le congrès de Berlin, on ne peut nier qu'un grand nombre des quelque trente Etats libérés depuis 1960 sont multiraciaux. D'autres exemples analogues se rencontrent en Asie avec l'Inde, la Chine, le Pakistan. En Europe, plus d'un Etat conserve le souvenir, parfois vivace, de l'union aujourd'hui parachevée; telle celle de la Suisse, de la Tchécoslovaquie ou de la Yougoslavie; ou celle du Royaume-Uni depuis les invasions nordiques et jusque sous les règnes de Henri VIII (incorporation du pays de Galles) et d'Anne Stuart (union de l'Angleterre et de l'Ecosse). Et pour revenir à l'Afrique du Sud, ne la voit-on pas gouvernée par la minorité blanche qui est formée de l'union d'immigrants de nationalités

adduced the textual proof which exists of the unlawfulness of the practice of *apartheid.* Concrete proof could likewise be drawn from the facts already in the Court's possession. When it is possible to refer to such proofs, it is even better to present them in order to reinforce, if need be, the decisiveness of the Court's findings. In this connection I propose to deal with two questions which the Court has not touched upon but which afford opportunities for further clarification: in order, first, to meet the assertion that the Namibian people is not a people and, secondly, to refute the claim that *apartheid* corresponds to the Mandatory's obligation of promoting the well-being and social progress of the people under Mandate.

10. The argument to which South Africa clings most tenaciously is that of the disparity of the various ethnic groups in Namibia. In order to justify the policy of *apartheid* applied not only in the Republic of South Africa but also in Namibia, successive Pretoria governments have put forward the argument that the natives in the south-west of Africa have never formed a people, and that, because of the ethnic and sociological differences which divide them and set them against each other, only the policy of separate development based upon their tribal institutions could ensure their social well-being and progress. This assertion has been used to buttress denials by the South African Government that it pursued a policy of racial discrimination and has also permitted it to reject any accusation that it violated the provisions of the Mandate and the Charter or contravened the Universal Declaration of Human Rights. I therefore propose to show that the premise upon which South Africa bases this justification of its methods of administration in Namibia is a false one; that the Namibian people, ultimate heir of an ancient civilization which in its heyday rivalled anything in Europe, had, before the days of the colonial régime, taken part in the making of great empires, notwithstanding the multiplicity of the elements of which it, like so many other peoples, is composed.

How many of the peoples that have come into being, throughout history and in our times, have not in fact been made up of a variety of human elements? Multiplicity of ethnic entities has been no obstacle to the formation of peoples and States in Africa. Not to mention the ancient States of Ghana, Mali, Bornu, Axum, Kivu, Benin and that of the Bantus, or the Congo State of the Berlin Conference, it cannot be denied that a large number of the 30 or so States liberated since 1960 are multiracial. India, China and Pakistan offer similar examples in Asia. Many States of Europe also preserve what is sometimes no faded memory of a now complete process of union: for example, Switzerland, Czechoslovakia, Yugoslavia, or the United Kingdom from the Norse invasions down to the reigns of Henry VIII (incorporation of Wales in England) and Queen Anne (union with Scotland). Moreover, is not even the South Africa of today governed by a White minority formed by the union of immigrants of different national origins—Germans, English, Dutch and

d'origines différentes: Allemands, Anglais, Hollandais et quelques autres, alors que le peuple de Namibie, de tout temps maître du pays, est aujourd'hui uni par des aspirations communes, fondement juridique de la nation, à une vie indépendante et libre, quel que soit le régime politique qu'il se choisira après l'indépendance.

Une incursion dans les faits montrera, tout d'abord, ce qu'était la vie juridique en Afrique, et ce qu'on appelait alors le droit africain, par opposition au « droit public de l'Europe »; un droit africain illustré, si l'on peut dire, par la monstrueuse erreur que les auteurs de l'acte de Berlin ont commise et dont les séquelles n'ont pas encore disparu de la scène politique africaine. Monstrueuse erreur et flagrante injustice que celles de considérer l'Afrique sub-saharienne « territoires sans maître » à partager entre les puissances pour être occupée et colonisée. Alors que déjà Vitoria écrivait au XVI[e] siècle que les Européens ne peuvent acquérir la souveraineté sur les Indes par le procédé de l'occupation, car elles ne sont pas territoires sans maître.

Par une ironie du sort, la déclaration issue du congrès de Berlin en 1885 tenant le continent noir pour « territoires sans maître », visait des régions qui ont vu naître et se développer des Etats et des empires florissants. On ne devrait pas, en effet, ignorer ce qu'était l'Afrique avant que ne s'y soient abattus les deux plus grands fléaux que l'histoire de l'humanité ait jamais rapportés: la traite des noirs, qui a sévi pendant des siècles, à une échelle jamais connue, et le colonialisme, exploitant à outrance hommes et biens. Avant que ces terribles fléaux n'aient déferlé sur le continent noir, les peuples africains avaient constitué des Etats, voire des empires de grande civilisation. Seule l'Abyssinie, par sa résistance farouche, échappa à la traite et rejeta le colonialisme, sauvegardant ses vénérables institutions étatiques. Des Etats moins anciens, mais aussi fortement structurés que le pays des négus, n'offrent aujourd'hui à la vue que des ruines rappelant d'évanescents souvenirs. Il est aussi juste qu'utile de les évoquer un à un.

Dès les premiers siècles de l'ère chrétienne, l'empire du Ghana, dont la puissance et la richesse n'avaient pas d'égales en Europe occidentale après la chute de l'empire romain. L'empire du Mali, qui s'étendait sur des territoires plus vastes que l'Europe, alors qu'une notable partie de celle-ci était divisée en fiefs souvent en lutte les uns contre les autres; au centre de cet empire brillait une université plus ancienne que toutes celles de l'Europe: l'université de Tombouctou, à propos de laquelle on disait, pour en marquer la splendeur, que le profit qui y était tiré de la vente des manuscrits dépassait celui de toute activité économique. L'Etat de Bournou, dont la prospérité était encore telle qu'au XIX[e] siècle, à la veille de la conquête, lorsqu'un voyageur anglais s'y rendit, la condition des plus humbles lui parut douce et heureuse. Les civilisations des Grands Lacs, où l'on retrouve des vestiges de routes, de canaux d'irrigation, de digues, des aqueducs d'une technique admirable. Passant sans nous y arrêter par les civilisations d'Axoum, de Kivu, de Bénin,

several others? Whereas the people of Namibia, which always used to be the master of the country, is nowadays united by common aspirations, the legal foundation of nationhood, towards a life of independence and freedom, whatever may be the political régime which it will select after obtaining independence.

If we take a look at the historical facts, we shall see, in the first place, what legality used to be taken to mean in Africa and what it was which used to be called "African law" as opposed to "the public law of Europe"; an African law illustrated—if one can apply the term—in the monstrous blunder committed by the authors of the Act of Berlin, the results of which have not yet disappeared from the African political scene. It was a monstrous blunder and a flagrant injustice to consider Africa south of the Sahara as *terrae nullius*, to be shared out among the Powers for occupation and colonization, when even in the sixteenth century Vitoria had written that Europeans could not obtain sovereignty over the Indies by occupation, for they were not *terra nullius*.

By one of fate's ironies, the declaration of the 1885 Berlin Congress which held the dark continent to be *terrae nullius* related to regions which had seen the rise and development of flourishing States and empires. One should be mindful of what Africa was before there fell upon it the two greatest plagues in the recorded history of mankind: the slave-trade, which ravaged Africa for centuries on an unprecedented scale; and colonialism, which exploited humanity and natural wealth to a relentless extreme. Before these terrible plagues overran their continent, the African peoples had founded States and even empires of a high level of civilization. Only Abyssinia, by its savage resistance, escaped the slave-trade and repelled colonialism, preserving its venerable institutions of State. States less ancient but structurally no less developed than the country of the Negus have nothing to show today but ruins enshrining faint impressions of the past. It is just and pertinent that they be recalled here one by one, beginning, in the first centuries of the Christian era, with the empire of Ghana, the power and wealth of which was unequalled in Western Europe after the fall of the Roman Empire. The empire of Mali, which covered territories more vast than Europe at a time when a considerable part of the latter was a feudal and often feuding patchwork; at the centre of this empire shone a university more ancient than any of Europe, the University of Timbuktu, of which it was said, in illustration of its splendour, that the profit there obtained from the sale of manuscripts exceeded that derived from any economic activity. The State of Bornu, the prosperity of which was still such in the nineteenth century, when visited by an English traveller shortly before its conquest, that the situation of the most humble citizen appeared to him happy and comfortable. The Great Lake civilizations, where traces can be found of roads, irrigation canals, dykes and aqueducts, of a remarkable level of technical skill. Passing on, without pausing to consider the civilizations of Axum, Kivu and Benin, we come to that of Southern Africa. On the

nous arrivons à celle de l'Afrique australe. Sur les rives du Zambèze, sur ces mêmes lieux que domine la République sud-africaine, les Portugais trouvèrent, au dire de Barboza, « un commerce plus riche qu'en toute autre partie du monde ». La comparaison est flatteuse, car c'était au temps de la splendeur des républiques italiennes. Au Zimbabwé, l'actuelle Rhodésie, des ruines gigantesques rappelant les bastions nouragiques ou mycéniens, en attestent l'ancienne grandeur. Son empire s'étendait dans l'actuelle République sud-africaine, sur les deux rives du Limpopo, englobant l'actual Transvaal et les sites de Pretoria et Johannesburg. Pour résumer, rappelons ce qu'en disait Raimondo Luraghi:

> « Ainsi au moment de l'arrivée des Portugais, une histoire variée se déroulait depuis des siècles et des millénaires, du désert du Sahara à l'Afrique du Sud; histoire de peuples civilisés, comparable à celle des grands empires de l'Amérique latine, ou d'Europe aux jours les plus brillants de l'Antiquité et du Moyen-Age. »

Au surplus, la civilisation africaine n'était pas uniquement matérielle. Pour saisir la haute pensée de ces peuples discrédités ou ignorés, citons l'étude que le père Placide Tempels, franciscain belge, a consacrée aux Bantous, qui vivent encore en grand nombre en Namibie. Le père Tempels intitule son livre *Philosophie bantoue* parce qu'il avait remarqué le caractère ontologique de leur pensée, fondée sur la conscience de soi, sur le « Connais-toi toi-même », ajouterais-je, du philosophe phénicien Thalès, adopté par les Grecs et rangé parmi les sept sages de la Grèce. « Cette doctrine spirituelle intense qui anime et alimente les âmes au sein de l'Eglise catholique », écrit Placide Tempels, « trouve une analogie saisissante dans la pensée ontologique des Bantous ». Et ces derniers sont justement une des grandes ethnies habitant les immenses territoires auxquels le colonialisme s'accroche encore désespérément, soit depuis le Mozambique et l'Angola, jusqu'au Zimbabwé, à l'Afrique du Sud et à la Namibie. Et ce sont ces populations mêmes que le Gouvernement sud-africain prétend être formées de tribus d'origines diverses incapables de s'unir et ne méritant pas le titre de peuple que leur ont reconnu les Nations Unies.

11. Après avoir fait justice de la thèse selon laquelle le développement séparé ou *apartheid* s'impose en raison de la diversité des éléments ethniques des populations qui les rend inaptes à constituer un peuple, je passe à l'argument suivant lequel les mesures discriminatoires adoptées par les autorités sud-africaines se justifient par l'état social des Namibiens.

L'article 2, alinéa 2, de l'acte de mandat dispose que

> « le Mandataire accroîtra, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire soumis au présent mandat ».

banks of the Zambezi, in the same areas as are now dominated by the Republic of South Africa, the Portuguese found, to quote Barboza, "richer trade than in any other part of the world". This is a flattering comparison, for it was made when the Italian republics were at their splendid apogee. In Zimbabwe, the present Rhodesia, gigantic ruins, which call to mind the bastions at Nuragus or Mycenae, bear witness to its ancient grandeur. Its empire extended, into what is now the Republic of South Africa, on both banks of the Limpopo, including the present Transvaal and the sites of Pretoria and Johannesburg. To sum up, let us recall what Raimondo Luraghi has written:

> "Thus, at the time of the arrival of the Portuguese, a chequered history had unrolled for centuries and millennia between the Sahara desert and South Africa—a history of civilized peoples, comparable to that of the great empires of Latin America or of Europe in the most brilliant days of Antiquity and the Middle Ages."

Furthermore, African civilization was not merely material. To give some idea of the high intellectual level of these discredited, unknown or ignored peoples I would quote the work written by Father Placide Tempels, a Belgian Franciscan, on the Bantu people, who still live in Namibia in large numbers. Father Tempels called his book *Philisophie bantoue*, because he had observed the ontological nature of their thinking, based upon awareness of self—on the "know thyself", may I add, of Thales, the Phoenician philosopher who was adopted by the Greeks and ranked among the Seven Sages of their land. "To that intense spiritual doctrine which quickens and nourishes souls within the Catholic church," writes Placide Tempels, "a striking analogy may be found in the ontological thinking of the Bantus." The latter are in fact one of those same great ethnic groups which inhabit the immense territories to which colonialism still desperately clings, that is to say from Mozambique and Angola to Zimbabwe, South Africa and Namibia. And it is these very populations which the South African Government claims are made up of tribes of diverse origins which are incapable of uniting, and which do not deserve the title of a people which the United Nations has attributed to them.

11. Having done justice to the contention that separate development or *apartheid* is a necessity on account of the diversity of ethnic composition precluding on the part of the inhabitants a potentiality for nationhood, I shall now turn to the argument that the measures of discrimination adopted by the South African authorities can be justified in terms of the stage of social evolution reached by the Namibians.

The second paragraph of Article 2 of the mandate agreement provides that:

> "The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of inhabitants of the territory subject to the present Mandate."

C'est, comme il est dit, par tous les moyens en son pouvoir que l'Etat mandataire doit s'acquitter de son obligation. Il a, à cet effet, aux termes de l'alinéa 1 dudit article, « pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat ».

C'est donc un pouvoir discrétionnaire que le Conseil de la Société des Nations lui a, à tort ou à raison, sciemment concédé. Mais un pouvoir discrétionnaire au sens juridique du terme, qui ne veut évidemment pas dire un pouvoir arbitraire, et qui est nécessairement subordonné à certaines limitations qui découlent des principes et des règles du droit en vigueur, et notamment des droits des peuples et des individus.

Selon la thèse de l'Afrique du Sud, seule sa mauvaise foi pourrait lui être reprochée dans l'usage de ce pouvoir. Ainsi lui seraient pardonnés la carence ou la négligence, qu'elles soient graves ou légères, l'abus de droit, la fausse interprétation des dispositions de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, de l'acte de mandat ou de la Charte des Nations Unies, interprétation qui a précisément conduit à la justification de la discrimination raciale et de l'*apartheid*, à l'annexion effective du territoire de la Namibie, aux mesures d'ordre législatif, administratif et judiciaire contraires au droit commun national et international, aux principes de la Charte et à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

On ne peut cependant échapper à la nécessité dialectique de comparer la responsabilité de l'autorité administrant un pays placé sous sa tutelle, à celle des autres autorités investies de l'administration de leur propre pays ou des intérêts de leurs nationaux. A ces dernières, il est demandé, en droit public, d'assurer un bon gouvernement et, dans les institutions de droit personnel, de se comporter en bon père de famille; l'abus de droit et le détournement de pouvoir leur sont à plus forte raison reprochables. En bref, on ne peut refuser au juge international, comme au juge national, le droit d'apprécier, en toutes circonstances, s'il a été fait bon usage du pouvoir discrétionnaire; si, au jugement du tribunal international, le pouvoir discrétionnaire a été exercé en vue de promouvoir le bien-être des populations et leur progrès social; ou si l'Etat investi du mandat a épuisé toutes les possibilités pour s'acquitter de ses obligations. Cela revient à se demander si la discrimination raciale et l'*apartheid*, ainsi que les mesures connexes, condamnables en eux-mêmes, se justifient par des circonstances locales ou temporaires, généralement d'ordre social, et par l'intérêt des populations en cause. Pour se prononcer dans ces diverses situations, le juge ne peut se fier à son jugement personnel, jugement subjectif variable selon la mentalité de chaque juge, ses conceptions juridiques, philosophiques et morales, ses vues sur le droit naturel, sa formation culturelle, ses origines sociales. C'est à un critère ou *standard* objectif qu'il semble qu'il doive se référer. Ce critère lui est proposé par le comportement de la généralité des Etats ainsi que des organisations internationales. S'il se décide en outre à s'inspirer des précédents judiciaires nationaux, riches en exemples comme la notion du bon père de famille déjà mentionnée, ou des puissants courants

Here then is an obligation which the Mandatory has to carry out "to the utmost" *[par tous les moyens en son pouvoir]*. To that end the first paragraph of the same Article confers upon him "full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate".

This means that, rightly or wrongly, the Council of the League of Nations deliberately conferred a power of discretion on the Mandatory. It was however a power of discretion in the legal sense of the term, thus evidently not an arbitrary power but one necessarily subordinate to certain limitations which flow from the overriding principles and rules of law, more particularly the rights of peoples and individuals.

South Africa contends that bad faith would be the only ground upon which criticism could be levelled against its use of that power. This implies that South Africa could be pardoned for irresponsible inaction or neglect, whether serious or slight; for the misuse of law; or for a wilful misinterpretation of the provisions of Article 22 of the Covenant, the Mandate and the United Nations Charter which is alleged to justify racial discrimination and *apartheid*, *de facto* annexation of the Territory of Namibia, and legislative, administrative or judicial measures contrary to the tenets of both national and international law, the principles of the Charter and the Universal Declaration of Human Rights.

But in fact there is no escaping the dialectical necessity of comparing the responsibility of an authority administering a country placed under its guardianship with that of other authorities entrusted with the administration of their own countries or the interests of their nationals. The latter are expected in public law to provide good government and, in the area of personal rights, to model their conduct on that of the *bonus paterfamilias*; they are for that reason the more to be blamed for any abuse of law or misuse of power. In short, the international judge cannot be denied the right of determining in all circumstances whether proper use has been made of the discretionary power; whether, in the opinion of the international tribunal, it has been exercised with a view to the promotion of the well-being and social progress of the population, or whether the mandatory State has done its utmost to fulfil its obligations. This implies ascertaining whether racial discrimination, *apartheid* and related measures, blameworthy in themselves, can be justified on account of local or temporary circumstances, usually of a social nature, and the interests of the population in question. To pass an opinion in these various situations, a judge cannot rely on his personal judgment, which is bound to be subjective and vary according to the mentality of each judge, his legal, philosophical and ethical outlook, his views on natural law and his cultural and social background. An objective criterion or standard is clearly necessary. Such a criterion is afforded by the general conduct of States and international organizations as a whole. Should the judge further decide to derive criteria from municipal precedents, which abound in such examples as the notion of the *bonus paterfamilias* already mentioned, or from powerful moral trends in a given country,

moraux dans un pays déterminé, encore faut-il qu'ils soient acceptés par la généralité des autres pays, ou qu'ils soient déjà inscrits dans la conscience universelle. Aussi peut-on dire que les nombreuses résolutions adoptées depuis près d'un quart de siècle, condamnant la discrimination raciale et l'*apartheid* pratiqués en Afrique du Sud puis étendus à la Namibie, décèlent un *standard* objectif que le Gouvernement sud-africain est tenu d'appliquer. On peut en dire autant des autres droits de l'homme. La ferme attitude de la communauté internationale l'atteste par ses prises de position vis-à-vis des manifestations contraires à ces droits. La seule lecture des textes dont il a été fait mention est au surplus à elle seule édifiante.

12. J'en arrive aux conséquences juridiques de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie. Pour les déterminer, il y a lieu tout d'abord de qualifier juridiquement cette présence. S'agit-il d'une simple intervention pacifique? Ou d'une occupation militaire qui dégénère en agression? Ou d'une guerre coloniale? Les conséquences juridiques diffèrent en effet en droit international selon qu'il s'agit de l'une ou l'autre de ces qualifications.

Les représentants d'un certain nombre d'Etats qui ont eu à s'exprimer au Conseil de sécurité y ont dit que l'occupation de la Namibie par la République sud-africaine constitue une agression. Ce sont les représentants de l'Algérie, de la Colombie, de la Hongrie, du Népal, du Nigéria, de la République arabe unie, de l'Union soviétique, de la Zambie [1]. Les autres Etats africains ont dit de même à Addis-Abéba en 1966 qu'il s'agit d'une occupation militaire, ce qui est le propre de l'agression selon toutes les définitions qui ont été données de celle-ci. Et le représentant des Etats-Unis d'Amérique, dans son exposé écrit soumis à la Cour, s'exprime ainsi:

> « Le territoire est occupé par la force contre la volonté de l'autorité internationale habilitée à l'administrer. Cette occupation a un caractère tout aussi belliqueux que s'il s'agissait de l'occupation militaire du territoire d'un autre Etat. »

Une force armée qui viole les frontières d'un pays commet incontestablement une agression. Que serait-ce de l'occupation belliqueuse du territoire tout entier dont parle le représentant des Etats-Unis d'Amérique?

L'Assemblée générale l'a précisé: dans sa résolution 2131 (XX) elle a dit que « l'intervention armée est synonyme d'agression ».

Le représentant du Pakistan a été plus expressif dans son exposé oral du 15 février dernier. Il a vu, à bon escient, dans l'acte consistant à employer la force afin de neutraliser le droit à l'autodétermination, un acte d'agression d'une gravité d'autant plus grande que le droit à l'autodétermination

[1] S/PV. 1387 à 1395.

they must still be acceptable to other countries in general or be already enshrined in the universal conscience of mankind. And in fact it can be said that the many resolutions, adopted over nearly a quarter of a century, which condemn racial discrimination and *apartheid* in South Africa and, as later extended, in Namibia, disclose an objective standard which the South African Government is required to apply. The same can be said with reference to the other human rights. To this the firm attitude of the international community has borne witness whenever it has taken a stand against their infringement. Indeed, the mere perusal of the texts I have mentioned is edifying in this regard.

12. I now come to the legal consequences of the presence of South Africa in Namibia. In order to determine what these are, that presence must first of all be legally classified. Is it a matter of mere peaceful intervention? Or of a military occupation degenerating into aggression? Or a colonial war? For the legal consequences differ in international law according to whether it falls within one or another of these classifications.

The representatives of a certain number of States who have had occasion to speak in the Security Council have stated that the occupation of Namibia by the Republic of South Africa is an aggression. The representatives who so argued were those of Algeria, Colombia, Hungary, Nepal, Nigeria, the Soviet Union, the United Arab Republic, and Zambia [1]. Similarly the other African States stated at Addis Ababa in 1966 that it was a military occupation, which is the mark of aggression according to all the definitions which have been given of that term. And the representative of the United States of America, in the written statement submitted to the Court, expressed the following view:

> "The territory is occupied by force against the will of the international authority entitled to administer it. Such occupation is as much belligerent occupation as the hostile occupation of the territory of another State."

An armed force which violates the frontiers of a country indisputably commits an aggression. What then is the position as to belligerent occupation of a whole territory, to which the representative of the United States refers?

The General Assembly has made matters clear: in resolution 2131 (XX) it said that "armed intervention is synonymous with aggression".

The representative of Pakistan was more emphatic in his oral statement of 15 February last. He rightly viewed the act of using force with the object of frustrating the right of self-determination as an act of aggression, which is all the more grave in that the right of self-deter-

[1] See S/PV. 1387-1395.

est une norme relevant du *jus cogens* à laquelle il n'est permis de déroger en aucune circonstance.

Je me hâte de rappeler que le Conseil de sécurité n'a pas été en deçà de toutes ces affirmations. Il a qualifié l'occupation de la Namibie d'illégale. Il a reconnu, après l'Assemblée générale, dans sa résolution 269 (1969) «la légitimité de la lutte du peuple de la Namibie contre la présence illégale des autorités sud-africaines dans le territoire»; lutte légitime contre quoi, sinon contre une agression? C'est une interprétation logique à laquelle il n'y a pas de réponse possible. Cela résulte d'ailleurs non seulement de la logique des choses, mais du texte même de la Charte. L'article 51, en effet, n'autorise la défense ou la lutte légitime que dans le cas où l'on réagit contre une agression armée. C'est donc d'une agression armée qu'il s'agit du moment que le Conseil de sécurité proclame la légitimité de la défense ou de la lutte contre l'occupant étranger, dont l'acte ne peut être, en conséquence, qu'une agression. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'expression du Conseil, rappelée par la Cour au paragraphe 109 de l'avis, «que l'occupation continue du territoire de la Namibie par les autorités sud-africaines constitue une atteinte agressive à l'autorité des Nations Unies».

L'agression commise par l'Afrique du Sud à l'endroit de la Namibie est d'autant plus grave qu'elle s'est traduite, en fait et nonobstant les dénégations du Gouvernement sud-africain, en une véritable annexion. Celle-ci est établie sans conteste par des faits qu'il n'est pas possible de récuser. J'en cite les principaux dont il est facile de dégager le sens et la portée:

1) Le *South West Africa Affairs Amendment Act* de 1949 supprime de la constitution du territoire toute référence au mandat.

2) Le Gouvernement sud-africain soutient qu'il occupe le territoire du Sud-Ouest africain en vertu de la conquête et de la prescription acquisitive.

3) Dans les seize actes législatifs suivants, l'Union, ou l'Etat, ou la République sont définis comme englobant le Sud-Ouest africain:

a) le *Terrorism Act* de 1967;
b) le *Border Control Act* de 1967;
c) le *War Pensions Act* de 1967;
d) le *Wool Act* de 1967;
e) le *Armaments Development and Production Act* de 1968;
f) le *Human Sciences Research Act* de 1968;
g) le *Professional Engineers' Act* de 1968;
h) le *Companies Amendment Act* de 1969;
i) le *Land Bank Amendment Act* de 1969;
j) le *National Monuments Act* de 1969;
k) le *Births, Marriages and Deaths Registration Act* de 1970;
l) le *Land Survey Act* de 1970;

mination is a norm of the nature of *jus cogens*, derogation from which is not permissible under any circumstances.

I hasten to recall that the Security Council has used terms no less forceful. It described the occupation of Namibia as illegal. In its resolution 269 (1969), following the General Assembly, it recognized "the legitimacy of the struggle of the people of Namibia against the illegal presence of the South African authorities in the territory"; a legitimate struggle against what, if not against an aggression? This is a logical interpretation, no refutation of which is possible. It follows not only from the logic of things but also from the actual text of the Charter. For Article 51 only authorizes self-defence *[légitime défense]* or legitimate struggle in cases of response to armed attack *[agression armée]*. Thus once the Security Council proclaims the legitimacy of a defence or of a struggle against a foreign occupier, it is an armed attack *[agression armée]* which is in question, and the occupier's act cannot consequently be anything other than an aggression *[agression]*. It is in this context that one must understand the Council's expression, mentioned by the Court in paragraph 109 of the Opinion, "that the continued occupation of the territory of Namibia by the South African authorities constitutes an aggressive encroachment on the authority of the United Nations".

The aggression committed by South Africa with regard to Namibia is the more serious in that, *de facto* and notwithstanding the South African Government's denials, it has turned into a veritable annexation. This can be indisputably proved by facts which cannot be denied. I will quote the more important of these, the meaning and significance of which it is easy to discern:

(1) The South West Africa Affairs Amendment Act of 1949 deleted all references to the Mandate from the Constitution of the Territory.

(2) The South African Government contends that it occupies the Territory of South West Africa by conquest or by acquisitive prescription.

(3) In the 16 following pieces of legislation, the "Union", or the "State", or the "Republic" of South Africa is defined as including South West Africa:

(a) the Terrorism Act of 1967;
(b) the Border Control Act of 1967;
(c) the War Pensions Act of 1967;
(d) the Wool Act of 1967;
(e) the Armaments Development and Production Act of 1968;
(f) the Human Sciences Research Act of 1968;
(g) the Professional Engineers' Act of 1968;
(h) the Companies Amendment Act of 1969;
(i) the Land Bank Amendment Act of 1969;
(j) the National Monuments Act of 1969;
(k) the Births, Marriages and Deaths Registration Act of 1970;
(l) the Land Survey Act of 1970;

m) le *Land Surveyors' Registration* Registration *Act* de 1970;
n) le *Maintenance Act* de 1970;
o) le *National Supplies Procurement Act* de 1970;
p) le *Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act* de 1970.

4) Le *South West Africa Affairs Amendment Act* de 1949, qui réalise l'annexion au niveau de la constitution en représentant les Namibiens au parlement de Pretoria.

L'annexion de la Namibie ainsi réalisée par l'Afrique du Sud est un acte d'agression qualifié. Un exemple mémorable de cette sorte d'agression est donné par l'historique déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, formulée par l'Union soviétique, les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et la Chine, qualifiant d'agression l'occupation et l'annexion de l'Autriche par l'Allemagne hitlérienne et affirmant solennellement qu'ils ne la reconnaîtraient pas. Que l'annexion d'un territoire par un simple déplacement de forces ou par la présence de forces étrangères soit rangée par cette déclaration parmi les actes d'agression, cela signifie que l'on donne à l'agression une portée plus étendue que celle de la notion *stricto sensu* d'attaque armée. Cela se conçoit d'ailleurs sans difficulté, car l'occupation et l'annexion réalisent les buts ultimes de l'agression, entraînant la destruction de l'entité objet de celle-ci. En définition l'occupation de l'Autriche en vue de son annexion serait qualifiée d'agression, et l'occupation de la Namibie suivie de son annexion ne le serait pas? C'est ce que la Cour n'a pas voulu en rappelant, au paragraphe 109 de l'avis, qu'au paragraphe 3 du dispositif de la résolution 269 (1969), le Conseil décidait que « l'occupation continue du territoire de la Namibie par les autorités sud-africaines constitue une atteinte agressive à l'Organisation des Nations Unies ». L'Assemblée générale avait déjà déclaré dans sa résolution 2074 (XX) que « toute intervention visant à annexer une partie ou l'ensemble du Sud-Ouest africain constitue un acte d'agression ». En effet, si le droit ancien, celui de l'acte de Berlin de 1885 et des traités du Bardo et d'Algésiras, et de nombre d'autres, tolérait la conquête et l'annexion — dont le comportement de l'Afrique du Sud semble être une des dernières manifestations — le droit moderne, celui de la Charte des Nations Unies, des pactes de Bogota et d'Addis-Abéba, les condamnent sans recours. L'annexion n'est rien de moins que la négation du droit nouveau d'autodétermination. Aussi les Nations Unies ont rappelé plus d'une fois que l'acquisition d'un territoire ne peut se faire par l'usage ou la menace de la force. Dans sa dernière résolution 2628 (XXV) du 4 novembre 1970, l'Assemblée générale « réaffirme que l'acquisition de territoires par la force est inadmissible » et qu'en conséquence les territoires occupés doivent être rendus. L'Afrique du Sud n'en a pas moins tenté de justifier son occupation continue de la Namibie, jusque devant la Cour, en soutenant qu'elle s'y trouve par droit de conquête ou par l'effet de la prescription acquisitive. La Cour a rejeté cette prétention aux paragraphes 85 et 86 de l'avis. L'argument le plus catégorique aurait été que la conquête

(m) the Land Surveyors' Registration Act of 1970;
(n) the Maintenance Act of 1970;
(o) the National Supplies Procurement Act of 1970;
(p) the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act of 1970.

(4) The South West Africa Affairs Amendment Act of 1949 effects annexation at constitutional level, by providing for representation of the Namibians in the Pretoria Parliament.

The annexation of Namibia by South Africa is definitely an act of aggression. A memorable example of that kind of aggression is recorded in the historic Moscow Declaration of 30 October 1943 in which the Soviet Union, the United States, the United Kingdom and China qualified the occupation and annexation of Austria by Hitlerite Germany as aggression and solemnly declared their refusal to recognize it. The fact that the annexation of a territory by the mere movement of troops or by the presence of foreign troops is ranked as an act of aggression by that Declaration means that the word aggression covers a wider range than the notion of armed attack *stricto sensu*. This is easily understandable, inasmuch as occupation and annexation achieve the ultimate aims of aggression, bringing about the destruction of the entity which was the latter's target. As a matter of definition, can the occupation of Austria with a view to its annexation be classified as aggression, and the occupation and subsequent annexation of Namibia not be so regarded? This was what the Court has sought to exclude, when in paragraph 109 of the Opinion it recalled that in operative paragraph 3 of resolution 269 (1969) the Security Council decided "that the continued occupation of the territory of Namibia by the South African authorities constitutes an aggressive encroachment on the authority of the United Nations". The General Assembly had stated earlier in resolution 2074 (XX) that "any attempt to annex a part or the whole of the Territory of South West Africa constitutes an act of aggression". For while the law of former times, as in the 1885 Act of Berlin and the Treaties of Bardo and Algéciras and numerous other treaties, tolerated conquest and annexation, of which South Africa's conduct appears to be one of the last examples, modern law, that of the United Nations Charter, the Pact of Bogotá and the Charter of Addis Ababa, condemns them beyond reprieve. Annexation is nothing less than the negation of the new law of self-determination. Thus the United Nations has reiterated that acquisition of a territory may not be effected by the use or the threat of force. In its recent resolution 2628 (XXV), of 4 November 1970, the General Assembly "reaffirms that the acquisition of territories by force is inadmissible", and that consequently the occupied territories must be restored. None the less, South Africa has throughout, and even before the Court, sought to justify its continued occupation of Namibia by claiming to be there by right of conquest or by the effect of acquisitive prescription. The Court has dismissed this claim in paragraphs 85 and 86 of the Opinion. The

et la prescription acquisitive ont disparu complètement du droit nouveau qui a condamné la guerre et proclamé la souveraineté inaliénable.

13. La présence de l'Afrique du Sud en Namibie étant ainsi qualifiée d'illégale et de belliqueuse et, en définitive, considérée comme une agression, quelles en sont les conséquences juridiques?

La reconnaissance par les Nations Unies de la légitimité de la lutte du peuple namibien contre l'agression sud-africaine n'est rien de moins qu'une reconnaissance de belligérance. Elle transforme les hostilités entre un Etat et un autre sujet de droit, ainsi que l'est le peuple namibien, en guerre internationale, au regard des auteurs de la reconnaissance, à savoir tous les Etats Membres des Nations Unies. En conséquence, quand l'agression est le fait, comme en l'espèce, d'un Etat contre un peuple dans le but de le subjuguer par la force, quelles que soient les manifestations de celle-ci, on ne peut lui dénier le caractère d'une guerre ou, pour le moins, d'un état de belligérance [1], avec tous les effets juridiques qui s'y rattachent, dont en particulier le statut de neutralité s'imposant aux Etats tiers.

Si les dispositions de la Charte concernant la sécurité collective avaient pu être mises en œuvre selon la lettre et dans l'esprit de la conférence de San Fransisco, il n'y aurait pas eu de place pour la neutralité, du moins entre Etats Membres des Nations Unies. La Charte avait en effet prévu, d'une part, une armée internationale (art. 43 à 47), et le désarmement (art. 11, par. 1; art. 26 et art. 47, par. 1). Mais la préparation militaire a été délaissée depuis 1948, et le désarmement, qui languit, a fait place, dès le début, à un intense armement nucléaire et classique couvrant actuellement les guerres qui se poursuivent un peu partout dans le monde. Ceci d'une part. Il y eut, d'autre part, les dispositions concernant la sécurité collective (art. 39 et suiv.), dont l'armée internationale devait être le bras séculier. Le sort de la nouvelle institution destinée à mettre fin aux guerres ne fut pas plus heureux. L'action du Conseil de sécurité a été paralysée par le veto, ou par la crainte du veto comme dans la question de la Namibie. En conséquence, la neutralité subsiste, tant que des guerres sont tolérées délibérément ou par impuissance. Cela spécialement pour les Etats Membres qui, se soustrayant aux obligations découlant des résolutions des Nations Unies pour quelque motif que ce soit, doivent pour le moins ne pas contrecarrer l'action ou les mesures adoptées par l'organisation dont ils font partie.

Les obligations des Etats ne participant pas aux hostilités, qui constituent le statut de neutralité, s'imposent aussi bien en cas de guerre

[1] L. Cavaré écrivait au sujet du protectorat colonial: « Si le protégé conserve sa personnalité, il y a guerre au sens international de l'expression et les lois de la guerre doivent être appliquées » (*Droit international public positif*, tome I, 3e éd., p. 551). A plus forte raison en est-il ainsi pour la Namibie, même avant qu'elle ne fût reconnue par les Nations Unies par la résolution 2372 (XXII). Voir aussi le n° 2 de cette opinion.

most categorical argument on the point would have been that conquest and acquisitive prescription have totally disappeared from the new law which has condemned war and proclaimed the inalienability of sovereignty.

13. The presence of South Africa in Namibia having thus been defined as illegal and warlike, and, in short, regarded as aggression, what are the legal consequences of this?

The recognition by the United Nations of the legitimacy of the Namibian people's struggle against the South African aggression is nothing less than a recognition of belligerency. For the recognizing States, namely the States Members of the United Nations, it transforms the hostilities between a State and another subject of law, which the Namibian people is, into an international war. Consequently, when there is aggression by a State against a people for the purpose of subjugating it by force, then whatever its manifestations, it cannot be denied that it has the character of a war, or at least of a state of belligerency[1], with all the legal effects attaching thereto, including in particular the status of neutrality imposed on third-party States.

If the provisions of the Charter concerning collective security could have been implemented according to the letter and in the spirit of the San Francisco Conference, there would have been no place for neutrality, at least among States Members of the United Nations. The Charter provided on the one hand for an international army (Arts. 43 to 47) and disarmament (Art. 11, para. 1; Art. 26, and Art. 47, para. 1). But military preparations have been neglected since 1948, and in place of disarmament, which is in the doldrums, there has from the beginning been an intensive process of nuclear and conventional armament spreading into the wars being carried on more or less all over the world. On the other hand, there were the provisions concerning collective security (Arts. 39 et seq.), the executive counterpart of which was to be the international army. The fate of the new institution intended to put an end to wars was no better than that described above. The Security Council's action has been paralysed by the veto, or by the fear of a veto as in the Namibia question. Consequently, neutrality persists so long as wars are tolerated, whether deliberately or through weakness. This applies particularly in the case of the States Members which, evading the obligations deriving from the United Nations resolutions, for some reason or another, are at least under an obligation not to hinder the activities of or the measures adopted by the Organization of which they are Members.

The obligations of States not participating in hostilities, which constitute the status of neutrality, are applicable in the case of mere belli-

[1] L. Cavaré wrote as follows concerning colonial protectorates: "If the protected country retains its personality, then there is a war in the international meaning of the term and the laws of war must be applied" (*Droit international public positif*, Vol. I, 3rd ed., p. 551). *A fortiori*, this is the case for Namibia even before it was recognized by the United Nations by resolution 2372 (XXII). See also above section 2.

qu'en cas de simple belligérance. Il en serait ainsi si l'on considérait que les rapports entre l'Afrique du Sud et la Namibie ne sont que ceux d'un état de belligérance entre collectivités dont l'une ne constitue pas encore un Etat. L'exemple classique est celui de la Guerre de sécession des Etats-Unis d'Amérique. Que l'on considère donc les Namibiens en état de guerre ou en un état d'insurrection contre l'Afrique du Sud reconnu par la communauté internationale, les obligations des Etats tiers sont claires: ces Etats sont soumis au statut de neutralité tel qu'il résulte des règles de Washington de 1871, des V[e] et XIII[e] conventions adoptées à la conférence de la paix de La Haye de 1907 et devenues règles coutumières, ainsi que des dispositions pertinentes des lois et coutumes de la guerre. Ce qui veut dire abstention et impartialité.

Pour déterminer la notion d'impartialité, il faut faire la distinction entre l'agresseur et la victime [1]. Un exemple notable à retenir est celui de la politique adoptée par les Etats-Unis d'Amérique qui a conduit à la promulgation des actes dit *Cash and Carry* et *Lend-Lease Act*. Ces actes furent des exceptions aux règles de la neutralité fondées sur l'intention de donner assistance aux victimes de l'agression [2]. Pour ce qui concerne certains Etats occidentaux qui continuent à fournir à l'Afrique du Sud armes, munitions et matériel de guerre, leur attitude contrevient au statut de neutralité dont ils avaient jadis profité [3], car le devoir d'impartialité, au lieu d'être interprété par eux en faveur de la victime, est violé au bénéfice de l'agresseur. Ils doivent s'abstenir de procéder à ces fournitures. La résolution 282 (1970) du Conseil de sécurité prononçant l'embargo sur les armes uniquement contre l'Afrique du Sud est dans la ligne de la pratique internationale.

14. Le devoir d'abstention que comporte le statut de neutralité doit

---

[1] G. Schwarzenberger explique cette distinction à propos de la mise en œuvre du pacte Briand-Kellogg en ces termes:

> « Parties to the Kellogg Pact which remain at peace with the aggressor are entitled, by way of reprisal, to depart from the observance of strict neutrality between the Pact-breaker and his victim, and to discriminate against the aggressor. »

Il donne en exemple celui du *destroyer deal* entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne et l'*Aid Britain Act* de 1941. Il ajoute par une comparaison pertinente:

> « As with Members of the United Nations (Art. 2 (5) of the Charter), parties to treaties may even be under a legal duty to discriminate against an aggressor State. » (*A Manual of International Law*, vol. I, 4[e] éd., p. 185.)

[2] Voir E. Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 451 et 477, qui rappelle:

> « The purpose may be to assist the victim of aggression ... in which case American writers have used the expression « supporting State ».

[3] R. Sherwood, dans ses mémoires intitulés *Roosevelt and Hopkins*, p. 221, évoquant l'élan de reconnaissance de Churchill, écrit: « ... and from this came the vast concept which Churchill later described as « a new Magna Charta ... the most unselfish and unsordid financial act of any country in all History ».

gerency just as in the case of war. This would be relevant if it were considered that the relations between South Africa and Namibia are only a state of belligerency between communities, one of which is not yet a State. The classic example of this is the War of Secession in the United States. Therefore, whether the Namibians are regarded as being in a state of war or in a state of insurrection against South Africa, recognized by the international community, the obligations of third States are clear: those States are bound by the status of neutrality as it derives from the 1871 Washington Rules, and Conventions V and XIII adopted by the 1907 Hague Peace Conference—which have become binding rules of customary law—and from the relevant provisons of the laws and customs of war. This means: abstention and impartiality.

In order to define the concept of impartiality, a distinction must be made between the aggressor and the victim of aggression[1]. A noteworthy example is that of the policy adopted by the United States of America, which led to the promulgation of the Cash and Carry and Lend-Lease Acts. These Acts were exceptions to the general rules of neutrality, founded on a desire to assist the victims of aggression[2]. With regard to certain Western States which continue to supply South Africa with arms, ammunition and war material, their attitude contravenes the status of neutrality, from which they have previously benefited[3], for instead of the obligation of impartiality being interpreted by them in favour of the victim, it is violated for the benefit of the aggressor. They should abstain from such deliveries. Security Council resolution 282 (1970), pronouncing the arms embargo against South Africa alone, is in line with international practice.

14. The obligation of abstention entailed by the status of neutrality

---

[1] G. Schwarzenberger explains the distinction in these words in connection with the implementation of the Briand-Kellogg Pact:

> "Parties to the Kellogg Pact which remain at peace with the aggressor are entitled, by way of reprisal, to depart from the observance of strict neutrality between the Pact-breaker and his victim and to discriminate against the aggressor."

As examples in support of this rule he cites the Destroyer Deal between the United States and Great Britain, and the "Aid Britain" Act of 1941. He adds in a relevant comparison:

> "As with Members of the United Nations (Art. 2 (5) of the Charter), parties to treaties may even be under a legal duty to discriminate against an aggressor State." (*A Manual of International Law*, Vol. I, 4th ed., p. 185.)

[2] See E. Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, pp. 451 and 477, who mentions that:

> "The purpose may be to assist the victim of aggression . . . in which case American writers have used the expression 'supporting State' " (p. 451).

[3] R. Sherwood, in his book of memoirs entitled *Roosevelt and Hopkins*, writes on p. 221, of Churchill's overjoyed gratitude: ". . . and from this came the vast concept which Churchill later described as 'a new Magna Charta . . . the most unselfish and unsordid financial act of any country in all history'. "

être déterminé en prenant en considération le développement de l'armement moderne et la diversité des moyens d'assistance qui peuvent être fournis aux belligérants. Les différentes interdictions qu'impose le droit des gens peuvent d'ailleurs doubler et renforcer, ou compléter, celles qui ont été énoncées dans les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité en raison de la violation de la Charte et du droit international. Les Etats peuvent ainsi être tenus à diverses obligations en vertu de plus d'une source d'obligation. Telles sont les interdictions:

1) De toute assistance militaire, non seulement de fait, mais aussi en exécution d'un traité d'alliance ou de défense bilatéral ou multilatéral. Les obligations stipulées par ces traités ne peuvent en effet prévaloir contre celle ne pas assister un Etat agresseur. Un traité qui permettrait l'aide à l'agression serait immoral et contraire à l'ordre international et ne saurait par conséquent être toléré par la communauté internationale. Les traités d'alliance prévoient d'ailleurs généralement qu'ils ne jouent pas si ce n'est pas le cocontractant qui a été attaqué.

2) De toutes fournitures d'armes nucléaires ou classiques et de toutes munitions; de navires, aéronefs ou autres engins de guerre, ainsi que d'hélicoptères armés ou de transport; de fusées, de missiles, d'équipements électroniques d'utilité militaire; de toutes armes utilisables contre les guérillas, y compris le napalm, les armes chimiques et bactériologiques, les gaz de toutes sortes. De même que les traités d'alliance ou de défense, les accords de fourniture de tout ce qui précède ne sauraient recevoir exécution en faveur de l'agresseur, pour quelque motif que ce soit, défense commune ou nécessités économiques.

3) De toutes fournitures de pièces détachées et de tout matériel susceptibles de servir à la production ou à l'entretien d'armes de guerre ou de munitions, ou d'engins nucléaires, ainsi que de tous brevets ou licences y relatifs.

4) De l'émigration ou de l'envoi de techniciens appelés à travailler pour l'industrie d'armement, ou pour la formation de personnel militaire; de la transmission de connaissances militaires ou techniques, y compris les connaissances relatives à l'usage pacifique de l'énergie nucléaire en raison de son adaptation possible aux usages de guerre.

5) De toutes fournitures de pétrole et de produits pétroliers et de gaz naturel en raison de leur importance capitale pour la guerre. Si cette interdiction est de nature à nuire à l'industrie sud-africaine, elle ne peut que servir plus efficacement à déterminer l'Afrique du Sud à mettre fin à son agression [1].

6) De la fourniture de toutes facilités de transport des armes, engins, munitions et autres produits susmentionnés.

7) De toute assistance économique, industrielle ou financière, sous

[1] Voir au sujet de la fourniture du pétrole, M. Erik Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 474.

must be defined having regard to the development of modern armaments and the variety of means of assistance which may be supplied to the belligerents. The different prohibitions imposed by international law may moreover duplicate and reinforce or may supplement those laid down in the relevant Security Council resolutions, on account of violation of the Charter and of international law. States may thus be under various obligations by virtue of more than one source of obligation. Examples of such prohibitions are:

(1) The prohibition of all military assistance, not only *de facto*, but also in implementation of a treaty of alliance or of bilateral or multilateral defence. The obligations contained in those treaties cannot prevail over the obligation not to assist an aggressor State. A treaty which enabled assistance to be given to an aggressor would be immoral and contrary to international order, and could not therefore be tolerated by the international community. Further, treaties of alliance generally provide that they do not operate unless it is the other signatory which was attacked.

(2) The prohibition of the supply of nuclear or conventional arms and of all ammunition; of the supply of ships, aircraft or other military machines, and of armed or transport helicopters; of rockets, missiles and electronic equipment which can be put to military uses; of all arms capable of being used against guerillas, including napalm, chemical and bacteriological weapons, and gases of all sorts. As in the case of treaties of alliance or defence, agreements for the supply of any of the foregoing may not be implemented in favour of the aggressor, for any reason whatsoever, whether of joint defence or of economic necessity.

(3) The prohibition of the supply of spare parts and any equipment capable of being used for the production or maintenance of arms or ammunition or nuclear devices, and patents or licences relating thereto.

(4) The prohibition of the emigration or despatch of technicians for work in the armaments industry, or for the training of military personnel; on the transmission of military or technical information, including information relating to the peaceful uses of nuclear energy, on account of the possibility of its being adapted to military purposes.

(5) The prohibition of the supply of oil and petroleum products and of natural gas on account of their vital importance for war. If this prohibition is such as to harm South African industry, that can only be a more effective way of bringing South Africa to put an end to its aggression [1].

(6) The prohibition of the supply of all facilities for the transport of the above-mentioned arms; machinery, munitions and other products.

(7) The prohibition of all economic, industrial or financial assistance,

[1] On the subject of oil supplies see Professor Erik Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 474.

forme de don, de prêt, de crédit, d'avance ou de garantie, ou sous toute autre forme [1]. Cette interdiction ne se limite pas aux Etats. Elle s'étend naturellement aux institutions dans lesquelles les Etats ont un droit de vote, telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le le développement (BIRD) et ses filiales: l'Association internationale de développement et la Société financière internationale; la BIRD a, comme on sait, méconnu délibérément les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, continuant à accorder à l'Afrique du Sud une aide se chiffrant par centaines de millions de dollars qui constitue en fait une aide à l'action illicite des autorités sud-africaines en Namibie contrairement aux buts et objectifs des Nations Unies [2].

Toutes les interdictions qui précèdent s'appliquent aux Etats comme aux associations d'Etats et aux organisations internationales publiques et privées.

En outre, les gouvernements doivent faire *due diligence* pour empêcher tous actes individuels ou collectifs contraires à la neutralité. Cette obligation vise les nationaux et les ressortissants, ainsi que les résidents étrangers. Faire *due diligence* signifie que les mesures adéquates doivent être prises, y compris des mesures législatives comportant des sanctions. Car l'Etat qui s'oblige engage ses propres ressortissants et ceux qui vivent sous sa loi, et doit recourir aux mesures de tous ordres, législatives, administratives ou judiciaires, par lesquelles il gouverne. Il ne suffit donc pas de refuser aux contrevenants, comme le propose le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, la protection diplomatique.

C'est en adoptant ces mesures dictées par le statut de neutralité que les Etats, et notamment les grandes puissances, politiquement et financièrement parlant, amèneront l'Afrique du Sud à abandonner sa politique actuelle, dans l'intérêt de la justice, de la paix et de la coopération internationales.

15. Il était souhaitable que la Cour eût dégagé toutes les conséquences juridiques de l'agression que le Conseil de sécurité a constatée. Ce qui lui était demandé n'était pas limité à l'effet de la résolution 276 (1970) à laquelle la résolution 284 (1970) requérant l'avis se réfère. Les conséquences juridiques sur lesquelles elle avait à se prononcer sont toutes celles résultant de la présence même de l'Afrique du Sud en Namibie,

---

[1] Voir au sujet des interdictions d'ordre financier, M. Paul Reuter, *op. cit.*, p. 321.

[2] Les institutions spécialisées où le vote est fondé sur la règle démocratique de l'unité de suffrage ont toutes décidé de s'abstenir de toute aide à l'Afrique du Sud. Telles sont l'Unesco, l'OIT, la FAO, l'OMS. L'attitude récalcitrante de la BIRD et du FMI s'explique par le procédé des votes multiples à base capitaliste qui y règne, accordant aux grandes puissances financières un nombre de votes calculé suivant l'importance de leur participation au capital de ces deux institutions. Ce sont principalement les Etats que l'Assemblée générale a qualifiés de partenaires commerciaux de l'Afrique du Sud. Aussi faut-il que les Etats tiennent désormais pour acquis qu'ils sont tenus de conformer leur attitude dans ces institutions aux décisions des Nations Unies.

in the form of gifts, loans, credit, advances or guarantees, or in any other form [1]. This prohibition is not confined to States. It naturally extends to institutions in which States have voting rights, such as the International Bank for Reconstruction and Development, the International Development Association and the International Finance Corporation; as is well known, the International Bank for Reconstruction and Development has deliberately disregarded the resolutions of the General Assembly and the Security Council, by continuing to grant South Africa aid amounting to hundreds of millions of dollars, which is in fact aid to the illegal activity of the South African authorities in Namibia, contrary to the objects and purposes of the United Nations [2].

All the above prohibitions apply to States and to associations of States and to public and private international organizations.

Furthermore, governments must show due diligence in preventing any individual or collective act contrary to neutrality. This obligation relates to nationals and subjects, and to foreign residents. Showing due diligence means that adequate measures must be taken, including legislative measures providing for penalties. For a State which undertakes an obligation commits its own subjects and those who live under its law, and must employ every kind of means, legislative, administrative and judicial, by which it governs. It is not therefore sufficient to refuse diplomatic protection to those who transgress, as has been suggested by the Government of the United States.

It is by taking these measures, which are dictated by the status of neutrality, that States, and in particular those which are, politically and financially speaking, the Great Powers, will bring South Africa to abandon its present policy, in the interests of justice, peace and international co-operation.

15. It was to be desired that the Court should deduce all the legal consequences from the aggression observed by the Security Council. The request made of it was not confined to the effect of resolution 276 (1970), referred to in resolution 284 (1970) requesting the opinion. The legal consequences upon which it had to pronounce are all those resulting from the very presence of South Africa in Namibia, which is the first

[1] See in connection with prohibitions of a financial nature, Professor Paul Reuter, *op. cit.*, p. 321.

[2] The specialized agencies in which the voting is based on the democratic rule of one State, one vote, have all decided to refrain from any support to South Africa: for example, Unesco, ILO, FAO and WHO. The recalcitrant attitude of the IBRD and the IMF is to be explained by the multiple voting system on a capitalist basis which operates therein, by which the financial Great Powers have a number of votes calculated according to the size of their share in the capital of these two institutions. These Powers are primarily the States which the General Assembly has described as commercial partners of South Africa. In future, States ought to take it as a matter of course that they should bring their attitude in these institutions into line with decisions of the United Nations.

laquelle constitue la mention première de la résolution 284 (1970) et dont la résolution 276 (1970) est la condition. Cette présence a justifié les résolutions 282 (1970) et 283 (1970), que la Cour ne pouvait négliger comme ne rentrant pas dans le cadre de la demande d'avis. Car en effet la résolution 283 (1970) réaffirme, d'une part, la résolution 276 (1970) et, d'autre part, la résolution 282 (1970) dans les termes suivants:

> « *Réaffirmant* sa résolution 282 (1970) concernant l'embargo sur les armes contre le Gouvernement sud-africain et l'importance de cette résolution pour le territoire et le peuple de Namibie... »

Ces deux résolutions, 282 (1970) et 283 (1970) touchant la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, ont d'ailleurs été adoptées avant la demande d'avis, la résolution 283 (1970) uniquement en raison de cette présence illégale, principal objet de la demande d'avis, et la résolution 282 (1970) visant l'*apartheid* au-delà des frontières de l'Afrique du Sud, ainsi que la politique raciste de cette dernière en Afrique australe, comprenant la Namibie. La résolution 282 (1970) s'exprime ainsi:

> « *Réitérant* sa condamnation de la politique malfaisante et odieuse d'*apartheid* et des mesures prises par le Gouvernement sud-africain pour appliquer et étendre cette politique au-delà de ses frontières,
>
> . . . . . .
>
> *Profondément inquiet* du refus persistant du Gouvernement sud-africain de renoncer à sa politique raciste et de se conformer aux résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale sur cette question et d'autres questions relatives à l'Afrique australe. »

Ce dernier paragraphe de la résolution 282 (1970), en se référant « aux résolutions adoptées par le Conseil de sécurité », visait, en particulier, la résolution 276 (1970).

16. Quoique la Cour n'ait pas fait mention des résolutions 282 (1970) et 283 (1970), elle n'en est pas moins arrivée à des conclusions qui ne diffèrent pas substantiellement de celles qui découlent de ces deux résolutions et du statut de neutralité.

Je commence par les conséquences d'ordre économique, à savoir celles énumérées par la résolution 283 (1970) et celles, plus complètes, résultant du statut de neutralité citées au paragraphe 14, n° 7, de la présente opinion individuelle. L'avis n'a pas manqué d'opiner, au dispositif, dans le sens que les Etats Membres des Nations Unies ont l'obligation « de s'abstenir de tous actes et en particulier de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain ... qui constitueraient une aide ou une assistance » à l'Afrique du Sud. La prohibition de l'aide économique prévue par la résolution 283 (1970) et par le statut de neutralité a ainsi été reprise en substance par l'avis de la Cour.

Le dispositif, ainsi qu'il ressort de la lecture de l'ensemble de l'avis, fait

point mentioned in resolution 284 (1970), and which is conditioned by resolution 276 (1970). That presence was the justification for resolutions 282 (1970) and 283 (1970), which the Court could not leave out of account as not falling within the request for advisory opinion. For resolution 283 (1970) re-affirms, first resolution 276 (1970) and secondly resolution 282 (1970), in the following terms:

> "*Re-affirming* its resolution 282 (1970) on the arms embargo against the Government of South Africa and the significance of that resolution with regard to the territory and people of Namibia, . . ."

These two resolutions, 282 (1970) and 283 (1970), concerning the illegal presence of South Africa in Namibia were, what is more, adopted before the request for opinion; resolution 283 (1970) was adopted solely because of that illegal presence, which is the principal subject-matter of the request for opinion, and resolution 282 (1970) had in view *apartheid* beyond the frontiers of South Africa, as well as the policies of that Government in southern Africa, including Namibia. Resolution 282 (1970) reads as follows:

> "*Reiterating* its condemnation of the evil and abhorrent policies of *apartheid* and the measures being taken by the Government of South Africa to enforce and extend those policies beyond its borders,
>
> . . . . . .
>
> "*Gravely concerned* by the persistent refusal of the Government of South Africa to abandon its racist policies and to abide by the resolutions of the Security Council and of the General Assembly on this question and others relating to southern Africa . . ."

This latter paragraph of resolution 282 (1970), by making reference to "the resolutions of the Security Council", contemplated resolution 276 (1970) in particular.

16. Although the Court has made no mention of resolutions 282 (1970) and 283 (1970), it has nonetheless reached conclusions which do not differ in substance from those which follow from those two resolutions and from the status of neutrality.

I will begin with economic consequences, namely those enumerated in resolution 283 (1970) and the more complete set, resulting from the status of neutrality, which are mentioned in section 14, paragraph 7, of the present separate opinion. The Advisory Opinion has not failed to express the view, in the operative clause, that member States of the United Nations are under obligation "to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa . . . lending support or assistance to" South Africa. The prohibition of economic assistance provided for in resolution 283 (1970) and by the status of neutrality has thus been substantially adopted by the Opinion of the Court.

It is clear from a reading of the whole of the Opinion that the operative

partie intégrante avec les motifs et s'explique par eux. Mais même à la lumière des motifs, des détails manquent qu'il eût été utile de préciser. La question se posait de savoir s'il fallait que les conséquences juridiques que la Cour a été appelée à dégager soient condensées en quelques règles principales, ou s'il y avait lieu de les énoncer en termes aussi détaillés que possible. La Cour a opté pour la première solution, laissant aux organes politiques le soin d'en faire l'application. Cela ne me paraît pas avoir été tout à fait le désir du Conseil de sécurité. Sans doute une formulation analytique poussée à l'extrême n'eût pas été exhaustive et eût méconnu parfois des circonstances forcément imprévisibles. Néanmoins, une énumération plus complète mais qui ne se serait pas perdue dans les détails aurait pu être plus satisfaisante et aurait plus sûrement tari les sources d'interprétations faites parfois au gré des tendances ou des intérêts nationaux.

Les précisions suceptibles de compléter l'avis peuvent, en conséquence de ce qui a été dit plus haut, se déduire des énonciations du statut de neutralité et de la résolution 283 (1970). Quoique non retenue par l'avis, cette résolution bénéficie de la règle qui y a été énoncée *erga omnes*, à savoir que les décisions du Conseil de sécurité s'imposent impérativement en vertu de l'article 25 de la Charte. Telles seraient, à titre énumératif non limité, les interdictions d'ordre économique qui en découlent:

1) Les Etats doivent s'interdire et interdire à leurs nationaux ou ressortissants et aux résidents étrangers, sous peine de sanctions, de participer aux sociétés ou entreprises sud-africaines ayant leur siège social ou étant enregistrées en territoire namibien, ou y ayant des établissements, représentations ou agences, soit à titre technique, soit sur le plan financier par acquisition d'actions, d'obligations ou de parts sociales.

2) Les Etats ne doivent pas autoriser que les actions et obligations de ces sociétés soient cotées en bourse ou qu'elles y fassent l'objet de transactions. Autrement ils faciliteraient l'écoulement de biens détournés ou spoliés, compte tenu des responsabilités civiles ou commerciales qui s'y rattachent.

3) Les exploitations pétrolières, diamantifères, aurifères et autres exploitations des richesses du sol et du sous-sol de la Namibie, de ses eaux territoriales ou de son plateau continental, effectuées par l'Afrique du Sud ou ses ressortissants, ou avec son autorisation, constituant une extorsion de biens namibiens par l'autorité occupante ou avec son concours, la République sud-africaine devra rendre compte au futur Etat namibien des revenus et taxes qu'elle en a retirés ou perçus. Les Etats qui auraient retiré des bénéfices de ces exploitations, soit sous forme de concessions ou de participation au capital investi, pourraient être responsables vis-à-vis de la Namibie solidairement avec l'Etat sud-africain. Ces Etats, leurs ressortissants compris, doivent s'abstenir d'acquérir les produits de ces exploitations afin de ne pas encourir la

clause is integrally connected with the reasoning, and is explained by the reasoning. But even in the light of the reasoning, there are missing details which it might have been useful to clear up. The question arose whether the legal consequences which the Court was called upon to deduce should be summed up in a few major rules, or whether they should be laid down in terms as detailed as possible. The Court has chosen the first solution, leaving it to the political organs to effect the application thereof. This does not seem to me to be quite what the Security Council wanted. Of course any analytical formulation carried to extremes would have failed to be exhaustive, and might sometimes have overlooked circumstances which were necessarily unforeseeable. Nonetheless, a more complete enumeration, but one which did not lose itself in detail, might have been more satisfying, and would have been more surely effective in stopping at the source those interpretations which are sometimes made to suit national tendencies or interests.

The possible clarifications to supplement the Opinion may, in consequence of what has been said above, be deduced from what is laid down by the status of neutrality, and by resolution 283 (1970). Although not mentioned in the Advisory Opinion, this resolution is covered by the rule which has there been laid down *erga omnes*, namely that the decisions of the Security Council are imperatively binding by virtue of Article 25 of the Charter. The following is a not exhaustive list of the prohibitions of an economic kind which result therefrom:

(1) States should debar themselves and should forbid their nationals, subjects and foreign residents, under penalties, from having any part in South African companies or undertakings registered or established in Namibian territory, or having in that territory branches, representatives or agencies, either by way of technical participation or on the financial level by the acquisition of stocks, shares or bonds.

(2) States should not authorize the shares and bonds of such companies to be quoted on the Stock Exchange, or any dealings therein to be effected. Otherwise, they would be facilitating the disposal of assets acquired by misappropriation or spoliation, taking into account the civil or commercial responsibilities attaching thereto.

(3) The exploitation of the petroleum, diamond, gold and other resources of the soil and sub-soil of Namibia, its territorial waters or its continental shelf, carried out by South Africa or its nationals, or with its authorization, is equivalent to the seizure of Namibian assets by, or with the co-operation of, the occupying authority, and the Republic of South Africa must therefore render an account to the future State of Namibia of the income and taxes which it has derived or collected from such sources. Any States which have obtained profit from these exploitations, either in the form of concessions or in the form of participation in the invested capital, may be held jointly responsible with South Africa towards Namibia. These States and their subjects must refrain from acquiring any of the production of these exploitations, in order not to incur civil respon-

responsabilité civile d'une complicité par recel ou achat en connaissance de cause de biens n'appartenant pas au cédant.

17. Venant au domaine militaire, il faut remarquer que le dispositif de l'avis interdisant toute aide et toute assistance à l'Afrique du Sud est conçu en des termes très généraux. Mentionnant « tous actes » et « toutes relations avec le Gouvernement sud-africain », il inclut manifestement l'aide militaire, cette aide étant sans conteste la plus grave et la plus grosse de conséquences et, partant, devant être interdite avant toute autre. Toute fourniture d'armes, de munitions et de matériel de guerre et toute assistance militaire technique ou scientifique sont désormais prohibées. Cette règle s'applique à tous les Etats, et aucun d'eux ne peut s'y soustraire pour quelque motif que ce soit: intérêts économiques ou stratégiques.

Ainsi qu'il en a été pour les conséquences d'ordre économique, il reste à déterminer le détail de l'aide militaire prohibée. Comme la résolution 283 (1970), la résolution 282 (1970) constitue une décision obligatoire en vertu de l'article 25 précité; et cela d'autant plus que la résolution 282 (1970) relève, ainsi qu'il a été dit, de la résolution 276 (1970) par la voie de la résolution 283 (1970). De toute façon, les faits d'aide ou d'assistance militaire dont les Etats doivent s'abstenir sont ceux dont l'interdiction est énoncée par la résolution 282 (1970) et par le statut de neutralité mentionnés au paragraphe 14, n[os] 1 à 6 de cette opinion individuelle. Dans le cas de chacun des trois documents en cause — l'avis, la résolution 282 (1970) et le statut de neutralité — il importe de ne pas aider un agresseur: en conséquence les mesures à appliquer ne peuvent qu'être les mêmes pour répondre à un même besoin.

Certains gouvernements, pour se soustraire dans une certaine mesure à l'embargo sur les armes et le matériel de guerre terrestre, naval et aérien, ont fait une distinction entre les armes et le matériel destinés à être utilisés à l'intérieur, autrement dit à la répression, sur lesquels porterait l'interdiction, et les armes et le matériel affectés à la défense extérieure, qui seraient exclus de l'embargo.

Cette distinction est condamnée par les faits. Dans les guerres menées par les puissances coloniales et les Etats mandataires, le matériel lourd, les avions de combat ont été largement utilisés. D'après M. McBride, secrétaire général de la Commission internationale de juristes, « les armes lourdes sont souvent employées pour maintenir un régime colonial, et elles peuvent être très utiles à un régime comme celui de l'Afrique du Sud [1] ». Des blindés furent effectivement déployés à Sharpeville, le 21 mars 1960, lorsque, dans une fusillade, les forces sud-africaines ont tué, selon un rapport des Nations Unies, un grand nombre de manifestants noirs,

[1] Sous-comité du Conseil de sécurité, S/AC.17/SR.14, séance du 24 juin 1970.

sibility by being involved either as receivers or as purchasers, with notice, of assets not belonging to the vendor.

17. Turning to military matters, it should be observed that the passage in the operative clause of the Opinion forbidding any support or assistance to South Africa is drawn in very general terms. By mentioning "any acts" and "any dealings with the Government of South Africa", it clearly includes military support, and such support, being indisputably the most serious and the most heavy with consequences, must therefore be forbidden before any other form of support. Any supply of arms, munitions or war material, and any technical or scientific military assistance, are hereafter prohibited. This rule applies to all States, and none of them can evade it on any ground whatsoever, e.g., economic or strategic interests.

As in the case of economic consequences, the details of the military support which is prohibited remain to be determined. Like resolution 283 (1970), resolution 282 (1970) is a binding decision by virtue of Article 25, already referred to; the more so in that resolution 282 (1970) is related, as has been stated, to resolution 276 (1970) through resolution 283 (1970). In any event, the acts of military support or assistance from which States must refrain are those the prohibition of which is dictated by resolution 282 (1970) and by the status of neutrality mentioned in Section 14, paragraphs 1 to 6, of this separate opinion. Under each of the three documents in question—the Court's Opinion, resolution 282 (1970) and the status of neutrality—what matters is that no assistance shall be given to an aggressor: consequently, the measures to be applied must be the same, in order to meet the same need.

Certain governments, in order to some extent to evade the embargo on arms and material for land, sea and aerial warfare, have drawn a distinction between arms and war material destined for internal use, in other words for repression—to which they admit the prohibition would apply—and arms and material allocated to external defence, which they contend would be excluded from the embargo.

This distinction is condemned by the facts of the case. In the various wars waged by the colonial Powers and mandatory States, heavy armaments and military aircraft were widely used. According to Mr. McBride, the Secretary General of the International Commission of Jurists, "heavy weapons were often employed to maintain a colonial régime, and they could be very useful to a régime like that in South Africa [1]". And armoured cars were in fact deployed at Sharpeville on 21 March 1960, when the South African police opened fire and according to the United Nations report, killed a large number of peaceful and unarmed Black demonstra-

[1] *Ad Hoc* Sub-Committee of the Security Council, S/AC. 17/SR. 14, meeting of 24 June 1970.

paisibles et sans armes, pendant que des avions de chasse survolaient la foule. L'anniversaire de ce jour a été proclamé par l'Assemblée générale *Journée internationale pour l'élimination de la discrimination raciale.* Certes, comme le disait un diplomate, «il n'est pas possible de transformer des sous-marins en véhicules amphibies pour les utiliser dans des opérations terrestres». Il n'échappe cependant à personne que des bombardements par des unités navales ou des aéronefs, de ports, de villes, de villages ou de concentrations d'hommes, ont eu lieu au cours des guerres coloniales. C'est pourquoi la fourniture de toutes armes susceptibles de renforcer le potentiel militaire de l'Afrique du Sud est à interdire. Cela particulièrement parce que c'est cette force matérielle qui lui permet de se maintenir en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970).

18. D'autre part, la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie donne à l'article 103 de la Charte des possibilités d'application étendues. Les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la Charte que vise cet article englobent manifestement les obligations qui découlent des dispositions de la Charte et de ses buts, ainsi que celles énoncées par les décisions obligatoires des organes des Nations Unies. Parmi ces décisions figurent celles du Conseil de sécurité, à savoir les résolutions 282 (1970) et 283 (1970). L'article 103 s'appliquant aux engagements passés et futurs, deviennent inopposables aux Etats Membres dans leurs relations avec l'Afrique du Sud, quelle qu'en soit la date [1]: les alliances militaires, les accords navals ou relatifs à des manœuvres navales communes, les accords de fournitures d'armes, de matériel de guerre et de munitions, les accords de coopération dans le domaine nucléaire à quelque fin que ce soit, ainsi que toutes conventions comportant une assistance quelconque de nature à faciliter le maintien de l'Afrique du Sud en Namibie ainsi qu'il est dit aux paragraphes 119 et suivants de l'avis de la Cour.

19. Il est nécessaire de souligner, pour terminer, que les Nations Unies s'étaient persuadées, dès 1967, que toute aide accordée à l'Afrique du Sud sans que soit attribuée à cette aide une destination déterminée, servirait quand même ses desseins tant en territoire sud-africain qu'en Namibie. Le Gouvernement sud-africain administre en effet la Namibie comme partie intégrante de son territoire, même avant qu'elle n'y fût annexée, y appliquant sa politique raciale et d'exploitation coloniale. Toute assistance financière, économique ou militaire est de nature à développer cette politique dans son ensemble et à renforcer en conséquence l'emprise de l'Afrique du Sud sur le territoire namibien. Aussi l'Assemblée générale a-t-elle adopté résolution sur résolution pour dissuader les Etats Membres des Nations Unies d'accorder une aide quelconque à l'Afrique du Sud, même non expressément destinée à consolider sa présence en Namibie, tant qu'elle poursuit sa politique de discrimination raciale et d'*apartheid* dans l'ensemble géographique, politique, économique et militaire du

[1] Voir à ce sujet L. Cavaré, *op. cit.*, p. 653 et 654.

tors while fighter aircraft flew overhead. The anniversary of that day was proclaimed by the General Assembly as the *International Day for the Elimination of Racial Discrimination.* Of course, as a diplomat observed, "it is not possible to transform submarines into amphibious vehicles in order to use them for land operations". However, no one can be unaware that in the course of colonial wars there have been bombardments by naval units or aircraft of ports, towns, villages or concentrations of people. That is why the supply of any arms capable of reinforcing South Africa's military potential must be forbidden, particularly since it is this material strength which enables it to maintain its presence in Namibia notwithstanding resolution 276 (1970).

18. Furthermore, the illegal presence of South Africa in Namibia opens up possibilities of wide application of Article 103 of the Charter. The obligations of Members of the United Nations under the Charter, contemplated by that Article, clearly include obligations resulting from the provisions of the Charter and from its purposes, and also those laid down by the binding decisions of the organs of the United Nations. Among such decisions are those of the Security Council, namely resolutions 282 (1970) and 283 (1970). Since Article 103 applies both to past and future commitments, the following, whatever their date [1], can no longer be relied on against member States in their relationship with South Africa: military alliances, naval agreements or agreements relating to joint naval manœuvres, agreements to supply arms, war material and munitions, agreements for co-operation in the nuclear field for whatever purpose, as well as all treaties involving any assistance whatsoever calculated to facilitate the maintenance of South Africa's presence in Namibia, as is stated in paragraphs 119 et seq. of the Court's Opinion.

19. In conclusion, it should be emphasized that since 1967 the United Nations has been convinced that any assistance given to South Africa, even without being earmarked for any particular application, would nevertheless further the designs of South Africa both in South African territory and in Namibia. For the South African Government has been administering Namibia as an integral part of its territory since even before it was annexed thereto, applying to it its racial policy and its policy of colonial exploitation. Any financial, economic or military assistance is likely to promote the general development of that policy and consequently to tighten South Africa's hold over the Territory of Namibia. Thus it is that the General Assembly has adopted resolution upon resolution in order to dissuade member States of the United Nations from giving any assistance whatsoever to South Africa, even such as is not expressly intended to consolidate its presence in Namibia, for so long as it continues its policy of racial discrimination and *apartheid* in the

[1] See hereon L. Cavaré, *op. cit.*, pp. 653 f.

territoire sud et sud-ouest africain. Ce fut l'objet des résolutions 2307 (XXII), 2396 (XXIII), 2426 (XXIII) et 2506 (XXIV). De mêmes les deux résolutions 282 (1970) et 283 (1970) du Conseil de sécurité visent tout autant l'Afrique du Sud que la Namibie. Ce n'est que dans ce sens qu'on peut comprendre l'avis; sinon on irait à l'encontre de la réalité des choses.

(Signé) Fouad AMMOUN.

geographical, political, economic and military ensemble of South and South West Africa. This was the purpose of resolutions 2307 (XXII), 2396 (XXIII), 2426 (XXIII) and 2506 (XXIV). In the same way, the two resolutions 282 (1970) and 283 (1970) of the Security Council concern South Africa no less than Namibia. It is in this sense that the Court's Opinion is to be understood; to do otherwise would be to run counter to reality.

(Signed) Fouad AMMOUN.

SEPARATE OPINION OF JUDGE PADILLA NERVO

I agree with the Advisory Opinion given by the Court in answer to the question put to it by the Security Council.

I accept each and every one of the provisions of the operative clause of the Opinion.

From the reasoning and conclusions of the Court it has been recognized that the General Assembly and the Security Council of the United Nations, in the exercise of their competence, their functions and their duty, have revoked the Mandate of South Africa in respect of Namibia, have declared that the *de facto* presence of the former Mandatory in that territory is illegal, has the character of a foreign occupation and is an "aggressive encroachment" on the authority of the United Nations and on the territory over which South Africa has no legal title.

South Africa therefore has the juridical obligation to withdraw its administration there, and to co-operate with the United Nations for the peaceful enforcement of its decisions. Other legal consequences of the continuance of South Africa's unlawful and *de facto* presence there are expressed in the Advisory Opinion rendered by this Court, and some of the consequences are stated in relevant resolutions of the Security Council.

For the purpose of this Advisory Opinion the Court was not obliged, and did not need, to pass upon the objections regarding the validity of the resolutions concerned; nevertheless the Court considered it appropriate to answer such objections, and did recognize the validity and binding character of the decisions taken in this matter by the General Assembly and the Security Council.

Availing myself of the right conferred by Article 57 of the Statute, I wish to append to the Opinion of the Court a separate statement of my individual views.

PRELIMINARY

Some of the points raised in the written statements are either of a preliminary nature—as is the question whether or not the Court should accede to the request for an advisory opinion,—or are related to the validity of the resolutions of the Security Council and the General

OPINION INDIVIDUELLE DE M. PADILLA NERVO

[Traduction]

Je souscris à l'avis consultatif émis par la Cour en réponse à la question qui lui avait été posée par le Conseil de sécurité.

J'accepte intégralement les termes du dispositif de l'avis.

De l'exposé des motifs et des conclusions de la Cour il ressort qu'elle a reconnu que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans l'exercice de leurs pouvoirs et l'accomplissement de leurs fonctions et obligations, ont révoqué le mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie, ont déclaré que la présence *de facto* de l'ancienne puissance mandataire est illégale, qu'elle a le caractère d'une occupation étrangère et constitue une «atteinte agressive» à l'autorité de l'Organisation des Nations Unies, et à l'intégrité d'un territoire sur lequel l'Afrique du Sud ne possède aucun titre juridique.

L'Afrique du Sud a donc l'obligation juridique de retirer son administration du territoire et de coopérer avec l'Organisation des Nations Unies pour faire appliquer pacifiquement les décisions de celle-ci. La Cour expose dans son avis consultatif certaines autres conséquences juridiques du maintien de la présence illégale et *de facto* de l'Afrique du Sud en Namibie, et certaines conséquences sont également indiquées dans les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité.

Aux fins de cet avis consultatif, la Cour n'était nullement tenue et n'avait nul besoin de se prononcer sur les objections formulées quant à la validité des résolutions en cause; la Cour a néanmoins jugé bon de répondre à ces objections et elle a reconnu à la fois la validité et la force obligatoire des décisions prises en la matière par l'Assemblée générale et par le Conseil de sécurité.

Usant du droit qui m'est conféré par l'article 57 du Statut, je joins à l'avis consultatif de la Cour l'exposé de mon opinion individuelle.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Certains des problèmes soulevés dans les exposés écrits ou bien ont un caractère préliminaire, comme c'est le cas pour le point de savoir si la Cour doit ou non répondre à la demande d'avis consultatif, ou bien sont liés à la validité des résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée

Assembly, as for instance those which terminated the Mandate for South West Africa and those which declared illegal the presence of South Africa in Namibia. In my view these points go beyond the scope of the question put to the Court by the Security Council, which is couched in the following terms:

> "What are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)?"

Nevertheless, as these questions have been raised, I will express my opinion on them.

It has been suggested that the Court should use its discretion whether or not to accede to a request for an advisory opinion and should in this case refuse to give it. The Court "must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion" (*Certain Expenses of the United Nations, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at p. 157). In the *Certain Expenses* case, the Court referred to the decision taken by the Permanent Court concerning the *Status of Eastern Carelia* and found no "compelling reason" why it should not give the advisory opinion which the General Assembly requested. The *Eastern Carelia* case, where the Permanent Court of International Justice declined to give an advisory opinion, is not a precedent in the present case before this Court.

As to the argument that the request of the Security Council should be refused because it has a political background in which the Court itself has become involved, the Court unanimously decided, at the beginning of the oral hearings, to disregard this argument. The Court decided not to accede to the objections raised against the participation of three Members of the Court, which were based on the contention that the judges in question had taken political positions in the General Assembly in issues related to South West Africa, while representing their Governments in the United Nations. The Court has thereby expressed its opinion in the sense that the controverted political background of the question is not a reason to decline to give the advisory opinion requested.

There is no merit either in the other contention which has been advanced against the Court giving the advisory opinion which the Security Council requested "considering that an advisory opinion from the International Court of Justice would be useful for the Security Council in its further consideration of the question of Namibia and in furtherance of the objectives the Council is seeking". The *Eastern Carelia* case was relied upon in support of the contention that the question before the Court involved a dispute. This matter does not need to be considered again since the Court by its Order of 29 January decided to reject the application for the appointment of a judge *ad hoc*, because it held that in

générale, telles, par exemple, les résolutions qui ont mis fin au mandat pour le Sud-Ouest africain et celles qui ont déclaré illégale la présence de l'Afrique du Sud en Namibie. A mon avis, ces problèmes vont au-delà de ce que le Conseil de sécurité a demandé à la Cour dans la question suivante:

> « Quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité? »

Néanmoins, comme ces problèmes ont été soulevés, je vais exprimer mon opinion à leur sujet.

On a émis l'idée que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de donner suite ou non à une demande d'avis consultatif et qu'elle devrait en l'espèce refuser de rendre un avis. La Cour « doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif » (*Certaines dépenses des Nations Unies*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 157). Dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a rappelé la décision prise par la Cour permanente dans l'instance relative au *Statut de la Carélie orientale*, et n'a vu aucune « raison décisive » de ne pas donner l'avis consultatif que l'Assemblée générale lui avait demandé. L'affaire du *Statut de la Carélie orientale* en laquelle la Cour permanente de Justice internationale a refusé de donner un avis consultatif ne constitue pas un précédent pour l'instance dont la Cour est saisie aujourd'hui.

Quant à l'argument suivant lequel il ne faudrait pas donner suite à la demande formulée par le Conseil de sécurité parce que celle-ci a un aspect politique auquel la Cour se serait trouvée mêlée, la Cour a décidé à l'unanimité au début de la procédure orale de le rejeter. La Cour a décidé de ne pas faire droit aux objections soulevées contre la participation à l'affaire de trois membres de la Cour, objections tenant à ce que ces juges auraient adopté une position politique à l'Assemblée générale sur des questions liées au Sud-Ouest africain, alors qu'ils représentaient leur gouvernement auprès de l'Organisation des Nations Unies. La Cour a par là exprimé l'avis que l'aspect politique controversé de la question n'était pas un motif pour refuser de rendre l'avis consultatif sollicité.

Il n'y a pas lieu de retenir davantage l'autre argument par lequel on a soutenu que la Cour devrait refuser de donner l'avis consultatif demandé par le Conseil de sécurité, celui-ci « considérant qu'un avis consultatif de la Cour internationale de Justice [lui] serait utile ... pour continuer à examiner la question de Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil ». A l'appui de cet argument, selon lequel la question soumise à la Cour implique un différend, on a invoqué l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*. Il n'y a pas lieu ici de revenir sur le problème puisque la Cour, par son ordonnance du 29 janvier 1971, a décidé de rejeter la demande tendant à la désignation d'un juge *ad hoc*,

estimant qu'en la présente procédure consultative il n'existe pas de différend entre l'Afrique du Sud et un autre Etat, quel qu'il soit.

Dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a fait état de l'argument suivant lequel la question qui lui était posée touchait à des questions d'ordre politique et que, pour ce motif, la Cour devait se refuser à donner un avis. La Cour a répondu que la plupart des interprétations de la Charte des Nations Unies présentaient une importance politique. Toutefois elle ne pouvait attribuer un caractère politique à une requête qui l'invitait à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'interprétation d'une disposition conventionnelle.

Ici de même, on peut dire que la question posée à la Cour par le Conseil de sécurité touche à certains problèmes d'ordre politique, mais en fait, le libellé de la question par laquelle il est demandé à la Cour quelles sont les conséquences *juridiques* pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, montre qu'il s'agit bien d'une question juridique quand bien même elle aurait un aspect politique. Par la nature des choses, il ne saurait en être autrement. La ligne de partage entre le politique et le juridique est souvent imprécise. Examinant l'interdépendance étroite qui existe entre les facteurs politiques et les facteurs juridiques dans l'évolution du droit international, Rosenne formule les observations suivantes:

> « Cette interdépendance explique le soin avec lequel on procède à l'élection des membres de la Cour ... Mais cette interdépendance va plus loin. Elle explique les conflits d'idéologie qui existent aujourd'hui au sujet de la Cour. » (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, p. 4.)

> « La Charte des Nations Unies et le caractère urgent des problèmes internationaux actuels et des aspirations qui se manifestent sur le plan international ont orienté l'action de la société internationale organisée vers de nouvelles voies ... L'atmosphère intellectuelle dans laquelle doit s'appliquer aujourd'hui le droit international s'est modifiée, de sorte que le caractère de la Cour, qui est l'organe chargé d'appliquer le droit international, se modifie également. » (*Ibid.*, p. 5-6.)

C'est en raison des activités de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité que ces transformations touchent directement la Cour. Quelles que soient les conclusions que l'on puisse tirer de ces activités, il est évident que leur importance considérable vient de ce que la communauté internationale d'aujourd'hui est résolue dans sa quasi-intégralité à lutter pour mettre fin au colonialisme et au racisme en Afrique et partout ailleurs.

Un examen impartial des thèses et des argumentations niant que la Cour ait compétence pour donner l'avis demandé permet de conclure qu'elles sont sans validité et doivent être repoussées. Il n'y a pas en

There are not, in this instance, compelling reasons to make the Court depart from its unavoidable duty to give the advice requested by the Security Council.

The proposal [1] which became the first operative paragraph of Security Council resolution 284 (1970) made it clear from the outset that the termination of the Mandate and the assumption by the General Assembly of direct responsibility for the Territory was not being called into question [2]. For this had been an "irrevocable step" and "consequently, the presence of South Africa in Namibia was now illegal and member States had pledged themselves to fulfil the responsibility which the United Nations had assumed" [3]. The question to be presented to the Court therefore related to the legal consequences for States of the presence of South Africa in Namibia after these irrevocable changes had been brought about.

In general, therefore, from the record of the discussions of the Security Council and its Sub-Committee immediately preceding the adoption of Security Council resolution 284 (1970), it would appear that the question presented to the Court concerns the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, not as a mandatory Power, but as a State which according to the provisions of Security Council resolution 276 (1970) was continuing to occupy Namibia illegally [4], and in defiance of the relevant United Nations resolutions and the United Nations Charter [5], notwithstanding that the Mandate for South West Africa has been terminated [6], the United Nations has assumed direct responsibility for the Territory until its independence [7], and the Security Council has called upon the Government of South Africa immediately to withdraw its administration from the Territory [8].

The Issues to Be Examined

It has been shown that in formulating the question now before the Court, the Security Council used the phrase "the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)", in order to denote the presence of South Africa after the Mandate had terminated and South Africa had ceased to have any right to be present as mandatory Power. It follows that the legal consequences for States of this continued presence are not those which resulted directly from the conduct of South Africa in its former capacity as mandatory

[1] That of Finland.
[2] S/AC.17/SR.12, p. 3; and S/AC.17/SR.17, p. 8.
[3] S/AC.17/SR.12, p. 3.
[4] Security Council resolution 276 (1970), para. 2.
[5] *Ibid.*, para. 4.
[6] *Ibid.*, second and third preambular paragraphs.
[7] *Ibid.*, second preambular paragraph.
[8] *Ibid.*, third preambular paragraph.

l'espèce de raison décisive pour que la Cour se dérobe à son inéluctable obligation de rendre l'avis sollicité par le Conseil de sécurité.

La proposition [1] qui est devenue le paragraphe 1 du dispositif de la résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité indique clairement et dès l'abord que l'on ne met pas en cause la cessation du mandat et la responsabilité directe assumée par l'Assemblée générale à l'égard du territoire [2]. En effet, il s'agit là d'une « mesure irrévocable » de sorte que « la présence de l'Afrique du Sud en Namibie est désormais illégale et les Etats Membres se sont engagés à s'acquitter des responsabilités que l'Organisation des Nations Unies a assumées » [3]. Par suite, la question dont la Cour est saisie concerne les conséquences juridiques pour les Etats de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie après l'accomplissement de ces transformations irrévocables.

D'une façon générale, donc, d'après les comptes rendus des discussions qui se sont déroulées au Conseil de sécurité et à son sous-comité juste avant l'adoption de la résolution 284 (1970), il apparaît bien que la question soumise à la Cour concerne les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, non pas en qualité de puissance mandataire, mais en tant qu'Etat qui, selon les termes de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, continue à occuper illégalement la Namibie [4], au mépris des résolutions pertinentes des Nations Unies et de la Charte des Nations Unies [5], nonobstant le fait qu'il a été fin au mandat sur le Sud-Ouest africain [6], que les Nations Unies assument la responsabilité directe du territoire jusqu'à son indépendance [7] et que le Conseil de sécurité a demandé au Gouvernement sud-africain de retirer immédiatement son administration du territoire [8].

Questions à examiner

Nous avons montré qu'en rédigeant la question qui est maintenant soumise à la Cour, le Conseil de sécurité a utilisé les termes « la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité » afin d'indiquer que l'Afrique du Sud demeure présente après la cessation du mandat et qu'elle est déchue de tout droit à rester sur place en tant que puissance mandataire. Il s'ensuit que les conséquences juridiques pour les Etats du maintien de cette présence ne sont pas celles qui résultent directement du comporte-

[1] Présentée par la Finlande.
[2] S/AC.17/SR.12, p. 3; et S/AC.17/SR.17, p. 8.
[3] S/AC.17/SR.12, p. 3.
[4] Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, par. 2.
[5] *Ibid.*, par. 4.
[6] *Ibid.*, deuxième et troisième alinéas du préambule.
[7] *Ibid.*, deuxième alinéa du préambule.
[8] *Ibid.*, troisième alinéa du préambule.

Power, but only the consequences of the continued South African presence after the cessation of the mandatory relationship.

MERITS

Scope of the Question Submitted

The question before the Court is a limited one, namely what are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)? In this resolution the Security Council reaffirmed General Assembly resolution 2145 (XXI) of 27 October 1966, by which the United Nations decided that the Mandate for South West Africa was terminated and assumed direct responsibility for the Territory until its independence, and also reaffirmed its resolution 264 (1969), which recognized this termination and which called upon the Government of South Africa immediately to withdraw from the Territory.

No other request having been made, the Court will have to assume the validity of the action taken by the Security Council and the General Assembly on the question of Namibia and that such action was in accordance with the Charter. The Court should not assume powers of judicial review of the action of principal organs of the United Nations without specific request to that effect.

The Covenant

The Covenant is in the nature of a constitutional legal instrument, which is the source of rights and obligations relating to the system of mandates and to the securities and safeguards for the performance of the sacred trust. The principle proclaimed in Article 22, and its provisions, were binding on the Members of the League who were willing to accept the tutelage and exercise it as mandatories on behalf of the League in the interest of the indigenous population.

The Council of the League defined the degree of authority, control, or administration to be exercised by the Mandatory for South West Africa, in the terms that the Principal Allied and Associated Powers had proposed that the Mandate should be formulated. The purpose of the Mandate for South West Africa—in the terms defined by the Council—is to give practical effect to the principle of the sacred trust of civilization. The Mandate is the method chosen by the Allied and Associated Powers to accomplish that end. The legal obligations stated in the Covenant were translated and spelled out in the specific case of each mandate "according to the stage of development of the people, the geographical situation of

ment de l'Afrique du Sud en son ancienne qualité de puissance mandataire, mais uniquement celles qui découlent du maintien de l'Afrique du Sud après la fin du régime du mandat.

FOND

Portée de la question soumise à la Cour

La question soumise à la Cour est de portée limitée, « quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité? » Dans cette résolution, le Conseil de sécurité a réaffirmé la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 27 octobre 1966, par laquelle les Nations Unies avaient décidé que le mandat sur le Sud-Ouest africain était terminé et avaient assumé la responsabilité directe du territoire jusqu'à son indépendance, et il a réaffirmé aussi sa propre résolution 264 (1969) par laquelle il avait reconnu la cessation du mandat et demandé au Gouvernement sud-africain de se retirer immédiatement du territoire.

Aucune autre question ne lui ayant été soumise, la Cour devra supposer que les mesures adoptées par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale en ce qui concerne la Namibie sont valables et qu'elles ont été prises conformément à la Charte. La Cour ne doit pas s'arroger des pouvoirs de contrôle judiciaire quant aux mesures prises par les organes principaux des Nations Unies sans y avoir été expressément invitée.

Le Pacte de la Société des Nations

Le Pacte a le caractère d'un instrument constitutionnel d'où découlent les droits et obligations ayant trait au système des mandats ainsi qu'aux garanties et sauvegardes pour l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation. Le principe formulé à l'article 22 et les dispositions de ce texte étaient obligatoires pour les Membres de la SdN qui avaient consenti à exercer la tutelle en qualité de mandataires et au nom de la Société, dans l'intérêt de la population indigène.

Le Conseil de la SdN a défini le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration que devait exercer le mandataire pour le Sud-Ouest africain, dans les termes proposés pour la rédaction du mandat par les Principales Puissances alliées et associées. Le mandat pour le Sud-Ouest africain a pour objet de réaliser pratiquement — selon les termes définis par le Conseil — le principe de la mission sacrée de civilisation. Le mandat est la méthode choisie par les Puissances alliées et associées pour atteindre cet objectif. Les obligations juridiques énoncées dans le Pacte ont été traduites et précisées dans le cas particulier de chaque mandat « suivant le degré de développement du peuple, la situation géographique

the territory, its economic conditions and other similar circumstances". All mandates—regardless of their differences in character—have a common denominator; all were established for the same reason, and with the object and purpose of giving practical effect to the principle that the well-being and development of the peoples inhabiting the territories concerned form a sacred trust of civilization.

The sacred trust is not only a moral idea, it has also a legal character and significance; it is in fact a legal principle. This concept was incorporated into the Covenant after long and difficult negotiations between the parties over the settlement of the colonial issue. It has been observed in that respect that:

> "It was clearly understood by all concerned that what was involved was the adoption, with respect to the treatment of indigenous peoples in certain areas of Africa and Asia, of a principle entirely different from that in effect until then. The new principle was that, as a matter of international law, the well-being and social progress of such peoples would be the responsibility of the 'organized international community', insured by legal, rather than by solely moral, considerations."

Sir Arnold McNair, in his separate opinion annexed to the Opinion of the Court on the *International Status of South West Africa*, observed:

> "From time to time it happens that a group of great Powers, or a large number of States both great and small, assume a power to create by a multipartite treaty some new international régime or status, which soon acquires a degree of acceptance and durability extending beyond the limits of the actual contracting parties, and giving it an objective existence" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 153).

Concept of Mandates—Rights and Obligations of Mandatory

The Court has given the following account of this question:

> "Under Article 119 of the Treaty of Versailles of 28 June 1919, Germany renounced in favour of the Principal Allied and Associated Powers all her rights and titles over her overseas possessions. The said Powers, shortly before the signature of the Treaty of Peace, agreed to allocate them as Mandates to certain Allied States which had already occupied them. The terms of all the 'C' Mandates were drafted by a Committee of the Supreme Council of the Peace Conference and approved by the representatives of the Principal Allied and Associated Powers in the autumn of 1919, with one reservation which was subsequently withdrawn. All these actions were taken before the Covenant took effect and before the League of Nations was established and started functioning in January 1920.

du territoire, ses conditions économiques et toutes autres circonstances analogues ». Tous les mandats — si différents de nature soient-ils — ont un dénominateur commun ; ils ont tous été établis pour la même raison, afin de réaliser pratiquement le principe selon lequel le bien-être et le développement des peuples habitant les territoires en question constituent une mission sacrée de civilisation.

La mission sacrée n'est pas seulement une notion morale, elle a également un caractère et une signification juridiques ; il s'agit en réalité d'un principe de droit. Cette conception a été introduite dans le Pacte après de longues et laborieuses négociations entre les parties au sujet du règlement de la question coloniale. On a fait observer à ce sujet :

> « Il était évident pour tous les intéressés qu'il s'agissait, en ce qui concerne le traitement des populations indigènes de certaines régions d'Afrique et d'Asie, de l'adoption d'un principe totalement différent de celui qui était appliqué jusque-là. D'après ce nouveau principe, en droit international, c'était la « communauté internationale organisée » qui devait être responsable du bien-être et du progrès social de ces populations, garantis par des considérations d'ordre juridique et non par des considérations d'ordre purement moral. »

Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'avis de la Cour sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, sir Arnold McNair a dit :

> « Il arrive de temps à autre qu'un groupe de grandes Puissances ou qu'un nombre important d'Etats grands et petits créent, par un traité multilatéral, quelque régime ou statut international nouveau, qui est bientôt accepté et revêt un caractère durable, dépassant les limites des parties contractantes effectives, et conférant à ce régime une existence objective. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 153.)

La notion de mandat — Droits et obligations du mandataire

Voici quelle a été l'opinion émise par la Cour sur cette question :

> « Aux termes de l'article 119 du traité de Versailles du 28 juin 1919, l'Allemagne a renoncé, en faveur des Principales Puissances alliées et associées, à tous ses droits et titres sur ses possessions d'outre-mer. Lesdites Puissances, peu de temps avant la signature du traité de paix, sont convenues de conférer des Mandats sur ces territoires à certains Etats alliés qui les occupaient déja. Les termes de tous les Mandats « C » ont été préparés par une commission du Conseil suprême de la conférence de la paix et approuvés en l'automne de 1919 par les représentants des Principales Puissances alliées et associées avec une réserve qui a été retirée par la suite. Tout cela s'est produit avant que le Pacte n'entre en vigueur et avant que la Société des Nations ne s'établisse et commence à fonctionner, en janvier 1920. Les

The terms of each Mandate were subsequently defined and confirmed by the Council in conformity with Article 22 of the Covenant.

The essential principles of the Mandates System consist chiefly in the recognition of certain rights of the peoples of the underdeveloped territories; the establishment of a régime of tutelage for each of such peoples to be exercised by an advanced nation as a 'Mandatory' 'on behalf of the League of Nations'; and the recognition of 'a sacred trust of civilisation' laid upon the League as an organized international community and upon its Member States. This system is dedicated to the avowed object of promoting the well-being and development of the peoples concerned and is fortified by setting up safeguards for the protection of their rights.

These features are inherent in the Mandates System as conceived by its authors and as entrusted to the respective organs of the League and the Member States for application. The rights of the Mandatory in relation to the mandated territory and the inhabitants have their foundation in the obligations of the Mandatory and they are, so to speak, mere tools given to enable it to fulfil its obligations. The fact is that each Mandate under the Mandates System constitutes a new international institution, the primary, overriding purpose of which is to promote 'the well-being and development' of the people of the territory under Mandate." (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 329.)

Sir Arnold McNair, in his separate opinion mentioned above, stated:

"The Mandates System seems to me to be an *a fortiori* case. The occasion was the end of a world war. The parties to the treaties of peace incorporating the Covenant of the League and establishing the system numbered thirty. The public interest extended far beyond Europe. Article 22 proclaimed 'the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilization and that securities for the performance of this trust should be embodied in the Covenant'. A large part of the civilized world concurred in opening a new chapter in the life of between fifteen and twenty millions of people, and this article was the *instrument* adopted to give effect to their desire. In my opinion, the new régime established in pursuance of this 'principle' has more than a purely contractual basis, and the territories subjected to it are impressed with a special legal status, designed to last until modified in the manner indicated by Article 22. The dissolution of the League has produced certain difficulties, but, . . . they are mechanical difficulties, and the policy and principles of the new institution have survived the impact of the events of 1939 to 1946, and have indeed been reincarnated by the Charter under the name of the 'International Trusteeship System',

termes de chacun des Mandats ont été définis et confirmés ultérieurement par le Conseil selon l'article 22 du Pacte.

Les principes essentiels du système des Mandats consistent avant tout dans la reconnaissance de certains droits des peuples des territoires sous-développés; dans l'établissement d'un régime de tutelle exercé sur chacun de ces peuples par une nation développée, en qualité de « Mandataire » et « au nom de la Société des Nations »; et dans la reconnaissance d'une « mission sacrée de civilisation » incombant à la Société en tant que communauté internationale organisée et à ses Etats Membres. Ce système a pour objet reconnu le bien-être et le développement de ces peuples et il s'assortit de garanties visant la protection de leurs droits.

Ces caractères sont inhérents au système des Mandats tel que ses auteurs l'ont conçu et tel qu'il a été confié pour application aux divers organes de la Société et à ses Etats Membres. Les droits du Mandataire concernant le territoire sous Mandat et ses habitants se fondent sur les obligations du Mandataire et ils ne sont, pour ainsi dire, que de simples instruments lui permettant de remplir ses obligations. Le fait est que, dans le système des Mandats, chaque Mandat constitue une institution internationale nouvelle dont l'objectif principal est de promouvoir « le bien-être et le développement » des peuples du territoire sous Mandat. » (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 329.)

Dans l'opinion individuelle mentionnée plus haut, sir Arnold McNair déclarait:

« Le régime des Mandats me paraît être un cas à fortiori. C'est la fin d'une guerre universelle qui a fourni l'occasion de ce régime. Les parties aux traités de paix, dans lesquels a été inséré le Pacte de la Société des Nations et par lesquels a été instauré le régime, étaient au nombre de trente. L'intérêt public dépassait de beaucoup les limites de l'Europe. L'article 22 a proclamé que « le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation et qu'il convient d'incorporer dans le présent acte des garanties pour l'accomplissement de cette mission ». La plus grande partie du monde civilisé a concouru à ouvrir un nouveau chapitre dans l'existence d'entre quinze et vingt millions d'êtres humains, et cet article a été l'*instrument* adopté pour donner suite à leurs désirs. Selon moi, le nouveau régime institué en application de ce « principe » contient quelque chose de plus qu'une base purement contractuelle, et les territoires auxquels il s'applique ont été empreints d'un statut juridique spécial, destiné à durer autant qu'il ne serait pas modifié de la manière indiquée à l'article 22. La dissolution de la Société des Nations a provoqué certaines difficultés mais, comme je l'expliquerai, ce sont des difficultés d'ordre mécanique, et la ligne de conduite et

with a new lease of life." (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 154-155, italics added.)

A new order based on the proposition that "all men are by nature equally free and independent" has attained solemn recognition in the basic law of many nations and is today — in one form or another — customary declaration, norm and standard in the constitutional practice of States. It cannot be ignored that the status of the Territory of South West Africa is the most explosive international issue of the post-war world; and the question whether the *official policy of apartheid*, as practised in the Territory, is or is not compatible with the principles and legal provisions stated in the Covenant, in the Mandate and in the Charter of the United Nations, begs an answer by the Court.

Power of Revocation

It has been contended that there is no express power of revocation of a mandate provided for under the League Covenant, nor yet an implied power. In answer to this contention, some relevant quotations have been relied upon during the present proceedings. Wright, in his *Mandates Under the League of Nations*, 1930 (pp. 440-441), wrote the following:

> "Whether the League can appoint a new mandatory in case one of the present mandatories should cease to function has not been determined. Nor has it been decided whether the League can dismiss a mandatory though both powers may be implied from the Covenant assertion that the mandatories act 'on behalf' of the League', and members of the Permanent Mandates Commission have assumed that they exist. Furthermore, it would seem that the mandate of a given nation would automatically come to an end in case the mandatory ceased to meet the qualifications stated in the Covenant and that the League would be the competent authority to recognize such a fact. . . . Since the areas subject to mandate are defined in Article 22 of the Covenant it would seem that the League, whose competence is defined by the Covenant, could not withdraw a territory from the status of mandated territory unless through recognition that the conditions there defined no longer exist in the territory."

Smuts, in *The League of Nations: A Practical Suggestion*, 1918, said:

les principes de la nouvelle institution ont survécu au choc des événements qui se sont déroulés de 1939 à 1946: ils ont même été réincarnés dans la Charte, sous le nom de « régime international de tutelle », avec un regain de vie. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 154-155; les italiques sont de nous.)

Un ordre nouveau fondé sur la proposition que « tous les hommes sont par nature également libres et indépendants » a été solennellement reconnu dans la loi fondamentale de nombreuses nations, et il est consacré aujourd'hui couramment, sous une forme ou une autre, par une déclaration, une norme et un « standard » dans la pratique constitutionnelle des Etats. Il est impossible de se dissimuler que le problème du statut du territoire du Sud-Ouest africain est le problème international le plus explosif du monde d'après-guerre; et la question de savoir si *la politique officielle d'apartheid* pratiquée dans le territoire est ou non compatible avec les principes et les dispositions juridiques énoncées dans le Pacte, dans le mandat et dans la Charte des Nations Unies, exige une réponse de la Cour.

Le pouvoir de révocation

On a soutenu que le Pacte de la Société des Nations ne prévoyait aucun pouvoir de révocation d'un mandat, ni expressément ni implicitement. Pour répondre à cette assertion, on a invoqué au cours de la présente instance quelques citations. Dans son ouvrage intitulé *Mandates Under the League of Nations*, 1930 (p. 440-441), Wright écrivait ce qui suit:

« On n'a pas précisé si la Société pouvait désigner un nouveau mandataire au cas où l'un des mandataires actuels cesserait d'exercer ses fonctions. On n'a pas décidé non plus si la Société pouvait révoquer un mandataire bien que l'on puisse déduire l'existence des deux pouvoirs du fait que le Pacte stipule que les mandataires agissent « au nom de la Société », et les membres de la Commission permanente des mandats ont estimé que ces pouvoirs existaient. En outre, il semblerait que le mandat d'une nation donnée prendrait automatiquement fin si le mandataire cessait d'avoir les qualifications qu'énonce le Pacte, et que la Société serait l'autorité compétente pour reconnaître ce fait ... Etant donné que les zones soumises à mandat sont définies dans l'article 22 du Pacte, il semblerait que la Société, dont la compétence est précisée par le Pacte, ne pourrait pas retirer à un territoire le statut de territoire sous mandat si ce n'est en reconnaissant que les conditions prévues n'existent plus dans le territoire. »

Dans *La Société des Nations — Une proposition pratique*, Smuts écrivait ceci:

> "... in case of any flagrant and prolonged abuse of this trust the population concerned should be able to appeal for redress to the League, who should in a proper case assert its authority to the full, even to the extent of removing the mandate, and entrusting it to some other State, if necessary".

The view existed then that the League could revoke a mandate in the event of a fundamental breach of its obligation by a mandatory. Annexation, overt or disguised, was certainly the most grave and fundamental breach of the essential principles of the mandates system which—as an international institution—was created by Article 22 of the Covenant.

Consequences of Dissolution of the League

An international régime, the mandates system, was created by Article 22 with a view to giving practical effect to the two principles *(a)* of *non-annexation*, and *(b)* that *the well-being* and development of the peoples inhabiting the mandated territories, not yet able to stand by themselves, form "a sacred trust of civilization". The creation of this new international institution did not involve any cession of territory or transfer of sovereignty, and the mandatory was to exercise an international function of administration on behalf of the League of Nations. The mandate was created in the interests of the inhabitants and of humanity in general, as an international institution with an international object—a sacred trust of civilization.

The international rules regulating the mandate constituted an international status for the territory. The functions were of an international character and their exercise, therefore, was subjected to the supervision of the Council of the League of Nations and to the obligation to submit annual reports.

Obligations: *(a)* administration as a "sacred trust"; *(b)* machinery for implementation, supervision and control as "securities for the performance of this trust". These obligations represent the very essence of the "sacred trust". Neither the fulfilment of these obligations, nor the *rights* of the population, could be brought to an end with the liquidation of the League, as *they did not depend on the existence of the League*.

The provisions of paragraph 2 of Article 80 of the Charter presuppose that the rights of States and peoples should not lapse automatically on the dissolution of the League.

The resolution of the League Assembly of 18 April 1946 had to recognize that the functions of the League terminated with its existence, at the same time the Assembly *recognized* that Chapters XI, XII and XIII of the Charter embodied the principles declared in Article 22 of the Covenant

« En cas d'abus flagrant et prolongé de cette mission, la population dont il s'agit devrait avoir le droit de s'adresser à la Société pour qu'il y soit remédié et celle-ci devrait, si le cas se présente, exercer pleinement son autorité, allant éventuellement jusqu'à révoquer le mandat pour le confier à un autre Etat si c'est nécessaire. »

On estimait alors que la Société des Nations pouvait révoquer un mandat si un mandataire commettait une violation fondamentale de son obligation. L'annexion — ouverte ou déguisée — était certainement la violation la plus grave et la plus fondamentale des principes essentiels du régime des mandats créé, en tant qu'institution internationale, par l'article 22 du Pacte.

Conséquences de la dissolution de la Société des Nations

L'article 22 a créé un régime international, le système des mandats, en vue de donner pratiquement effet aux deux principes suivants: *a)* celui de la *non-annexion*; *b)* celui d'après lequel le bien-être et le développement des peuples habitant les territoires sous mandat et non encore capables de se diriger eux-mêmes forment une « mission sacrée de civilisation ». La création de cette nouvelle institution internationale n'impliquait ni cession de territoire ni transfert de souveraineté, et le mandataire devait exercer une fonction d'administration internationale au nom de la Société des Nations. Le mandat a été établi dans l'intérêt des habitants du territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un but international — une mission sacrée de civilisation.

Les règles internationales régissant le mandat constituaient pour le territoire un statut international. Les fonctions en cause avaient un caractère international de sorte que l'exercice de ces fonctions était soumis à la surveillance du Conseil de la Société des Nations et à l'obligation de présenter des rapports annuels.

Les obligations étaient les suivantes: *a)* administration au titre d'une « mission sacrée »; *b)* mécanisme de mise en œuvre, de surveillance et de contrôle au titre des « garanties pour l'accomplissement de cette mission ». Ces obligations représentaient l'essence même de la « mission sacrée ». La liquidation de la Société ne pouvait mettre un terme auxdites obligations ni aux *droits* de la population, *puisque leur exécution ne dépendait pas de l'existence de la Société des Nations.*

Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 80 de la Charte présupposent que les droits des Etats et des peuples ne deviennent pas caducs par le simple effet de la dissolution de la Société des Nations.

Dans sa résolution du 18 avril 1946, l'Assemblée de la Société des Nations a dû reconnaître que la dissolution de la Société mettait fin aux fonctions de cet organisme mais elle a *noté* que des principes correspondant à ceux que déclarait l'article 22 du mandat étaient incorporés dans

of the League of Nations. In paragraph 4 of that resolution, the mandatory Powers recognized that some time would elapse from the termination of the League to the implementation of the trusteeship system, and assumed the obligation to continue nevertheless, in the meantime, to administer the territories under mandate for the well-being of the peoples concerned, until other arrangements had been agreed between them and the United Nations.

The Assembly understood that the mandates were to continue in existence until "other arrangements" were established, concerning the future status of the territory concerned. Maintaining the status quo meant: to administer the territory as a sacred trust and to give account and to report on the acts of administration.

There are decisive reasons for an affirmative answer to the question whether the supervisory functions of the League were to be exercised by the new international organization created by the Charter. The authors of the Covenant considered that the effective performance of the sacred trust of civilization required that the administration of the mandated territories should be subjected to international supervision. The necessity for supervision continues to exist. It cannot be admitted that the obligation to submit to supervision has disappeared, merely because the supervisory organ under the mandates system has ceased to exist, when the United Nations has another international organ performing similar supervisory functions.

Article 80, paragraph 1, of the Charter purports to safeguard the rights of the peoples of mandated territories until trusteeship agreements are concluded, but no such rights of the peoples could be effectively safeguarded without international supervision and a duty to render reports to a supervisory organ.

The resolution of 18 April 1946 of the Assembly of the League presupposes that the supervisory functions exercised by the League would be taken over by the United Nations, and the General Assembly has the competence derived from the provisions of Article 10 of the Charter, and is legally qualified to exercise such supervisory functions.

On 31 January 1923 the Council of the League adopted certain rules by which the mandatory governments were to transmit petitions. This right which the inhabitants of South West Africa had thus acquired is maintained by Article 80, paragraph 1, of the Charter. The dispatch and examination of petitions form a part of the supervision, and petitions are to be transmitted by the South African Government to the General Assembly, which is legally qualified to deal with them.

At its final session, on 18 April 1946, the League of Nations adopted a resolution, already referred to, concerning the mandates system, of which the last two paragraphs read as follows:

> "[The Assembly:] 3. Recognizes that, on the termination of the League's existence, its functions with respect to the mandated

les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies. Au paragraphe 4 de cette résolution, les puissances mandataires reconnaissaient qu'il s'écoulerait un certain temps entre la dissolution de la Société et l'application du régime de tutelle, et elles assumaient l'obligation de continuer néanmoins à administrer dans l'intervalle les territoires sous mandat en vue du bien-être des peuples intéressés jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre elles et les Nations Unies.

L'Assemblée estimait que les mandats demeureraient en vigueur jusqu'à ce que « de nouveaux arrangements » soient pris au sujet du statut des territoires intéressés. Maintenir le *statu quo* signifiait administrer le territoire dans le cadre de la mission sacrée de civilisation et présenter des rapports sur les actes d'administration.

Il y a des raisons décisives de répondre par l'affirmative à la question de savoir si les fonctions de surveillance de la Société des Nations devaient être exercées par la nouvelle organisation internationale créée par la Charte. Les auteurs du Pacte estimaient que, pour assurer effectivement l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation, il importait de soumettre à une surveillance internationale l'administration des territoires sous mandat. La nécessité d'une telle surveillance subsiste. On ne saurait admettre que l'obligation de se soumettre à une surveillance ait disparu pour la simple raison que l'organe de surveillance prévu dans le système des mandats a cessé d'exister, alors que les Nations Unies offrent un autre organe international chargé de fonctions de surveillance analogues.

Le paragraphe 1 de l'article 80 de la Charte a pour objet de garantir les droits des peuples des territoires sous mandat jusqu'à la conclusion d'accords de tutelle, mais les droits de ces peuples ne sauraient être effectivement garantis sans une surveillance internationale et sans l'obligation d'adresser des rapports à un organe de surveillance.

La résolution de l'Assemblée de la Société des Nations du 18 avril 1946 présuppose la prise en charge par les Nations Unies des fonctions de surveillance exercées par la Société des Nations; l'Assemblée générale a la compétence que les dispositions de l'article 10 de la Charte lui confèrent et elle est fondée en droit à exercer de telles fonctions.

Le 31 janvier 1923, le Conseil de la Société avait adopté certaines règles d'après lesquelles les gouvernements mandataires devaient transmettre des pétitions. Le droit ainsi acquis par les habitants du Sud-Ouest africain est maintenu par le paragraphe 1 de l'article 80 de la Charte. L'envoi et l'examen de pétitions font partie de la surveillance et les pétitions doivent être transmises par le Gouvernement sud-africain à l'Assemblée générale qui est fondée en droit à les examiner.

A sa dernière séance, le 18 avril 1946, la Société des Nations a adopté une résolution relative au système des mandats, résolution dont j'ai déjà fait mention et dont les deux derniers paragraphes se lisent comme suit:

> « [L'Assemblée:] 3. Reconnaît que la dissolution de la Société des Nations mettra fin à ses fonctions en ce qui concerne les terri-

territories will come to an end, but notes that Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the United Nations embody principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant of the League;

4. Takes note of the expressed intentions of the Members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them for the well-being and development of the peoples concerned in accordance with the obligations contained in the respective Mandates, until other arrangements have been agreed between the United Nations and the respective mandatory Powers."

Effect of Resolution 2145 (XXI) of the General Assembly of the United Nations and of the Security Council Resolutions

The Principle of Non-Discrimination

The United Nations and the General Assembly were entrusted with special tasks under the Charter of the United Nations and, among other tasks, to "encourage and promote respect for human rights and for fundamental freedoms for all, without distinction as to race ..." (Art. 76 *(c)*; Art. 1 (3)). The General Assembly has competence in respect of the interpretation of the Charter, and power to enact recommendations regarding racial discrimination which have evolved as principles or standards of general international acceptance.

The principle of non-discrimination on account of race or colour has a great impact in the maintenance of international peace, and the Organization has the duty to ensure that all States—even those which are not members—shall act, in accordance with the principles of Article 2 of the Charter, in the pursuit of the purposes stated in Article 1—among them to promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all, without racial discrimination (Art. 1 (3)).

Significance of the Recommendations of the General Assembly

Nobody would dispute the powers of the General Assembly to discuss such matters as racial discrimination, in general, and especially when they occur in a mandated territory which has an international status and is an institution or régime which is the concern of the Assembly. The International Court is guided by its Statute and its Rules, but even the Court's functions and powers may be discussed by the General Assembly, which may make recommendations (to the United Nations Members) in respect to them, and propose or evolve additional subsidiary means which the Court should apply for the determination of rules of law.

toires sous mandat, mais note que des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte sont incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies;

4. Note que les Membres de la Société administrant actuellement des territoires sous mandat ont exprimé leur intention de continuer à les administrer en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés, conformément aux obligations contenues dans les divers mandats, jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires. »

EFFET DE LA RÉSOLUTION 2145 (XXI) DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES ET DES RÉSOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

Le principe de non-discrimination

La Charte a confié à l'Organisation des Nations Unies et à l'Assemblée générale certaines tâches spéciales, notamment celles d'« encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race... » (art. 76 *c)* et art. 1, par. 3). L'Assemblée générale a compétence eu égard à l'interprétation de la Charte et elle a le pouvoir d'adopter des recommandations qui, en matière de discrimination raciale, se sont transformées en principes ou « standards » généralement acceptés sur le plan international.

Le principe de la non-discrimination à raison de la race ou de la couleur a une grande importance pour le maintien de la paix internationale et l'Organisation a le devoir de veiller à ce que tous les Etats, même ceux qui n'en sont pas membres, agissent conformément aux principes de l'article 2 de la Charte en vue d'atteindre les objectifs énoncés à l'article premier et notamment de développer et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans discrimination raciale (art. 1, par. 3).

La portée des recommandations de l'Assemblée générale

Personne ne conteste que l'Assemblée générale a le pouvoir de discuter de questions comme la discrimination raciale d'une façon générale et que tel est plus particulièrement le cas lorsque cette discrimination se produit dans un territoire sous mandat jouissant d'un statut international et lorsqu'il s'agit d'une institution ou d'un régime relevant de la compétence de l'Assemblée générale. La Cour internationale est guidée par son Statut et son Règlement, mais même les fonctions et pouvoirs qui lui sont attribués peuvent être discutés par l'Assemblée générale, laquelle peut adresser des recommandations à ce sujet aux Membres des Nations

The numerous and almost unanimous recommendations regarding *apartheid* and racial discrimination are made to the Members of the United Nations, but the Court cannot overlook or minimize their overriding importance and relevance. The idea of concern for peoples, for the recognition of the role of the common man, and especially for the peoples "not yet able to stand for themselves under the strenuous conditions of the modern world", was the one that moved the authors of the Covenant and is at the root of the Mandate.

For purposes of the interpretation of the Mandate according to both its spirit and its letter, the dissolution or liquidation of the League is not of permanent importance, since the Mandate survived. But for a just interpretation of its terms and spirit, it is important to keep in mind that such interpretation is being made today; that this Court is sitting in 1971 and not in 1920, and that the international community of today, the United Nations, has the right and the duty to see that the sacred trust is performed. For that reason and to that effect, many resolutions were adopted in the General Assembly and are relevant and of the greatest importance in the consideration of the South West Africa case.

It is therefore in the exercise of its rights and duties that the General Assembly, through its resolutions, has passed judgment on the application in the mandated territory of the official policy of racial discrimination, and recognized the rules and standards which the Mandatory by its policy of *apartheid* contravenes, in violation of its obligations under the Mandate, obligations which are not dormant at all, but alive and in action, as are equally well alive and not dormant the rights of the peoples of the Territory who are the beneficiaries of such obligations.

After the 1950 Opinion has been accepted and approved by the General Assembly, it was the "law recognized by the United Nations" (Judge Sir Hersch Lauterpacht, in *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, I.C.J. Reports 1956*, p. 46).

The General Assembly has had, under the relevant international instruments, several distinct roles in regard to Namibia, and the action which it took in this instance finds its bases in all these roles taken either individually or together. The General Assembly acted: in its capacity as the supervisory authority for the Mandate for South West Africa; as the sole organ of the international community responsible for ensuring the fulfilment of the obligations and sacred trust assumed in respect of the people and Territory of Namibia; and as the organ primarily concerned with non-self-governing and trust territories.

Unies et proposer ou trouver des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit applicables par la Cour.

Les recommandations nombreuses et quasi unanimes concernant l'*apartheid* et la discrimination raciale s'adressaient aux Membres des des Nations Unies et non aux membres de la Cour, mais la Cour ne saurait ignorer ou minimiser leur importance primordiale et leur très grande pertinence en l'espèce. L'idée qu'il faut s'intéresser aux populations, reconnaître le rôle de l'homme du commun et veiller tout particulièrement aux peuples « non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » est celle qui a inspiré les auteurs du Pacte et qui est à la base du mandat.

S'agissant d'interpréter le mandat dans son esprit et dans sa lettre, on ne doit pas considérer que la dissolution ou la liquidation de la Société des Nations présente une importance de caractère permanent, puisque le mandat a survécu. Mais pour en interpréter les termes et l'esprit, il importe de ne pas oublier que cette interprétation a lieu aujourd'hui, que la Cour siège en 1971 et non en 1920 et que la communauté internationale d'aujourd'hui — l'Organisation des Nations Unies — a le droit et le devoir de veiller à l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation. C'est pour cette raison et à cet effet que l'Assemblée générale a adopté de nombreuses résolutions qui sont pertinentes et qui revêtent la plus grande importance pour l'examen de l'affaire du Sud-Ouest africain.

C'est donc dans l'exercice de ses droits et de ses devoirs que, par ses résolutions, l'Assemblée générale a porté un jugement sur l'application de la politique officielle de discrimination raciale dans le territoire sous mandat et qu'elle a reconnu l'existence des règles et des « standards » auxquels le défendeur contrevient par sa politique d'*apartheid* violant les obligations du mandat, obligations qui, loin d'être inopérantes, sont actives et en vigueur, tout comme demeurent en vigueur aussi, loin d'être inopérants, les droits des populations du territoire bénéficiaires desdites obligations.

Une fois accepté et approuvé par l'Assemblée générale, l'avis de 1950 est devenu « loi reconnue par les Nations Unies » (sir Hersch Lauterpacht, *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956*, p. 46).

En vertu des instruments internationaux applicables, l'Assemblée générale avait à jouer plusieurs rôles distincts au sujet de la Namibie, et son action en l'occurrence trouve son fondement dans tous ces rôles pris soit séparément soit ensemble. L'Assemblée générale a agi: en qualité d'organe de surveillance du mandat pour le Sud-Ouest africain; comme seul organe de la communauté internationale chargé de veiller à l'accomplissement des obligations et de la mission sacrée assumées à l'égard du peuple et du territoire de la Namibie; comme organe principalement intéressé au sort des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle.

To the extent that resolution 2145 (XXI) was adopted by the General Assembly as the supervisory authority and as a party in contractual relationship with South Africa arising from the Mandate, the resolution is constitutionally valid on its own, and therefore legally effective. Furthermore, when the General Assembly decided that the Mandate was terminated, and that South Africa had no other right to administer the Territory, it made a statement which, in addition to its dispositive character, was also of a declaratory nature. One hundred and fourteen members of the General Assembly, which voted for resolution 2145 (XXI), and the three member Governments which abstained on the resolution, were all agreed that South Africa had failed to fulfil its obligations in respect of the administration of the Territory and its obligations to ensure the moral and material well-being and security of the indigenous inhabitants, and that it had in fact disavowed the Mandate. Under these circumstances, it was clearly incumbent upon the General Assembly not to remain silent, and to declare what in fact and in law was manifest.

The fact that, broadly speaking, the General Assembly's activities are mainly of a recommendatory character does not mean that the General Assembly cannot act in a situation in which it is a party to a contractual relationship in its capacity as such a party; nor does it mean that, in regard to a territory which is an international responsibility, and in regard to which no State sovereignty intervenes between the General Assembly and the territory, the General Assembly should not be able to act as it did by resolution 2145 (XXI).

During the past 25 years, a vast variety of actions and initiatives of the United Nations, in the fulfilment of the purposes and principles of the Charter, have found expression in General Assembly resolutions, adopted in the general context of Chapter IV of the Charter. These resolutions have conferred on various subsidiary organs a vast range of operational functions.

The legality of these, and numerous other actions and initiatives of the General Assembly, did not depend upon the existence of a precise textual provision in Chapter IV of the Charter, providing for each case. For the General Assembly is the competent organ of the United Nations to act in the name of the latter in a wide range of matters, and in these instances it is the United Nations itself which is acting. This is especially so concerning economic, social and trusteeship matters, non-self-governing territories, administration and finance, and action required under the United Nations Charter not coming within the special competence of the Security Council.

In this instance, the Security Council not only gave its support but also endorsed the Assembly's decisions. By its resolution 264 (1969) the Security Council recognized the termination of the Mandate and the assumption of direct responsibility for the Territory by the General

Dans la mesure où la résolution 2145 (XXI) a été adoptée par l'Assemblée générale en qualité d'organe de surveillance et de partie aux relations contractuelles avec l'Afrique du Sud découlant du mandat, cette résolution est constitutionnellement valable par elle-même et a donc des effets juridiques. De plus, lorsque l'Assemblée générale a décidé que le mandat était terminé et que l'Afrique du Sud n'avait aucun autre droit d'administrer le territoire, elle a adopté un texte qui, en plus du dispositif qu'il renfermait, présentait le caractère d'une déclaration. Les cent quatorze Membres de l'Assemblée générale qui ont voté en faveur de la résolution 2145 (XXI) et les trois gouvernements qui se sont abstenus ont tous reconnu que l'Afrique du Sud avait failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du territoire, à son obligation d'assurer le bien-être moral et matériel et la sécurité des populations indigènes et avait, en fait, dénoncé le mandat. Dans ces conditions, l'Assemblée générale, de toute évidence, se devait de ne pas rester passive et de proclamer ce qui était manifeste en fait et en droit.

Ce n'est pas parce que d'une façon générale les activités de l'Assemblée générale se traduisent surtout par des recommandations que l'Assemblée générale ne peut agir, dans une situation où elle est partie à une relation contractuelle, en sa qualité de partie, ou qu'elle ne doit pas agir comme elle l'a fait en adoptant sa résolution 2145 (XXI), dans le cas d'un territoire sous responsabilité internationale, à l'égard duquel aucune souveraineté étatique ne s'interpose entre elle et le territoire.

Au cours des vingt-cinq dernières années, un nombre important de mesures et d'initiatives très diverses de l'Organisation des Nations Unies visant à réaliser les buts et les principes de la Charte ont trouvé leur expression dans des résolutions de l'Assemblée générale adoptées dans le cadre général du chapitre IV de la Charte. Ces résolutions ont conféré à divers organes subsidiaires une vaste gamme de fonctions opérationnelles.

La légalité de ces résolutions et de nombreuses autres mesures ou initiatives prises par l'Assemblée générale ne dépendait pas de l'existence d'une disposition précise du chapitre IV de la Charte, réglant chaque cas d'espèce. En effet l'Assemblée générale est l'organe des Nations Unies qui est compétent afin d'agir au nom de l'Organisation pour des questions très variées et, lorsqu'elle le fait, c'est l'Organisation des Nations Unies elle-même qui agit. Il en va particulièrement ainsi pour les questions économiques et sociales et les problèmes concernant la tutelle, les territoires non autonomes, l'administration et les finances ainsi que les mesures qui doivent être prises en vertu de la Charte des Nations Unies et qui ne relèvent pas de la compétence spéciale du Conseil de sécurité.

En l'occurrence, le Conseil de sécurité ne s'est pas borné à donner son appui aux décisions de l'Assemblée générale; il les a aussi faites siennes. Par sa résolution 264 (1969), le Conseil a reconnu que le mandat avait pris fin et que l'Assemblée générale assumait directement la responsabilité

Assembly; stated that the continued presence of South Africa in Namibia was illegal; and called upon the Government of South Africa to withdraw immediately its administration from the Territory. The Security Council further reiterated its endorsement of the General Assembly decisions by its resolutions 269 (1969), 276 (1970) and 283 (1970). To the extent that General Assembly resolution 2145 (XXI) may be considered a recommendation to the Security Council, it became fully effective upon its endorsement by the Council.

It cannot be denied that the combined action of both principal organs with respect to Namibia is effective beyond any constitutional or legal challenge.

This Court has previously stated in 1950 and reaffirmed in its 1962 Judgment: "to retain the rights derived from the Mandate and to deny the obligations thereunder could not be justified" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133).

There was general agreement that the General Assembly had a duty to act on the basis of its own assessment of the situation clearly summed up in the preamble of the relevant resolution.

In two resolutions unanimously adopted by the Security Council in 1968, the Council took note of the termination of the Mandate by the General Assembly and took it into account. In four additional resolutions adopted in 1969 and 1970, the Security Council *recognized* that the General Assembly had terminated the Mandate, *ruled* that the continued presence of South Africa in Namibia was illegal, *called upon* South Africa to withdraw its administration from the Territory, strongly *condemned* South Africa for its refusal to do so and *declared* all actions taken by South Africa on behalf of or concerning Namibia to be illegal and invalid.

There is no doubt in my view, that General Assembly resolution 2145 (XXI) is valid, and that the Security Council resolution 276 (1970) is also valid. Furthermore, the combined effect of the resolutions of these two principal organs of the United Nations justifies the validity of the termination of South Africa's Mandate over Namibia and makes its continued presence in that Territory illegal.

Namibia has been and remains an international responsibility which, though formerly discharged through the agency of the South African Government, has at all times constituted an exercise of international rather than of sovereign authority. A further part of this premise is that the people and Territory of Namibia have, for the past 50 years, possessed a *sui generis* international status, not being under the sovereignty of any State, and having been placed under the overall authority and protection of the international community represented since 1946 by the United Nations.

Neither South Africa nor the United Nations has possessed rights in

du territoire; il a indiqué aussi que la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie était illégale, et a demandé au Gouvernement sud-africain de retirer immédiatement son administration du territoire. Le Conseil de sécurité a en outre réaffirmé, dans ses résolutions 269 (1969), 276 (1970) et 283 (1970), qu'il approuvait les décisions de l'Assemblée générale. Dans la mesure où la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale peut être considérée comme une recommandation du Conseil de sécurité, elle a revêtu toute son efficacité à partir du moment où le Conseil l'a reprise à son compte.

Il est indéniable que l'action conjointe des deux principaux organes à l'égard de la Namibie ne peut être contestée dans son efficacité ni sur le plan constitutionnel ni sur le plan juridique.

La Cour avait déjà dit en 1950 et a réaffirmé dans son arrêt de 1962 que «rien ne permet de conserver les droits dérivés du mandat tout en répudiant les obligations qui en découlent» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133).

On s'est accordé à reconnaître que l'Assemblée générale avait le devoir d'agir en fonction de sa propre évaluation de la situation telle qu'elle était clairement résumée dans le préambule de la résolution pertinente.

Dans deux résolutions adoptées à l'unanimité en 1968, le Conseil de sécurité a pris note de la décision de l'Assemblée générale de mettre fin au mandat et en a tenu compte. Dans quatre autres résolutions adoptées en 1969 et 1970, le Conseil de sécurité a *reconnu* que l'Assemblée générale avait mis fin au mandat, *décidé* que la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie était illégale, *demandé* à l'Afrique du Sud de retirer son administration du territoire, *condamné* énergiquement l'Afrique du Sud pour son refus de le faire et *déclaré* que toutes les mesures prises par l'Afrique du Sud au nom de la Namibie, ou en ce qui la concerne étaient illégales et invalides.

A mon avis, il est incontestable que la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale est valable et que la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité l'est aussi. De plus, l'effet combiné des résolutions de ces deux organes principaux des Nations Unie justifie la validité de la cessation du mandat sud-africain sur la Namibie et donne un caractère d'illégalité au maintien de la présence sud-africaine dans ce territoire.

La Namibie est et demeure une responsabilité internationale et si cette dernière a été auparavant exercée par l'intermédiaire du Gouvernement sud-africain, elle n'en représentait pas moins à tout moment l'exercice d'une autorité internationale plutôt que celle d'une souveraineté particulière. Un autre aspect de cette prémisse est que le peuple et le territoire de la Namibie jouissent depuis cinquante ans d'un statut international propre, puisqu'ils ne sont pas placés sous la souveraineté d'un Etat quelconque mais sous l'autorité et la protection générale de la communauté internationale, représentée depuis 1946 par l'Organisation des Nations Unies.

Ni l'Afrique du Sud ni l'Organisation des Nations Unies n'ont joui de

Namibia for any purpose other than to secure the rights and interests of the people of the Territory. For the Mandate did not confer ownership or sovereignty or permanent rights, but consisted only of a conditional grant of powers for the achievement of a purpose—not for the benefit of the grantee but for the benefit of a third party, the people and Territory of Namibia—which powers were to be relinquished as soon as the purpose was achieved.

The United Nations General Assembly adopted, on 24 October 1970, resolution 2625 (XXV) embodying a Declaration on principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. The Declaration states, *inter alia*, in the sixth paragraph of the section *The principle of equal rights and self-determination of peoples*:

> "The territory of a colony or other Non-Self-Governing Territory has, under the Charter, a status separate and distinct from the territory of the State administering it; and such separate and distinct status under the Charter shall exist until the people of the colony or Non-Self-Governing Territory have exercised their right of self-determination in accordance with the Charter, and particularly its purposes and principles."

By this Declaration, the General Assembly also declared further that:

> "The principles of the Charter which are embodied in this Declaration constitute basic principles of international law,"

and consequently appealed to all States—

> "to be guided by these principles in their international conduct and to develop their mutual relations on the basis of their strict observance." (Declaration, *ibid.*, General part, para. 3.)

Validity

The United Nations had valid reason to proceed to the revocation. In resolution 2145 (XXI) the General Assembly relied on various grounds for its decision, and some at least of those grounds are of such a nature that their validity can be established without it being necessary to go into factual issues.

In the operative part of resolution 2145 (XXI) the General Assembly, *inter alia*,

(i) reaffirmed the inalienable right of the people of South West Africa to self-determination, freedom and independence;

droits en Namibie à d'autres fins que de protéger les droits et intérêts du peuple du territoire. En effet, le mandat n'a conféré aucun droit de propriété ou de souveraineté ni aucun droit permanent; il visait seulement à octroyer conditionnellement des pouvoirs en vue de la réalisation d'un objectif — non en faveur du mandataire, mais en faveur d'un tiers, le peuple et le territoire de la Namibie — lesdits pouvoirs devant expirer dès que l'objectif serait atteint.

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 24 octobre 1970 la résolution 2625 (XXV) qui contient une déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies. La déclaration prévoit notamment, au sixième alinéa de la partie intitulée *Le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes*:

> « Le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède, en vertu de la Charte, un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'Etat qui l'administre; ce statut séparé et distinct en vertu de la Charte existe aussi longtemps que le peuple de la colonie ou du territoire non autonome n'exerce pas son droit à disposer de lui-même conformément à la Charte des Nations Unies et, plus particulièrement, à ses buts et principes. »

Dans cette déclaration, l'Assemblée générale a également proclamé:

> « Les principes de la Charte qui sont inscrits dans la présente Déclaration constituent des principes fondamentaux du droit international »

et a demandé en conséquence à tous les Etats

> « de s'inspirer de ces principes dans leur conduite internationale et de développer leurs relations mutuelles sur la base du respect rigoureux desdits principes. » (Déclaration, *ibid.*, dispositions générales, par. 3.)

Validité

Les Nations Unies avaient une raison valable de procéder à la révocation. Dans la résolution 2145 (XXI) l'Assemblée générale a invoqué divers motifs à l'appui de sa décision et certains d'entre eux au moins sont d'un caractère tel que leur validité peut être prouvée sans qu'il soit nécessaire d'examiner des questions de fait.

Dans le dispositif de la résolution 2145 (XXI) l'Assemblée générale a, entre autres,

i) réaffirmé le droit inaliénable du peuple du Sud-Ouest africain à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance;

(ii) reaffirmed that South West Africa is a territory having international status which it shall maintain until it achieves independence;

(iii) declared that South Africa had failed to fulfil its obligations in respect of the Territory and had disavowed the Mandate;

(iv) decided that the Mandate conferred upon His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa is, therefore, *terminated*; that South Africa has no other right to administer the Territory and that henceforth South West Africa comes under the direct responsibility of the United Nations;

(v) resolved to discharge these responsibilities with respect to South West Africa;

(vi) established an *ad hoc* committee to recommend practical means by which South West Africa should be administered so as to enable the people of the Territory to exercise their right of self-determination and to achieve independence;

(vii) called upon the Government of South Africa forthwith to refrain and desist from any action which will, in any manner whatsoever, alter or tend to alter the present international status of South West Africa;

(viii) called the attention of the Security Council to this resolution, and

(ix) requested all States to extend their whole-hearted co-operation and assistance in implementing this resolution.

The Security Council, in aid of the decisions taken by the General Assembly, *upheld* the principles embodied in General Assembly resolution 2145 (XXI), and adopted resolutions 245, 246 (1968); 264, 269 (1969); 276, 283 and 284 (1970). In these resolutions, the Security Council recognized that the General Assembly had terminated the Mandate of South Africa over Namibia and assumed direct responsibility for the Territory until its independence, and called upon the Government of South Africa to withdraw its administration from the Territory immediately (resolution 264 of 1969, reaffirmed in later resolutions).

The request for advisory opinion was made in resolution 284 (1970). By this resolution, the Security Council reaffirmed the special responsibility of the United Nations with regard to the Territory and the people of Namibia, recalled resolution 276 and decided to submit the question to the International Court of Justice for an advisory opinion.

In resolution 276 (1970), the Security Council reaffirmed General Assembly resolution 2145 (XXI) by which the United Nations decided to terminate the Mandate of South West Africa and assumed direct responsibility for the Territory until its independence, and reaffirmed Security Council resolution 264 (1969) which recognized this termination and called upon the Government of South Africa immediately to withdraw

ii) réaffirmé que le Sud-Ouest africain est un territoire qui a un statut international qu'il devra conserver jusqu'à ce qu'il accède à l'indépendance;

iii) déclaré que l'Afrique du Sud a failli à ses obligations en ce qui concerne le territoire et qu'elle a dénoncé le mandat;

iv) décidé que le mandat confié à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Union sud-africaine est donc *terminé*; que l'Afrique du Sud n'a aucun autre droit d'administrer le territoire, et que désormais le Sud-Ouest africain relève directement de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies;

v) résolu de s'acquitter de cette responsabilité à l'égard du Sud-Ouest africain;

vi) créé un comité spécial chargé de recommander des dispositions d'ordre pratique pour l'administration du Sud-Ouest africain, afin de permettre au peuple du territoire d'exercer son droit à l'autodétermination et d'accéder à l'indépendance;

vii) invité le Gouvernement sud-africain à s'abstenir et à se désister immédiatement de toute action qui de quelque manière que ce soit modifierait ou tendrait à modifier le statut international actuel du Sud-Ouest africain;

viii) appelé l'attention du Conseil de sécurité sur la résolution, et

ix) prié tous les Etats de prêter sans réserve leur concours et d'aider à l'exécution de la résolution.

Pour appuyer les décisions prises par l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité *a confirmé* les principes énoncés dans la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale et a adopté les résolutions 245, 246 (1968); 264, 269 (1969); 276, 283 et 284 (1970). Dans ces résolutions le Conseil de sécurité, ayant reconnu que l'Assemblée générale avait mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie et assumait la responsabilité directe du territoire jusqu'à son indépendance, a demandé au Gouvernement sud-africain de retirer immédiatement son administration du territoire (résolution 264 de 1969, réaffirmée dans des résolutions ultérieures).

La requête pour avis consultatif a été formulée dans la résolution 284 (1970). Par cette résolution le Conseil de sécurité a réaffirmé la responsabilité spéciale de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne le territoire et le peuple de la Namibie, rappelé la résolution 276 et décidé de soumettre la question à la Cour internationale de Justice pour avis consultatif.

Dans la résolution 276 le Conseil de sécurité, ayant réaffirmé la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale par laquelle les Nations Unies avaient décidé de mettre fin au mandat sur le Sud-Ouest africain et assumaient la responsabilité directe du territoire jusqu'à son indépendance, a réaffirmé sa propre résolution 264 (1969) dans laquelle il avait reconnu la cessation du mandat et demandé au Gouvernement sud-afri-

from this Territory. Neither the Security Council nor the General Assembly has requested the Court to advise on the legal validity or otherwise of the action taken by them or the resolutions passed by them.

The principles of the Charter, on the basis of which action has been taken by the General Assembly and the Security Council, have been elaborated in the United Nations Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, which was unanimously adopted by the General Assembly on 24 October 1970.

The first argument against the formal validity of Security Council resolutions in general is based by the South African Government on the composition of the Council and concerns the representation of China — the "Republic of China", as it is named in paragraph 1 of Article 23 of the Charter. It is the Government of Nationalist China which has occupied the permanent seat of China from the foundation of the United Nations down to today. South Africa itself has always considered the Nationalist Government as the legal Government of China. When it comes to the right of representation of two rival governments of a member State, it is obviously the competent organ of the United Nations, in this case the General Assembly, which should decide. Up to now, there has not been any change in the representation of China in the United Nations. This objection to the validity of Security Council resolutions should, therefore be rejected.

The South African Government alleges that the Security Council did not act in conformity with the procedure laid down by Article 27, paragraph 3, of the Charter, when it adopted the various resolutions dealing with the question now before the Court, and that in consequence all those resolutions are null and void. Resolution 284 (1970), containing the request for an advisory opinion which underlies the present proceedings, was adopted despite the abstention of three members, two of which were permanent members. Likewise resolution 276 (1970) was adopted in spite of the abstention of two permanent members and, at the previous vote on a phrase in the draft resolution, the words in question were retained despite the abstention of four members, three of which were permanent members. Nevertheless, those votes cannot be considered as irregular and thus null and void, for there is *a long-standing practice*, followed by the Security Council since 1950, which has interpreted the provisions of Article 27, paragraph 3, in such a way that the abstention of one or more permanent members does not have the same effect as a negative vote. It is also generally recognized that the absence of a permanent member from a meeting of the Security Council does not prevent the taking of decisions which are valid even if they relate to questions of substance. The new procedural practice with regard to votes in the Security Council was followed without any objection on the part of the General Assembly.

cain de retirer immédiatement son administration du territoire. Ni le Conseil de sécurité ni l'Assemblée générale n'ont prié la Cour de donner son avis sur la validité juridique de l'action entreprise ou des résolutions adoptées par eux.

Les principes de la Charte dont l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité se sont inspirés en menant leur action ont été développés dans la déclaration des Nations Unies relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, déclaration que l'Assemblée générale a adoptée à l'unanimité le 24 octobre 1970.

Le premier argument que le Gouvernement sud-africain invoque pour contester la validité formelle des résolutions du Conseil de sécurité en général est fondé sur la composition du Conseil et a trait à la représentation de la Chine — la « République de Chine », comme elle est appelée à l'article 23, paragraphe 1, de la Charte. C'est le Gouvernement de la Chine nationaliste qui occupe le siège permanent de la Chine depuis la création des Nations Unies. L'Afrique du Sud pour sa part a toujours considéré le Gouvernement nationaliste comme le gouvernement légitime de la Chine. S'agissant du droit de représentation de deux gouvernements rivaux d'un Etat Membre, c'est manifestement à l'organe compétent des Nations Unies, en l'espèce à l'Assemblée générale, qu'il appartient de trancher la question. Jusqu'à présent, aucune modification n'est intervenue dans la représentation de la Chine aux Nations Unies. En conséquence cette objection quant à la validité des résolutions du Conseil de sécurité devrait être repoussée.

Le Gouvernement sud-africain prétend que le Conseil de sécurité n'a pas agi conformément à la procédure définie à l'article 27, paragraphe 3, de la Charte, lorsqu'il a adopté les diverses résolutions relatives à la question dont la Cour est aujourd'hui saisie, et qu'en conséquence toutes ces résolutions sont nulles et de nul effet. La résolution 284 (1970), où est formulée la requête pour avis consultatif qui est à l'origine de la présente instance, a été adoptée en dépit de l'abstention de trois membres dont deux étaient des membres permanents. La résolution 276 (1970) a été, de même, adoptée en dépit de l'abstention de deux membres permanents et, lors d'un vote précédent sur un membre de phrase figurant dans le projet de résolution, ce membre de phrase a été conservé malgré l'abstention de quatre membres dont trois étaient des membres permanents. Ces votes ne sauraient toutefois être considérés comme irréguliers et partant les résolutions comme nulles, car *une pratique déjà ancienne* du Conseil de sécurité, qui remonte à 1950, a interprété les dispositions de l'article 27, paragraphe 3, en sorte que l'abstention d'un ou de plusieurs membres permanents n'a pas le même effet qu'un vote négatif. En outre il est généralement admis que l'absence d'un membre permanent à une séance du Conseil de sécurité n'empêche pas l'adoption de décisions qui sont valables, même si elles se rapportent à des questions de fond. La nouvelle procédure, en ce qui concerne les votes au Conseil de sécurité,

Article 32 of the Charter, which is relied upon by the South African Government, presupposes the existence of a dispute to which the State which is not a member of the Security Council is a party, as a ground for having the right to participate, without the right to vote, in discussions relating to that dispute. It is not the purpose of Security Council resolution 284 (1970) to settle a *dispute* between States; it is connected with a *situation*, namely the question of Namibia, and with the responsibilities which the United Nations assumed in 1966 (resolution 2145 (XXI)) in respect of that Territory and its inhabitants. Article 32 of the Charter was therefore not applicable. Although the definite aim of the Council, when it adopted resolution 276 (1970), was to obtain the withdrawal of the South African authorities from Namibia, the intention was, at the same time, to strengthen the maintenance of international peace and security and to reduce the existing tension. As the matter at issue was not a dispute between States but a *situation* which concerned the United Nations as such, the Security Council was under no obligation to invite South Africa to participate, without the right to vote, in the discussions which preceded the adoption of the resolution.

Article 24 of the Charter constitutes a legal basis for resolution 276 (1970) of the Security Council. That Article confers on the Council not only the specific powers set forth in Chapters VI, VII, VIII and XII, but also general powers, consistent with the aims and principles of the United Nations. With regard to the interpretation of Article 24 of the Charter, it is said in the treatise published in 1969 by Goodrich, Hambro and Simons, entitled *Charter of the United Nations*: "Article 24 (2) states that the 'specific powers granted to the Security Council' are laid down in Chapters VI, VII, VIII and XII of the Charter. This statement raises the question whether the Council has these powers only or whether it may exercise such other powers, consistent with the purposes and principles of the Charter, as are necessary for it to discharge its responsibilities. The latter, more liberal interpretation has been generally accepted." (P. 204.) The objections of the South African Government to the intrinsic validity of resolution 276 (1970) of the Security Council should be dismissed.

The first four paragraphs of the operative part of the resolution are addressed in the first place to South Africa. They all, in particular paragraph 2, contain important findings which bind that State legally. It is therefore put under an obligation, by virtue of Article 25 of the Charter, to modify its conduct in the Namibia question in conformity with the decisions of the Security Council. Given that the continued presence of the South African authorities in Namibia is illegal, all the measures taken by them in the name of that Territory, or concerning that Territory, after the cessation of the Mandate, are illegal and invalid. That finding is also

a été suivie sans que l'Assemblée générale élève la moindre objection.

L'article 32 de la Charte, que le Gouvernement sud-africain invoque, fait de l'existence d'un différend auquel l'Etat non membre du Conseil de sécurité est partie la condition nécessaire du droit pour cet Etat de participer, sans droit de vote, aux discussions relatives à ce différend. La résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité n'a pas pour objet de régler un *différend* entre Etats; elle se réfère à une *situation*, à savoir la question de la Namibie, et aux responsabilités que les Nations Unies ont assumées en 1966 (résolution 2145 (XXI)) au regard de ce territoire et de ses habitants. L'article 32 de la Charte n'était donc pas applicable. Encore qu'en adoptant la résolution 276 (1970) le Conseil ait visé très précisément à obtenir le retrait des autorités sud-africaines de la Namibie, son intention était aussi de renforcer la paix et la sécurité internationales et de réduire la tension existante. Comme ce qui était en cause n'était pas un différend entre Etats, mais une *situation* qui concernait les Nations Unies en tant que telles, le Conseil de sécurité n'était aucunement tenu d'inviter l'Afrique du Sud à participer, sans droit de vote, aux discussions qui ont précédé l'adoption de ladite résolution.

L'article 24 de la Charte constitue le fondement juridique de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Cet article confère au Conseil non seulement les pouvoirs spécifiques énoncés aux chapitres VI, VII, VIII et XII, mais aussi des pouvoirs généraux, compatibles avec les objectifs et les principes des Nations Unies. En ce qui concerne l'interprétation de l'article 24 de la Charte, il est dit dans le traité publié en 1969 par Goodrich, Hambro et Simons, et intitulé *Charter of the United Nations*: « Aux termes de l'article 24, paragraphe 2, les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité sont définis aux chapitres VI, VII, VIII et XII de la Charte. Cette affirmation soulève la question de savoir si ces pouvoirs sont les seuls que détienne le Conseil ou s'il peut en exercer d'autres, compatibles avec les buts et les principes de la Charte, qui lui sont nécessaires pour s'acquitter de ses responsabilités. C'est cette dernière interprétation, plus libérale, qui a été généralement acceptée. » (P. 204.) Les objections formulées par le Gouvernement sud-africain à l'encontre de la validité intrinsèque de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité devraient être écartées.

Les quatre premiers paragraphes du dispositif de la résolution s'adressent en premier lieu à l'Afrique du Sud. Tous, et notamment le paragraphe 2, énoncent des conclusions importantes qui lient cet Etat sur le plan juridique. Il lui est donc fait obligation, en vertu de l'article 25 de la Charte, de modifier son comportement à propos de la Namibie, conformément aux décisions du Conseil de sécurité. La présence continue des autorités sud-africaines en Namibie étant illégale, toutes les mesures prises par elles au nom de ce territoire, ou en ce qui le concerne, après la cessation du mandat sont illégales et nulles. Cette conclusion a aussi force

binding on all member States of the United Nations other than South Africa.

LEGAL CONSEQUENCES FOR SOUTH AFRICA, FOR OTHER MEMBER STATES OF THE UNITED NATIONS AND FOR NON-MEMBER STATES

It must be pointed out that South Africa, in international law, has, so long as its illegal presence in Namibia lasts, certain obligations vis-à-vis that Territory and its population. Those obligations are for the most part the same as were incumbent upon South Africa before the cessation of the Mandate. It is thus under an obligation to promote in continuous fashion the well-being and development of the peoples of the Territory, in conformity with Article 22 of the League of Nations Covenant and with the Mandate for South West Africa. South Africa has likewise an obligation to act in conformity with the Declaration regarding non-self-governing territories forming Chapter XI of the United Nations Charter. No matter under what régime, human rights have to be respected in Namibia as elsewhere.

The South African Government, after its attempts to annex the mandated territory had been defeated by the vigorous resistance of the United Nations, and after it had definitely refused to subject the Territory to trusteeship, nonetheless stated on various occasions that it would maintain the status quo, and that it would continue to administer the Territory in the spirit of the current Mandate.

Included among the international rules which are binding on the administration of the international territory of Namibia are declarations and resolutions formally adopted by the principal organs of the United Nations which represent generally accepted interpretations and applications of the provisions of the United Nations Charter, and which either are of general application, or are stated to have specific reference to the situation of Namibia.

The legal consequence for South Africa of its continued and illegal presence in Namibia, is therefore that this constitutes an internationally wrongful act and a breach of international legal obligations, owing by South Africa not only to the United Nations but also to the people and Territory of Namibia.

All States are required, under the provisions of Article 25 of the United Nations Charter, to comply with the resolutions of the Security Council and to assist the United Nations under Article 2, paragraph 5, of the Charter in any action it takes in accordance with the Charter. States are obliged to support the United Nations in securing the *withdrawal* of the South African administration from Namibia and in ensuring the free and effective exercise by the people of Namibia of their right to self-determi-

d'obligation pour tous les Etats Membres des Nations Unies autres que l'Afrique du Sud.

CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR L'AFRIQUE DU SUD, POUR LES AUTRES ETATS MEMBRES DES NATIONS UNIES ET POUR LES ETATS NON MEMBRES

Il convient de signaler que tant qu'elle maintient sa présence illégale en Namibie l'Afrique du Sud a en droit international certaines obligations vis-à-vis de ce territoire et de sa population. Ces obligations sont pour la plupart les mêmes que celles qui incombaient à l'Afrique du Sud avant la cessation du mandat. C'est ainsi qu'elle a l'obligation d'accroître régulièrement le bien-être des peuples du territoire et d'assurer leur développement conformément à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et au mandat pour le Sud-Ouest africain. L'Afrique du Sud a de même l'obligation d'agir conformément à la déclaration relative aux territoires non autonomes qui constitue le chapitre XI de la Charte des Nations Unies. Sous quelques régime que ce soit, les droits de l'homme doivent être respectés en Namibie comme ailleurs.

Le Gouvernement sud-africain ayant échoué dans ses tentatives d'annexion du territoire sous mandat devant la vive opposition des Nations Unies, ayant par ailleurs catégoriquement refusé de placer le territoire sous tutelle, a néanmoins déclaré à plusieurs reprises qu'il maintiendrait le *statu quo* et qu'il continuerait à administrer le territoire dans l'esprit du mandat en vigueur.

Parmi les règles internationales qui s'imposent à l'administration du territoire international de la Namibie figurent les déclarations et résolutions officielles des organes principaux des Nations Unies, qui représentent des interprétations et applications généralement acceptées des dispositions de la Charte, qu'elles soient d'application générale ou qu'elles visent expressément la situation de la Namibie.

La conséquence juridique pour l'Afrique du Sud du maintien de sa présence illégale en Namibie est donc que cette présence constitue un acte internationalement illicite et une violation d'obligations juridiques internationales auxquelles l'Afrique du Sud est tenue non seulement vis-à-vis des Nations Unies mais aussi vis-à-vis du peuple et du territoire de la Namibie.

En vertu de l'article 25 de la Charte des Nations Unies, tous les Etats doivent se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité et, aux termes de l'article 2, paragraphe 5, de la Charte, ils doivent assister l'Organisation des Nations Unies dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la Charte. Les Etats ont l'obligation d'aider l'Organisation des Nations Unies à obtenir que l'administration sud-africaine *se retire* de la Namibie et à permettre au peuple namibien

nation and independence. Since the termination of South Africa's Mandate over Namibia, States are precluded from establishing or maintaining any relation with Namibia through the Government of South Africa or through the illegal South African administration in the Territory.

It should be the duty of every Member of the United Nations:

to recognize the authority of the United Nations to administer the Territory of Namibia;
to recognize the inalienable right of the people of Namibia to self-determination and independence;
to take joint and separate action in co-operation with the United Nations (Art. 56) for the achievement of the purposes set forth in Article 55 of the Charter;
to accept and carry out the decisions of the Security Council which it has taken or which it may take from time to time in accordance with the Charter (Art. 25), such as the steps mentioned in resolution 283 (1970).

All States have the obligation not to recognize the presence of South Africa in Namibia in contravention of resolution 276 (1970) of the Security Council and resolution 2145 (XXI) of the General Assembly.

Plebiscite

The position of the South African Government in respect to South West Africa has always been very clear and consistent, in the sense that it considers the Territory as an integral part of South Africa and that in fact the *annexation* has taken place and that it does not intend ever to give up the Territory.

On *4 November* 1946, during the First Session of the General Assembly of the United Nations held at Lake Success, Field Marshal Smuts, at the fourteenth meeting of the Fourth Committee, presented a statement concerning the mandated territory of South West Africa (UN doc. A/C.4/41). He recalled the fact that during the First World War, President Wilson and other Allied spokesmen had emphasized the right of self-determination of all peoples and had made *any form of annexation unacceptable* to the Peace Conference. South West Africa, he continued, was so essentially a part of the South African territory and people, that a particular form of mandate had to be devised to meet the needs of the South African situation. Owing to the physical contiguity of South West Africa to the Union and its ethnological kinship with the rest of South Africa, the argument ran, the Union of South Africa was legitimately concerned in securing the *annexation* of that Territory. President Wilson understood, said Field Marshal Smuts, that the future of that Territory lay in its incorporation.

d'exercer librement et effectivement son droit à l'autodétermination et à l'indépendance. Depuis la fin du mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie, les Etats doivent s'abstenir de nouer ou d'entretenir des relations quelconques avec la Namibie par le truchement du Gouvernement sud-africain ou de l'administration sud-africaine illégale du territoire.

Il est du devoir de tous les Membres des Nations Unies:

de reconnaître aux Nations Unies le pouvoir d'administrer le territoire de la Namibie;

de reconnaître le droit inaliénable du peuple namibien à l'autodétermination et à l'indépendance;

d'agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies (art. 56) en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55 de la Charte;

d'accepter et d'appliquer les décisions qui ont été prises ou qui pourront être prises par le Conseil de sécurité conformément à la Charte (art. 25), telles que les mesures indiquées dans la résolution 283 (1970).

Tous les Etats ont l'obligation de ne pas reconnaître la présence de l'Afrique du Sud en Namibie en violation de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité et de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale.

Plébiscite

La position du Gouvernement sud-africain au sujet du Sud-Ouest africain a toujours été parfaitement claire et conséquente: ce gouvernement considère que le territoire forme une partie intégrante de l'Afrique du Sud, que l'*annexion* a été réalisée en fait et il entend ne jamais renoncer au territoire.

Le 4 novembre 1946, pendant la première session de l'Assemblée générale des Nations Unies, tenue à Lake Success, à la quatorzième séance de la Quatrième Commission, le maréchal Smuts a fait une déclaration relative au territoire sous mandat du Sud-Ouest africain (doc. des Nations Unies A/C.4/41). Il a rappelé qu'au cours de la première guerre mondiale le président Wilson et d'autres porte-parole des Alliés avaient proclamé le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ce qui *excluait* pour la conférence de la paix *toute possibilité d'accepter des annexions de territoires sous aucune forme*; que le Sud-Ouest africain faisait à un tel degré partie intégrante de l'Afrique du Sud, territorialement aussi bien que démographiquement, qu'il avait fallu créer un type particulier de mandat pour répondre aux nécessités de la situation; que le Sud-Ouest africain étant limitrophe de l'Union sud-africaine et sa population étant ethniquement apparentée à celle du reste de l'Afrique du Sud, l'Union sud-africaine avait un légitime intérêt à obtenir l'*annexion* de ce territoire. Le président Wilson avait compris — a poursuivi le maréchal Smuts — que l'avenir du Sud-Ouest africain était lié à son rattachement à l'Union.

"By now [1946], South West Africa was so thoroughly integrated with the Union that its *formal incorporation* was mainly required to remove doubts, and thereby to attract capital and encourage individual initiative, and to render unnecessary a separate fiscal system. Incorporation would thus admit the inhabitants to the full benefits enjoyed by the population of the Union.

. . . . . .

The *integration* of South West Africa with the Union might be a process lasting over many years, but it would be as inevitable as the union of Wales and Scotland with England, of Texas and Louisiana with the American Union, and of Eastern Siberia with the Russian Union. At present [1946], South West Africa was a geographic, ethnic, strategic and economic *part* of the Union of South Africa.

The integration of South West Africa with the Union would be mainly a formal recognition of a *unity that already existed.*" (*GA, OR*, Fourth Committee, 14th Meeting, 4 November 1946; italics added.)

At that time and subsequently, South Africa has claimed sovereignty over the mandated territory and has openly declared its breach and disregard of the principle of *non-annexation* proclaimed by the Versailles Peace Conference. The avowed *annexation* was then and is now improper and unacceptable.

It is an admission by South Africa that the essential principle contained in the Covenant and the basic purpose of the mandates system has been violated, and is not now admitted or recognized as having any value or being applicable to Namibia. This evidence, and the violation of other obligations of the Mandatory, are among the compelling reasons taken into account by the General Assembly for the declaration that the Mandate was terminated and a justification of resolution 2145 (XXI).

At the hearing of 15 March 1971, the representative for South Africa stated:

"Against the background of the submission which we had made in the previous proceedings to the effect that the Mandate, as a whole, had lapsed, together with all obligations thereunder, the honourable President asked the question 'Under what title does the Government of South Africa claim to carry on the administration of Namibia?' Our answer is as follows:

South Africa *conquered* the Territory by force of arms in 1915, and administered it under military rule until the end of the war.

. . . . . .

« Actuellement [1946], le Sud-Ouest africain est si étroitement intégré dans l'Union qu'une *mesure officielle de rattachement* serait nécessaire, surtout pour éliminer les doutes et, de cette façon, attirer les capitaux, encourager l'initiative individuelle et rendre superflu un régime fiscal distinct. Le rattachement donnerait ainsi aux habitants du territoire tous les avantages dont jouit la population de l'Union.

. . . . . .

L'*intégration* du Sud-Ouest africain à l'Union pourrait être le résultat d'une évolution qui a pris de nombreuses années, mais ce serait un phénomène aussi inévitable que la réunion du Pays de Galles et de l'Ecosse à l'Angleterre, du Texas et de la Louisiane à la Fédération américaine, et de la Sibérie orientale à la Russie. A l'heure actuelle [1946], le Sud-Ouest africain forme *partie intégrante* de l'Union sud-africaine au point de vue géographique, ethnique, stratégique et économique. L'intégration du Sud-Ouest africain à l'Union sud-africaine serait essentiellement la reconnaissance officielle d'une unité qui existe déjà. » (Documents officiels de l'Assemblée générale, Quatrième Commission, 14e séance, 4 novembre 1946; les italiques sont de nous.)

A partir de là, l'Afrique du Sud a revendiqué la souveraineté sur le territoire sous mandat; elle a ouvertement déclaré qu'elle violait et refusait de reconnaître le principe de *non-annexion* énoncé par la conférence de la paix de Versailles. L'*annexion* avouée était alors, et est encore actuellement, irrégulière et inadmissible.

L'Afrique du Sud reconnaît que le principe essentiel énoncé dans le Pacte et l'objet fondamental du système des mandats ont été violés, et que ce principe n'est actuellement ni admis ni reconnu comme possédant une valeur quelconque ou comme applicable à la Namibie. Cet aveu, ainsi que la violation d'autres obligations incombant au mandataire, sont parmi les raisons décisives dont l'Assemblée générale a tenu compte pour déclarer que le mandat avait pris fin, et justifient la résolution 2145 (XXI).

A l'audience du 15 mars 1971, le représentant de l'Afrique du Sud déclarait:

« En liaison avec la conclusion que nous avons présentée dans l'instance antérieure et selon laquelle le mandat est tout entier devenu caduc, ainsi que les obligations qu'il prévoyait, le Président a posé la question suivante: « A quel titre le Gouvernement sud-africain prétend-il continuer à administrer la Namibie? » Notre réponse est la suivante:

L'Afrique du Sud a *conquis* le territoire par la force des armes en 1915 et l'a administré sous un régime militaire jusqu'à la fin de la guerre.

. . . . . .

> In the years since 1915, South West Africa has inevitably been *integrated* even more closely with the Republic.
>
> . . . . . .
>
> In the light of this history, it is the view of the South African Government that, if it is accepted that the Mandate has lapsed, the South African Government would have the right to administer the Territory by reason of a combination of factors, being *(a)* its original *conquest*; *(b)* its long occupation; *(c)* the continuation of the sacred trust basis agreed upon in 1920; and, finally *(d)* because its administration is to the benefit of the inhabitants of the Territory and is desired by them. In these circumstances the South African Government cannot accept that any State or organization can have a better title to the Territory." (Italics added.)

The question of a plebiscite has no relevance whatsoever to the question posed by the Security Council for the advisory opinion of this Court. The question of a plebiscite is a political question which has to be dealt with by the United Nations either in the General Assembly or in the Security Council. The question raised by South Africa can be briefly dismissed as being irrelevant and not falling within the ambit of the question that this Court has been requested to answer. The issues of non-annexation, *apartheid* and independence are not even mentioned as possible terms of a plebiscite. The proposal that the Court should supervise a political act, which would have been the concern of the General Assembly or the Security Council, should of course be rejected. The Court rightly answered that it "cannot entertain this proposal". I especially concur with the Court's comment regarding such proposal when it stated that:

> "The Court having concluded that no further evidence was required, that the Mandate was validly terminated and that in consequence South Africa's presence in Namibia is illegal and its acts on behalf of or concerning Namibia are illegal and invalid, it follows that it cannot entertain this proposal."

Against the background of the acts and intentions of South Africa in respect to the Territory of Namibia, it is obvious that such a request can have no other purpose than to obtain recognition of a *conquest*, an *integration* and an *annexation* which have already taken place. The status of South West Africa was thus *de facto* unilaterally and illegally changed. Twenty-five years ago, a request for annexation—founded on the alleged results of a plebiscite which Field Marshal Smuts presented to the General Assembly—was rejected. The feeling and declarations of the majority of delegations were that the spirit of the Charter would not be constructively implemented by the only two alternatives proposed by the Union of South Africa; i.e., incorporation or a continuation of the

A partir de 1915 le Sud-Ouest africain s'est inévitablement *intégré* de plus en plus à la République sud-africaine.

. . . . . .

Etant donné ces antécédents historiques, le Gouvernement sud-africain estime qu'étant admise la caducité du mandat, il aurait le droit d'administrer le territoire grâce au jeu d'une série de facteurs qui sont: *a)* la *conquête* initiale, *b)* une occupation prolongée, *c)* le maintien de la mission sacrée confiée et acceptée en 1920, *d)* le fait que son administration s'exerce au profit des habitants du territoire et qu'elle est voulue par eux. Dans ces conditions, le Gouvernement sud-africain ne saurait considérer qu'un Etat ou une organisation puisse avoir un meilleur titre à administrer le territoire. » (Les italiques sont de nous.)

L'idée d'un plébiscite est totalement étrangère à la question posée par le Conseil de sécurité aux fins de l'avis consultatif de la Cour. L'organisation d'un plébiscite est une question politique qui doit être tranchée par l'Organisation des Nations Unies, soit à l'Assemblée générale, soit au Conseil de sécurité. Le point soulevé par l'Afrique du Sud peut être écarté sommairement comme n'étant pas pertinent et ne rentrant pas dans le cadre de la question à laquelle la Cour a été priée de répondre. Les problèmes de la non-annexion, de l'*apartheid* et de l'indépendance ne sont même pas mentionnés comme pouvant faire l'objet d'un plébiscite. Il convient, bien entendu, de rejeter la requête tendant à ce que la Cour surveille l'accomplissement d'un acte politique qui serait du ressort de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité. La Cour a fort justement répondu qu'elle « ne saurait retenir cette proposition ». A ce sujet, je souscris tout particulièrement à cette observation de la Cour:

> « La Cour ayant conclu qu'un complément de preuve n'est pas nécessaire, qu'il a été valablement mis fin au mandat, qu'en conséquence la présence de l'Afrique du Sud en Namibie est illégale et que toutes les mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne sont illégales et nulles, elle ne saurait retenir cette proposition. »

Compte tenu des actes et des intentions de l'Afrique du Sud à l'égard du territoire de la Namibie, il est évident qu'une telle requête n'a d'autre objet que d'obtenir la reconnaissance d'une *conquête*, d'une *intégration* et d'une *annexion* qui sont déjà choses faites. Le statut du Sud-Ouest africain a donc été modifié *de facto* unilatéralement et illégalement. Il y a vingt-cinq ans, une demande d'annexion, fondée sur les prétendus résultats d'un plébiscite que le maréchal Smuts avait soumis à l'Assemblée générale, fut rejetée. La majorité des délégations estimaient et ont déclaré que l'esprit de la Charte ne trouverait une expression constructive ni dans l'une ni dans l'autre des deux solutions proposées par l'Union sud-africaine: l'incorporation ou le maintien de la situation en vigueur sans

present situation without United Nations supervision. The proposal of the Union of South Africa—it was said—would be a backward step that might endanger the progressive tendencies of the Charter and the legitimate aspirations of half the population of the world in the non-self-governing territories.

PRINCIPLE OF NON-ANNEXATION

One of the main principles which informs and gives new spirit to an international instrument like the Covenant, was the *principle of non-annexation*, a noble idea to deter the military powers from taking advantage of the war situation, or claiming, by right of conquest, sovereignty and ownership over peoples and territories, formerly pawns in the colonial system or the reward of victory or of superior strength. These new ideas were intended to help in the organization of a new world order, in which backward people, in all continents, would have a chance to be free from the former traditional chains of slavery, forced labour, and from being the prey of greedy masters. Those noble ideas, principles and concepts, embodied in the Covenant, were not born to have a precarious or temporary existence, linked to the mortal fate of a particular forum or to an international organization which could not be immune to change. They were intended to survive and prevail to guide the political conduct of governments and the moral behaviour of men. They were meant to persist and endure no matter what new social structures of juridical forms might evolve and change through the passage of time in this ever-changing world. Nevertheless South Africa has in reality and to all effects *annexed* as its own the Territory of Namibia. During the present proceedings, the Government of South Africa, through its representative at the oral hearings, has bluntly declared that its title to the mandated territory is based on conquest and long *occupation*. This behaviour as well as the refusal to render annual reports and to transmit petitions are sufficient grounds for the revocation of the Mandate.

So is the racial discrimination practised as an official policy in Namibia with the enforcement there of the system of *apartheid*. Racial discrimination as a matter of official government policy is a violation of a norm or rule or standard of the international community. A norm of non-discrimination of universal application has been drawn up independently of the Mandate and governs Article 2.

This is a problem, therefore, of the proper recognition and evaluation of human rights and the impact of their observance on the peace of the world. The mandatories have the duty, not only to "promote to the utmost the well-being and development" of the peoples entrusted to their

la surveillance des Nations Unies. On a dit à l'époque que la proposition de l'Union sud-africaine constituerait un pas en arrière pouvant mettre en péril les tendances progressistes de la Charte et les aspirations légitimes de la moitié de la population du monde, dans les territoires non autonomes.

LE PRINCIPE DE NON-ANNEXION

L'un des grands principes qui a inspiré un instrument international comme le Pacte et lui a donné un esprit nouveau est le principe de *non-annexion*, noble idée destinée à empêcher les puissances militaires de profiter de la situation créée par la guerre, de revendiquer par droit de conquête la souveraineté ou la propriété de peuples et de territoires autrefois soumis au régime colonial ou de tirer parti de leur victoire ou de la supériorité de leurs forces. Ces idées nouvelles devaient jouer un rôle dans l'organisation d'un ordre mondial nouveau, qui permettrait aux peuples arriérés de tous les continents de s'affranchir des chaînes traditionnelles de l'esclavage et du travail forcé et de ne plus servir de proie à des maîtres avides. Ces idées, principes et notions d'une grande noblesse que le Pacte consacrait, ne devaient pas vivre d'une existence précaire ou temporaire, ni dépendre du sort aléatoire d'un organisme particulier ou d'une organisation internationale immuable. Ils devaient survivre et continuer à guider l'action politique des gouvernements et le comportement moral des hommes. Ils devaient subsister et durer même si les structures sociales et les formes juridiques évoluaient et se modifiaient avec le temps dans un monde en voie de perpétuelle transformation. Or, dans la pratique, et à tous égards, l'Afrique du Sud n'en a pas moins bel et bien *annexé* le territoire de la Namibie. Au cours de la présente instance, le Gouvernement sud-africain a déclaré sans ambages, par l'intermédiaire de son représentant à la procédure orale, qu'il tenait de la conquête et d'une *occupation* prolongée son titre sur le territoire sous mandat. Cette attitude tout comme le refus de communiquer des rapports annuels et de transmettre des pétitions sont des motifs suffisants pour faire révoquer le mandat.

Il en est de même de la discrimination raciale pratiquée sous la forme d'une politique officielle en Namibie où est appliqué le régime de l'*apartheid*. Or, la discrimination raciale, en tant que politique officielle des pouvoirs publics, constitue une violation de la norme, de la règle ou du « standard » de la communauté internationale. Une norme de non-discrimination universellement applicable a été établie indépendamment du mandat et régit l'article 2.

La question qui se pose est donc celle de la reconnaissance et de l'évaluation des droits de l'homme et des conséquences que leur respect peut avoir pour la paix mondiale. Non seulement les mandataires ont le devoir d'accroître « par tous les moyens en [leur] pouvoir, le bien-être et le

care, but to do it by *means and methods* most likely to achieve that end, and which do not by their very nature—as does *apartheid*—run contrary to the intended goal. The Charter prescribes the roads which will lead to it; those of non-discrimination and respect for human rights and fundamental freedoms, among other ways and means which will help the peoples to overcome the hardships and strains of our time.

The dissolution of the League was not the funeral of the *principles and obligations contained in the Covenant and the Mandate*; they are alive and will continue to be alive. No time-limit was or could be established for the "sacred trust of civilization".

The counterpart of annexation was to place the territories under a régime administered internationally. That was the purpose of the trusteeship system. South Africa should have been willing to *negotiate* with the United Nations an agreement to that effect, as was contemplated by the Charter. Paragraph 1 of Article 80 is not to be interpreted as giving grounds for delay or postponement of such negotiations; paragraph 2 of the same Article has no other purpose or meaning. South Africa disregarded the obligation to negotiate and the repeated request of the General Assembly to present a draft trusteeship agreement in respect of South West Africa. As Judge De Visscher said in the case concerning the *International Status of South West Africa*:

> "I concede that the provisions of Chapter XII of the Charter do not impose on the Union of South Africa a legal obligation to conclude a Trusteeship Agreement, in the sense that the Union is free to accept or to refuse the particular terms of a draft agreement. On the other hand, I consider that these provisions impose on the Union of South Africa an obligation to take part in negotiations with a view to concluding an agreement." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 186.)

The character of the Mandate and the power of administration given to the Mandatory by Article 2, paragraph 1, of the Mandate, has its foundation in the reasoning and considerations stated in paragraphs 3 and 6 of Article 22 of the Covenant. Paragraph 6 contains the following concepts:

> "There are territories, such as South West Africa . . . which, owing to the sparseness of their population . . . or their remoteness from the centres of civilisation, or their geographical contiguity to the territory of the Mandatory . . . can be best administered under the laws of the Mandatory . . . *subject to the safeguards* above mentioned in the interests of the indigenous population." (Italics added.)

progrès » des peuples confiés à leurs soins mais encore ils doivent le faire par *les moyens et les méthodes* qui permettent le mieux d'atteindre ce but et qui, par leur nature même, ne vont pas, comme c'est le cas de l'*apartheid*, à l'encontre de l'objectif recherché. La Charte indique les voies par lesquelles on peut atteindre et objectif: la non-discrimination et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont parmi les moyens qui aideront les peuples à surmonter les difficultés et les épreuves de notre temps.

La dissolution de la Société des Nations n'a pas sonné le glas *des principes et des obligations énoncés dans le Pacte et le mandat*; ils sont bien vivants et le resteront. Aucun délai n'était ou ne pouvait être fixé pour l'accomplissement de la « mission sacrée de civilisation ».

Au lieu d'être annexés, les territoires ont été placés sous un régime d'administration internationale. C'était là l'objet du régime de tutelle. L'Afrique du Sud aurait dû être disposée à *négocier* avec l'Organisation des Nations Unies un accord à cet effet, comme l'envisageait la Charte. Le paragraphe 1 de l'article 80 ne doit pas être interprété comme motivant un retard ou un ajournement de la négociation: le paragraphe 2 du même article n'a pas d'autre objet ni d'autre sens que celui-là. Mais l'Afrique du Sud n'a pas tenu compte de l'obligation de négocier et n'a pas tenu compte non plus de la requête maintes fois renouvelée de l'Assemblée générale lui demandant de présenter un projet d'accord de tutelle pour le Sud-Ouest africain. Comme l'a dit M. De Visscher dans l'affaire relative au *Statut international du Sud-Ouest africain*:

> « J'admets que les dispositions du Chapitre XII de la Charte n'imposent pas à l'Union sud-africaine l'obligation juridique de conclure un accord de tutelle, en ce sens qu'elle est libre d'accepter ou de refuser les termes particuliers d'un projet d'accord. Par contre, j'estime que ces dispositions imposent à l'Union l'obligation de se prêter à des négociations en vue de la conclusion d'un accord. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 186.)

La nature du mandat et les pouvoirs d'administration conférés au mandataire dans le premier alinéa de l'article 2 du mandat trouvaient leur fondement dans les motifs et les considérations indiqués au paragraphes 3 et 6 de l'article 22 du Pacte. Le paragraphe 6 énonçait:

> « Enfin il y a des territoires, tels que le Sud-Ouest africain ... qui par suite de la faible densité de la population ... de leur éloignement des centres de civilisation, de leur contiguïté géographique au territoire du Mandataire ... ne sauraient être mieux administrés que sous les lois du Mandataire ... *sous réserve des garanties* prévues plus haut dans l'intérêt de la population indigène. » (Les italiques sont de nous.)

Of no place in the world nowadays can one properly talk about "their remoteness from the centres of civilization". Now all countries and peoples everywhere are near and neighbours to each other. Isolation does not really exist unless imposed by force. The sparseness of population is becoming everywhere a thing of the past; the birth rate and the number of people cannot be measured by the figures of 50 years ago. The earth has become more than ever a melting-pot, crowded to overflowing and is subject to the everlasting pressure and impact of dynamic cross-currents of interchanging of peoples, cultures, ideas and reciprocal influences of every conceivable kind. Much can be said also of the number, location and identity of the "centres of civilization" which the framers of Article 22 of the Covenant had in mind.

So the discretion in the power of administration and legislation claimed by the Mandatory was founded on reasons and circumstances which half a century later have become and appear obsolete. They were intended only to facilitate administration. (Art. 2 (1) of the Mandate and Art. 22 (6) of the Covenant.) The exercise of such power was subject to the obligations stated in the Covenant and in the Mandate. (Art. 2 (2) among others.) Obviously the power of administration and legislation could not be legitimately exercised by *methods like apartheid* which run contrary to the aims, principles and obligations stated in Article 22 of the Covenant, especially in paragraphs 1, 2 and 6. Nor could be exercised today in violation of the provisions of the United Nations Charter, particularly—among others—those regarding respect for human rights and fundamental freedoms, or the prohibition of discrimination on account of race or colour. The arbitrary assertion that *apartheid* is the only alternative to chaos, and that the peoples of South West Africa are incapable of constituting a political unity and being governed as a single State does not justify the official policy of discrimination based on race, colour or membership in a tribal group.

Paragraph 3 of Article 22 of the Covenant did not presuppose a static condition for the peoples of the territories. Their stage of development had to be transitory, and therefore the character of the Mandate, even of a given mandate, could not be conceived as a static and frozen one; it had to differ as the development of the people changed or passed from one stage to another. Are the people of South West Africa in the same stage of development as 50 years ago? Are the economic conditions of the Territory the same? Article 2, paragraph 2, of the Mandate states:

> "The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present Mandate."

Even if the geographical situation is to be considered from the aspect of its

On ne saurait dire aujourd'hui d'aucun endroit du monde qu'il soit éloigné « des centres de civilisation ». Tous les pays et tous les peuples où qu'ils se trouvent sont proches et voisins les uns des autres. En fait l'isolement n'existe que s'il est imposé par la force. La faible densité de la population est devenue partout un vestige du passé; le taux de natalité et le nombre d'habitants ne correspondent plus à ce qu'ils étaient il y a cinquante ans. La terre est plus que jamais devenue un creuset rempli à ras-bord et soumis aux pressions et aux chocs continuels des courants et contre-courants dynamiques créés par les échanges de peuples, de cultures, d'idées et d'influences de toutes sortes. Il y aurait beaucoup à dire aussi sur le nombre, l'emplacement et l'identité des « centres de civilisation » auquels songeaient les auteurs de l'article 22 du Pacte.

Ainsi, les pouvoirs discrétionnaires d'administration et de législation invoqués par le mandataire résultaient de raisons et de conditions qui, un demi-siècle plus tard, sont devenues et paraissent dépassées. Ces pouvoirs n'étaient destinés qu'à faciliter l'administration (mandat, art. 2, 1er al. et Pacte, art. 22, par. 6). Leur exercice était soumis aux obligations stipulées dans le Pacte et dans le mandat et notamment au deuxième alinéa de l'article 2 du mandat. Il est évident que les pouvoirs d'administration et de législation ne pouvaient être légitimement exercés par des *méthodes comme l'apartheid* qui sont contraires aux buts, aux principes et aux obligations énoncés dans l'article 22 du Pacte, et plus particulièrement aux paragraphes 1, 2 et 6. Ils ne peuvent pas non plus être exercés aujourd'hui en violation des dispositions de la Charte des Nations Unies, et notamment de celles qui concernent le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou l'interdiction d'établir une discrimination à raison de la race ou de la couleur. Proclamer arbitrairement que l'*apartheid* est le seul moyen d'éviter le chaos et que les peuples du Sud-Ouest africain ne peuvent constituer une unité politique et être gouvernés comme un seul Etat ne justifie pas la politique officielle de discrimination fondée sur la race, la couleur ou l'appartenance à un groupe tribal.

Le paragraphe 3 de l'article 22 du Pacte ne présupposait pas l'immobilisme chez les peuples des territoires. Ils devaient passer par des étapes transitoires de développement et il était en conséquence inconcevable que le mandat ou même un mandat déterminé eussent un caractère statique et immuable; une transformation devait nécessairement se produire à mesure que les peuples évoluaient ou passaient d'un stade de développement à un autre. Les peuples du Sud-Ouest africain en sont-ils au même stade de développement qu'il y a cinquante ans? La situation économique du territoire est-elle la même? Le deuxième alinéa de l'article 2 du mandat stipule:

> « Le Mandataire accroîtra par tous les moyens en son pouvoir le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire soumis au présent Mandat. »

Même en considérant la situation géographique sous l'angle de l'éloigne-

remoteness from centres of civilization, and remoteness being a relative term, can it be said that South West Africa is now as remote from centres of civilization as it was 50 years ago?

The relentless will of self-assertion in search of new horizons has created new conditions where freedom and social justice could flourish; sometimes a new order has been established through violent and dramatic struggles, sometimes by peaceful processes of collective parliamentary action in national and international forums. This struggle has created conditions, principles, rules and standards of international behaviour, which have found expression in the works of thinkers, writers and philosophers. "Equality before the law", or in the words of the Charter: "International co-operation in the promotion and respect of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race . . ."

This fundamental resolve will inspire the vision and the conduct of peoples the world over, until the goal of self-determination and independence is reached, and such ideas and hopes are kept in the human mind, "until [in the words of Lincoln] in due time the weights should be lifted from the shoulders of all men, and all should have an equal chance".

(Signed) Luis PADILLA NERVO.

ment par rapport aux centres de civilisation, l'éloignement étant une notion toute relative, peut-on dire que le Sud-Ouest africain est maintenant aussi éloigné des centres de civilisation qu'il y a cinquante ans?

Par la détermination inébranlable avec laquelle il cherche, pour s'affirmer, à élargir ses horizons, l'homme a créé un monde nouveau propice à l'épanouissement de la liberté et de la justice sociale; parfois, cet ordre nouveau s'est imposé au terme de luttes violentes et tragiques, d'autres fois il est né dans la paix, grâce à l'action collective d'instances, nationales et internationales. Ces luttes ont créé un cadre, des principes, des règles et des « standards » de comportement international dont on trouve l'expression chez les penseurs, les écrivains, les philosophes. On parle de l'« égalité devant la loi » ou, pour employer les termes de la Charte, de « coopération internationale » en vue de développer et d'encourager le « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race... ».

Cette conception fondamentale inspirera la façon de voir et le comportement des peuples du monde entier jusqu'à ce que l'objectif d'autodétermination et d'indépendance soit atteint et l'homme gardera présent à l'esprit cet idéal et cet espoir jusqu'à ce que, comme l'a dit Lincoln, le moment venu, il ne porte plus de joug sur les épaules et qu'enfin les chances soient les mêmes pour tous.

(Signé) Luis PADILLA NERVO.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. PETRÉN

Je suis d'accord avec la majorité de la Cour pour considérer que la révocation par les Nations Unies du mandat confié à l'Afrique du Sud pour le Sud-Ouest africain, maintenant Namibie, constitue un fait acquis que les Etats et en premier lieu l'Afrique du Sud ont le devoir de reconnaître. Toutefois les motifs pour lesquels je suis arrivé à cette conclusion me permettant de voter pour le sous-paragraphe 1 du dispositif de l'avis consultatif ne coïncident que partiellement avec ceux de la majorité. D'autre part, je ne puis, à mon regret, me rallier qu'en partie au contenu des sous-paragraphes 2 et 3 du dispositif. Le vote n'ayant pu être divisé à cet égard, j'ai dû voter contre ces deux sous-paragraphes. Pour ces raisons, je dois joindre à l'avis consultatif l'exposé des motifs de mon désaccord.

*

En ce qui concerne tout d'abord l'opportunité pour la Cour de donner l'avis consultatif demandé par le Conseil de sécurité, je crois qu'il y a lieu de s'arrêter un instant sur un aspect particulier de la question.

Alors que la résolution 2145 (XXI), par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a déclaré terminé le mandat de l'Afrique du Sud pour la Namibie, était fondée sur des motifs d'ordre juridique et que le Conseil de sécurité l'a endossée en déclarant par la résolution 276 (1970) que la présence de l'Afrique du Sud en Namibie était illégale, il ressort clairement du contexte dans lequel la demande d'avis a été décidée qu'elle avait surtout pour but d'obtenir une réponse de la Cour telle que les Etats se voient dans l'obligation d'exercer sur l'Afrique du Sud une pression de caractère essentiellement économique visant à la faire quitter la Namibie. La distribution naturelle des rôles entre l'organe judiciaire principal et les organes politiques des Nations Unies s'en est trouvée renversée. Au lieu de demander à la Cour son avis sur une question juridique afin d'en tirer des conséquences d'ordre politique, le Conseil de sécurité a procédé à l'inverse. Estimant pour ma part que, selon la Charte des Nations Unies, l'obligation juridique pour les Etats Membres d'appliquer des mesures de pression contre un Etat fautif ne saurait être créée que par une résolution du Conseil de sécurité à cet effet, je crains que la tâche de la Cour en l'espèce ne doive se limiter à renvoyer aux décisions prises par le Conseil de sécurité. Autrement dit, la demande d'avis est en dehors du cadre normal de la fonction consultative de la

SEPARATE OPINION OF JUDGE PETRÉN

[Translation]

I agree with the majority of the Court in considering that the revocation by the United Nations of the Mandate conferred upon South Africa in respect of South West Africa, now Namibia, constitutes an established fact which it is the duty of States, and in the first place of South Africa, to recognize. However, the grounds upon which I have reached this conclusion, enabling me to vote in favour of sub-paragraph 1 of the operative clause of the Opinion, do not wholly coincide with those of the majority. Furthermore, to my regret, I can only concur in part of what is contained in sub-paragraphs 2 and 3 of the operative clause; since a separate vote could not be taken in this respect, I was obliged to vote against those two sub-paragraphs. For these reasons, I must attach to the Advisory Opinion a statement of the grounds on which I differ.

*

With regard, in the first place, to the propriety of the Court's giving the advisory opinion requested by the Security Council, I believe that there is one particular aspect of the question with which I should briefly deal.

Whereas resolution 2145 (XXI), whereby the General Assembly of the United Nations declared the termination of South Africa's Mandate for Namibia, was founded upon reasons of a legal nature and the Security Council endorsed it in declaring by resolution 276 (1970) that South Africa's presence in Namibia was illegal, it clearly emerges from the context in which the request for advisory opinion was decided that its purpose was above all to obtain from the Court a reply such that States would find themselves under obligation to bring to bear on South Africa pressure of an essentially economic character designed to secure its withdrawal from Namibia. The natural distribution of roles as between the principal judicial organ and the political organs of the United Nations was thereby reversed. Instead of asking the Court its opinion on a legal question in order to deduce the political consequences flowing from it, the Security Council did the opposite. Considering as I do that, in accordance with the Charter of the United Nations, any legal obligation upon member States to apply coercive pressure on a State at fault can be created solely by a Security Council resolution to that effect, I fear that the Court's task in the present proceedings should be confined to a renvoi to the decisions taken by the Security Council. In other words, the request for advisory opinion lies outside the normal framework of the

Cour, qui est d'offrir des directives d'action à l'organe qui demande un avis consultatif. La Cour aurait donc eu un motif valable de décliner de répondre à la demande. Néanmoins, vu les circonstances particulières de l'évolution de la question de la Namibie et la situation confuse qui en est résultée, je pense que la Cour doit répondre à cette demande, quelque anormale qu'elle puisse paraître.

Il y a cependant lieu de se demander si les décisions que la Cour a prises concernant sa composition en la présente procédure ne sont pas de nature à l'entraver dans sa réponse. Selon l'article 68 du Statut, la Cour doit s'inspirer, dans l'exercice de ses attributions consultatives, des dispositions du Statut qui s'appliquent en matière contentieuse dans la mesure où elle les reconnaît applicables. Or le Secrétaire général des Nations Unies et d'autres participants à la procédure ont soutenu que l'Afrique du Sud avait violé ses obligations en tant que puissance mandataire et que les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité sur la révocation du mandat étaient valables, tandis que l'Afrique du Sud a développé des thèses contraires. Si jamais il y a eu lieu d'appliquer à une procédure consultative les dispositions régissant la procédure contentieuse, il paraît difficile de ne pas admettre que ce soit le cas ici. Toutefois la majorité de la Cour a rejeté par ordonnance du 29 janvier 1971 la demande de l'Afrique du Sud de pouvoir désigner un juge *ad hoc*, cinq juges seulement s'étant prononcés en faveur de cette demande.

Dans l'avis consultatif, la Cour indique maintenant comme motif de l'ordonnance du 29 janvier que son Règlement ne lui aurait pas permis d'exercer un pouvoir discrétionnaire à l'égard de la demande de l'Afrique du Sud. Or l'article 68 du Statut, qui a pour objet évident de sauvegarder les intérêts des Etats éventuellement affectés par une procédure consultative, impose à la Cour le devoir d'examiner en chaque cas d'espèce dans quelle mesure il y a lieu d'appliquer les dispositions du Statut concernant la procédure contentieuse, y compris celles qui visent les juges *ad hoc*. Donc, quand l'article 83 du Règlement dispose que, si un avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, l'article 31 du Statut (où il est question de la désignation des juges *ad hoc*) est applicable, il n'est pas possible d'interpréter cette disposition du Règlement comme interdisant à la Cour de permettre à un Etat de désigner un juge *ad hoc* dans d'autres cas où les circonstances le justifient. Au contraire, il faut voir dans l'article 83 du Règlement une règle positive d'application de l'article 68 du Statut selon laquelle il faut toujours considérer l'article 31 du Statut comme applicable lorsqu'un avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats. En pareille situation, le Règlement reconnaît à un Etat participant à une procédure consultative le droit de désigner un juge *ad hoc* si la Cour ne compte pas sur le siège un juge de sa nationalité. Certes l'article 68 du

Court's advisory function, which consists in offering directives for action to the organ requesting an advisory opinion. The Court would therefore have had a valid reason for declining to accede to the request. Nevertheless, in view of the particular circumstances in which the question of Namibia has evolved and the confused situation which has resulted, I am of the opinion that the Court ought to respond to this request, however abnormal it may appear.

There is however reason to consider whether the decisions taken by the Court with regard to its composition in the present proceedings are not such as to hamper it in its reply. According to Article 68 of the Statute, the Court should, in the exercise of its advisory functions, be guided by the provisions of the Statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable. The Secretary-General of the United Nations and other participants in the proceedings have contended that South Africa had violated its obligations as the mandatory Power and that the resolutions of the General Assembly and of the Security Council concerning the revocation of the Mandate were valid, whereas South Africa has expounded opposite contentions. If ever there was reason for applying to advisory proceedings the provisions governing contentious proceedings, it seems difficult not to recognize that such is the case in the present proceedings. However, the majority of the Court, by an Order of 29 January 1971, rejected South Africa's request for the appointment of a judge *ad hoc*, only five Judges having declared themselves in favour of granting that request.

In the Advisory Opinion, the Court now states as the grounds for the Order of 29 January that the Rules of Court would not have permitted it to exercise any discretionary power with regard to South Africa's application. But Article 68 of the Statute, the clear purpose of which is to protect the interests of States which may be affected by advisory proceedings, lays a duty upon the Court to consider in each individual case to what extent the provisions of the Statute concerning contentious procedure should be applied, including those which contemplate judges *ad hoc*. Thus when Article 83 of the Rules of Court provides that if an advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, Article 31 of the Statute (which deals with the appointment of judges *ad hoc*) shall apply, it is not possible to interpret this provision of the Rules as forbidding the Court to permit a State to appoint a judge *ad hoc* in other cases in which this would be justified by the circumstances. On the contrary, Article 83 of the Rules must be regarded as a positive rule for the application of Article 68 of the Statute, to the effect that Article 31 of the Statute must always be regarded as applicable when an advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States. In such a situation, the Rules recognize the right of a State taking part in advisory proceedings to appoint a judge *ad hoc* if the Court does not include upon the Bench a judge of that State's nationality. Certainly Article 68 of the Statute was not an absolute

Statut ne constituait pas un obstacle absolu à ce que la Cour refuse à l'Afrique du Sud le droit de désigner un juge *ad hoc*, mais il eût été, à mon avis, plus conforme à l'esprit de cette disposition d'accepter la demande de l'Afrique du Sud.

Compte tenu de ce qui précède, il reste à examiner si l'Afrique du Sud n'avait pas, en vertu de l'article 83 du Règlement, le droit de désigner un juge *ad hoc*, motif pris de ce que l'avis consultatif était demandé au sujet d'une question juridique pendante entre l'Afrique du Sud et un ou plusieurs autres Etats. En rejetant dès le début de la procédure orale la demande de l'Afrique du Sud tendant à pouvoir désigner un juge *ad hoc*, la Cour a implicitement tranché par la négative le point de savoir si l'avis était demandé au sujet d'une telle question. Or, le 29 janvier 1971, la portée de l'avis consultatif n'était pas encore connue. Plusieurs participants à la procédure écrite, à commencer par le Secrétaire général des Nations Unies, avaient fait valoir qu'il n'appartenait pas à la Cour de se prononcer sur la validité des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité concernant la révocation du mandat. Au début de la procédure orale, au moment où la Cour a rejeté la demande de l'Afrique du Sud concernant le juge *ad hoc*, on ne savait pas encore si la Cour examinerait ou non la validité desdites résolutions. Si la Cour avait renoncé à un tel examen, on aurait peut-être pu dire que l'avis de la Cour ne portait que sur les effets de la situation créée par la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie et que le caractère illicite de cette situation ne pouvait être mis en question par la Cour après les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Or la Cour a jugé nécessaire de trancher dans son avis la question de la validité des résolutions et, ce faisant, elle a cru devoir se prononcer également sur la question de savoir si l'Afrique du Sud avait violé ses obligations de puissance mandataire.

L'applicabilité de l'article 83 du Règlement dépend donc du point de savoir s'il existe entre l'Afrique du Sud et d'autres Etats des questions pendantes concernant la situation juridique à l'égard des matières dont traite ainsi l'avis. Sur ce point, il s'est avéré non seulement au cours des débats aux Nations Unies, mais aussi dans des échanges directs de notes entre gouvernements, qu'il existe entre l'Afrique du Sud et d'autres Etats des questions pendantes concernant le droit de l'Afrique du Sud à représenter la Namibie sur le plan international, par exemple en ce qui concerne l'adhésion à des instruments internationaux. Ces questions juridiques pendantes sont intimement liées à celle de l'effet des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité sur la révocation du mandat. En conséquence je trouve que la Cour, en rendant le présent avis consultatif, s'est prononcée sur des questions pour l'examen desquelles l'Afrique du Sud avait le droit, en vertu de l'article 83 du Règlement, de demander la présence sur le siège d'un juge de sa nationalité. En privant l'Afrique du Sud de cette garantie procédurale, la Cour n'a pas, à mes yeux, respecté son Règlement.

bar to the Court's refusing South Africa the right to choose a judge *ad hoc*, but it would, in my view, have been more in harmony with the spirit of that provision to have admitted South Africa's application.

Taking account of what has just been said, it remains to be considered whether South Africa did not have a right, by virtue of Article 83 of the Rules of Court, to appoint a judge *ad hoc*, inasmuch as the Advisory Opinion was requested upon a legal question pending between South Africa and one or more other States. By rejecting at the outset of the oral proceedings South Africa's request for the appointment of a judge *ad hoc*, the Court implicitly decided in the negative the issue as to whether the advisory opinion was requested upon such a question. But on 29 January 1971 the scope of the Advisory Opinion was not yet known. Several participants in the written proceedings, and in particular the Secretary-General of the United Nations, had contended that it is not for the Court to pronounce upon the validity of the General Assembly and Security Council resolutions concerning the revocation of the Mandate. At the outset of the oral proceedings, at the time when the Court rejected South Africa's request for a judge *ad hoc*, it was not yet known whether the Court would or would not be examining the validity of those resolutions. If the Court had decided not to proceed to such an examination, it could perhaps have been said that the Court's opinion related solely to the effects of the situation created by South Africa's continued presence in Namibia and that the illegal nature of that situation could not be questioned by the Court after the resolutions of the General Assembly and the Security Council. However, the Court has considered it necessary in its Opinion to decide the question of the validity of the resolutions and, in so doing, it has also felt it its duty to pronounce upon the question whether South Africa had violated its obligations as mandatory Power.

The applicability of Article 83 of the Rules therefore depends on whether there exist between South Africa and other States pending questions relating to the legal situation in regard to the matters thus dealt with in the Opinion. On this point it became clear, not only in the course of discussions in the United Nations but also in exchanges of notes direct between governments, that there do exist between South Africa and other States pending questions concerning the right of South Africa to represent Namibia at the international level, for instance in regard to accession to international instruments. These pending legal questions are intimately connected with the question of the effect of the resolutions of the General Assembly and Security Council on the revocation of the Mandate. Consequently, I find that, in giving the present Advisory Opinion, the Court has decided questions for the examination of which South Africa had the right, by virtue of Article 83 of the Rules of Court, to claim the presence upon the Bench of a judge of its nationality. By depriving South Africa of this procedural safeguard, the Court in my view has failed to observe its Rules of Court.

Il existe bien sûr des opinions divergentes sur la valeur de l'institution du juge *ad hoc* mais, tant que celle-ci restera inscrite au Statut de la Cour, elle représentera une garantie d'ordre procédural offerte à l'Etat partie à une affaire contentieuse dont aucun membre ordinaire de la Cour n'a la nationalité. La procédure consultative relève elle aussi de la fonction judiciaire de la Cour et l'article 68 du Statut pose le principe qu'elle doit autant que possible être assimilée à la procédure contentieuse.

L'éloignement à l'égard du principe énoncé à l'article 68 du Statut dont la Cour a fait preuve en rejetant la demande de l'Afrique du Sud concernant son juge *ad hoc* est mis en relief par une autre décision majoritaire de la Cour, celle par laquelle elle a maintenu sur le siège un de ses membres ayant pris comme délégué aux Nations Unies, d'après des procès-verbaux communiqués à la Cour, une part spectaculaire à l'élaboration de l'une des résolutions du Conseil de sécurité qui ont endossé et pris comme point de départ la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale dont la Cour a eu à apprécier la validité dans le présent avis. Le vieil adage selon lequel il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'il soit manifeste que justice est faite aurait, à mes yeux, exigé une application plus stricte de l'article 17, paragraphe 2, du Statut, qui interdit aux membres de la Cour de participer au règlement d'une affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus à quelque titre que ce soit. Je ne pense pas que les activités passées d'un juge comme représentant de son pays aux Nations Unies ne puissent en aucun cas relever de l'article 17, paragraphe 2, du Statut. Ainsi, je trouve que, si l'on a élaboré ou défendu des textes de résolutions sur la validité desquels la Cour a à se prononcer, on ne peut participer comme juge à cette affaire, qu'elle soit contentieuse ou consultative.

Les deux décisions concernant la composition de la Cour auxquelles je viens de faire allusion doivent retenir l'attention à cause de l'intérêt qu'elles présentent pour la sauvegarde du caractère judiciaire de la procédure consultative. Toujours est-il que la majorité a jugé que la Cour devait rendre son avis consultatif dans sa présente composition, si bien que la situation est analogue à celle d'une affaire contentieuse où une exception préliminaire a été rejetée et où les juges qui se sont prononcés en faveur de cette exception doivent participer à la procédure sur le fond.

*

Je me tournerai donc maintenant vers les parties centrales de l'avis consultatif et traiterai d'abord de la portée de l'avis demandé à la Cour.

A cet égard, il y a lieu de constater que la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité prend comme point de départ la résolution 2145 (XXI) par laquelle l'Assemblée générale a notamment décidé que le mandat confié à l'Afrique du Sud était terminé. La résolution 276 (1970)

There are of course divergent opinions as to the value of the institution of judges *ad hoc*, but so long as it remains in the Court's Statute it will represent a safeguard of a procedural kind which is offered to a State which is a party in a contentious case when there is no judge of its nationality among the regular Members of the Court. Advisory proceedings are also part of the Court's judicial function, and Article 68 of the Statute lays down the principle that they should as far as possible be assimilated to contentious proceedings.

The departure from the principle laid down in Article 68 of the Statute which the Court evinced in rejecting South Africa's request for a judge *ad hoc* is accentuated by another majority decision of the Court. I refer to its retention on the Bench of a Member who, as a delegate to the United Nations, played, according to official records communicated to the Court, a spectacular role in the preparation of one of the Security Council resolutions which endorsed and took as their point of departure General Assembly resolution 2145 (XXI) the validity of which has had to be assessed by the Court in the present Advisory Opinion. The old saying that not only must justice be done but that it must be seen to be done would to my mind have required a stricter application of Article 17, paragraph 2, of the Statute, prohibiting Members of the Court from participating in the decision of any case in which they have previously taken part in any capacity whatsoever. I do not think that it is the case that the previous activities of a judge as representative of his country at the United Nations cannot in any circumstances attract Article 17, paragraph 2, of the Statute. Thus I consider that if a person has formulated or defended the text of resolutions upon the validity of which the Court has to decide, he may not take part in the case as a judge, whether the matter be contentious or advisory.

The two decisions concerning the composition of the Court to which I have just referred deserve attention because of their importance in the safeguarding of the judicial character of advisory proceedings. The fact remains that the majority considered that the Court ought to give its Advisory Opinion in its present composition, so that the situation is analogous to that in a contentious case in which a preliminary objection has been dismissed and the judges who declared themselves in favour of upholding that objection must take part in the proceedings on the merits.

*

I shall now turn therefore to the central parts of the Advisory Opinion and will first discuss the scope of the opinion requested of the Court.

In this connection, it should be observed that Security Council resolution 276 (1970) took as point of departure resolution 2145 (XXI), by which the General Assembly decided, *inter alia*, that the Mandate entrusted to South Africa was terminated. Since Security Council

du Conseil de sécurité se fondant sur la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, ainsi que sur une série de résolutions ultérieures de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, il est exclu que la Cour puisse se prononcer sur les conséquences juridiques de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité sans examiner d'abord la validité des résolutions sur lesquelles elle est elle-même fondée, et cela d'autant plus que la validité desdites résolutions a été contestée par l'Afrique du Sud et mise en doute par d'autres Etats. Tant que la validité des résolutions sur lesquelles se fonde la résolution 276 (1970) n'est pas établie, il est évidemment impossible que la Cour se prononce sur les conséquences juridiques de la résolution 276 (1970), car il ne peut y avoir de telles conséquences juridiques si les résolutions de base sont illégales, et se prononcer comme s'il y en avait serait incompatible avec le rôle d'un tribunal. Il me semble que la majorité aurait dû s'exprimer sur ce point avec plus de précision et de fermeté, mais je constate qu'elle a estimé elle aussi que l'avis devait comprendre un examen de la validité des résolutions en question.

Je suis d'accord avec la majorité pour considérer que l'institution du mandat comportait pour la Société des Nations le pouvoir de le révoquer en cas de violation grave des obligations de la puissance mandataire, bien que cette éventualité ne soit pas mentionnée dans les textes qui ont établi le système des mandats. Il en va de même de nombreux contrats de droit civil de la vie quotidienne, qui ne font pas allusion au droit de dénoncer le contrat revenant à celui dont le cocontractant a gravement enfreint ses obligations. Comme la procédure selon laquelle le pouvoir de révocation pouvait être exercé n'avait pas été spécifiée, elle devait le cas échéant être fixée par l'organe de la Société des Nations qu'il y avait lieu de considérer comme compétent.

Toujours en accord avec la majorité, je trouve aussi que le mandat pour le Sud-Ouest africain a survécu à la dissolution de la Société des Nations et que le rôle de celle-ci en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts de la population du territoire sous mandat et le contrôle de son administration par la puissance mandataire a été dévolu aux Nations Unies. Cela vaut également pour le pouvoir de révoquer le mandat à raison d'une violation grave des obligations de la puissance mandataire, bien que l'on n'ait jamais adopté aucune disposition précisant les formes dans lesquelles ce pouvoir inhérent à l'institution du mandat devait être exercé. Il s'ensuit que la fixation de la procédure à cet égard a toujours été laissée à l'organe ou aux organes de l'organisation mondiale qu'il fallait considérer, le cas échéant, comme compétents en la matière.

Si, au temps de la Société des Nations, le comportement de la puissance mandataire n'a pas conduit l'organisation mondiale à envisager la révocation du mandat, les Nations Unies ont été graduellement amenées à une pareille situation, à mesure que l'Afrique du Sud fondait son administration de la Namibie sur une conception des relations entre

resolution 276 (1970) is based upon General Assembly resolution 2145 (XXI), and upon a series of subsequent resolutions of the General Assembly and Security Council, there can be no question of the Court being able to pronounce on the legal consequences of Security Council resolution 276 (1970) without first examining the validity of the resolutions upon which that resolution is itself based, the more so in that the validity of those resolutions has been challenged by South Africa and called in question by other States. So long as the validity of the resolutions upon which resolution 276 (1970) is based has not been established, it is clearly impossible for the Court to pronounce on the legal consequences of resolution 276 (1970), for there can be no such legal consequences if the basic resolutions are illegal, and to give a finding as though there were such would be incompatible with the role of a court. It seems to me that the majority should have expressed itself on this point more precisely and firmly, but I note that it likewise considered that the opinion must include an examination of the validity of the resolutions in question.

I am in agreement with the majority in considering that the mandate institution included the power of the League of Nations to revoke a mandate in case of a serious breach of the mandatory Power's obligations, although that possibility is not mentioned in the texts which set up the mandates system. The same is true of many everyday private law contracts which make no reference to the right of one party to repudiate the contract if the other party has committed a serious breach of his obligations. Since the procedure by which the power of revocation could be exercised had not been specified, it had to be determined, should the matter arise, by the organ of the League of Nations which was to be regarded as competent in this respect.

Again in agreement with the majority, I find also that the Mandate for South West Africa survived the dissolution of the League of Nations, and that the role of the latter organization with regard to the safeguarding of the interests of the population of the mandated territory and the supervision of the mandatory Power's administration was transferred to the United Nations. This is also the case in respect of the power to revoke the Mandate on account of a material breach of its obligations by the mandatory Power, although no provision was ever adopted regulating the modalities of the exercise of this power inherent in the mandate institution. It follows therefore that it has always been left to the organ or organs of the world organization which, should the case arise, were to be regarded as competent in the matter, to determine the procedure for this purpose.

While, in the time of the League of Nations, the conduct of the mandatory Power did not lead the world organization to contemplate revocation of the Mandate, the United Nations was gradually brought into such a position, as South Africa came to base its administration of Namibia on a concept of race relations which is not that of the present

les races qui n'appartient pas à l'époque contemporaine. Le chemin qui a conduit à la résolution 2145 (XXI), par laquelle l'Assemblée générale a déclaré en 1966 le mandat terminé, a été jalonné de décisions judiciaires prises par la Cour sous forme d'avis consultatifs en 1950, 1955 et 1956 et sous forme d'arrêts en 1962 et 1966, décisions qui ont successivement répandu une lumière, parfois vacillante, non seulement sur les données permettant de conclure à l'existence d'un pouvoir de révocation du mandat appartenant aux Nations Unies mais aussi sur les formes dans lesquelles ce pouvoir devrait ou ne devrait pas être exercé.

Il est dans la nature des choses que la révocation du mandat pour violation grave par la puissance mandataire des obligations lui incombant exige que l'existence d'une telle violation soit constatée par une décision ayant force obligatoire. Comme je viens de le dire, les textes sur lesquels repose le système des mandats n'indiquent pas clairement à quel organe il incombe de prendre pareille décision. Il faut donc les compléter par voie d'interprétation. On s'est d'abord demandé si ce n'était pas à la Cour qu'il appartenait de prendre la décision. Cependant l'arrêt de 1966 a établi que la Cour ne saurait trancher par un arrêt revêtu de la force de chose jugée la question de savoir si la puissance mandataire avait violé ou non les obligations de caractère général que le mandat lui imposait. Dans ces conditions, l'organe des Nations Unies à considérer comme compétent pour prendre une décision ne saurait être que l'Assemblée générale, à laquelle ont été dévolues les fonctions de surveillance de l'administration du mandat ayant autrefois appartenu au Conseil de la Société des Nations. C'est pourquoi je considère qu'il faut reconnaître que l'Assemblée générale avait le pouvoir de révoquer le mandat pour violation grave des obligations de la puissance mandataire. Bien qu'il ait pu paraître préférable qu'avant de se prononcer l'Assemblée générale demande à la Cour un avis consultatif sur la question de savoir si l'Afrique du Sud avait violé ses obligations, aucune disposition des textes applicables ne l'obligeait à le faire.

Cette situation évoque celle qui existerait en cas d'application des dispositions de l'article 6 de la Charte des Nations Unies sur l'expulsion d'un Etat Membre ayant enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la Charte. Une décision à cet égard est prise par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité. Rien n'oblige le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale à demander l'avis de la Cour avant de prendre position sur la question de savoir si l'Etat Membre dont il s'agit a enfreint les principes de la Charte. En d'autres termes, un organe politique est qualifié pour prendre une décision pour des motifs qui présentent certes un caractère juridique, mais dont la Cour ne saurait examiner la validité dès lors que l'organe politique a pris sa décision dans sa propre sphère de compétence.

J'estime donc qu'en l'espèce la Cour aurait dû se borner à constater que la résolution 2145 (XXI) est valable sans examiner le bien-fondé

day. The course which led to resolution 2145 (XXI), by which in 1966 the General Assembly declared the Mandate to be terminated, was marked out by judicial decisions taken by the Court, in the form of Advisory Opinions in 1950, 1955 and 1956, and in the form of Judgments in 1962 and 1966. These successive decisions cast an occasionally flickering light not only on the facts justifying the conclusion that there existed a power of revocation of the Mandate vested in the United Nations, but also upon the forms in which that power should or should not be exercised.

It is in the nature of things that the revocation of the Mandate on account of material breach by the mandatory Power of the obligations incumbent upon it requires that the existence of such breach be found in a decision having binding force. As I have just observed, the texts underlying the mandates system do not clearly indicate what organ has the duty to take such a decision. Those texts must therefore be supplemented by way of interpretation. The question was first raised whether it was not for the Court to take the decision. However the 1966 Judgment decided that the Court could not determine, by means of a judgment having force of *res judicata*, the question whether the mandatory Power had or had not violated the obligations of a general nature laid upon it by the Mandate. In these circumstances, the organ of the United Nations which must be regarded as competent to take a decision in the matter cannot be any other than the General Assembly, to which the functions of supervision of the administration of the Mandate formerly vested in the Council of the League of Nations were transferred. This is why I consider that it must be held that the General Assembly had the power to revoke the Mandate on account of material breach of its obligations by the mandatory Power. Although it may have appeared preferable that, before taking its decision, the General Assembly should ask the Court for an advisory opinion on the question whether South Africa had violated its obligations, no provision in the applicable texts obliged it to do so.

This situation recalls that which would exist in the event of the application of the provisions of Article 6 of the United Nations Charter, concerning the expulsion of a member State which has persistently violated the principles contained in the Charter. A decision in this respect is to be taken by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council. There is nothing to compel either the Security Council or the General Assembly to ask for an opinion of the Court before taking a decision on the question whether the member State concerned has violated the principles of the Charter. In other words, a political organ is entitled to take a decision upon grounds which are admittedly of a legal nature, but the validity of which cannot be examined by the Court once the political organ has taken its decision within its proper sphere of competence.

I therefore consider that in the present case the Court should have confined itself to the finding that resolution 2145 (XXI) is valid without

de l'appréciation des faits sur laquelle cette résolution est fondée. Procéder à un tel examen, comme la Cour l'a fait dans le présent avis, revient à laisser entendre que la Cour aurait éventuellement pu arriver à d'autres conclusions que l'Assemblée générale et en conséquence casser sa résolution. Or, étant donné ce qui précède, je considère que cela était exclu.

L'effet de la résolution 2145 (XXI) a donc été de retirer à l'Afrique du Sud le droit d'administrer la Namibie comme puissance mandataire. Le statut international de ce territoire est cependant demeuré intact et la résolution selon laquelle le mandat a été déclaré terminé ne saurait être interprétée dans un autre sens. Il s'ensuit que cette résolution a créé l'obligation pour l'Afrique du Sud de céder la place à l'administration nouvelle que les Nations Unies pourraient organiser en vue d'atteindre l'objectif ultime du mandat, à savoir l'autodétermination de la population du territoire. Etant donné la complexité de cette opération, il serait éminemment souhaitable que les autorités sud-africaines et les organes des Nations Unies collaborent pour la réaliser, mais il n'appartient pas à la Cour d'en prescrire les modalités. Il va sans dire que, tant qu'elle demeurera en Namibie, l'Afrique du Sud devra continuer à remplir les obligations que le mandat lui a imposées. Spécifier quelles sont ces obligations ne fait pas l'objet de la demande d'avis dont la Cour a été saisie.

Comme l'Afrique du Sud a refusé de se conformer à la résolution 2145 (XXI) et comme l'Assemblée générale ne dispose pas de moyens d'exécution pour la faire respecter, l'Assemblée a dû recourir au Conseil de sécurité, de même que celui-ci peut être saisi, selon l'article 94, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies, d'une situation dans laquelle une partie à un litige tranché par un arrêt de la Cour ne satisfait pas aux obligations lui incombant en vertu de l'arrêt. C'est par toute une série de résolutions, énumérées dans le présent avis, que le Conseil de sécurité a endossé la résolution 2145 (XXI) et enjoint à l'Afrique du Sud de quitter la Namibie. Celle de ces résolutions à laquelle se réfère la présente demande d'avis consultatif est la résolution 276 (1970), par laquelle le Conseil de sécurité a notamment déclaré que la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie était illégale. C'est sur les conséquences juridiques *pour les Etats* de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant cette résolution que la Cour a été invitée à se prononcer.

Comme première conséquence, le sous-paragraphe 1 du dispositif de l'avis consultatif indique l'obligation pour l'Afrique du Sud de retirer immédiatement son administration de Namibie. Il ressort cependant de ce qui précède que c'est la résolution 2145 (XXI) qui a créé pour l'Afrique du Sud l'obligation de se retirer de Namibie. Cette obligation ne saurait donc être qualifiée de conséquence de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970). Au stade correspondant à la résolution 276 (1970), les conséquences juridiques dont il s'agit pour

examining the correctness of the assessment of the facts upon which that resolution is based. To embark upon such an enquiry, as the Court has done in the present Opinion, amounts to implying that the Court could possibly have reached conclusions different from those of the General Assembly and could therefore have declared the resolution invalid. But, in the light of the foregoing, I consider that to be out of the question.

The effect of resolution 2145 (XXI) was thus to withdraw from South Africa the right to administer Namibia as mandatory Power. The international status of that Territory however remained intact, and the resolution according to which the Mandate was declared terminated cannot be interpreted in any other sense. It follows that that resolution has created for South Africa the obligation to make way for such new administration as the United Nations might organize with a view to achieving the ultimate objective of the Mandate, namely self-determination for the population of the Territory. In view of the complexity of this exercise, it would be eminently desirable that the South African authorities and the United Nations organs should co-operate in carrying it out, but it is not for the Court to prescribe the modalities of such co-operation. It goes without saying that, so long as South Africa remains in Namibia, it will be bound to continue to fulfil the obligations which the Mandate has laid upon it. The specification of what those obligations are is not the object of the request for an opinion which has been addressed to the Court.

Since South Africa has refused to comply with resolution 2145 (XXI), and since the General Assembly has no means of execution to ensure observance of its resolution, the Assembly had to have recourse to the Security Council, just as the Council may be seised, according to Article 94, paragraph 2, of the United Nations Charter, of a situation in which any party to a case which has been decided by a judgment of the Court fails to perform the obligation incumbent upon it under the judgment. It was by a whole series of resolutions, which are listed in the present Advisory Opinion, that the Security Council espoused resolution 2145 (XXI) and called upon South Africa to withdraw from Namibia. The resolution to which the present request for advisory opinion refers is resolution 276 (1970), by which the Security Council declared, *inter alia*, that the continued presence of the South African authorities in Namibia was illegal. It is on the legal consequences *for States* of the continued presence of South Africa in Namibia notwithstanding that resolution that the Court has been requested to give its opinion.

As a first consequence, sub-paragraph 1 of the operative clause of the Advisory Opinion mentions the obligation of South Africa to withdraw its administration from Namibia immediately. However, it is clear from what has been said above that it is resolution 2145 (XXI) which created the obligation for South Africa to withdraw from Namibia. That obligation therefore cannot be described as a consequence of the continued presence of South Africa in Namibia notwithstanding resolution 276 (1970). At the stage corresponding to resolution 276 (1970), the relevant legal con-

l'Afrique du Sud sont uniquement celles auxquelles elle se trouve exposée à raison de son refus de se conformer à la résolution 2145 (XXI). Bien que je puisse souscrire à ce qu'énonce le sous-paragraphe 1 du dispositif de l'avis, j'estime que logiquement il ne devrait pas y figurer.

*

En revanche le dispositif doit porter sur les effets juridiques que la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie a sur ses relations avec les autres Etats et notamment les autres Membres des Nations Unies. Compte tenu de ce qui précède, ces Etats doivent considérer la révocation du mandat comme un fait acquis et sont tenus de ne pas reconnaître à l'Afrique du Sud le droit de continuer à administrer la Namibie. La question est donc de savoir quel comportement cette obligation de non-reconnaissance impose comme telle aux Etats. La réponse doit être recherchée dans le droit coutumier reflété par la pratique établie des Etats, mais cela est plus facile s'agissant de la non-reconnaissance d'un Etat ou du gouvernement d'un Etat que lorsqu'il s'agit de la non-reconnaissance de l'administration d'un territoire par le gouvernement reconnu d'un Etat reconnu, surtout si l'économie dudit territoire est plus ou moins intégrée à celle dudit Etat. Le terme même de *non-reconnaissance* implique non pas une action positive mais l'abstention d'actes signifiant la reconnaissance. La non-reconnaissance exclut donc avant tout les relations diplomatiques, ainsi que les déclarations formelles et actes de courtoisie par lesquels la reconnaissance s'exprime normalement. Toutefois, si la notion de non-reconnaissance exclut les contacts officiels et spectaculaires au plus haut niveau, l'usage ne semble pas être le même sur le plan administratif, des impératifs d'ordre pratique ou humanitaire pouvant justifier certains contacts ou certaines formes de coopération.

Une optique analogue paraît régner en matière d'accords internationaux. Alors que la non-reconnaissance semble ne pas permettre la conclusion en règle de traités entre gouvernements, des accords entre administrations, par exemple postales ou ferroviaires, sont jugés possibles. De même, l'effet légal à attribuer aux décisions des autorités judiciaires et administratives d'un Etat ou d'un gouvernement non reconnu dépend de considérations humaines et de besoins pratiques. Il ne serait pas difficile de citer au moins un exemple actuel montrant la diversité et la souplesse avec lesquelles la notion de non-reconnaissance est appliquée par les Etats qui n'en reconnaissent pas un autre. Certes les motifs peuvent différer de ceux pour lesquels l'administration de la Namibie par l'Afrique du Sud ne doit pas être reconnue, mais ce qui est important pour le présent avis consultatif c'est que, dans le droit international d'aujourd'hui, la non-reconnaissance n'a d'effets négatifs obligatoires que pour un secteur très restreint d'actes gouvernementaux de caractère plutôt symbolique.

Au-delà de ce domaine restreint, il ne peut exister d'obligations pour les Etats de réagir contre la présence continue de l'Afrique du Sud en

sequences for South Africa are solely those to which it is exposed because of its refusal to comply with resolution 2145 (XXI). Although I can support what is said in sub-paragraph 1 of the operative clause of the Opinion, I consider that as a matter of logic it should not be there at all.

*

On the other hand, the operative clause of the Advisory Opinion should deal with the legal effects which the continued presence of South Africa in Namibia has upon its relations with other States and, in particular, with the other Members of the United Nations. Having regard to what has been said above, these States must consider the termination of the Mandate as an established fact and they are under an obligation not to recognize any right of South Africa to continue to administer the Mandate. The question is therefore what conduct this obligation of non-recognition imposes as such on States. The reply must be sought in customary law as reflected in the settled practice of States, but that is easier in respect of the non-recognition of a State or of the government of a State than it is in respect of the non-recognition of the administration of a territory by the recognized government of a recognized State, especially if the economy of the said territory is more or less integrated in that of the said State. The very term *non-recognition* implies not positive action but abstention from acts signifying recognition. Non-recognition therefore excludes, above all else, diplomatic relations and those formal declarations and acts of courtesy through which recognition is normally expressed. Nevertheless, although the notion of non-recognition excludes official and ostentatious top-level contacts, customary usage does not seem to be the same at the administrative level, since necessities of a practical or humanitarian nature may justify certain contacts or certain forms of co-operation.

A similar approach seems to prevail in regard to international agreements. While non-recognition seems not to permit the formal conclusion of treaties between governments, agreements between administrations, for instance on postal or railway matters, are considered to be possible. In the same way, the legal effect to be attributed to the decisions of the judicial and administrative authorities of a non-recognized State or government depends on human considerations and practical needs. It would not be difficult to cite at least one current example showing the diversity and lack of rigidity with which the notion of non-recognition is applied by States which do not recognize some other State. The reasons may, of course, differ from those for which the administration of Namibia by South Africa must not be recognized, but what is important for the present Advisory Opinion is the fact that, in the international law of today, non-recognition has obligatory negative effects in only a very limited sector of governmental acts of a somewhat symbolic nature.

Outside this limited sphere, there cannot exist any obligations incumbent on States to react against the continued presence of South Africa in Namibia

Namibie que si ces obligations se fondent sur une autre base juridique que le simple devoir de ne pas reconnaître le droit de l'Afrique du Sud de continuer à administrer le territoire. Pareil fondement ne saurait être recherché que dans les résolutions du Conseil de sécurité dont il a été fait état au cours de la procédure. Pour ma part, j'approuve les motifs en vertu desquels la majorité de la Cour a rejeté les objections formulées par l'Afrique du Sud à l'encontre de la validité formelle de certaines de ces résolutions. Quant à leur contenu, la résolution 276 (1970), à laquelle se réfère expressément la demande d'avis dont la Cour a été saisie, déclare d'abord, au paragraphe 2, que la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie est illégale et qu'en conséquence toutes les mesures prises par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne depuis la cessation du mandat sont illégales et non valides. Puis, au paragraphe 5, le Conseil de sécurité demande à tous les Etats, en particulier à ceux qui ont des intérêts économiques ou autres en Namibie, de s'abstenir de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui soient incompatibles avec le paragraphe 2. Le texte du paragraphe 2 donne l'impression que la non-validité de toutes les mesures prises par l'Afrique du Sud concernant la Namibie est considérée comme un effet automatique de l'illégalité de sa présence continue dans ce territoire. Le sens du paragraphe 5 semble donc être que les Etats ne doivent pas reconnaître de telles mesures comme valables. Or, compte tenu de ce qui précède, le devoir pour les Etats de ne pas reconnaître le droit de l'Afrique du Sud de continuer à administrer la Namibie n'entraîne pas l'obligation de refuser tout caractère légal aux mesures ou décisions prises par les autorités sud-africaines en ce qui concerne la Namibie ou ses habitants. A cet égard, la notion de non-reconnaissance laisse aux Etats, comme je l'ai dit, une large mesure d'appréciation discrétionnaire.

Ainsi la résolution 276 (1970) semble-t-elle dépasser le terrain des effets obligatoires de la simple non-reconnaissance. Cela est encore plus clair en ce qui concerne la résolution 283 (1970), adoptée par le Conseil de sécurité en même temps que la demande d'avis adressée à la Cour. La non-reconnaissance ne comportant comme effet nécessaire que l'abstention d'actes gouvernementaux d'un certain type, il est évident qu'une demande aux Etats de limiter ou d'arrêter les relations commerciales ou industrielles de leurs ressortissants avec un certain pays ou territoire appartient à un domaine différent et qu'il s'agit là de mesures actives de pression contre un Etat ou un gouvernement. Or, au paragraphe 7 du dispositif de la résolution 283 (1970), le Conseil de sécurité demande à tous les Etats de décourager leurs ressortissants d'effectuer des investissements ou d'acquérir des concessions en Namibie. Et encore plus éloigné du domaine de la notion de non-reconnaissance est le paragraphe 11, où le Conseil de sécurité lance un appel à tous les Etats pour les dissuader d'encourager le tourisme en Namibie. Sur ce dernier point, le texte de la résolution fait penser qu'il s'agit plutôt d'une simple recommandation mais, pour toute une série d'autres mesures figurant au même dispositif et

unless such obligations rest on some legal basis other than the simple duty not to recognize South Africa's right to continue to administer the Territory. Such a basis can be sought only in those resolutions of the Security Council which were referred to in the course of the proceedings. Personally, I approve the reasons for which the majority of the Court rejected the objections advanced by South Africa against the formal validity of some of those resolutions. As for their content, resolution 276 (1970) which is explicitly referred to in the request for an opinion addressed to the Court, declares in the first place, in paragraph 2, that the continued presence of the South African authorities in Namibia is illegal and that consequently all acts taken by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid. Then, in paragraph 5, the Security Council calls upon all States, particularly those which have economic and other interests in Namibia, to refrain from any dealings with the Government of South Africa which are inconsistent with paragraph 2. The wording of paragraph 2 gives the impression that the non-validity of all acts taken by South Africa concerning Namibia is considered to be an automatic effect of the illegality of its continued presence in that Territory. The sense of paragraph 5 therefore seems to be that States must not recognize such acts as valid. However, having regard to the foregoing, the duty incumbent on States not to recognize South Africa's right to continue to administer Namibia does not entail the obligation to deny all legal character to the acts or decisions taken by the South African authorities concerning Namibia or its inhabitants. In this regard, the notion of non-recognition leaves to States, as I have said, a wide measure of discretion.

Thus resolution 276 (1970) seems to go beyond the area of the obligatory effects of mere non-recognition. This is even more evident in the case of resolution 283 (1970), which was adopted by the Security Council at the same time as the request for an opinion addressed to the Court. Since non-recognition does not involve as a necessary effect anything more than the abstention from governmental acts of a certain type, it is obvious that a request to States to limit or stop the commercial or industrial relations of their nationals with a certain country or territory belongs to a different sphere and that the measures in question are active measures of pressure against a State or a government. Now, in paragraph 7 of the operative part of resolution 283 (1970), the Security Council calls upon all States to discourage their nationals from investing or obtaining concessions in Namibia. And still further from the area of the notion of non-recognition is paragraph 11 in which the Security Council launches an appeal to all States to dissuade them from encouraging tourism in Namibia. On this latter point the wording of the resolution gives the impression that what is involved here is rather a mere recommendation but, for a whole series of other measures mentioned in the same operative section and going

allant au-delà des effets obligatoires de la non-reconnaissance, la question se pose de savoir si la résolution n'énonce que des recommandations ou s'impose aux Etats avec force obligatoire. La même question se pose évidemment, comme il a déjà été indiqué, pour la résolution 276 (1970) en ce qui concerne la non-reconnaissance de la validité des mesures et décisions prises par les autorités sud-africaines en Namibie.

Il n'est donc maintenant plus question d'obligations inhérentes au devoir des Etats de ne pas reconnaître le droit de l'Afrique du Sud de continuer à administrer la Namibie, mais de la création d'obligations pour les Etats tendant à leur faire appliquer d'autres mesures de pression contre l'Afrique du Sud à raison de son refus de quitter la Namibie. A ce sujet, il s'avère que la Cour est divisée sur le sens à donner aux articles 24 et 25 de la Charte des Nations Unies par rapport aux dispositions du chapitre VII. Pour ma part, je partage l'opinion de ceux qui pensent que les articles 24 et 25 ne sauraient avoir pour effet de contourner les conditions que le chapitre VII pose pour que le Conseil de sécurité puisse ordonner avec force obligatoire envers les Etats le genre de mesures dont il s'agit, notamment l'interruption partielle des relations économiques. Selon l'article 41 du chapitre VII, le Conseil de sécurité ne peut imposer aux Etats l'obligation d'appliquer de telles mesures que dans le cadre d'une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'actes d'agression. Il est incontestable que le Conseil de sécurité n'a pas adopté les résolutions dont il s'agit en l'espèce dans le cadre d'une telle action, clairement définie comme sa nature l'exige. Ne serait-ce que pour ce motif, je considère comme exclu que l'on se trouve en l'espèce en présence de décisions du Conseil de sécurité revêtues de force obligatoire envers les Etats. Il ne peut s'agir que de recommandations ayant évidemment, comme telles, une grande force morale, mais où l'on ne saurait voir des obligations juridiques.

Les développements qui précèdent font ressortir les motifs pour lesquels je ne suis pas à même de me rallier à la totalité des sous-paragraphes 2 et 3 du dispositif de l'avis consultatif.

Au sous-paragraphe 2, l'accent est mis sur l'obligation des Etats Membres des Nations Unies de reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie, mais l'on ajoute que les Etats Membres ont l'obligation de reconnaître le défaut de validité des mesures prises par l'Afrique du Sud au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne et de s'abstenir de tous actes et en particulier de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui constitueraient une aide ou une assistance à l'égard de la présence et de l'administration sud-africaines en Namibie. Cela va au-delà des obligations qui découlent du devoir de ne pas reconnaître le droit de l'Afrique du Sud de continuer à administrer le Namibie. Même s'il n'est pas possible d'indiquer avec précision les actes dont la notion de non-reconnaissance exige que les Etats s'abstiennent, on ne saurait nier que, l'administration sud-africaine de la Namibie étant une

beyond the obligatory effects of non-recognition, the question arises whether the resolution merely pronounces recommendations or is binding on States. The same question arises obviously as has already been stated in respect of resolution 276 (1970) so far as concerns the non-recognition of the validity of acts and decisions taken by the South African authorities in Namibia.

The question is now therefore no longer one of the obligations inherent in the duty of States not to recognize South Africa's right to continue to administer Namibia but one of the creation of obligations for States requiring them to apply other measures of pressure against South Africa because of its refusal to withdraw from Namibia. In this connection, the Court is found to be divided on the meaning to be attributed to Articles 24 and 25 of the Charter of the United Nations in relation to the provisions of Chapter VII. Personally, I share the opinion of those who think that Articles 24 and 25 cannot have the effect of evading the conditions which Chapter VII lays down for the Security Council to be able to order, with binding effect for States, the kind of measures involved here, more particularly the partial interruption of economic relations. According to Article 41 in Chapter VII the Security Council may impose upon States the obligation to apply such measures only within the framework of action in the event of threats to the peace, breaches of the peace and acts of aggression. There can be no doubt that, in this particular case, the Security Council did not adopt the resolutions in question in the context of any such action, clearly defined as it must be because of its nature. If only for this reason, I consider that it is quite out of the question that in this case the Court is confronted with Security Council decisions invested with binding force for States. They cannot be anything other than recommendations which, as such, obviously have great moral force but which cannot be regarded as embodying legal obligations.

The foregoing observations make clear the reasons why I am not able to concur in the whole of sub-paragraphs 2 and 3 of the operative part of the Advisory Opinion.

In sub-paragraph 2, emphasis is placed on the obligation incumbent upon States Members of the United Nations to recognize the illegality of South Africa's presence in Namibia, but there is the additional statement that member States are under obligation to recognize the invalidity of acts taken by South Africa on behalf of or concerning Namibia and to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa lending support or assistance in regard to the presence and administration of South Africa in Namibia. This goes beyond the obligations which flow from the duty not to recognize South Africa's right to continue to administer Namibia. Even if it is not possible to indicate precisely the acts from which the concept of non-recognition requires States to refrain, it cannot be denied that, since the South African administration of Namibia is a *de facto* administration, many acts taken by it

administration *de facto*, beaucoup de mesures prises par elle peuvent être reconnues comme valables par les autorités des autres Etats même au-delà de ce qui est admis au paragraphe 125 de l'avis. Quant à l'interdiction des actes qui constitueraient une aide ou une assistance à la présence et à l'administration sud-africaines en Namibie, cette formule vague et générale ne donne pas une idée bien claire des actes concrets qu'elle envisage. Elle est susceptible d'être interprétée comme imposant des obligations plus étendues que celles qui découlent de la non-reconnaissance du droit de l'Afrique du Sud de continuer à administrer la Namibie. Cela m'est un motif supplémentaire de ne pas voter pour ce sous-paragraphe du dispositif.

Quant au sous-paragraphe 3 du dispositif, je ne saurais y souscrire que pour autant qu'il signifie que les Etats non membres des Nations Unies ont, eux aussi, le devoir de ne pas reconnaître l'administration de la Namibie par l'Afrique du Sud. Or, quand ce sous-paragraphe énonce que ces Etats sont tenus de prêter leur assistance à l'action entreprise par les Nations Unies en ce qui concerne la Namibie, on a l'impression qu'il s'agit d'une contribution active à des mesures de pression, ce à quoi je ne pense pas que ces Etats soient obligés.

Je considère donc que les résolutions du Conseil de sécurité, pour autant qu'elles concernent des mesures de pression contre l'Afrique du Sud allant au-delà de ce qu'exige la non-reconnaissance de son droit de continuer à administrer la Namibie, ne constituent que des recommandations ne créant pas d'obligations pour les Etats. Néanmoins j'estime que ces résolutions peuvent fournir aux Etats, qu'ils soient Membres des Nations Unies ou non, des motifs légitimes de prendre, dans leurs relations juridiques avec l'Afrique du Sud, des positions qui autrement se seraient trouvées en conflit avec des droits revenant à ce pays. Au plan du droit, les résolutions en question ont créé non pas des obligations mais des droits d'agir contre l'Afrique du Sud à raison de sa présence continue en Namibie. A cet égard, les recommandations du Conseil de sécurité pourraient guider l'action des Etats, avec cette restriction qu'il conviendrait de ne pas aller à l'encontre du bien-être moral ou matériel de la population de la Namibie, qui représente un objectif toujours valable du mandat. Cette considération exigerait une sélection entre les mesures d'administration prises par l'Afrique du Sud à l'égard de la Namibie, sélection à laquelle la Cour ne saurait procéder faute de renseignements suffisants sur une matière aussi complexe.

(Signé) S. PETRÉN.

can be recognized as valid by the authorities of other States even beyond what is admitted in paragraph 125 of the Opinion. As for the prohibition of acts which would constitute lending support or assistance to the presence and administration of South Africa in Namibia, this vague and general formula gives no very clear idea of the specific acts it is intended to cover. It is capable of being construed as imposing obligations that are more extensive than those which flow from the non-recognition of South Africa's right to continue to administer Namibia. This is an additional reason why I could not vote in favour of this sub-paragraph of the operative clause.

As for sub-paragraph 3 of the operative clause, I cannot subscribe to it except in so far as it signifies that States which are not Members of the United Nations are also duty bound not to recognize the administration of Namibia by South Africa. But, when this paragraph proclaims that those States are under an obligation to give assistance in the action which has been taken by the United Nations with regard to Namibia, the impression is created that what is intended is an active contribution to measures of pressure and I do not think those States are under any obligation in that respect.

I consider therefore that, in so far as they relate to measures of pressure against South Africa going beyond what is required by the non-recognition of its right to continue to administer Namibia, the resolutions of the Security Council constitute only recommendations which do not create any obligations for States. Nevertheless I consider that these resolutions may afford States, whether Members of the United Nations or not, legitimate grounds for taking up a position in their legal relationships with South Africa which otherwise would have been in conflict with rights possessed by that country. At the legal level, the resolutions in question have created, not obligations, but rights to take action against South Africa because of its continued presence in Namibia. In this respect, the recommendations of the Security Council might guide the action of States, subject to the restriction that it would be wrong to run counter to the moral or material well-being of the population of Namibia, which is still a valid objective of the Mandate. This consideration would necessitate the making of a choice amongst the acts of administration taken by South Africa with regard to Namibia, and that choice cannot be undertaken by the Court for lack of sufficient information on such a complex matter.

(Signed) S. PETRÉN.

SEPARATE OPINION OF JUDGE ONYEAMA

I agree with the conclusion of the Court that the presence of South Africa in Namibia is illegal, but feel constrained to express my inability to concur in the Court's approach on certain aspects of the problem with which the Court has had to deal in its consideration of the legal question on which its advisory opinion is requested by the Security Council. These aspects are, the matter of the exclusion of a Member of the Court from participating in these proceedings, the choice of a judge *ad hoc*, the Court's competence to consider the formal and intrinsic validity of resolutions and decisions of the General Assembly and the Security Council, and the effect of Security Council resolution 276 (1970).

* * *

On the objection raised by South Africa to the participation of certain Members of the Court in the present proceedings, I do not agree that it is a sufficient answer to the objection raised and which was rejected in Order No. 3 of 26 January 1971, that the Member of the Court whose participation as a judge in the case was challenged, was a representative of his Government in his activities in the United Nations on which the challenge was grounded.

In my view, the words "or in any other capacity" in Article 17 (2) of the Statute are wide enough to include within their sweep activities in the United Nations by members of national delegations who subsequently become Members of the Court.

Each case must be considered on its own circumstances and no general rule can be laid down. In the present case, the Member concerned had, as a member of a national delegation to the United Nations, taken an active part in drafting a resolution which touched upon resolution 2145 (XXI) of the General Assembly, a resolution which, to my mind, is critical in the present proceedings.

The importance of the resolution with which the Member was concerned, that is, Security Council resolution 246 (1968), and its relevance to the present proceedings, appear from the fact that it formed part of the documents transmitted to the Court as likely to throw light on the question put to the Court, and the Court itself thought it necessary to refer to it as part of the Security Council's response to the call of the General Assembly for its co-operation in ensuring the withdrawal of South Africa from the Territory.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ONYEAMA

[Traduction]

Je souscris à la conclusion de la Cour lorsqu'elle déclare que la présence de l'Afrique du Sud en Namibie est illégale, mais il m'est impossible de la suivre dans sa façon d'aborder certains des aspects qu'elle a dû examiner pour répondre à la question juridique sur laquelle le Conseil de sécurité lui demandait un avis consultatif. Ces aspects concernent la question de savoir si la participation d'un membre de la Cour à la présente affaire devait être exclue, le choix d'un juge *ad hoc*, la compétence de la Cour pour examiner la validité formelle et intrinsèque de résolutions et décisions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, et l'effet de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité.

* * *

En réponse à l'objection soulevée par l'Afrique du Sud au sujet de la participation à la présente affaire de certains membres de la Cour, il ne me paraît pas suffisant de dire, dans le cas d'un des juges mis en cause, sur lequel porte l'ordonnance de rejet n° 3 du 26 janvier 1971, que c'est comme représentant de son gouvernement que ce juge s'est livré, aux Nations Unies, aux activités qui ont motivé l'objection.

A mon avis, les mots « ou à tout autre titre », qui figurent à l'article 17, paragraphe 2, du Statut, sont d'une portée suffisamment large pour englober les activités, aux Nations Unies, de membres de délégations nationales qui deviennent ultérieurement membres de la Cour.

Chaque cas d'espèce doit être examiné compte tenu des circonstances qui lui sont propres; il est impossible d'énoncer une règle générale. En l'occurrence, le juge visé a, comme membre d'une délégation nationale auprès des Nations Unies, pris une part active à la rédaction d'une résolution qui se rapportait à la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale et qui, selon moi, joue un rôle critique dans la présente procédure.

L'importance de la résolution dont il s'agit (la résolution 246 (1968) du Conseil de sécurité) et sa pertinence en l'espèce sont attestées par le fait qu'elle est au nombre des documents pouvant servir à élucider la question qui ont été transmis à la Cour, et que la Cour elle-même a cru devoir en faire mention comme constituant l'un des éléments de la réponse du Conseil de sécurité à l'appel de l'Assemblée générale, qui avait demandé son concours pour obtenir que l'Afrique du Sud se retire du territoire.

I thought the circumstances were such that the Member concerned should not have participated in the decision of the present case, and therefore dissented from Order No. 3.

* * *

It will be recalled that at the outset of these proceedings, the Republic of South Africa applied to be allowed to choose a judge *ad hoc* under Article 83 of the Rules of Court. This Article provides that:

> "If the advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, Article 31 of the Statute shall apply, as also the provisions of these Rules concerning the application of that Article."

I agree with the majority of the Court, and for the reasons given by it, that the present Opinion is not requested upon a legal question *actually* pending between South Africa and any other State or States, but in view of the wide discretion vested in the Court by Article 68 of the Statute of the Court, the inapplicability of Article 83 of the Rules would not, in my view, conclude the matter. I am of the opinion that Article 83 of the Rules sets out one situation in which Article 31 of the Statute *shall* apply, but it does not exhaust the cases in which a judge *ad hoc* may be chosen in advisory proceedings, nor does it limit the Court's discretion under Article 68 of the Statute to be guided by the provisions of Article 31 of the Statute "to the extent to which [the Court] recognizes them to be applicable".

The objection to the exercise of the Court's discretion in favour of the choice of a judge *ad hoc* on the grounds that Article 31 of the Statute refers to "parties", and there are, strictly, no "parties" in advisory proceedings, does not seem to me to be a valid one, in view of the provisions of Article 83 of the Rules of Court which expressly applies Article 31 of the Statute to advisory opinions, and thus recognizes that though there are no parties in advisory proceedings, judges *ad hoc* may be chosen in those proceedings in the circumstances therein defined. The Court's discretion would be without substance if it could not be exercised in favour of permitting the choice of a judge *ad hoc* in circumstances falling outside Article 83 of the Rules, but in which the Court felt that the justice of the case required it to be so exercised.

This is the first occasion, since the creation of this Court, that a claim to a right to appoint a judge *ad hoc* in advisory proceedings has been made. The present request for an advisory opinion starts off by implying that South Africa's continued presence in Namibia notwithstanding Security Council resolution 276 (1970) gives rise to certain legal con-

Il m'a semblé que les circonstances étaient telles que le juge visé n'aurait pas dû participer à l'élaboration de l'avis, et je n'ai donc pas souscrit à l'ordonnance n° 3.

* * *

On sait qu'au début de la présente instance, la République sud-africaine a demandé à être autorisée à désigner un juge *ad hoc* en application de l'article 83 du Règlement de la Cour, aux termes duquel:

> « Si l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, l'article 31 du Statut est applicable, ainsi que les dispositions du présent Règlement qui pourvoient à l'application de cet article. »

J'estime avec la majorité de la Cour et pour les motifs qu'elle expose qu'il n'est pas demandé à la Cour de donner un avis sur une question juridique *actuellement* pendante entre l'Afrique du Sud et un autre ou d'autres Etats mais, étant donné le pouvoir discrétionnaire très étendu que l'article 68 de son Statut confère à la Cour, l'inapplicabilité de l'article 83 du Règlement, à mon sens, ne règle pas la question. Selon moi, l'article 83 du Règlement envisage une situation dans laquelle l'article 31 du Statut *doit* s'appliquer, mais cela n'épuise pas les possibilités de désigner un juge *ad hoc* en matière consultative, pas plus que cela ne limite ou n'épuise le pouvoir discrétionnaire que confère à la Cour l'article 68 de son Statut et qui lui permet de s'inspirer des dispositions de l'article 31 du Statut « dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ».

On a dit que la Cour ne saurait exercer ce pouvoir discrétionnaire pour autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* parce que l'article 31 du Statut vise des « parties » et qu'il n'y a pas à proprement parler de « parties » dans une procédure consultative, mais cela ne me paraît pas une objection valable, vu que l'article 83 du Règlement de la Cour rend expressément l'article 31 du Statut applicable aux avis consultatifs et reconnaît donc par là que, même s'il n'y a pas de parties dans une procédure consultative, des juges *ad hoc* peuvent être désignés aux fins de ces procédures dans les conditions définies par l'article. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour n'aurait aucune réalité s'il ne pouvait être exercé pour autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* dans des circonstances qui n'entrent pas dans le cadre de l'article 83 du Règlement mais dans lesquelles la Cour estime devoir exercer ce pouvoir dans l'intérêt de la justice.

C'est la première fois depuis que la Cour actuelle existe qu'on revendique le droit de désigner un juge *ad hoc* dans une procédure consultative. La présente requête pour avis consultatif commence par donner à entendre que la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, crée certaines

sequences for States, since that presence is assumed to be contrary to international law. The records of the debate in the *Ad Hoc* Committee of the Security Council as well as in the Security Council itself leading up to the request, and some of the submissions addressed to the Court in the written statements and during the oral proceedings, leave no doubt that South Africa was being accused of violating some, at least, of its international obligations; and at the root of the request was the desire to enforce the consequences of the termination of South Africa's mandate over South West Africa, and remove its administration from the Territory.

These facts clearly show that special interests of vital concern to South Africa were directly affected by the request for an advisory opinion and this is, in my view, a circumstance which the Court should have taken into account in deciding whether, in the exercise of its discretion under Article 68 of the Statute, South Africa should have been permitted to choose a judge *ad hoc*.

I am of the opinion that the circumstance of South Africa's special interest in the present request should have prevailed with the Court, and, so that justice may not only be done but manifestly be seen to be done, the discretion of the Court should have been exercised in favour of the application by South Africa to choose a judge *ad hoc*.

I have not overlooked the fact that in the Advisory Opinion on an abstract legal question on the *International Status of South West Africa* in 1950, South Africa did not press her tentative enquiries about her right to choose a judge *ad hoc* to the point of a formal claim, nor that in that Advisory Opinion South Africa did not choose a judge *ad hoc*. The circumstances of those proceedings and the present, and the legal questions on which the advice of the Court was requested in the two proceedings, are entirely different, and it does not appear to me that any conclusions adverse to the application in the present case can rightly be drawn from the failure of South Africa to press its claim to a judge *ad hoc* in 1950, or the fact that no judge *ad hoc* was, in fact, chosen. Nothing that happened in this respect in 1950 can be a bar to an application to choose a judge *ad hoc* in later advisory proceedings, and such an application must be considered in the light of the nature of the legal questions put to the Court and the circumstances existing when the application is made.

The practice of the Permanent Court of International Justice in the matter of a choice of a judge *ad hoc* in advisory opinions as appears in the *Danzig Legislative Decree* Order of 31 October 1935 [1] does not seem to me to furnish a guide in the present case in view of the wholly different nature of the question posed in that case, and the differences between the governing Statutes and Rules of the two Courts. The Permanent Court

[1] *P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, Annex 1, pp. 69-71.

conséquences juridiques pour les Etats, parce qu'elle serait, par hypothèse, contraire au droit international. Les comptes rendus des débats qui se sont déroulés au comité *ad hoc* du Conseil de sécurité comme au Conseil de sécurité lui-même pour aboutir au dépôt de cette requête, et certaines des thèses défendues devant la Cour, soit dans les exposés écrits, soit au cours de la procédure orale, font apparaître sans doute possible que l'Afrique du Sud était accusée de violer certaines au moins de ses obligations internationales; et la requête procède du désir manifeste de tirer toutes les conséquences de la cessation du mandat de l'Afrique du Sud pour le Sud-Ouest africain et d'éliminer son administration du territoire.

Ces faits montrent clairement que la demande d'avis consultatif mettait directement en jeu des intérêts spéciaux d'importance capitale pour l'Afrique du Sud et c'est là, selon moi, un élément que la Cour aurait dû prendre en considération pour décider, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'article 68 de son Statut, s'il fallait ou non autoriser l'Afrique du Sud à désigner un juge *ad hoc*.

A mon avis, donc, l'intérêt particulier de l'Afrique du Sud en l'espèce aurait dû paraître déterminant à la Cour et, non seulement pour que justice soit faite mais pour qu'elle le soit manifestement, la Cour aurait dû, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, faire droit à la demande de désignation d'un juge *ad hoc* présentée par l'Afrique du Sud.

Je n'oublie pas qu'aux fins de la procédure consultative de 1950, qui portait sur une question juridique abstraite concernant le *Statut international du Sud-Ouest africain*, l'Afrique du Sud, qui s'était enquise, à titre préliminaire, de son droit de désigner un juge *ad hoc*, n'a pas poussé cette démarche plus loin et n'a pas présenté de demande officielle dans ce sens, et je n'oublie pas non plus qu'aux fins de l'avis dont il s'agit l'Afrique du Sud n'a pas désigné de juge *ad hoc*. Mais les circonstances et les questions juridiques sur lesquelles l'avis était demandé différaient entièrement de ce qu'elles sont à présent et il ne me paraît pas légitime de tirer du fait que l'Afrique du Sud n'a pas insisté pour que soit désigné un juge *ad hoc* en 1950 et qu'aucun juge *ad hoc* n'a été, alors, effectivement désigné, des conclusions défavorables à la demande de l'Afrique du Sud en la présente instance. Rien de ce qui s'est passé à cet égard en 1950 ne saurait interdire de demander la désignation d'un juge *ad hoc* dans une procédure consultative ultérieure, et pareille demande doit être examinée compte tenu de la nature des questions juridiques posées à la Cour et des circonstances existant au moment où la demande est faite.

La pratique de la Cour permanente de Justice internationale concernant la désignation de juges *ad hoc* en matière consultative, que traduit l'ordonnance rendue le 31 octobre 1935 [1] en l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre*, ne me paraît pas pouvoir guider la Cour en la présente espèce, étant donné le caractère entièrement différent de la question posée et le fait que les

[1] *C.P.J.I. série A/B n° 65*, annexe 1, p. 69-71.

had, in 1935, nothing in its Statute in force equivalent to Article 68 of the Statute of the Court which, to my mind, is the controlling provision having a bearing on the point of the Court's discretion in the matter under consideration.

In view of the binding decision of the Court, by a majority vote, to refuse the application for a judge *ad hoc* in the present proceedings, it becomes inutile to consider the question of the composition of the Court in this connection.

* * *

Underlying the resolutions of the Security Council pertaining to Namibia and concerning the legal question upon which the Court's advisory opinion is requested, is General Assembly resolution 2145 (XXI) of 27 October 1966, by which the General Assembly decided that "the Mandate conferred upon His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa is . . . terminated, that South Africa has no other right to administer the Territory and that henceforth South West Africa comes under the direct responsibility of the United Nations".

In the debate in the Security Council following on the report of the *Ad Hoc* Sub-Committee which had been set up by Security Council resolution 276 (1970), the representative of Nepal, in speaking on the draft resolution that the Security Council request this Court to give an advisory opinion on the question which finally came before it, said:

> "In voting in favour of the draft resolution, it will be our understanding that the International Court limit the scope of its advisory opinion strictly to the question put to it, and not review or examine the legality or validity of the resolutions adopted by both the General Assembly and the Security Council."

The representative of Syria said:

> "The International Court of Justice, as we see from the draft resolution, is not asked to rule on the status of Namibia as such; rather it is requested to elicit the scope of legal means at the disposal of States, which may erect a wall of legal opposition to the occupation of Namibia by the Government of South Africa."

In stating the attitude of the delegation of Zambia to the draft resolution, the representative of Zambia said, *inter alia*:

> "We have had to take into account the following considerations:
>
> . . . . . .

Statuts et Règlements des deux Cours ne sont pas identiques. Le Statut de la Cour permanente en vigueur en 1935 ne contenait rien d'équivalent à l'article 68 du Statut actuel qui, selon moi, constitue la disposition applicable et celle qui intéresse la question du pouvoir discrétionnaire de la Cour dans le domaine considéré.

Eu égard à la décision obligatoire par laquelle la Cour, à la majorité de ses membres, a refusé de faire droit en la présente instance à la demande de désignation d'un juge *ad hoc*, il devient inutile d'examiner la question de la composition de la Cour à ce sujet.

* * *

A la base des résolutions que le Conseil de sécurité a adoptées sur la Namibie et qui intéressent la question juridique sur laquelle l'avis consultatif de la Cour est demandé, on trouve la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 27 octobre 1966, par laquelle l'Assemblée générale a décidé que « le mandat confié à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Union sud-africaine est ... terminé, que l'Afrique du Sud n'a aucun autre droit d'administrer le territoire et que désormais le Sud-Ouest africain relève directement de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies ».

Au cours du débat qui s'est déroulé au Conseil de sécurité sur le rapport déposé par le sous-comité *ad hoc* qui avait été créé conformément à la résolution 276 (1970) du Conseil, le représentant du Népal a dit, au sujet du projet de résolution tendant à ce que le Conseil de sécurité demande à la Cour de rendre un avis consultatif sur la question dont la Cour a en définitive été saisie:

> « En votant pour le projet de résolution, nous estimons que la Cour internationale devra limiter strictement la portée de son avis consultatif à la question qui lui est posée, sans se pencher sur la légalité ou la validité des résolutions adoptées tant par l'Assemblée générale que par le Conseil de sécurité. »

Le représentant de la Syrie, de son côté, s'est exprimé en ces termes:

> « La Cour internationale de Justice, nous le voyons dans le projet de résolution, n'est pas invitée à se prononcer sur le statut même de la Namibie; elle est priée plutôt de préciser l'étendue des moyens dont les Etats disposent en droit pour édifier un mur d'opposition juridique à l'occupation de la Namibie par le Gouvernement de l'Afrique du Sud. »

En exposant l'attitude de la délégation zambienne sur le projet de résolution, le représentant de la Zambie a déclaré notamment:

> « Nous avons tenu compte des considérations suivantes:
>
> . . . . . .

(c) That the legal drafting of the question to be put to the Court is specific enough to elicit a clear opinion from the Court which would be politically acceptable;

(d) That there is some concern on our part that the Court may raise in its opinion doubts about General Assembly resolution 2145 (XXI) and about General Assembly resolution 2248 (S-V)."

A move to delete the words "notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)" in the draft resolution failed, and the resolution to request an advisory opinion from the Court was eventually passed.

In explaining the vote of the French delegation on the different resolutions, the French representative said, *inter alia*:

> ". . . we were much interested in the initiative taken by the representative of Finland to request an advisory opinion on the question from the International Court of Justice. Of course, the—in our view—imperfect language of the request to the International Court may be a matter of regret. Without prejudging the opinion of the Court, it might be appropriate to leave it to the Judges at The Hague to question the legal foundations of the revocation of the Mandate."

The representative of the United Kingdom explained the attitude of his delegation thus:

> "In the *ad hoc* Sub-Committee the United Kingdom representative made it clear that my Government was quite willing to consider a request for an advisory opinion from the International Court of Justice. He did, however, add that our support for this depended upon the submission to the International Court of the issue of the status of South West Africa as a whole. The question before us does not appear to do this."

In some of the written statements submitted to the Court in the present proceedings and during the oral hearing, views were expressed which tended to deny that the Court could properly examine and pronounce upon the validity of resolutions of the General Assembly and the Security Council which bear upon the question put to the Court and whose examination would be relevant to the proper elucidation of the problem.

The Secretary-General in his written statement said:

> "12. It has been shown that in formulating the question now before the Court, the Security Council used the phrase 'the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)' in order to denote the presence of South Africa after the Mandate had terminated and South Africa had ceased to have any right to be present as mandatory Power."

c) que l'énoncé juridique de la question est suffisamment explicite pour obtenir de la Cour une opinion claire qui serait politiquement acceptable;

d) que nous appréhendons que la Cour, dans son avis, n'émette des doutes au sujet des résolutions 2145 (XXI) et 2248 (S-V) de l'Assemblée générale. »

Une proposition tendant à supprimer dans le projet de résolution les mots « nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité » n'a pas abouti, et la résolution tendant à demander à la Cour un avis consultatif a été adoptée en définitive.

Expliquant le vote de la délégation française sur les différentes résolutions, le représentant de la France a dit notamment:

> « nous avons accueilli avec le plus grand intérêt l'initiative de la Finlande tendant à solliciter sur la question un avis consultatif de la Cour internationale de Justice. Certes, on peut regretter la formulation, imparfaite à notre sens, de la demande adressée à la Cour. En effet, il conviendrait selon nous, sans paraître préjuger l'avis de celle-ci, de laisser aux juges de La Haye la faculté de s'interroger effectivement sur les fondements juridiques de la révocation du Mandat. »

Et le représentant du Royaume-Uni a dit, au sujet de l'attitude de sa délégation:

> « Au sous-comité *ad hoc*, le représentant du Royaume-Uni a expliqué que mon gouvernement était disposé à envisager de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice. Il a, cependant, ajouté que notre appui dépendait de la présentation à la Cour internationale de Justice de la question du statut du Sud-Ouest africain dans son ensemble. La demande, telle qu'elle est rédigée ici, ne semble pas aller dans ce sens. »

Dans certains des exposés écrits présentés à la Cour, et pendant la procédure orale, des arguments ont été avancés qui tendraient à dénier à la Cour le droit d'examiner la validité de résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité qui ont une incidence sur la question posée et dont l'examen serait utile pour élucider convenablement le problème.

Dans son exposé écrit, le Secrétaire général a dit notamment:

> « 12. On a montré que, lorsqu'il a formulé la question dont la Cour est maintenant saisie, le Conseil de sécurité a employé les termes « la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité » pour dénoter la présence de l'Afrique du Sud après qu'il a été mis fin au mandat et que l'Afrique du Sud a cessé d'avoir le droit d'être présente en tant que Puissance mandataire. »

It would be tedious to reproduce here all the written and oral submissions made to the Court and tending in the direction of confining the Court to an uncritical acceptance of the correctness in law of resolutions and decisions of the General Assembly and the Security Council directly relevant to the question upon which the Court's opinion is requested, and it suffices to say that a number of representatives urged this view upon the Court. The Court had therefore to decide whether it was competent or not to examine resolutions and decisions of the General Assembly and the Security Council relevant to the question before it, with a view to determining their accordance with the Charter of the United Nations, and, therefore, their validity.

In dealing with this matter the Court said:

> "89. Undoubtedly, the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned. The question of the validity or conformity with the Charter of General Assembly resolution 2145 (XXI) or of related Security Council resolutions does not form the subject of the request for advisory opinion. However, in the exercise of its judicial function and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from these resolutions."

I do not think that this approach to the question of the Court's competence to examine and pass upon decisions and resolutions of the General Assembly and the Security Council which touch upon issues before it leads to a sufficiently definitive answer.

The Court was established as the principal judicial organ of the United Nations, and, as such, adjudicates upon disputes between States when such disputes are properly brought within its jurisdiction. It is authorized by the Charter and the Statute of the Court to render advisory opinions on legal questions to the General Assembly, the Security Council and other organs of the United Nations and specialized agencies.

In exercising its functions the Court is wholly independent of the other organs of the United Nations and is in no way obliged or concerned to render a judgment or opinion which would be "politically acceptable". Its function is, in the words of Article 38 of the Statute, "to decide in accordance with international law".

The Court's powers are clearly defined by the Statute, and do not include powers to review decisions of other organs of the United Nations; but when, as in the present proceedings, such decisions bear upon a case properly before the Court, and a correct judgment or opinion could not be rendered without determining the validity of such decisions, the Court

Il serait fastidieux de reproduire ici toutes les thèses, écrites et orales, exposées devant la Cour et tendant à ce que la Cour se borne à accepter, sans aucun examen critique, la validité juridique des résolutions et décisions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité qui intéressent directement la question sur laquelle l'avis est demandé; il suffira de rappeler qu'un certain nombre de représentants se sont exprimés dans ce sens. La Cour avait donc à décider si elle était ou non compétente pour étudier les résolutions et les décisions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité qui sont pertinentes par rapport à la question posée, de manière à établir si ces textes sont conformes à la Charte des Nations Unies et, par suite, s'ils sont valides.

Sur ce point, la Cour dit ceci:

> « 89. Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit. Ce n'est pas sur la validité de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ou des résolutions connexes du Conseil de sécurité ni sur leur conformité avec la Charte que porte la demande d'avis consultatif. Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et puisque des objections ont été formulées, la Cour examinera ces objections dans son exposé des motifs, avant de se prononcer sur les conséquences juridiques découlant de ces résolutions. »

A mon avis, si l'on aborde ainsi la question de la compétence de la Cour pour étudier les décisions et résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité qui traitent de problèmes dont elles est saisie, et pour se prononcer à leur sujet, on ne peut pas y répondre d'une manière suffisamment nette.

La Cour a été créée comme organe judiciaire principal des Nations Unies et, à ce titre, elle statue sur les différends entre Etats dont elle peut valablement connaître. Elle est autorisée par la Charte et par le Statut à donner des avis consultatifs sur des questions juridiques à l'Assemblée générale, au Conseil de sécurité, à d'autres organes des Nations Unies et à des institutions spécialisées.

Dans l'exercice de ses fonctions, la Cour est pleinement indépendante des autres organes des Nations Unies; elle n'est nullement tenue d'émettre un arrêt ou un avis qui soit « politiquement acceptable »; ce n'est pas là son rôle. Sa mission, pour reprendre les termes de l'article 38 du Statut, est de se prononcer « conformément au droit international ».

Les pouvoirs de la Cour sont clairement définis par son Statut, et il n'entre pas dans ces pouvoirs d'exercer un contrôle sur les décisions d'autres organes des Nations Unies; mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les décisions de ces organes intéressent une affaire dont la Cour est dûment saisie, et lorsqu'il est impossible de rendre un arrêt ou un avis

could not possibly avoid such a determination without abdicating its role of a judicial organ.

The question put to the Court does not, in terms, ask the Court to give an opinion on whether General Assembly resolution 2145 (XXI) is valid, but the "legal consequences" which the Court is requested to define, are postulated upon its validity. Were the Court to accept this postulate without examination, it would run the risk of rendering an opinion based on a false premise. The question itself has not expressly excluded examination of the validity of this and other related resolutions; and, as this Court had in the past modified and interpreted questions put to it, it cannot be assumed that the Security Council intended to fetter the Court in its considerations of the question on which it had itself requested an advisory opinion; it would require the clearest inhibiting words to establish that such a limitation of the scope of the Court's consideration was intended.

I do not conceive it as compatible with the judicial function that the Court will proceed to state the consequences of acts whose validity is assumed, without itself testing the lawfulness of the origin of those acts. I am therefore of the view that, whether an objection had been raised or not, the Court had a duty to examine General Assembly resolution 2145 (XXI) with a view to ascertaining its legal value; it had an equal duty to examine all relevant resolutions of the Security Council for the same purpose.

I can find nothing in the wording of the present request which excludes consideration of the validity of all pertinent resolutions. The words "notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)" appear to me to indicate that the Security Council has assumed that resolution 276 (1970) validly created a situation in which South Africa's continued presence in Namibia gives rise to legal consequences for States; but, in my view, those words do not oblige the Court to make the same assumptions or to accept their correctness without examination.

The matter is, in my view, concluded by the principle stated by the Court in the *Certain Expenses of the United Nations* case (*I.C.J. Reports 1962*, p. 151 at p. 157) as follows:

> "... the Court must have full liberty to consider *all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion*" (italics added).

Where the question put to the Court is in such terms that the Court could not properly perform its judicial function of a thorough consideration of all relevant data, or where for any other reason the Court is not permitted the full liberty it is entitled to in considering a question posed to it, the Court's discretion to render or withhold an opinion would protect the Court from the danger of rendering an opinion based on,

bien fondé sans examiner la validité de ces décisions, la Cour ne peut éviter cet examen sans abdiquer son rôle d'organe judiciaire.

Dans la question posée à la Cour, il ne lui est pas explicitement demandé de dire si, à son avis, la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale est ou non valide, mais les « conséquences juridiques » qu'il est demandé à la Cour de définir présupposent cette validité. Si la Cour devait accepter ce postulat sans autre examen, elle courrait le risque de rendre un avis fondé sur des prémisses erronées. La question posée elle-même n'exclut pas explicitement la possibilité de se pencher sur la validité de cette résolution et d'autres résolutions connexes; et, puisqu'il est déjà arrivé à la Cour de modifier et d'interpréter les questions qui lui étaient soumises, on ne saurait supposer que le Conseil de sécurité entendait entraver la Cour dans son examen de la question sur laquelle il demandait lui-même un avis consultatif; il faudrait une stipulation des plus formelles pour établir que l'intention était effectivement de limiter ainsi la portée de l'examen de la Cour.

Je ne vois pas qu'il soit compatible avec la fonction judiciaire de la Cour d'énoncer les conséquences d'actes dont la validité serait tenue pour acquise, sans que la Cour se soit assurée elle-même de leur origine licite. Pour moi donc, et qu'il y ait eu ou non des objections, la Cour avait le devoir d'examiner la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale pour en apprécier la valeur juridique; elle avait en outre celui d'examiner aux mêmes fins toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité.

Je ne trouve rien dans l'énoncé de la présente requête qui exclue l'examen de la validité de toutes les résolutions pertinentes. Les mots « nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité » supposent, me semble-t-il, que pour le Conseil de sécurité la résolution 276 (1970) a valablement créé une situation telle que la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie crée pour les Etats des conséquences juridiques; mais, à mon avis, cette formule ne contraint pas la Cour à faire le même postulat ni à l'accepter sans autre examen.

J'estime pour ma part concluant le principe énoncé à ce sujet par la Cour dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 157):

> « la Cour doit avoir la pleine liberté d'examiner *tous les éléments dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif* » (les italiques sont de nous).

Lorsque la question posée à la Cour est formulée de telle sorte que la Cour ne pourrait pas s'acquitter convenablement de sa fonction judiciaire, qui est d'étudier à fond tous les éléments pertinents, ou lorsque, pour toute autre raison, la Cour ne jouit pas de la liberté totale à laquelle elle a droit pour étudier la question qui lui est posée, son pouvoir discrétionnaire de rendre ou de ne pas rendre un avis la protège du risque d'émettre

conceivably, false assumptions or incomplete data.

I conclude that in the present request, the Court had a duty to examine all General Assembly and Security Council resolutions which are relevant to the question posed to it, whether objections had been taken to them or not, in order to determine their validity and effect, and so that the Court can arrive at a satisfactory opinion.

* * *

This Court, in the Advisory Opinions rendered in 1950, 1955 and 1956 on South West Africa and in the Judgment on 21 December 1962 in the first phase of the cases between Ethiopia and Liberia and South Africa, established that the Mandate over South West Africa survived the dissolution of the League of Nations, and that supervisory functions over the administration of the Mandate devolved upon the United Nations. It also established the continuance of the obligation which rested on South Africa to submit reports on its administration of the mandated territory to the General Assembly.

The question whether the League of Nations could unilaterally terminate or revoke the mandate against the will of the mandatory Power did not arise as a practical problem during the subsistence of the League, but members of the Permanent Mandates Commission and a number of international jurists who examined the matter as a theoretical question, did not doubt that if a mandatory was guilty of gross and repeated violations of the mandate, the League could revoke the mandate.

It was said that revocation went to the essence of control, and the view was expressed that the power of the League to appoint a new mandatory in case one of the existing mandatories should cease to function, and to dismiss a mandatory, may be implied from the Covenant assertion that the mandatories act "on behalf of the League". (See Quincy Wright, *Mandates Under the League of Nations*, 1930, pp. 440-441.)

The Institute of International Law at its Cambridge session in 1931 debated the question of mandates and passed a resolution containing the following clauses among others:

> "The functions of the mandatory State end by renunciation or revocation of the mandate: by the customary modes of ending international engagements; also by the abrogation of the mandate, and by the recognition of the independence of the community which has been under mandate.
>
> The renunciation takes effect only from the date fixed by the Council of the League of Nations in order to avoid any interruption of the assistance to be given to the community under mandate.

un avis éventuellement fondé sur des hypothèses erronées ou des éléments incomplets.

Je conclus qu'en la présente instance, la Cour avait le devoir d'examiner toutes les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité intéressant la question qui lui est posée, que ces résolutions aient ou non suscité des objections, pour se prononcer sur leur validité et sur leur effet, afin de pouvoir émettre finalement un avis satisfaisant.

* * *

Dans les avis consultatifs qu'elle a rendus en 1950, 1955 et 1956 à propos du Sud-Ouest africain et dans son arrêt du 21 décembre 1962 concernant la première phase des affaires opposant l'Ethiopie et le Libéria à l'Afrique du Sud, la Cour a établi que le mandat pour le Sud-Ouest africain avait survécu à la Société des Nations et que la surveillance de l'administration du mandat était dévolue aux Nations Unies. La Cour a également conclu au maintien de l'obligation qui incombait à l'Afrique du Sud de communiquer à l'Assemblée générale des rapports relatifs à son administration du territoire sous mandat.

La question de savoir si la Société des Nations pouvait unilatéralement mettre fin au mandat ou le révoquer contre la volonté de la puissance mandataire n'a pas soulevé de problème pratique du temps de la Société des Nations, mais les membres de la Commission permanente des mandats et certains des juristes internationaux qui ont étudié la question sur le plan théorique n'ont pas mis en doute que si un mandataire se rendait coupable de violations graves et répétées des dispositions du mandat, la Société des Nations pourrait révoquer celui-ci.

On a dit que le pouvoir de révocation tenait à l'essence même de la fonction de surveillance, et que le droit qu'avait la Société des Nations de désigner un nouveau mandataire au cas où l'un des mandataires existants cesserait d'exercer ses fonctions, ou d'écarter un mandataire, était implicite dans l'affirmation, contenue dans le Pacte, que les mandataires agiraient « au nom de la Société ». (Voir Quincy Wright, *Mandates Under the League of Nations*, 1930, p. 440-441.)

A sa session de 1931, tenue à Cambridge, l'Institut de droit international a étudié la question des mandats et a adopté une résolution contenant notamment les clauses suivantes:

> « Les fonctions de l'Etat mandataire prennent fin par démission ou révocation du mandataire, par les modes habituels d'expiration des engagements internationaux et aussi par abrogation du mandat et reconnaissance de la collectivité sous mandat comme indépendante.
>
> La démission n'a d'effet qu'à partir de la date fixée par le Conseil de la SdN pour éviter toute interruption dans l'assistance donnée aux collectivités sous mandat.

> The revocation of the mandatory State and the abrogation of the mandate are determined by the Council of the League of Nations . . ."

In the face of the strong current of opinion among international jurists, and from the common sense of the matter, it seems to me that there can be no doubt that the League of Nations, acting through the Council, had, as a necessary part of its supervisory powers, the power unilaterally to revoke or terminate a mandate which was being administered on its behalf, when the State entrusted with the mandate was guilty of a serious breach of its obligations under the mandate.

A contrary view would involve the suggestion that a mandate, particularly a class "C" Mandate such as the one with which the present question is concerned, could never be revoked, and that, contrary to their professed concern for the principles of non-annexation, the welfare of the peoples of the mandated territory and the sacred trust of civilization, the Principal Allied and Associated Powers and other Members of the League of Nations, behind a façade of fair promises, had in reality permitted the perpetual annexation of the mandated territories and the subjection of their peoples to the arbitrary rule of the mandatory Power without hope of deliverance or future self-determination. The "sacred trust of civilisation" would, on this view, have no meaning at all. The actual historical development of the mandate régime in the days of the League and subsequent to 1946 does not support this view, and it ought therefore to be rejected.

This Court in its Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa*, and for the reasons stated in that Opinion, arrived at the conclusion:

> ". . . that the General Assembly of the United Nations is legally qualified to exercise the supervisory functions previously exercised by the League of Nations with regard to the administration of the Territory, and that the Union of South Africa is under an obligation to submit to supervision and control of the General Assembly and to render annual reports to it". (*I.C.J. Reports 1950*, p. 128 at p. 137.)

The devolution of the supervisory powers of the League Council on the General Assembly of the United Nations vested the General Assembly with the rights, duties and obligations appurtenant to those powers, including the power unilaterally to terminate or revoke the Mandate on the grounds of gross violations by the mandatory Power.

This is a power which the General Assembly possesses by reason of its control of the Mandate and is, in my view, a power *sui generis*, not limited by Article 10 of the Charter.

It follows that when the Assembly passed the resolution 2145 (XXI) the competent organ of the United Nations terminated the Mandate in a binding way, and that South Africa, thereafter, had no right to administer

> La révocation de l'Etat mandataire et l'abrogation du mandat sont décidées par le Conseil de la SdN... »

Etant donné le fort courant d'opinion qui existait alors parmi les juristes internationaux, et en me plaçant sur le terrain du sens commun, je pense qu'il ne fait pas de doute que la Société des Nations, agissant par l'intermédiaire du Conseil, possédait — ce qui était indispensable pour l'exercice de ses fonctions de surveillance — le pouvoir de révoquer ou d'abroger unilatéralement un mandat administré en son nom, lorsque l'Etat auquel le mandat avait été confié se rendait coupable d'une violation grave de ses obligations aux termes du mandat.

L'opinion contraire supposerait qu'un mandat, et surtout un mandat de la catégorie C comme celui dont il s'agit en l'espèce, ne pouvait jamais être révoqué et que, malgré la sollicitude qu'ils affichaient pour le principe de non-annexion, le bien-être des populations du territoire sous mandat et la mission sacrée de civilisation, les Principales Puissances alliées et associées et les autres Membres de la Société des Nations avaient en réalité, sous le couvert de belles promesses, permis l'annexion perpétuelle des territoires sous mandat et l'assujettissement de leurs peuples à la domination arbitraire de la puissance mandataire, sans espoir de délivrance ou d'autodétermination future. S'il en avait été ainsi, la « mission sacrée de civilisation » n'aurait eu aucun sens. L'évolution suivie en fait par le régime des mandats à l'époque de la SdN et après 1946 s'inscrit en faux contre cette opinion, qui doit donc être rejetée.

Dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, et pour les motifs qui y sont indiqués, la Cour est parvenue à la conclusion

> « que l'Assemblée générale des Nations Unies est fondée en droit à exercer les fonctions de surveillance qu'exerçait précédemment la Société des Nations en ce qui concerne l'administration du territoire et que l'Union sud-africaine a l'obligation de se prêter à la surveillance de l'Assemblée générale et de lui soumettre des rapports annuels » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 137).

La dévolution des pouvoirs de surveillance du Conseil de la Société des Nations à l'Assemblée générale des Nations Unies a investi celle-ci des droits, devoirs et obligations associés à ces pouvoirs, y compris le droit d'abroger ou de révoquer unilatéralement le mandat pour cause de violation grave commise par la puissance mandataire.

Il s'agit là d'un pouvoir que l'Assemblée générale possède en raison du contrôle qu'elle exerce sur les mandats et il constitue, à mon avis, un pouvoir *sui generis*, qui n'est pas limité par l'article 10 de la Charte.

Il s'ensuit que lorsque l'Assemblée a adopté la résolution 2145 (XXI) l'organe compétent des Nations Unies a impérativement mis fin au mandat et qu'à partir de ce moment l'Afrique du Sud n'avait plus le

the Territory of South West Africa. The decision of the General Assembly was brought to the attention of the Security Council but, in my view, it was then already an effective and binding decision.

It seems to me that the legal consequences for States flowed from South Africa's failure to carry out resolution 2145 (XXI) and vacate the Territory, and its continued presence in the Territory against the will of the United Nations, and not from resolution 276 (1970) which was not the means of putting an end to South Africa's administration of the Mandate. The provisions of resolution 276 (1970) capable of giving rise to legal obligations are operative paragraphs 2 and 5 and are as follows:

> "*The Security Council*
>
> . . . . . .
>
> 2. *Declares* that the continued presence of the South African authorities in Namibia is illegal and that consequently all acts taken by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid;
>
> . . . . . .
>
> 5. *Calls upon* all States, particularly those which have economic and other interests in Namibia, to refrain from any dealings with the Government of South Africa which are inconsistent with operative paragraph 2 of this resolution."

The declaration of the illegality of the continued presence of South Africa in Namibia did not itself make such presence illegal; it was, in my opinion, a statement of the Security Council's assessment of the legal quality of the situation created by South Africa's failure to comply with the General Assembly resolution—a statement not binding any Member of the United Nations which held a different view. It was, in effect, a judicial determination, and it is doubtful if any power exists in the Charter for the Security Council to make such a determination except in certain well-defined cases not relevant here. As paragraph 2 does not, in my view, create any binding legal obligations, it follows that paragraph 5 is similarly ineffective for founding legal obligations or creating legal consequences.

The matter, however, does not end there for resolution 276 (1970) "reaffirmed" General Assembly resolution 2145 (XXI) of 27 October 1966, "by which the United Nations decided that the Mandate of South-West Africa was terminated and assumed direct responsibility for the territory until its independence", and reaffirmed:

droit d'administrer le territoire du Sud-Ouest africain. La décision de l'Assemblée générale a été portée à l'attention du Conseil de sécurité mais, selon moi, elle constituait déjà en soi une décision effective et obligatoire.

Il me semble que les conséquences juridiques pour les Etats découlent du fait que l'Afrique du Sud s'est refusée à appliquer la résolution 2145 (XXI) et à évacuer le territoire, ainsi que de sa présence continue dans le territoire contre la volonté des Nations Unies, et non de la résolution 276 (1970) qui n'a pas été l'instrument par lequel il a été mis fin à l'administration sud-africaine du territoire sous mandat. Les dispositions de la résolution 276 (1970) propres à créer des obligations légales sont les paragraphes 2 et 5 du dispositif, qui sont libellés comme suit:

> «*Le Conseil de sécurité,*
>
> . . . . . .
>
> 2. *Déclare* que la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie est illégale et qu'en conséquence toutes les mesures prises par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du Mandat sont illégales et invalides;
>
> . . . . . .
>
> 5. *Demande* à tous les Etats, en particulier ceux qui ont des intérêts économiques et autres en Namibie, de s'abstenir de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui sont incompatibles avec le paragraphe 2 du dispositif de la présente résolution.»

En soi, l'affirmation de l'illégalité de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie ne rendait pas cette présence illégale; elle constituait, selon moi, une déclaration par laquelle le Conseil de sécurité appréciait, sur le plan juridique, le caractère de la situation née du fait que l'Afrique du Sud n'avait pas obtempéré à la résolution de l'Assemblée générale; cette déclaration n'engageait pas un Membre des Nations Unies ayant une opinion différente. Il s'agissait en effet d'une constatation juridique, et il est douteux que la Charte confère au Conseil de sécurité le pouvoir de procéder à une telle constatation, sauf dans quelques cas bien définis qui sont sans intérêt ici. Comme le paragraphe 2, à mon avis, ne crée aucune obligation juridique qui lierait les Etats, il s'ensuit que le paragraphe 5 est également insuffisant pour fonder des obligations ou emporter des conséquences juridiques.

Cela n'épuise cependant pas la question, car la résolution 276 (1970) «réaffirmait» la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 27 octobre 1966 «par laquelle les Nations Unies ont décidé que le Mandat sur le Sud-Ouest africain était terminé et ont assumé la responsabilité directe du territoire jusqu'à son indépendance»; elle réaffirmait en outre

> "... Security Council resolution 264 (1969) which recognized the termination of the Mandate and called upon the Government of South Africa immediately to withdraw its administration from the Territory". (See second and third preambular paragraphs of resolution 276 (1970).)

In this way the resolution incorporated General Assembly resolution 2145 (XXI).

The question before the Court can therefore be understood to request an advisory opinion on the legal consequences to States of South Africa's continued presence in Namibia after the Mandate over South West Africa had been duly terminated by the United Nations. In my view the words "notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)" do not affect the scope of the question.

The legal consequences for States in the case under consideration are those which flow automatically, under international law, from the unlawful continuation of South Africa's presence in Namibia, and do not, in my view, extend to enforcement measures which may or may not be adopted by States individually, or the United Nations collectively, to remove South Africa from the Territory or to assert the authority of the United Nations over the Territory, in the absence of treaty provisions or a customary rule of international law requiring such measures to be adopted. These consequences are:

(1) South Africa is under a legal obligation to end its unlawful occupation by withdrawing from Namibia its presence and its administration, but while it remains in the Territory it must act in conformity with its obligations under the Mandate and the Charter.

(2) There is imposed on all other States an obligation of non-recognition; that is to say, all States are obliged not to recognize that South Africa has any legal right to remain in Namibia or to maintain its administration in that Territory. They are obliged to do nothing to aid the continuance of the unlawful presence of South Africa or its administration in the Territory of Namibia.

(3) If the Security Council decides to take action in the matter of Namibia in discharge of its duties under its responsibility for the maintenance of international peace and security, all Members of the United Nations are obliged to accept and carry out any decisions which may be made in accordance with the Charter; but although the decision of the Security Council to take such action may be a consequence of the continued presence of South Africa in Namibia, the obligation to accept and carry out the decision is an obligation States incur as a consequence of membership of the United Nations, and not, directly, as a legal consequence for them of South Africa's continued presence in Namibia. It is for this reason that I consider that the Court cannot particularize legal conse-

« la résolution 264 (1969) du Conseil de sécurité, dans laquelle ce dernier a reconnu qu'il avait été mis fin au Mandat et a demandé au Gouvernement sud-africain de retirer immédiatement son administration du territoire » (voir les deuxième et troisième alinéas du préambule de la résolution 276 (1970)).

Cette résolution reprenait ainsi la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale.

Il faut donc comprendre que la question portée devant la Cour a pour objet d'obtenir un avis consultatif sur les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie après que les Nations Unies eurent dûment mis fin au mandat sur le Sud-Ouest africain. Selon moi, l'expression « nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité » n'affecte pas la portée de la question.

En l'espèce, les conséquences juridiques pour les Etats sont celles qui découlent automatiquement, en droit international, du fait du maintien illicite de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie, et ne s'étendent pas, à mon sens, aux mesures d'exécution qui pourront ou non être prises par les Etats agissant individuellement, ou collectivement par les Nations Unies, en vue de faire partir l'Afrique du Sud du territoire ou d'affirmer l'autorité des Nations Unies sur celui-ci, à défaut de dispositions conventionnelles ou d'une règle de droit international coutumier appelant l'adoption de telles mesures. Ces conséquences sont les suivantes:

1. L'Afrique du Sud a l'obligation juridique de cesser son occupation illicite en mettant fin à sa présence et en retirant son administration de la Namibie, mais tant qu'elle reste dans le territoire elle est tenue d'agir conformément aux obligations qui lui incombent aux termes du mandat et de la Charte.

2. Une obligation de non-reconnaissance s'impose à tous les autres Etats; ce qui veut dire que tous les Etats sont tenus de ne reconnaître à l'Afrique du Sud aucun titre juridique l'autorisant à demeurer en Namibie ou à maintenir son appareil administratif dans ce territoire. Ils sont tenus de ne rien faire qui puisse faciliter le maintien de la présence illicite de l'Afrique du Sud ou de son administration dans le territoire de la Namibie.

3. Si le Conseil de sécurité décide de prendre des mesures concernant la Namibie au titre des responsabilités qui lui incombent en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, tous les Etats Membres des Nations Unies devront accepter et appliquer toutes décisions adoptées conformément à la Charte; mais encore que la décision du Conseil de sécurité de prendre de telles mesures puisse être une conséquence de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, l'obligation d'accepter et d'appliquer cette décision est une obligation qui s'impose aux Etats comme Membres des Nations Unies; ce n'est pas pour eux une conséquence juridique directe de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie. C'est pourquoi j'estime que la Cour ne

quences for States and that it must be left to the Security Council to decide on what enforcement action it should take under the Charter.

* * *

I regret that I differ from the Court as to the scope of the doctrine of non-recognition which, as I understand it, it was intended to reflect in sub-paragraphs 2 and 3 of paragraph 133 of the Advisory Opinion. To my regret I have been unable to vote affirmatively on sub-paragraphs 2 and 3. In my view, the effect of the doctrine in the context of the case in hand is correctly set out in paragraph 119 of the Advisory Opinion, but sub-paragraphs 2 and 3 of paragraph 133 of the Advisory Opinion appear to me to attribute to the doctrine too wide a scope; and while I agree that there is on States an obligation of non-recognition of the legality of the presence of South Africa and of its administration in Namibia, I do not agree that this obligation necessarily extends to refusing to recognize the validity of South Africa's acts on behalf of or concerning Namibia in view of the fact that the administration of South Africa over Namibia (illegal though it is) still constitutes the *de facto* government of the Territory.

States which are not members of the United Nations incur no obligations to assist the Organization except as provided by Article 2, paragraph 6, of the Charter, and this Article places upon the Organization the onus of ensuring that such States act in accordance with the principles set out in Chapter I of the Charter.

(Signed) Charles D. ONYEAMA.

saurait dresser la liste des conséquences juridiques pour les Etats et qu'il faut laisser au Conseil de sécurité le soin de décider quelles mesures d'exécution il compte prendre en application de la Charte.

* * *

Je regrette de ne pas partager les vues de la Cour au sujet de la portée de la doctrine de non-reconnaissance dont, si je ne me trompe, les sous-paragraphes 2 et 3 du paragraphe 133 de l'avis étaient censés s'inspirer. Je n'ai malheureusement pas pu voter en faveur de ces deux sous-paragraphes. Selon moi, les effets de la doctrine de non-reconnaissance en l'espèce sont correctement exposés au paragraphe 119 de l'avis, mais les sous-paragraphes 2 et 3 du paragraphe 133 semblent attribuer à cette doctrine une portée trop large. Je conviens, certes, que les Etats ont l'obligation de ne pas reconnaître la légalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et de son administration de la Namibie; mais je ne considère pas que cette obligation entraîne forcément celle de refuser de reconnaître la validité des mesures prises par l'Afrique du Sud au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne, étant donné que l'administration sud-africaine en Namibie, bien qu'illégale, demeure le gouvernement *de facto* du territoire.

Les Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies n'ont aucune obligation de prêter assistance à l'Organisation sauf dans la mesure prévue à l'article 2, paragraphe 6, de la Charte, et en vertu de cet article c'est à l'Organisation qu'il appartient de faire en sorte que les Etats agissent conformément aux principes énoncés au chapitre premier de la Charte.

(Signé) Charles D. ONYEAMA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE DILLARD

In this opinion I shall make certain general observations in support of operative clause 1 of the Opinion based on my reading of the facts and my understanding of the jurisprudence of the Court. I shall also make some observations concerning the thrust of operative clause 2 as will appear near the end of this opinion. At the beginning I shall allude briefly to a number of preliminary matters and my reason for disagreeing with the majority of the Court on the issue of the appointment of a judge *ad hoc*.

At the outset it may be well to stress that, in my view, the Opinion of the Court (hereafter referred to as the Opinion) does *not* purport to do the following:

(1) By invoking Articles 24 and 25 of the Charter it does not purport to carry the implication that, in its view, the United Nations is endowed with broad powers of a legislative or quasi-legislative character. The Opinion is addressed to a very specific and unique situation concerning a territory with an *international status*, the administration of which engaged the supervisory authority of the United Nations.

(2) It does not purport to validate the "revocation" of the Mandate on an analysis of the motives inspiring or the purposes and effects attending the application of policies of *apartheid* in the Territory. Despite the voluminous record accumulated over a period of 21 years this issue has never been judicially determined and was not the object of adjudication in these proceedings as it might have been had the proceedings been assimilated to a contentious case in accordance with South Africa's proposal. It would not have been compatible with its judicial function to have determined the issue of breach on these grounds in the absence of a full exposure of all relevant facts. The references in the Opinion (paras. 129-131) to the "laws and decrees applied by South Africa in Namibia, which are a matter of public record" was in response to South Africa's request to supply further factual evidence. The revocation was rested on other grounds as the Opinion discloses (para. 104).

(3) By confining its scope to intergovernmental relations, operative clause 2 does not concern itself with private dealings or the activities directly performed by specialized agencies.

* * *

OPINION INDIVIDUELLE DE M. DILLARD

[Traduction]

Dans la présente opinion, je me propose de formuler certaines observations générales à l'appui de la clause 1 du dispositif de l'avis, compte tenu de la façon dont j'interprète les faits et dont je comprends la jurisprudence de la Cour. Je ferai aussi certaines observations au sujet de l'effet de la clause 2 du dispositif. Pour commencer, je traiterai brièvement de diverses questions préliminaires et j'exposerai les raisons pour lesquelles je ne puis partager les vues de la majorité de la Cour en ce qui concerne la désignation d'un juge *ad hoc*.

Il n'est peut-être pas inutile de préciser dès l'abord que, selon moi, l'avis de la Cour (ci-après dénommé « l'avis ») n'a pas un certain nombre d'objets:

1) Ce n'est pas parce que les articles 24 et 25 de la Charte sont invoqués dans l'avis que celui-ci doit être interprété comme reconnaissant aux Nations Unies de larges pouvoirs d'un caractère législatif ou quasi législatif. L'avis concerne une situation très particulière, je dirai même unique, relative à un territoire ayant un *statut international*, dont l'administration met en jeu la fonction de surveillance des Nations Unies.

2) L'avis ne cherche pas non plus à justifier la « révocation » du mandat par une analyse des motifs qui ont inspiré la politique d'*apartheid* dans le territoire ou des objectifs et effets de son application. Malgré le volumineux dossier qui s'est accumulé à ce sujet en l'espace de vingt et un ans, un tribunal n'a jamais statué sur ce point et une décision judiciaire n'était pas demandée à ce propos au cours de la présente procédure, comme cela aurait pu être le cas si on l'avait assimilée à une procédure contentieuse, ainsi que le proposait l'Afrique du Sud. La Cour n'aurait pas correctement exercé ses fonctions judiciaires si elle avait tenté de trancher la question des violations commises à ce titre sans tirer au clair tous les faits pertinents. Les passages de l'avis (par. 129-131) qui font allusion aux « lois et décrets appliqués par l'Afrique du Sud en Namibie, qui sont de notoriété publique » répondent à la demande introduite par l'Afrique du Sud en vue de fournir des preuves supplémentaires sur les faits. Comme il est indiqué dans l'avis (par. 104), la révocation du mandat était fondée sur d'autres motifs.

3) Limitée, comme elle l'est, au plan des relations intergouvernementales, la clause 2 du dispositif ne prend pas en considération les transactions privées ni l'activité directe des institutions spécialisées.

* * *

Read literally, Security Council resolution 284 does not appear to ask the Court to call into question the validity of resolution 276 or General Assembly resolution 2145 but only to indicate the "legal consequences" flowing from them. The Court has not felt justified in attaching this limited scope to its enquiry. My own assessment of the reasons follows:

A court can hardly be expected to pronounce upon legal consequences unless the resolutions from which the legal consequences flow were themselves free of legal conclusions affecting the consequences. To say this, in no sense implies that the Court is questioning the application of the San Francisco formula with respect to the interpretation of the Charter. Furthermore, the greatest deference must be given to resolutions adopted by the organs of the United Nations. There is, of course, nothing in the Charter which compels these organs to ask for an advisory opinion or which gives this Court (as in many domestic arenas) a power of review to be triggered by those who may feel their interests unlawfully invaded.

But when these organs do see fit to ask for an advisory opinion, they must expect the Court to act in strict accordance with its judicial function. This function precludes it from accepting, without any enquiry whatever, a legal conclusion which itself conditions the nature and scope of the legal consequences flowing from it. It would be otherwise if the resolutions requesting an opinion were legally neutral as in the three previous requests for advisory opinions bearing on the Mandate.

The conclusion reached above can be fortified by a number of other considerations which, in the interests of brevity, I will merely mention without discussion. First, it is compatible with the Court's own jurisprudence as revealed, especially in the *Certain Expenses* case (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 156, 157, 216, 217); second, the debates preceding the adoption of Security Council resolution 284 disclose that the view that the Court should not call into question the validity of the relevant resolutions was held by only five States, while ten either expressed a contrary view or voiced constitutional doubts or refrained from expressing any view on the matter; third, the representative of the Secretary-General in the course of argument retreated from a dogmatic stance in the matter (C.R. 71/18, p. 21); fourth, as a sheer practical matter, had the Court refrained from such an enquiry and had a strongly reasoned dissent cast grave doubt on the validity of the resolutions, then the probative value of the Advisory Opinion would have been weakened and, finally, it may not be presumptuous to suggest that as a political matter it is not in the long-range interest of the United Nations to appear

Prise à la lettre, la résolution 284 du Conseil de sécurité ne semble pas inviter la Cour à examiner la validité de sa résolution 276, ni de la résolution 2145 de l'Assemblée générale, mais seulement à indiquer les « conséquences juridiques » qui en découlent. La Cour n'a pas cru pouvoir limiter ainsi le champ de son enquête. Voici quels sont, pour moi, les motifs de cette décision.

On peut difficilement demander à un tribunal de se prononcer sur des conséquences juridiques si les résolutions dont découlent ces dernières renferment elles-mêmes des conclusions juridiques affectant ces conséquences. Relever cela ne signifie aucunement que la Cour conteste l'application des principes de San Francisco relatifs à l'interprétation de la Charte. Les résolutions des organes des Nations Unies méritent la plus grande déférence. Il n'y a évidemment rien dans la Charte qui oblige ces organes à demander un avis consultatif ou qui donne à la Cour (comme c'est le cas dans de nombreuses juridictions nationales) un droit de contrôle, dont l'exercice pourrait être déclenché par ceux qui se jugeraient injustement lésés.

Mais quand ces organes jugent bon de demander un avis consultatif, ils doivent s'attendre à ce que la Cour agisse strictement en conformité de sa fonction judiciaire. Celle-ci lui interdit de faire sienne, sans autre examen, une conclusion juridique qui conditionne par elle-même la nature et la portée des conséquences juridiques qui en procèdent. La situation serait différente si les résolutions invitant la Cour à donner son avis étaient juridiquement neutres, comme ce fut le cas pour les trois précédentes demandes d'avis consultatifs concernant le mandat.

La conclusion énoncée ci-dessus peut être étayée par toute une série d'autres considérations que je me contenterai, pour être bref, de signaler sans les analyser. *Primo*, elle est compatible avec la jurisprudence de la Cour elle-même, comme le montre notamment l'avis relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 156, 157, 216, 217); *secundo*, les débats qui ont précédé l'adoption de la résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité révèlent qu'il s'est trouvé seulement cinq Etats pour estimer que la Cour ne devrait pas mettre en question la validité des résolutions pertinentes, tandis que dix Etats exprimaient soit une opinion contraire, soit des doutes d'ordre constitutionnel, ou encore, s'abstenaient d'avancer une opinion quelconque sur la question; *tertio*, le représentant du Secrétaire général a battu en retraite à ce sujet pendant la procédure orale et a renoncé à défendre une position rigide sur ce point (audience du 8 mars 1971); *quarto*, sur le plan purement pratique, si la Cour s'était abstenue de procéder à une telle enquête et si un raisonnement dissident fortement charpenté avait fait peser de sérieux doutes sur la validité des résolutions, cela aurait rendu l'avis consultatif beaucoup moins probant; enfin, il n'est peut-être pas outrecuidant d'émettre l'opinion que, sur le plan politique, il n'est pas dans l'intérêt à long terme de l'Organisation des Nations Unies de paraître peu désireuse de laisser

to be reluctant to have its resolutions stand the test of legal validity when it calls upon a court to determine issues to which this validity is related [1].

* * *

By its Order of 29 January 1971 the Court denied the application of the South African Government for the appointment of a judge *ad hoc*. Since Judge Onyeama and I disagree with the decision of the Court I feel it is incumbent upon me to state my reasons for doing so. In our joint dissent we declared:

> "While we do not think that under Article 83 of the Rules of Court the Republic of South Africa has established the right to designate a judge *ad hoc*, we are satisfied that the discretionary power vested in the Court under Article 68 of its Statute permits it to approve such designation and that it would have been appropriate to have exercised this discretionary power in view of the special interest of the Republic of South Africa in the question before the Court."

If the Court decides that there is a "legal question actually pending between two or more States" within the meaning of Article 83 of its Rules, read in conjunction with Article 82, then it has no choice but to apply Article 31 of the Statute of the Court which gives the applicant State a *right* to appoint a judge *ad hoc*. It assimilates the advisory proceedings into one comparable to a contentious case. The determination that there is a legal question actually pending between two or more States has a distinct bearing on whether there is a "dispute" within the meaning of Article 32 of the Charter of the United Nations. Coming at the very threshold of our enquiry I was unwilling to prejudge this issue. At the same time it seemed clear that the interests of South Africa were vitally affected.

Article 68 of the Statute empowers the Court in the exercise of its advisory functions to be guided by the provisions of the Statute which apply in contentious cases "to the extent to which it recognizes them to be applicable".

The latitude provided by this Article is not circumscribed by the way questions are put to the Court. On the contrary the Court has itself declared that it depends on the circumstances of each case and that the Court possesses a large amount of discretion in the matter (*I.C.J. Reports 1950*, p. 72 and *I.C.J. Reports 1951*, p. 19).

The Court thus has the power to appoint a judge *ad hoc* even if Article 83 of its Rules is not invoked. It seemed to me the exercise of the power

---

[1] These reasons are, of course, completely subordinate to the principal one touching the integrity of the judicial function.

apprécier la validité juridique de ses résolutions quand elle demande à un tribunal de trancher des questions qui en dépendent [1].

* * *

Par son ordonnance du 29 janvier 1971, la Cour a rejeté la requête par laquelle le Gouvernement sud-africain demandait à être autorisé à désigner un juge *ad hoc*. De même que M. Onyeama, je ne puis souscrire à la décision de la Cour, et je crois devoir expliquer ici pourquoi. Dans notre déclaration commune, jointe à l'ordonnance, nous disions:

> « Tout en n'estimant pas que la République sud-africaine ait établi son droit de désigner un juge *ad hoc* en vertu de l'article 83 du Règlement de la Cour, nous sommes convaincus que le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour en vertu de l'article 68 de son Statut lui permet d'approuver une telle désignation et qu'il aurait été approprié d'exercer ce pouvoir discrétionnaire vu l'intérêt particulier de la République sud-africaine dans la question dont la Cour est saisie. »

Si la Cour décide qu'il s'agit d'une « question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats » au sens de l'article 83 de son Règlement, qu'il convient de rapprocher de l'article 82, force lui est d'appliquer l'article 31 de son Statut, qui reconnaît à l'Etat qui en fait la requête le *droit* de nommer un juge *ad hoc*. L'article en question assimile la procédure consultative à une affaire contentieuse. La décision relative à l'existence d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats a une incidence directe sur le point de savoir s'il s'agit, oui ou non, d'un « différend » au sens de l'article 32 de la Charte des Nations Unies. Je n'ai pas voulu préjuger la solution de ce problème dès le début de notre examen. Il semblait toutefois évident que les intérêts de l'Afrique du Sud étaient vitalement affectés.

L'article 68 du Statut autorise la Cour, dans l'exercice de ses attributions consultatives, à s'inspirer des dispositions du Statut qui s'appliquent en matière contentieuse « dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ».

La latitude donnée par cet article ne concerne pas uniquement la forme sous laquelle une question est posée à la Cour. Au contraire, la Cour elle-même a déclaré que tout dépend des circonstances particulières à chaque espèce et qu'elle possède à cet égard un large pouvoir d'appréciation (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72 et *C.I.J. Recueil 1951*, p. 19).

La Cour a donc le droit de nommer un juge *ad hoc* même sans invoquer l'article 83 de son Règlement. Il m'a semblé que, s'il n'était pas indispen-

---

[1] Bien entendu, ces considérations sont entièrement subordonnées à la considération principale, qui concerne l'intégrité de la fonction judiciaire.

while not essential to the legitimacy of the composition of the Court would have been appropriate [1].

Since the interests of South Africa were so critically involved the appointment of a judge *ad hoc* would have assured the Court that those interests would have been viewed through the perspective of one thoroughly familiar with them. Furthermore should the Opinion of the Court have been unfavourable to the interests of South Africa, the presence on the Court of a judge *ad hoc*, even in a dissenting capacity, would have added rather than detracted from the probative value of the Opinion.

Whatever may be thought in general about the institution of a judge *ad hoc*, as to which opinions vary, it seemed to me that one of its justifications, namely that it is important not only that justice be done but that it appears to have been done, would have justified the use of the Court's discretionary power without attracting the theoretical and practical difficulties invited by assimilating the proceeding to a larger extent into one comparable to a contentious case.

* * *

South Africa has challenged the formal validity of Security Council resolutions on a number of grounds mentioned in the Opinion. It is only necessary to support the Opinion with a few additional arguments.

At the outset, South Africa contended that the words "including the concurring votes of the permanent members" in Article 27 (3) preclude the taking of valid decisions if one or more of the permanent members voluntarily abstain from voting. Resolution 276 (1970) was adopted despite the abstentions of France and the United Kingdom (S/PV. 1529 (1970), para. 184); and resolution 284 (1970) was adopted despite the abstentions of Poland, the United Kingdom and USSR (S/PV. 1550 (1970), para. 160).

The contention is rested on an analysis of legislative history and on the theory that the language of Article 27 (3) is so clear and unambiguous that no interpretative process, whether by subsequent conduct or otherwise, is permissible.

The contention reveals the weakness of an indiscriminate application of the textual approach when coupled with the plain and ordinary meaning canon of interpretation. Had the critical clause read: "*all five* permanent members, *who must be present and voting* ...", the contention might have been justified. In the absence of such a precise prescription the subsequent conduct of the parties is clearly a legitimate method of

[1] A careful consideration of the Order of 31 October 1935 in the *Danzig Legislative Decrees* case, *P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, Annex 1, pp. 69-71, has not convinced me that it was controlling in light of the wholly different question at issue in that case and the different character of the Statute and Rules which were then operative.

sable d'exercer ce pouvoir pour que la Cour soit régulièrement composée, il eût tout de même été opportun de le faire en l'espèce [1].

Les intérêts de l'Afrique du Sud étant en jeu d'une façon aussi critique, la nomination d'un juge *ad hoc* aurait permis à la Cour d'être assurée que ces intérêts auraient été examinés avec la participation de quelqu'un qui les connaîtrait à fond. De plus, si l'avis de la Cour devait se révéler défavorable aux intérêts de l'Afrique du Sud, la présence d'un juge *ad hoc*, même dissident, aurait renforcé plutôt qu'affaibli le caractère probant de l'avis.

Quoi qu'on puisse penser en général de l'institution des juges *ad hoc* — et les avis diffèrent à ce sujet — il me semble que l'un des motifs qui la justifient, à savoir le fait qu'il importe non seulement que justice soit faite mais aussi qu'on le sache, aurait permis à la Cour d'user de son pouvoir discrétionnaire tout en évitant les difficultés théoriques et pratiques qu'aurait soulevées une assimilation plus complète à la procédure contentieuse.

* * *

L'Afrique du Sud a contesté la validité formelle des résolutions du Conseil de sécurité pour toute une série de motifs qui sont mentionnés dans l'avis. Il me suffira d'apporter quelques arguments supplémentaires pour appuyer celui-ci.

Dès l'origine, l'Afrique du Sud a soutenu que les mots « dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents », qui figurent à l'article 27, paragraphe 3, de la Charte, ôtent toute validité aux décisions prises lorsqu'un ou plusieurs membres permanents s'abstiennent volontairement de voter. La résolution 276 (1970) a été adoptée malgré les abstentions de la France et du Royaume-Uni (S/PV. 1529 (1970), par. 184) et la résolution 284 (1970) a été adoptée malgré les abstentions de la Pologne, du Royaume-Uni et de l'URSS (S/PV. 1550 (1970), par. 160).

Cette thèse se fonde sur une analyse historique et sur la théorie selon laquelle le libellé de l'article 27, paragraphe 3, serait tellement limpide et dépourvu d'ambiguïté qu'il n'admettrait aucune interprétation, par la pratique ultérieure ou autrement.

Or, cet argument fait apparaître la faiblesse de l'application mécanique de la méthode textuelle, jointe à la règle de l'interprétation selon le sens naturel et ordinaire des mots. Si la disposition qui nous intéresse avait été rédigée comme suit: « dans lequel sont comprises les voix *des cinq* membres permanents, *qui doivent être présents et exprimer leur vote...* » la thèse précitée aurait peut-être été justifiée. En l'absence d'une stipulation

[1] Ayant examiné avec soin l'ordonnance rendue le 31 octobre 1935 en l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre* (*C.P.J.I. série A/B n° 65*, ann. 1, p. 69-71), je ne suis pas convaincu de sa pertinence, étant donné que le problème en jeu était totalement différent et que le Statut et le Règlement alors en vigueur n'étaient pas les mêmes qu'aujourd'hui.

giving meaning to the Article in accordance with the expectations of the parties, including, in particular, the permanent members.

That their interpretation does not coincide with that of South Africa is abundantly revealed by the undeviating practice of the Security Council. The records and authorities marshalled by the representatives of the Secretary-General and the United States in the present proceedings (C.R. 71/1, pp. 36-41 and C.R. 71/19, pp. 8-11), are conclusive on this point [1].

* * *

More fundamental and difficult than the previous issue is that concerning the existence *vel non* of a "dispute" within the meaning of Article 27 and Article 32. It is contended that under the former the principle of compulsory abstention should have applied and under the latter that South Africa should have been invited to participate in the discussions relating to the alleged dispute. I confine myself to the latter.

No single, absolute meaning can be attached to the word or concept of a "dispute". It must be considered in context and with reference to the purpose intended to be served by Article 32. That purpose, as indicated by Security Council discussions, was to place the parties on the same footing or a more nearly equal footing whether they were members of the Council or even of the United Nations (see Goodrich, Hambro and Simons, *Charter of the United Nations*, 3rd ed., at p. 254). If the dispute is considered to be between South Africa and the 114 member States voting for General Assembly resolution 2145 (XXI) it is difficult to see how this particular purpose could be accommodated in a practicably feasible manner.

The contention of South Africa leans heavily on the 1962 Judgment which, for purposes of establishing jurisdiction, did hold that there was a "dispute" between South Africa and the applicant States. It must be recalled, however, that this holding was in the context of Article 7 of the Mandate which referred to "any dispute whatever" and to all the "provi-

[1] The brief statement above is not intended to convey the impression that a finding of "ambiguity" is a precondition for recourse to subsequent conduct as a legitimate mode of enquiry into meaning. It has been observed that the word "ambiguous" is itself not free from ambiguity. Much depends on the nature of the subject-matter to be interpreted, i.e., constitutional document, multilateral treaty, bilateral treaty, type of contract, etc. Much depends also on the character of the applicable norms, i.e., whether a vaguely worded standard or a precise rule and much depends on the expectations aroused in light of the entire context and the social interests involved. "A word," Justice Holmes has reminded us, "is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought and may vary greatly in color and content according to the circumstances and the time in which it is used." *Towne* v. *Eisner* (1918) 245 U.S. at p. 425.

aussi précise, le comportement ultérieur des parties constitue manifestement un moyen légitime d'attribuer à cet article un sens qui soit conforme à l'attente des parties, et notamment des membres permanents.

Que leur interprétation de cet article ne coïncide pas avec celle de l'Afrique du Sud, c'est ce que démontre à suffisance la pratique constante du Conseil de sécurité. Les documents et les autorités invoqués par les représentants du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et des Etats-Unis au cours de la présente instance (audiences du 8 février et du 9 mars 1971) sont concluants sur ce point [1].

* * *

Un problème plus fondamental et plus difficile à résoudre que le précédent est celui qui concerne l'existence, ou l'inexistence, d'un « différend » au sens des articles 27 et 32 de la Charte. Il a été affirmé qu'en vertu du premier de ces articles le principe de l'abstention obligatoire aurait dû s'appliquer et qu'en vertu du second l'Afrique du Sud aurait dû être conviée à participer aux discussions relatives au prétendu différend. Je me bornerai à examiner ce dernier point.

Aucune signification unique et absolue ne saurait être attribuée au terme et au concept de « différend ». Cette notion doit être considérée compte tenu du contexte et du but de l'article 32. Comme l'indiquent les discussions du Conseil de sécurité, il s'agissait de mettre les deux parties sur un pied d'égalité ou de quasi-égalité, qu'elles fussent membres du Conseil ou non, ou même qu'elles fussent Membres des Nations Unies ou non. (Voir Goodrich, Hambro et Simons, *Charter of the United Nations*, 3e éd., p. 254.) Si l'on considère que le différend oppose l'Afrique du Sud aux cent quatorze Etats Membres qui ont voté pour la résolution 2145 de l'Assemblée générale, il est difficile de voir comment on pourrait atteindre ce but dans la pratique.

La thèse de l'Afrique du Sud repose en grande partie sur l'arrêt de 1962 qui considérait, aux fins d'établir la compétence de la Cour, qu'il y avait un « différend » entre l'Afrique du Sud et les Etats demandeurs. Il faut rappeler toutefois que cette affirmation se situait dans le contexte de l'article 7 du mandat qui concerne « tout différend, quel qu'il soit » et

[1] L'explication sommaire ci-dessus ne doit pas donner l'impression que seule la constatation préalable d'une « ambiguïté » peut légitimer un examen de la pratique ultérieure comme moyen de déterminer la signification d'un texte. Comme on l'a dit, le mot « ambigu » lui-même n'est pas sans ambiguïté. Bien des choses dépendront de la nature de la question à interpréter (document constitutionnel, traité multilatéral, traité bilatéral, type de contrat, etc.), du caractère des normes applicables (s'agit-il d'un principe exprimé en termes vagues ou d'une règle précise?) et de ce que l'on peut attendre compte tenu du contexte global et des intérêts sociaux en cause. Comme nous l'a rappelé M. le juge Holmes, dans l'affaire *Towne c. Eisner* (1918, 245 U.S., p. 425), « un mot n'est pas un cristal transparent et immuable. C'est l'enveloppe d'une pensée organique, et sa tonalité et son contenu dépendent des circonstances et du moment où il est employé ».

sions" of the Mandate. The language employed was said to be "broad, clear and precise; it gives rise to no ambiguity and it permits of no exception" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 343). Even so, the point was vigorously opposed in the joint dissenting opinion of Judges Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice (*ibid.*, pp. 547-548).

Article 32 does not contemplate a "dispute" which is predominantly between the United Nations as an organized body and one of its component Members but rather one in which the Security Council is acting as a neutral forum for airing a controversy between two or more of its members. The Article 32 image is rather that of a parent providing the means for settling a controversy between two or more members of the family than that of a parent embroiled in a controversy with one of them. This seems to have been the notion of the dissenters in 1962. Granted that quotations out of context are dangerous, their description appears relevant to the present proceedings:

> "It is common knowledge that the present case finds its whole *fons et origo* in, and springs directly from, the activities of the United Nations Assembly relative to the mandated Territory and the Mandatory. No one who studies the record of the proceedings in the Assembly, and of the various Assembly Committees and Sub-Committees which have been concerned with the matter, and especially the Assembly resolutions on South West Africa which directly led up to the institution of the present proceedings before the Court, can doubt for a moment that the *real dispute over South West Africa is between the Respondent State and the United Nations Assembly* ..." *(loc. cit.)* (Emphasis added.)

Of course it is not doubted that *in a sense* there is a dispute between South Africa and the other States. This is revealed in the attitude of numerous States with respect to South Africa's accession to the ITU Convention (C.R. (H.C.) 71/1, pp. 20-28). South Africa's interests are definitely affected and it is no doubt possible to so frame a definition of a dispute as to have the present controversy fall under it. But, as previously suggested, regard must be had to context and purpose. Thus Judge Sir Gerald Fitzmaurice's carefully framed definition in the *Northern Cameroons* case in a context of "mootness" is quite different from that associated with Article 32. (See *I.C.J. Reports 1963*, p. 110.)

It is for the Council to make the preliminary determination that there is a "dispute" rather than a "situation". The argument that the terms of Article 32 are mandatory seems insufficient to cover the problems involved in this preliminary determination. At no time did the Security Council or any member State proceed on the assumption that the Namibian question was anything but a "situation". Furthermore, South Africa with full knowledge of the nature of the proposed discussions at

toutes les « dispositions » du mandat. Il est dit dans l'arrêt de 1962 que « les termes employés sont larges, clairs et précis: ils ne donnent lieu à aucune ambiguïté et n'autorisent aucune exception » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 343). Cette assertion a néanmoins été vigoureusement contestée dans l'opinion dissidente commune de MM. Spender et Fitzmaurice (*ibid.*, p. 547-548).

L'article 32 ne vise pas un « différend » opposant essentiellement les Nations Unies en tant qu'organisation et l'un de leurs Etats Membres, mais plutôt le cas où le Conseil de sécurité sert de tribune neutre utilisée par deux ou plusieurs de ses membres pour exprimer leurs divergences. L'article 32 évoque davantage l'image d'un parent arbitrant une controverse entre deux ou plusieurs membres de la famille, que celle d'un participant à cette controverse. Telle semble avoir été la conception des juges dissidents en 1962. Etant admis que les citations hors de contexte sont dangereuses, ce qu'ils ont dit paraît néanmoins pertinent:

> « On sait du reste que les présentes affaires trouvent tout leur *fons et origo* dans les activités de l'Assemblée des Nations Unies relatives au territoire sous Mandat et au Mandataire et qu'elles en découlent directement. Quiconque étudie le compte rendu des travaux de l'Assemblée ou des divers comités ou sous-comités de l'Assemblée qui se sont occupés de la question, et notamment les résolutions de l'Assemblée touchant le Sud-Ouest africain qui ont directement entraîné l'ouverture de la présente procédure devant la Cour, ne peut douter un instant *que le vrai différend touchant le Sud-Ouest africain n'existe qu'entre l'Etat défendeur et l'Assemblée des Nations Unies...* » *(Loc. cit.)* (Les italiques sont de nous.)

Evidemment, il n'est pas douteux qu'il y ait *dans un sens* un différend pendant entre l'Afrique du Sud et les autres Etats. C'est d'ailleurs ce que révèle l'attitude de nombreux Etats devant l'adhésion de l'Afrique du Sud à la convention de l'UIT (audience du 27 janvier 1971). Les intérêts de l'Afrique du Sud sont certainement affectés et il serait sûrement possible de définir le mot « différend » de manière qu'il s'applique à la controverse actuelle. Mais, comme il a été dit plus haut, il faut considérer le contexte et le but. C'est ainsi que la définition, aux termes soigneusement pesés, donnée par sir Gerald Fitzmaurice en l'affaire du *Cameroun septentrional*, dans un contexte d'ineffectivité, est bien différente de celle qu'appelle l'article 32 (voir *C.I.J. Recueil 1963*, p. 110).

Il appartient au Conseil de décider d'abord s'il existe un « différend » plutôt qu'une « situation ». L'argument selon lequel les termes de l'article 32 seraient impératifs ne tient pas suffisamment compte des problèmes qu'implique cette décision préalable. Le Conseil de sécurité et les Etats Membres ne sont jamais partis de l'idée que la question de la Namibie constituait autre chose qu'une « situation ». De plus, l'Afrique du Sud, quoique parfaitement au courant de la nature des discussions envisagées,

no time sought to be included in the discussions. While this fact does not precisely answer the "mandatory" point, it clearly indicates that South Africa did not deem itself substantially prejudiced by virtue of a failure to be invited.

Finally, it may be recalled that most requests for an advisory opinion are stimulated by some kind of controversy in which States are involved.

The conclusion follows that on this ground the Court's jurisdiction is not impaired.

* * *

Article 65 of the Court's Statute confers on it ample discretion to refuse to render an advisory opinion. There is no logical inconsistency, therefore, in holding that while there was no dispute within the intended meaning and application of Article 32 there may yet be such elements of controversy and complicated factual issues as to warrant the Court in refusing on the ground of propriety from responding to the request for an opinion. The jurisprudence of the Court, especially as revealed in the *Administrative Tribunal* case (*I.C.J. Reports 1956*, p. 86) and the *Certain Expenses* case (*I.C.J. Reports 1962*, p. 155) suggests that this discretionary power will not be exercised unless there are "compelling reasons" for doing so. The reasons in this instance are not sufficiently compelling.

South Africa leans heavily on the *Eastern Carelia* case (1923, *P.C.I.J., Series B, No. 5*). It appears unnecessary to burden this statement with an analysis, so much discussed by commentators, as to whether the *Peace Treaties* case has weakened the persuasive authority of the *Eastern Carelia* case and the doctrinal relationship of each to the *Mosul* case [1]. It may be suggested that the simplest point of distinction between the *Eastern Carelia* case and the present case lies in the fact that to render the opinion in the former would have constituted a disguised form of compulsory jurisdiction over a non-member of the League of Nations quite apart from the practical difficulties to be encountered in attempting to deal with controverted facts in the absence of one of the parties. In the present case, while South Africa registered objections, she was yet a vigorous advocate and offered the Court optimum co-operation.

[1] For an analysis of the *Status of Eastern Carelia* case reference is directed to the comprehensive statements of Mr. Cohen (USA) and the then Mr. Fitzmaurice (UK) in arguments in the *Peace Treaties* case (*I.C.J. Pleadings*, pp. 272-276, 303-312).

n'a à aucun moment exprimé le désir d'y participer. Si cette considération ne répond pas précisément à l'argument tiré du caractère impératif de l'article 32, elle indique clairement que l'Afrique du Sud ne s'estimait pas sérieusement lésée du fait qu'elle n'avait pas été conviée.

Enfin, il ne faut pas oublier que la plupart des demandes d'avis consultatif trouvent leur origine dans une controverse entre Etats.

On peut donc conclure que sur ce plan la compétence de la Cour n'est pas ébranlée.

* * *

L'article 65 du Statut confère à la Cour un ample pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser de rendre un avis consultatif. Il n'y a donc aucune incompatibilité logique à considérer que, s'il n'y avait pas de différend au sens de l'article 32, tel qu'il est appliqué, il peut néanmoins exister des éléments de controverse et des questions de fait suffisamment complexes pour que la Cour soit justifiée à refuser, pour des motifs d'opportunité, de donner suite à la demande d'avis. La jurisprudence de la Cour, telle qu'elle ressort notamment des avis relatifs aux *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 86) et à *Certaines dépenses des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 155), semble indiquer que la Cour s'abstient d'exercer son pouvoir discrétionnaire, à moins qu'il n'y ait des « raisons décisives » de le faire. Les raisons en l'espèce ne sont pas suffisamment décisives.

L'Afrique du Sud fait grand cas de l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* (1923, *C.P.J.I. série B n° 5*). Il semble inutile d'alourdir le présent exposé en reprenant l'analyse déjà faite par maints auteurs de la question de savoir si l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* a affaibli l'autorité de la décision relative au *Statut de la Carélie orientale* et en examinant la relation doctrinale qui existe entre chacun de ces avis et celui qui a été rendu dans l'affaire de l'*Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne* (affaire de *Mossoul*) [1]. On pourrait dire que la différence la plus simple qu'on puisse établir entre l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* et la présente espèce réside dans le fait que, dans la première, le prononcé d'un avis aurait abouti, sous une forme déguisée, à conférer à la Cour compétence obligatoire à l'égard d'un Etat non membre de la Société des Nations — pour ne rien dire de la difficulté pratique qu'il y aurait eu à aborder l'examen de faits controversés en l'absence de l'une des parties. Dans l'affaire actuelle, si l'Afrique du Sud a soulevé des objections, elle a néanmoins plaidé sa cause avec énergie et coopéré pleinement avec la Cour.

[1] Pour une analyse de l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, voir les exposés complets de M. Cohen (Etats-Unis) et de M. Fitzmaurice (qui n'était pas encore sir Gerald Fitzmaurice) (Royaume-Uni) dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix* (*C.I.J. Mémoires*, p. 272-276, 303-312).

* * *

Turning to matters of substance, I shall attempt to put my support of operative clause 1 into a broad perspective.

It is appreciated that attempts to recapture the legal meaning and significance of expectations aroused by events and statements made in the past invite peculiar difficulties of interpretation and construction. The difficulties are compounded when obligations originally assumed are disrupted by the happening of unexpected events—in this instance the Second World War, the dissolution of the League and the birth of the United Nations.

While sweeping generalizations are no substitute for close analytical reasoning, I yet venture to say that whenever a long-term engagement, of whatever nature, is so interrupted, emphasis in attempting a reasonable interpretation and construction of its meaning and the obligations it imposes shifts from a textual analysis to one which stresses the object and purpose of the engagement in light of the total context in which the engagement was located [1]. This generalization can be amply supported by recourse to "the general principles of law recognized by civilized nations" as revealed in the application of doctrines of impossibility and frustration to long-term engagements.

The exact legal characterization of the mandate instrument defies easy analysis as the jurisprudence of this Court abundantly discloses. At the minimum, it bore a double aspect. On the one hand it "had the character of a treaty or convention" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 330), and, as such, it could attract the potentiality of termination for material breach as the Opinion asserts and counsel for various States argued.

On the other hand it also had a status aspect, that is, it was "a special type of instrument composite in nature and instituting a novel international régime" (*ibid.*, p. 331).

Clearly it is not cast in the image of a personal service type of enga-

---

[1] My reading of the record inclines me to agree with the following statement by Judge Lauterpacht in the *Petitioners* case, when in dealing with the 1950 Opinion, he declared:

> "On the face of it, the Opinion, inasmuch as it held that the United Nations must be substituted for the League of Nations as the supervisory organ, signified a change as compared with the letter of the Covenant. Actually, the Opinion did no more than give effect to the main purpose of the legal instruments before it. That is the true function of interpretation." (*I.C.J. Reports 1956*, p. 56.)

This is to be read in light of the nature of the instruments involved and the total context. See *ibid.*, pp. 44, 48.

* * *

Pour en venir aux questions de fond, je tenterai maintenant d'expliquer, en me plaçant dans une perspective large, les raisons pour lesquelles j'approuve la clause 1 du dispositif de l'avis.

Je me rends compte que, quand on essaie de pénétrer le sens, la portée juridique, et les espoirs éventuellement suscités par des déclarations et événements passés, on s'expose à de grandes difficultés d'interprétation. Ces difficultés sont multipliées lorsque les obligations assumées à l'origine souffrent des perturbations causées par des événements imprévus — ici la deuxième guerre mondiale, la dissolution de la Société des Nations et la naissance des Nations Unies.

Des généralisations trop absolues ne remplacent pas un raisonnement analytique serré; je me risquerai néanmoins à dire que, lorsqu'un engagement à long terme, de quelque nature que ce soit, se trouve ainsi perturbé, il faut alors, pour arriver à une interprétation raisonnable du sens de cet engagement et des obligations qu'il entraîne, s'appuyer moins sur l'analyse textuelle que sur l'examen des objectifs et des buts de cet engagement, replacé dans son contexte global [1]. Cette généralisation est amplement confirmée par « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » tels qu'ils se manifestent dans l'application aux engagements à long terme des doctrines de l'impossibilité d'exécution et de la frustration des intentions des parties.

La définition juridique exacte de l'acte de mandat constitue un difficile exercice d'analyse, comme le montre abondamment la jurisprudence de la Cour. Cet acte comporte à tout le moins un double aspect. D'une part, il présente « le caractère d'un traité ou d'une convention » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 330) et, comme tel, ouvre une possibilité d'abrogation pour cause de violation substantielle, comme l'affirme l'avis et comme les conseils de divers Etats l'ont plaidé.

D'autre part, il instaure aussi un statut, c'est-à-dire qu'il constitue « un acte d'un type spécial, de nature composite, instituant un régime international nouveau » (*ibid.*, p. 331).

Il ne présentait évidemment pas le caractère d'un engagement personnel

---

[1] Mon interprétation du dossier m'incline à penser que M. Lauterpacht avait raison quand, en l'affaire concernant l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, il commentait ainsi l'avis de 1950:

> « A première vue, l'avis, dans la mesure où il a reconnu que les Nations Unies doivent être substituées à la Société des Nations comme organe de surveillance, a apporté une modification par rapport à la lettre du Pacte. En fait, l'avis s'est borné à donner effet au but principal des instruments juridiques qui lui étaient soumis. Telle est la véritable fonction de l'interprétation. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 56.)

Il faut comprendre cette observation en tenant compte de la nature des instruments en question et du contexte général. (Voir *ibid.*, p. 44 et 48.)

gement in which the continued existence of one of the parties may be essential to continued performance [1].

Even if viewed through the restricted prism of a long-term engagement in the national arena, such as a lease or trust (to which allusions were made in the proceedings), the conclusion would not necessarily follow that the happening of an unexpected event such as a war or a change in institutional management would entail a collapse of the basic duties embraced in the engagement. The issue would be whether the engagement was terminated or could continue without imposing an undue burden on the parties in light not merely of the terms of the engagement but, more importantly, of its object and purpose. Viewed in large perspective the 1950 Advisory Opinion decided that no undue burden would be imposed on South Africa by submitting to the supervisory authority of the United Nations General Assembly.

This conclusion is reinforced by analogies (always to be indulged with caution) drawn from generally recognized principles of law in national domains governing "assignments" as opposed to principles analogous to a novation which South Africa, in effect, considers to be operative. Whenever there is a liquidation of an enterprise and an *attempted* transfer of its rights and obligations to an assignee the cardinal issue does *not* centre on the *consent* of the obligor (as in a novation) but in a determination of the impact of the transfer on the obligations of the obligor. The 1950 Advisory Opinion, to repeat, held, in effect, that this transfer would impose no undue burden on South Africa. Cases are legion which support the view that this is the proper focus of enquiry [2]. At the jurisprudential level this preserves the social interests in the integrity and durability of long-term engagements while still protecting the interests of the obligor.

Indeed had the Mandate lapsed, as South Africa contended in 1950 and continued to maintain, it is difficult to believe that a legal alternative would have been the power to annex. As the Court stated in a much-quoted passage in the 1950 Opinion, at page 133 and repeated with approval in the 1962 Judgment at page 333:

"The authority which the Union Government exercises over the

[1] See, in particular, Judge Jessup's analysis in his dissenting opinion in 1966 (*I.C.J. Reports 1966*, p. 353 *et seq.*). Although it did so only incidentally South Africa projected the image of a personal service contract and its non-assignability in its written statement, Vol. II, p. 155.

[2] The leading cases in England are: *The British Waggon Co., etc.* v. *Lea and Co.*, 5 Q.B.D. 149 (1880) and *Tollhurst* v *ssociated Portland Cement Co.* (1903) A.C. (H.L.) 414. In each case the obligor claimed that the transfer terminated the contract. In each case the contention was denied because no undue burden was imposed. Similar results have been reached in the United States. See *Meyer* v. *Washington Times Co.* 76 F (2d) 988 (1935). The point is that "consent" is not the central issue.

de prestation de service, pour la persistance duquel l'identité de l'une des parties peut être un élément essentiel [1].

Même sous l'angle plus étroit d'un engagement à long terme de droit interne, tel qu'un bail ou un *trust* (auxquels il a été fait allusion au cours de la procédure), il ne faut pas forcément conclure qu'un événement imprévu, par exemple une guerre ou un changement intervenu dans la direction d'une institution, entraînerait la disparition des obligations essentielles de l'instrument. La question serait alors de savoir si celui-ci a pris fin ou s'il peut demeurer en vigueur sans imposer aux parties un fardeau excessif, non seulement compte tenu de la lettre de l'accord mais aussi, et c'est plus important, de son objet et de son but. Considéré dans une perspective large, l'avis consultatif de 1950 a énoncé que l'Afrique du Sud n'aurait pas eu à supporter un fardeau excessif si elle avait accepté la surveillance de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Cette conclusion se trouve renforcée par les analogies (à manier toujours avec prudence) qu'on peut tirer des principes de droit généralement reconnus applicables aux cessions ou transferts de titres, à l'échelon national, par opposition à des principes analogues à ceux de la novation, laquelle, pour l'Afrique du Sud, serait en fait ce dont il s'agit en l'espèce. Chaque fois qu'une entreprise est liquidée et que l'on essaie de transférer ses droits et obligations à un cessionnaire le problème essentiel n'est *pas* celui du *consentement* du débiteur des obligations (comme dans le cas d'une novation) mais celui qui consiste à déterminer quel est l'effet de la cession sur lesdites obligations. Je répète que l'avis consultatif de 1950 a déclaré en fait que le transfert aux Nations Unies n'imposait aucun fardeau excessif à l'Afrique du Sud. Les précédents justifiant l'idée que c'est là le point essentiel à considérer ne se comptent plus [2]. La jurisprudence protège ainsi l'intérêt de la société à l'intégrité et à la durée des engagements à long terme, sans pour autant perdre de vue l'intérêt de celui qui s'oblige.

D'ailleurs, si le mandat était devenu caduc, comme l'Afrique du Sud l'a soutenu en 1950 et continue à le soutenir, il est difficile de croire que dans ce cas l'annexion eût été une solution juridique. Comme l'a déclaré la Cour, dans un passage maintes fois cité de son opinion de 1950 (p. 133) et repris avec approbation dans l'arrêt de 1962 (p. 333):

« L'autorité que le Gouvernement de l'Union exerce sur le terri-

[1] Voir notamment l'analyse de M. Jessup, dans son opinion dissidente de 1966 (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 353 et suiv.). Même si cela n'a été qu'en passant, l'Afrique du Sud, dans son exposé écrit (chap. VII, par. 52-53) a paru présenter les choses sous l'angle d'un contrat de prestation de service, conclu à titre personnel, et ne pouvant faire l'objet d'aucun transfert.

[2] En Angleterre, les principaux sont: *The British Waggon Co., etc. c. Lea and Co.*, 5 Q.B.D. 149 (1880) et *Tollhurst c. Associated Portland Cement Co.* (1903) A.C. (H.L.) 414. Dans chacune de ces affaires, le débiteur de l'obligation prétendait que la cession avait mis fin au contrat. Le tribunal a repoussé chaque fois cette thèse, au motif que la cession n'imposait au débiteur aucune charge excessive. Des décisions analogues sont intervenues aux Etats-Unis. Voir *Meyer c. Washington Times Co.* 76 F (2d) 988 (1935). Il en ressort que le problème central n'est pas celui du « consentement ».

> Territory is based on the Mandate. If the Mandate lapsed, as the Union Government contends, the latter's authority would equally have lapsed. To retain the rights derived from the Mandate and to deny the obligations thereunder could not be justified."

Yet in the present proceedings South Africa contended that: "... it is the view of the South African Government that no legal provision prevents its annexing South West Africa" (C.R. 71/21, p. 59).

The Court in 1950 not only said that submitting to the United Nations General Assembly imposed no greater burden on South Africa, it also offered South Africa a milder alternative than the one she proposed and one which was highly qualified in her favour.

I refer to the conclusion (despite six dissents including the logically persuasive opinion of Judge De Visscher) that "the Charter does not impose on the Union an obligation to place South-West Africa under the Trusteeship System". Furthermore, the Court stated that it could not deduce from the various general considerations any legal obligation for mandatory States to negotiate such agreements. (*I.C.J. Reports 1950*, p. 140.)

It had previously indicated that:

> "The degree of supervision to be exercised by the General Assembly should not . . . exceed that which applied under the Mandates System, and should conform as far as possible to the procedure followed in this respect by the Council of the League of Nations." (*Ibid.*, p. 138.)

The dilemma this posed was perhaps insufficiently aired in the present proceedings.

The dilemma is focussed on the *negotiating process* consequent upon the dissolution of the League of Nations. Although South Africa was under no duty to submit to the trusteeship system or to negotiate a specific trusteeship agreement, yet, as a Member of the United Nations, she was surely under a duty to negotiate in good faith and even, reasonably, with the United Nations concerning a viable alternative either within the trusteeship system or outside it. The source of this duty derived from her combined obligations under the Covenant, the Mandate and the United Nations Charter in light of the object and purpose of the Mandate and the requirements of Article 2 (2) of the Charter [1].

[1] Judge Klaestad in his separate opinion in the *Voting Procedure* case (*I.C.J. Reports 1955*, p. 88) stated that as a Member of the United Nations South Africa "is in duty bound to consider in good faith" a recommendation by the General Assembly, but concluded that however serious it may be it does not involve a "true legal obligation". I cannot agree with this conclusion. The use of discretion and freedom to bargain which the system may confer does not imply the right to exercise an attitude of uninhibited freedom of action which would be tantamount to operating

toire est fondée sur le Mandat. Si le Mandat avait cessé d'exister, comme le prétend le Gouvernement de l'Union, l'autorité de celle-ci aurait également cessé d'exister. Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat tout en répudiant les obligations qui en découlent. »

Au cours de la présente procédure, l'Afrique du Sud a pourtant soutenu que « Le Gouvernement sud-africain est d'avis qu'aucune disposition juridique ne l'empêche d'annexer le Sud-Ouest africain » (audience du 15 mars 1971).

En 1950 la Cour a dit non seulement que l'acceptation de la surveillance de l'Assemblée générale des Nations Unies n'imposerait pas de charge supplémentaire à l'Afrique du Sud, mais qu'elle ouvrait à l'Afrique du Sud une solution moins radicale que celle qu'elle-même proposait — et une solution qui lui était d'ailleurs très favorable.

Je fais allusion à la conclusion à laquelle la Cour était arrivée (malgré six opinions dissidentes y compris l'opinion logiquement convaincante de M. De Visscher), selon laquelle « la Charte n'impose pas à l'Union l'obligation de placer le Sud-Ouest africain sous le régime de tutelle ». De plus, la Cour a déclaré qu'elle ne saurait déduire de diverses considérations générales une obligation juridique, pour les Etats mandataires, de négocier de tels accords. (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 140.)

Elle avait précédemment affirmé que:

> « Le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait ... dépasser celui qui a été appliqué sous le Régime des Mandats et devrait être conforme, autant que possible, à la procédure suivie en la matière par le Conseil de la Société des Nations. » (*Ibid.*, p. 138.)

Le dilemme qui se pose ici n'a peut-être pas été suffisamment souligné au cours de la présente procédure.

Je songe aux *négociations* qui ont suivi la dissolution de la Société des Nations. Bien que l'Afrique du Sud n'eût aucune obligation d'accepter le régime de tutelle ou de négocier un accord de tutelle spécifique, elle avait assurément le devoir, en sa qualité de Membre des Nations Unies, d'entamer de bonne foi et même sur une base raisonnable, des négociations avec les Nations Unies en vue d'arriver à une solution viable dans le cadre du régime de tutelle ou en dehors de celui-ci. Ce devoir découlait de l'ensemble des obligations qui lui incombaient aux termes du Pacte, du mandat et de la Charte des Nations Unies, vu les objectifs et les buts du mandat et les dispositions de l'article 2, paragraphe 2, de la Charte [1].

[1] Dans l'opinion individuelle qu'il a exprimée dans l'affaire de la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 88) M. Klaestad a considéré qu'en tant que Membre des Nations Unies l'Afrique du Sud avait « le devoir d'examiner de bonne foi » une recommandation adoptée par l'Assemblée générale, mais il concluait qu'un devoir de cette nature, quelque sérieux qu'il soit, n'impliquait pas une « véritable obligation juridique ». Je ne puis faire mienne cette conclusion. Le pouvoir

It is apparent that no negotiating process can be successful if the parties are at odds as to the fundamental basis on which the process rests. The records reveal that the basis chosen by the General Assembly and its various Committees was that it had been sufficiently endowed with supervisory authority. It was fortified in this conclusion by the broad doctrinal jurisprudence of this Court not only by virtue of the 1950 Opinion but by the implications flowing from those in 1955 and 1956 and the Judgment in 1962 [1]. In short, its negotiating posture was not only based on a good faith assessment of its supervisory authority but a reasonable one as well.

While the attitude of South Africa appeared to agree with the legitimacy of this assumption in the period 1946-1947, its attitude changed thereafter.

Basing itself on the premise that advisory opinions of this Court are not binding (which is true) and that the Judgment of 1962 was only on a preliminary issue (which is also true), it appeared to take as a beginning premise for negotiating that the General Assembly had no power of supervision whatever. Quite obviously negotiations based on those conflicting premises qualify, at best, as an empty time-consuming pageant and at worst as a mere dialogue of the deaf.

---

outside the system. (See *I.C.J. Reports 1955*, p. 120.) Surely the implication of the *North Sea Continental Shelf* cases was that the three Governments were under a *legal* duty to negotiate in good faith along the lines indicated in the Judgment. (*I.C.J. Reports 1969*, p. 47.)

[1] It is worth recalling that the 1962 Judgment represents the latest authoritative doctrinal statement of the dual point that the obligation to submit to international supervision survived the dissolution of the League and that "... to exclude the obligations connected with the Mandate would be to exclude the very essence of the Mandate". (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 333, 334.)

I associate myself entirely with the interpretation placed on the 1966 Judgment by Judge Jessup when he said, in his carefully reasoned dissenting opinion fortified by a comprehensive analysis of historical data, that:

> "In the course of three Advisory Opinions rendered in 1950, 1955 and 1956, and in its Judgment of 21 December 1962, the Court never deviated from its conclusion that the Mandate survived the dissolution of the League of Nations and that South West Africa is still a territory subject to the Mandate." (*I.C.J. Reports 1966*, p. 327.)

And later, in discussing the implication of the Judgment in 1966:

> "Further, the Court has *not* decided ... that the Mandatory's former obligations to report, to account and to submit to supervision had lapsed upon the dissolution of the League of Nations." (*Ibid.*, p. 331.)

Nor can I see that to identify international supervision with supervision by the *United Nations* involves a logical *non sequitur* in light of the expectations reasonably aroused upon the dissolution of the League and the available alternatives. Logical problems, including empiric assumptions latent in the choice of premises are beyond the reach of this opinion.

Il est évident qu'aucune négociation ne saurait aboutir si les parties sont en désaccord total sur son point de départ. Le dossier montre que l'Assemblée générale et ses diverses commissions partaient du principe que l'Assemblée était dotée de pouvoirs de surveillance suffisants. Cette opinion était confirmée par la jurisprudence générale de la Cour, non seulement telle qu'elle s'exprime dans l'avis de 1950, mais aussi par ce qu'impliquent ses avis de 1955 et de 1956 et son arrêt de 1962 [1]. En bref, l'attitude de l'Assemblée à l'égard des négociations reposait sur une analyse de ses pouvoirs de surveillance, qui non seulement était honnête mais aussi avait un caractère raisonnable.

Le Gouvernement sud-africain, quant à lui, a paru admettre la légitimité de ce point de départ en 1946 et 1947, mais son attitude a changé par la suite.

Prenant comme prémisse de son raisonnement que les avis consultatifs de la Cour n'ont pas force obligatoire (ce qui est vrai) et que l'arrêt de 1962 ne portait que sur une question préliminaire (ce qui l'est aussi), l'Afrique du Sud semble avoir considéré que toute négociation devait partir de l'idée que l'Assemblée générale ne possédait aucune espèce de pouvoir de surveillance. Il est bien évident que des négociations fondées sur des prémisses aussi contradictoires devaient constituer, au mieux, une manière solennelle de perdre son temps et, au pire, un dialogue de sourds.

---

discrétionnaire et les possibilités de discussion qu'admet le système n'impliquent pas le droit de s'arroger une liberté d'action illimitée, qui reviendrait à sortir en fait du système (voir *C.I.J. Recueil 1955*, p. 120). L'arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ne suppose-t-il pas que les trois gouvernements intéressés étaient *juridiquement* tenus de négocier de bonne foi selon les directives indiquées dans l'arrêt (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 47)?

[1] Il convient de rappeler que l'arrêt de 1962 représente le dernier état de la jurisprudence sur deux points: *a)* l'obligation de se soumettre à une surveillance internationale a survécu à la Société des Nations; *b)* « exclure les obligation liées au Mandat reviendrait à exclure l'essence même du Mandat » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 333, 334).

Je m'associe sans réserve à l'interprétation que M. Jessup a donnée de l'arrêt de 1966 dans son opinion dissidente soigneusement motivée et renforcée par une analyse historique d'ensemble, quand il a dit:

> « Ni dans ses trois avis consultatifs, rendus respectivement en 1950, 1955 et 1956, ni dans son arrêt du 21 décembre 1962, la Cour ne s'est jamais écartée de sa conclusion selon laquelle le Mandat a survécu à la dissolution de la Société des Nations et selon laquelle le Sud-Ouest africain demeure un territoire soumis au Mandat. » (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 327.)

Et plus loin, à propos des effets de l'arrêt de 1966:

> « En outre la Cour n'a pas décidé ... que les obligations incombant antérieurement au Mandataire et consistant à faire rapport et à rendre compte ont pris fin lors de la dissolution de la Société des Nations. » (*Ibid.*, p. 331.)

Je ne vois pas non plus en quoi il serait illogique d'identifier surveillance internationale et surveillance par les *Nations Unies*, vu ce à quoi l'on pouvait raisonnablement s'attendre à la dissolution de la Société des Nations et le choix qui s'offrait alors. Les problèmes de logique, y compris celui des hypothèses empiriques que suppose le choix de prémisses, débordent le cadre de la présente opinion.

In my submission, South Africa, in light of her obligations under the Covenant, Mandate and Charter (as analysed in the Opinion) was not legally entitled to assume that negotiating posture any more than, to repeat, she was legally entitled to claim that "... it is the view of the South African Government that no legal provision prevents its annexing South West Africa" (C.R. 71/21, p. 59).

To assert that the advisory opinions of this Court are not technically binding is one thing. To assert that they have no bearing on the legal status of the Mandate and the General Assembly's supervisory power is quite another thing.

An analysis of the many abortive efforts to induce South Africa to negotiate under the aegis of the United Nations, even including alternatives to submitting to the trusteeship system, are indicated briefly in the Opinion and need no rehearsal in this statement. Suffice it to suggest that, without impugning the good faith of South Africa, its reiterated insistence on negotiating from a position that denied the reasonable basis on which the General Assembly's negotiating posture rested added weight to the General Assembly's determination that South Africa had, in fact, disavowed the Mandate and especially so since supervision and reporting were admittedly essential features of the entire system.

Indeed the insistent and reiterated efforts of the United Nations to negotiate with South Africa represented something more than the expression of General Assembly political action. It represented a sense of continuity in the international community's concept of South Africa's obligations and the responsibilities incumbent on the United Nations. No doubt considerations of this kind led Lord Caradon (United Kingdom), in an address of special significance and in carefully measured terms, to declare:

> "For over fifteen years we have waited for the South African Government to comply with its clear obligations. It has failed to do so. It has denied this obligation as it has denied the existence of all other obligations incumbent upon it by virtue of the Mandate. It has opposed the essential requirement of international responsibility.
>
> What are we to do in the face of this refusal? *Repeated attempts by the General Assembly to persuade South Africa to adopt a policy of co-operation have been unsuccessful.* And not only has the South African Government refused to submit to United Nations supervision but it continues to deny, despite the repeated pronouncements of the International Court, that the Mandate is still in force.

> What conclusions should we draw from this history of South African intransigence? By word and by action the South African Government *has clearly demonstrated its undeviating determination to deny and repudiate* essential obligations, incumbent upon it under the

A mon sens, vu les obligations qui lui incombaient aux termes du Pacte, du mandat et de la Charte (telles qu'elles sont analysées dans l'avis), l'Afrique du Sud n'était pas juridiquement fondée à prétendre négocier sur cette base, pas plus, nous l'avons déjà dit, qu'elle n'était juridiquement fondée à déclarer: « Le Gouvernement sud-africain est d'avis qu'aucune disposition juridique ne l'empêche d'annexer le Sud-Ouest africain ».

Dire que les avis consultatifs de la Cour n'ont pas, techniquement parlant, force obligatoire, est une chose. Affirmer qu'ils n'affectent pas le statut juridique du mandat et les pouvoirs de surveillance de l'Assemblée en est une autre, toute différente.

L'histoire des nombreux et vains efforts déployés pour amener l'Afrique du Sud à négocier sous l'égide des Nations Unies, y compris même les solutions qui ont été proposées à la place de la mise sous tutelle, est retracée brièvement dans l'avis et il est inutile d'y revenir ici. Il suffit de rappeler, sans mettre en cause la bonne foi de l'Afrique du Sud, que sa persistance à vouloir négocier à partir d'une position qui rejetait le point de départ raisonnable de l'Assemblée générale a renforcé chez celle-ci la conviction que l'Afrique du Sud avait en fait répudié le mandat, d'autant que la fonction de surveillance et l'envoi de rapports constituaient sans conteste des éléments essentiels du système.

A vrai dire, les efforts persistants et répétés des Nations Unies pour négocier avec l'Afrique du Sud ne traduisaient pas simplement l'action politique de l'Assemblée. Ils représentaient, dans la conception que se faisait la communauté internationale des obligations de l'Afrique du Sud et des responsabilités des Nations Unies, le sentiment d'une continuité. Ce sont sans aucun doute des considérations de cet ordre qui ont incité lord Caradon (Royaume-Uni) à déclarer, dans une intervention d'une importance spéciale et dont les termes étaient soigneusement pesés:

> « Pendant plus de quinze ans, nous avons attendu que le Gouvernement sud-africain respecte ses obligations, qui sont claires; il ne l'a pas fait. Il a nié celles-là, comme il a nié l'existence de toutes les autres qu'il a contractées en vertu du Mandat. Il a contesté l'obligation essentielle de responsabilité internationale.
>
> Qu'allons-nous faire devant son refus? *Les multiples tentatives faites par l'Assemblée générale pour convaincre le Gouvernement sud-africain d'adopter une attitude de coopération se sont toutes soldées par des échecs.* Non seulement le Gouvernement sud-africain a refusé de se soumettre au contrôle des Nations Unies, mais, malgré les déclarations réitérées de la Cour internationale, il persiste à nier que le Mandat soit toujours en vigueur.
>
> Que devons-nous conclure de l'intransigeance de l'Afrique du Sud? Par ce qu'il a dit, autant que par ce qu'il a fait, le Gouvernement sud-africain *a bien montré qu'il était absolument résolu à nier et à répudier* des obligations essentielles auxquelles il est pourtant

> Mandate. By repudiating those obligations, so clearly affirmed by the International Court, *it has in effect, forfeited its title to administer the Mandate* [1]."

The fact that this specific negotiating issue was not analysed in depth is not, however, sufficient in my opinion to weaken the conclusion reached in operative clause 1 since the facts are not basically controverted [2].

The reasons supporting the conclusion reached in operative clause 1 can, in my opinion, be fortified by data of an historical, legal and logical character in addition to that supplied in the Opinion. The records tracing the history of the mandates system are comprehensive and have been the subject of elaborate analysis in the three previous Advisory Opinions and the two Judgments rendered throughout the long history of the controversy over South Africa's administration of the Mandate. Much depends on the way these records and events are viewed. My own reading leads me to believe that the legal power to "revoke" the Mandate for a material breach was inherent in the system; that the unanimity rule in the League Council was not absolute; that no significance can be attached to the rejection of the so-called Chinese proposal and that a restrictive interpretation of Article 80 of the United Nations Charter is not justified. These matters are covered in the Opinion and it would be tedious to elaborate upon them [3].

* * *

[1] United Nations General Assembly, 1448th Plenary Meeting, 19 October 1966, Agenda Item 65, pp. 4, 5. It should be added that the statements above only support the notion of breach. Lord Caradon questioned the wisdom and certain legal aspects of the then proposed termination of the Mandate. It will be recalled that General Assembly resolution 2145 (XXI) was carried by a vote of 114 to 2 with 3 abstentions. Botswana and Lesotho were absent. Portugal and South Africa dissented and the United Kingdom, France and Malawi abstained.

[2] There is something almost prophetic in the pronouncement made by Judge Lauterpacht 11 years before General Assembly resolution 2145 (XXI) was adopted. In a much-quoted passage in his separate opinion in the *Voting Procedure* case, he suggested, in dealing with the discretionary power exercised under the trusteeship system and assimilated territories:

> "Thus an Administering State which consistently sets itself above the solemnly and repeatedly expressed judgment of the Organisation, in particular in proportion as that judgment approximates to unanimity, may find that it has overstepped the imperceptible line between impropriety and illegality, between discretion and arbitrariness, between the exercise of the legal right to disregard the recommendation and the abuse of that right, and that it has exposed itself to consequences legitimately following as a legal sanction." (*I.C.J. Reports 1955*, p. 120.)

[3] Evidence that the supervisory role of the Mandates Commission was intended to be an "effective and genuine, not a purely theoretical or formal, supervision" is

tenu par le Mandat. En répudiant ces obligations que la Cour internationale a si nettement affirmées, *l'Afrique du Sud a, en fait, perdu toute qualité pour administrer le Mandat.* [1] »

Si cette question particulière soulevée par les négociations n'a pas été analysée en profondeur, cela n'infirme pas à mon avis la conclusion exprimée à la clause 1 du dispositif, étant donné que fondamentalement les faits ne sont pas contestés [2].

Les raisons qui militent en faveur de la conclusion exprimée à la clause 1 du dispositif sont, me semble-t-il, confirmées par des faits de caractère historique, juridique et logique, sans compter ceux qui sont indiqués dans l'avis. Les documents retraçant l'histoire du système des mandats sont des plus complets et ont fait l'objet d'une analyse approfondie dans les trois avis consultatifs précédents ainsi que dans les deux arrêts rendus au cours de la longue controverse relative à l'administration du mandat par l'Afrique du Sud. Beaucoup dépend de la façon dont on interprète ces documents et événements. Ma propre interprétation me porte à croire que le pouvoir juridique de « révoquer » le mandat pour cause de violation substantielle était inhérent au système; que la règle de l'unanimité appliquée au Conseil de la Société des Nations n'était pas absolue; qu'il ne faut attacher aucune signification au fait que la proposition « chinoise » a été repoussée, et qu'une interprétation restrictive de l'article 80 de la Charte des Nations Unies n'est pas fondée. Ces questions sont traitées dans l'avis et il serait oiseux d'épiloguer encore à ce sujet [3].

* * *

[1] Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, 1448e séance plénière*, 19 octobre 1966, point 65 de l'ordre du jour, p. 5. Il convient d'ajouter que la déclaration citée n'apporte son appui qu'à la notion de violation. Lord Caradon a contesté la sagesse de la révocation du mandat qui était alors proposée et a mis en doute certains de ses aspects juridiques. On se rappellera que la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale a été adoptée par 114 voix contre 2 avec 3 abstentions. Le Botswana et le Lesotho étaient absents, l'Afrique du Sud et le Portugal ont voté contre et la France, le Malawi et le Royaume-Uni se sont abstenus.

[2] La déclaration faite par M. Lauterpacht onze ans avant l'adoption de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale revêt un caractère presque prophétique. Dans un passage maintes fois cité de son opinion individuelle en l'affaire de la *Procédure de vote*, il avait dit, à propos du pouvoir discrétionnaire exercé en ce qui concerne les territoires sous tutelle et les territoires assimilés:

> « Ainsi, l'Etat mandataire qui persiste à ne pas tenir compte de l'avis de l'Organisation solennellement exprimé et réitéré, et plus particulièrement dans le cas où l'expression de cet avis se rapproche de l'unanimité, peut finir par dépasser la limite imperceptible entre l'impropriété et l'illégalité, entre la discrétion et l'arbitraire, entre l'exercice de la faculté juridique de ne pas tenir compte de la recommandation et l'abus de cette faculté, et il s'est ainsi exposé aux conséquences qui en découlent légitimement sous forme d'une sanction juridique. » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 120.)

[3] La publication de la Société des Nations intitulée *Le système des mandats: Origine, principes et application*, dont le chapitre III est reproduit (en anglais) dans

The conclusion that the General Assembly in resolution 2145 (XXI) validly terminated the Mandate may be supported by two separate approaches and since they are grounded on different processes of reasoning I shall briefly indicate the scope of each.

The first approach asserts that, conceding that the powers exercised by the General Assembly are *grosso modo* of a recommendatory character only, it is yet clear that in certain *limited* areas it has decision-making power. As stated in the *Certain Expenses* case:

> "Thus while it is the Security Council which, exclusively, may order coercive action, the functions and powers conferred by the Charter on the General Assembly are not confined to discussion, consideration, the initiation of studies, and the making of recommendations; they are not merely hortatory." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 163.)

The termination of the Mandate reposes in one of those limited areas. It is an area that is *sui generis*. And the exercise of the power involved no invasion of national sovereignty since it was focussed on a territory and a régime with an international status. The power was conferred on the General Assembly *aliunde* the Charter through the unique situation posed by the Mandate coupled with authority granted under Article 80 of the Charter, which constituted a bridge between the League of Nations and the United Nations in so far as mandates were concerned.

Precedents exist for the exercise of such power as the decisions taken under Annex XI of the Peace Treaty with Italy and General Assembly action with respect to the Palestine Mandate attest, and other examples could be cited.

---

revealed in the League of Nations publication, *The Mandates System; Origin, Principles, Application* quoted *in extenso* in *I.C.J. Pleadings, Admissibility of Hearings of Petitioners*, pp. 28-35.

Clearly no-one contemplated in 1920 that a mandatory would commit a material breach and it would have been unusual to have specifically provided for "revocation" in light of that non-contemplated contingency. Indeed, this is true of most long-term engagements. There is, however, support for the proposition that the right of revocation was considered to be *inherent*, in the view of the Mandates Commission and leading jurists (*I.C.J. Pleadings, International Status of South-West Africa, 1950*, p. 230). To the authorities in support of this proposition, marshalled by the representative of the United States, which included the views of the authoritative Institute of International Law and its rapporteur Professor Rolin (United States written statement, Part II, Section V), may be added the high authority of Bonfils-Fauchille, *Traité de droit international public*, I (1925), which, after a thorough examination, states at p. 887:

> "... un mandat international est susceptible d'être révoqué lorsque le mandataire se rend coupable d'un manquement grave à ses obligations, et c'est le Conseil qui ... prendra à cet égard une décision".

La conclusion suivant laquelle l'Assemblée générale, dans sa résolution 2145 (XXI), a valablement mis fin au mandat peut se justifier de deux façons, et comme les deux démonstrations procèdent de raisonnements différents, je vais indiquer rapidement la portée de chacun.

Selon la première conception, s'il faut admettre que dans l'ensemble l'Assemblée générale ne peut que formuler des recommandations, il est pourtant clair que dans certains domaines *limités* elle possède un pouvoir de décision. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies*:

> « Ainsi, tandis que c'est le Conseil de sécurité qui possède le droit exclusif d'ordonner une action coercitive, les fonctions et pouvoirs de l'Assemblée générale selon la Charte ne sont pas limités à la discussion, à l'examen, à l'étude et à la recommandation; ses attributions ne sont pas simplement de caractère exhortatif. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 163.)

La révocation du mandat se situe dans l'un de ces domaines limités. Il s'agit d'un domaine *sui generis*. L'exercice de ce pouvoir ne s'accompagnait nullement d'un empiètement sur le domaine de la souveraineté nationale puisqu'il visait un territoire et un régime dotés d'un statut international. Le pouvoir était conféré à l'Assemblée générale indépendamment de la Charte tant en raison du problème unique en son genre que créait le mandat que du pouvoir attribué par l'article 80 de la Charte, qui établissait une continuité entre la Société des Nations et l'Organisation des Nations Unies dans le cas des mandats.

L'exercice de ce pouvoir n'est pas sans précédents, témoin les décisions adoptées par l'Assemblée générale en vertu de l'annexe XI du traité de paix avec l'Italie et à propos du mandat pour la Palestine, et l'on pourrait citer d'autres exemples.

C.I.J. Mémoires, Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, p. 28-35, montre que l'on entendait que le contrôle de la Commission des mandats fût « un contrôle effectif et sérieux ... et non pas un contrôle purement théorique ou fictif ».

Evidemment personne, en 1920, n'envisageait qu'un mandataire pût commettre une violation substantielle et il aurait été surprenant de prévoir expressément la « révocation » pour une éventualité qui était passée sous silence. C'est d'ailleurs vrai de la plupart des engagements à long terme. Il semble bien cependant que la Commission des mandats et d'éminents juristes considéraient que le droit de révocation était un droit inhérent (*C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 230). Aux diverses autorités favorables à cette manière de voir qui ont été citées par le représentant des Etats-Unis et qui comprenaient l'Institut de droit international et son rapporteur, le professeur Rolin (exposé écrit des Etats-Unis d'Amérique, deuxième partie, section V), il convient d'ajouter l'important témoignage de Bonfils-Fauchille qui, après un examen approfondi, déclare à la page 887 de son *Traité de droit international public*, I, 1925:

> « un mandat international est susceptible d'être révoqué lorsque le mandataire se rend coupable d'un manquement grave à ses obligations, et c'est le Conseil qui ... prendra à cet égard une décision ».

Nor is this conclusion necessarily incompatible with the implications of the *Voting Procedure* case (*I.C.J. Reports 1955*, p. 67). That Opinion was concerned with voting procedures to be employed in the assumed normal course of supervision. The Court stated that "the General Assembly, in adopting a method of reaching decisions in respect of the annual reports and petitions concerning South-West Africa should base itself exclusively on the Charter" (*ibid.*, p. 76). The Court was not concerned in 1955 with the ultimate issue of material breach which lies outside the normal course of performance and which, by definition, is a denial of the permitted exercise of discretionary power by the mandatory State.

In voting that South Africa had in fact disavowed the Mandate the General Assembly was, to repeat, exercising power inherited from the Council and it did so strictly within its own Charter-authorized rules of procedure. And, as indicated above, it was not limited to its recommendatory power under Article 10 since it was concerned with a matter of material breach lying outside the normal scope of performance.

Under this approach the special powers granted under the Mandate are stressed rather than the general powers under the Charter, including especially the powers of the Security Council under Articles 24 and 25.

* * *

The alternative approach accents the obligations undertaken under the Charter. While asserting that General Assembly resolution 2145 (XXI) was "binding" in the sense in which it registered the collective will of all who voted for the resolution in terminating the Mandate, it yet insists that the powers of the General Assembly vis-à-vis non-consenting States fall in the category of recommendations. Acting under its supervisory authority and in accordance with its voting procedures it could end the Mandate but it could not generate an obligation on South Africa to withdraw or engage the responsibility of member States to co-operate in effecting a withdrawal.

It is for this reason that it called upon the Security Council. While Security Council resolution 276 (1970), as with its antecedent resolutions 264 (1969) and 269 (1969), endorsed General Assembly resolution 2145 (XXI), it did not "validate" it since it was already valid. It served to convert a recommendation into a binding decision operative as against non-consenting States.

The reasoning of the Court is mainly based on the theory sketched above. I favoured the former approach but under either approach the Mandate was validly terminated so as to justify the conclusion reached in

La conclusion qui précède n'est pas non plus forcément incompatible avec les conséquences de l'avis sur la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 67). Il s'agissait alors de déterminer quelle procédure de vote devait être utilisée dans l'exercice d'une surveillance normale. La Cour a déclaré que « l'Assemblée générale, en adoptant une méthode pour prendre des décisions à l'égard des rapports annuels et pétitions relatifs au Sud-Ouest africain, doit se fonder exclusivement sur la Charte » (*ibid.*, p. 76). En 1955, la Cour ne se préoccupait pas du cas extrême de la violation substantielle, qui sort du cadre de l'exécution normale d'un mandat et qui, par définition, est contraire à l'exercice licite des pouvoirs discrétionnaires de l'Etat mandataire.

Lorsqu'elle a décidé par un vote que l'Afrique du Sud avait en fait dénoncé le mandat, l'Assemblée générale exerçait un pouvoir hérité du Conseil de la Société des Nations dans le cadre strict de son propre règlement intérieur. Et, comme on l'a vu plus haut, ce pouvoir n'était pas seulement celui de formuler des recommandations au titre de l'article 10 de la Charte puisque l'Assemblée s'occupait d'une violation substantielle sortant du cadre normal de l'exécution d'un mandat.

Dans cette conception, les pouvoirs spéciaux dérivés du mandat revêtent plus d'importance que les pouvoirs généraux conférés par la Charte, notamment ceux que les articles 24 et 25 attribuent au Conseil de sécurité.

* * *

L'autre conception place l'accent sur les obligations contractées en vertu de la Charte. Dans cette optique, la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale était « obligatoire », en ce sens qu'elle enregistrait la volonté collective de tous ceux qui, en votant pour la résolution, se prononçaient pour la cessation du mandat, mais on tient à souligner que les pouvoirs de l'Assemblée générale à l'égard des Etats « non consentants » relèvent de la catégorie des recommandations. Agissant en vertu de son autorité de surveillance et conformément à sa procédure de vote, l'Assemblée pouvait mettre fin au mandat mais elle ne pouvait pas imposer à l'Afrique du Sud l'obligation de se retirer ni engager les Etats Membres à coopérer à la réalisation du retrait.

C'est pour cette raison que l'Assemblée s'est adressée au Conseil de sécurité. Si le Conseil, dans sa résolution 276, et comme il l'avait fait dans les résolutions 264 et 269 qui l'avaient précédée, a fait sienne la résolution 2145 de l'Assemblée générale, il ne l'a pas « validée » puisqu'elle était déjà valide. La résolution 276 du Conseil a servi à transformer une recommandation en une décision obligatoire pour les Etats qui n'avaient pas donné leur consentement.

La Cour fonde principalement son raisonnement sur la théorie qui vient d'être esquissée. J'étais en faveur de l'autre conception mais, que ce soit suivant l'une ou l'autre il a valablement été mis fin au mandat,

operative clause 1. In light of the object, purpose and history of the mandates system and the unique problems it posed, the conclusion is, in my opinion, well founded.

* * *

Turning to operative clause 2, I shall confine myself to a few comments mainly of a cautionary nature.

Operative clause 2 of the Opinion is based on the pronouncements of the General Assembly and the Security Council, reinforced by the provisions of Article 25 of the Charter. In part, it is also a reflection of general principles of international law arising from the obligations of States to refuse official recognition to a government *illegally* in control of a territory.

General Assembly resolution 2145 (XXI), coupled with subsequent Security Council resolutions, culminating in Security Council resolution 276 (1970), together with the Opinion of this Court, have settled the issue of "legality".

The "legal consequences" flowing from that determination must not be confused with specific enforcement measures under Article 41 of the Charter. Not only did the Security Council fail to invoke the provisions of Chapter VII of the Charter, it studiously avoided doing so.

It is well known that the exact nature and scope of the obligations incurred by Members of the United Nations under Article 25 of the Charter have never been determined by the Security Council (*Repertory of United Nations Practice*, 1955, pp. 37-51; 1958, pp. 257-265; 1964, pp. 295-304).

Paragraph 113 of the Opinion announces that, in the view of the Court, Article 25 is not confined to "decisions in regard to enforcement action" but applies to "the decisions of the Security Council" adopted in accordance with the Charter. Paragraph 114 sounds the cautionary note that the question of the exercise of power under Article 25 must be determined in any particular instance by the "terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council".

It is to be observed that Security Council resolution 276 (1970) is not action oriented. It speaks principally of a negative duty of restraint, not a positive duty of action. Thus operative paragraph 5 calls upon all States "to *refrain* from any dealings with the Government of South Africa which are inconsistent with operative paragraph 2" (emphasis added). This

ce qui justifie la conclusion énoncée à la clause 1 du dispositif de l'avis. Compte tenu de l'objet, du but et de l'histoire du système des mandats et compte tenu aussi des problèmes exceptionnels que ce système posait, cette conclusion me paraît fondée.

* * *

J'en viens maintenant à la clause 2 du dispositif, à propos de laquelle je me bornerai à présenter quelques observations qui constituent surtout des invitations à la prudence.

La clause en question se fonde sur les décisions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, qu'appuient les dispositions de l'article 25 de la Charte. Mais il traduit aussi, pour une part, les principes généraux de droit international nés de l'obligation qui incombe aux Etats de refuser toute reconnaissance officielle à un gouvernement qui occupe *illégalement* un territoire.

La résolution 2145 de l'Assemblée générale, plus certaines résolutions postérieures du Conseil de sécurité, que couronne la résolution 276 du Conseil, règlent, en même temps que l'avis de la Cour, le problème de la « légalité ».

Il ne faut pas confondre les « conséquences juridiques » découlant de cette constatation avec les mesures d'exécution précises prévues à l'article 41 de la Charte. En effet, non seulement le Conseil de sécurité n'a pas invoqué les dispositions du chapitre VII de la Charte, mais il s'est même très soigneusement abstenu de le faire.

On sait fort bien que le Conseil de sécurité n'a jamais établi la nature et la portée exactes des obligations qui incombent aux Etats Membres des Nations Unies en vertu de l'article 25 de la Charte (*Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, 1956, p. 41-56; 1959, p. 271-280; 1964, p. 295-304 [texte anglais seulement dans ce dernier cas]).

Au paragraphe 113 de l'avis, la Cour déclare que, pour elle, l'article 25 de la Charte ne se limite pas « aux décisions concernant des mesures coercitives » mais s'applique aux « décisions du Conseil de sécurité » adoptées conformément à la Charte. Au paragraphe 114, invitant à la prudence, la Cour précise qu'il convient de déterminer dans chaque cas si les pouvoirs découlant de l'article 25 ont été exercés en fait, « compte tenu des termes de la résolution à interpréter, des débats qui ont précédé son adoption, des dispositions de la Charte invoquées et en général de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les conséquences juridiques de la résolution du Conseil de sécurité ».

Il faut noter que la résolution 276 du Conseil de sécurité n'est pas orientée vers l'action concrète. Elle envisage surtout une obligation négative, celle de s'abstenir, et non une obligation positive d'adopter des mesures concrètes. C'est ainsi qu'au paragraphe 5 du dispositif il est demandé à tous les Etats « de *s'abstenir* de toutes relations avec le Gou-

paragraph declares that "the continued presence of the South African authorities in Namibia is illegal".

The Opinion of the Court in operative clause 2, as suggested earlier, appears to be grounded at least in large part on principles of non-recognition under international law, and is thus in harmony with Security Council resolution 276. But a strong *caveat* is needed to avoid any misunderstanding.

I refer to the fact that the references in operative clause 2 to "*any* acts" and "*any* dealings" are to be read subject to the critically significant qualifying phrase "*implying recognition of the legality*" of South Africa's presence in Namibia (emphasis added). This announces, to repeat, the doctrine of non-recognition.

It is important to understand that this doctrine is not so rigid as to preclude *all* intergovernmental dealings under all circumstances. Even as applied to non-recognized governments and States, in which the administrative control of the government over the territory is conceded, the doctrine permits of flexibility in application at such governmental levels as do not imply recognition of legitimacy.

Under particular circumstances a limited measure of intercourse is essential as customary international law, derived from the practice of States, abundantly reveals. (Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. I, pp. 327-364 (1940); Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 2, pp. 524-604 (1963); Oppenheim, *International Law*, pp. 146-148 (8th ed., 1955).) As Lauterpacht has stated:

> "... in normal circumstances there is nothing in the attitude of non-recognition which *necessarily* constitutes an obstacle in the way of a measure of intercourse *so long as the State against which it is directed does not insist on full and formal recognition of the results of the illegal act*" (*Recognition in International Law* (1947), p. 432 (emphasis added)).

If this limitation applies in the context of non-recognized governments and States, it surely applies even more to a complex situation in which a government such as South Africa is required to withdraw from a territory over which it has long exercised administrative control. Considerations of a practical and humanitarian nature are clearly involved in light of the economic interdependence of the two areas and their interlocking administrative structures.

Examples can be easily suggested to support this view. Thus if a famine or a cholera epidemic were to break out in Namibia prior to the effective exercise of control by the United Nations a measure of intergovernmental co-operation between South Africa and other States might well be

vernement sud-africain qui sont incompatibles avec le paragraphe 2 du dispositif» (les italiques sont de nous), lequel déclarait que «la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie est illégale».

Comme on l'a vu plus haut, la clause 2 du dispositif de l'avis paraît se fonder, pour une bonne part au moins, sur les principes de la non-reconnaissance en droit international, et elle est ainsi en harmonie avec la résolution 276 du Conseil de sécurité. Mais, pour éviter tout malentendu, la plus grande prudence s'impose.

Je me réfère ici au fait qu'il convient, à la clause 2 du dispositif, d'interpréter les termes «*tous* actes», «*toutes* relations» et «qui constitueraient une aide ou une assistance», sans perdre de vue la réserve fondamentale qui les accompagne, à savoir les mots «*qui impliqueraient la reconnaissance de la légalité*» de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (les italiques sont de nous). C'est cela qui, je le répète, fait entrer en jeu la doctrine de la non-reconnaissance.

Or, il importe de se pénétrer du fait que cette doctrine n'est pas rigide au point d'interdire en toutes circonstances *toutes* relations intergouvernementales. Même lorsqu'il en est fait application à des gouvernements et des Etats non reconnus mais qui administrent en fait le territoire considéré, la doctrine permet une certaine souplesse d'application à certains échelons, là où des relations n'impliquent pas nécessairement que la légitimité soit reconnue.

Dans certaines circonstances, il est essentiel de maintenir des relations limitées, comme le droit international coutumier, né de la pratique des Etats, en témoigne abondamment. Voir à ce sujet Hackworth, *Digest of International Law*, volume I, pages 327-364 (1940); Whiteman, *Digest of International Law*, volume 2, pages 524-604 (1963); Oppenheim, *International Law*, pages 146-148 (8e éd., 1955). Comme l'a dit Lauterpacht:

> «normalement, rien dans l'attitude de non-reconnaissance ne fait *nécessairement* obstacle à certaines relations *tant que l'Etat visé n'insiste pas pour que soient pleinement et formellement reconnus les résultats de l'acte illicite*» (*Recognition in International Law* (1947), p. 432 *[traduction du Greffe]* (les italiques sont de nous)).

Si cette limitation joue, s'agissant de gouvernements et d'Etats non reconnus, à plus forte raison jouera-t-elle dans une situation complexe dans laquelle un gouvernement comme celui de l'Afrique du Sud est requis d'évacuer un territoire qu'il administre depuis longtemps. Il est clair qu'interviennent alors des considérations d'ordre pratique et humanitaire tenant à l'interdépendance économique des deux territoires et à l'imbrication de leurs appareils administratifs.

Les exemples ne manquent pas pour étayer cette thèse. Si la famine, ou une épidémie de choléra, devait éclater en Namibie avant que l'Organisation des Nations Unies en ait effectivement pris le contrôle, une certaine coopération intergouvernementale entre l'Afrique du Sud et

required. Likewise if an official plane were grounded (as happened in Albania when it was not recognized by the United States) direct dealings would be needed between the government officials of both States. No implication of recognition flows from such dealing (Whiteman, *Digest of International Law*, p. 530 (1963)). It is needless to add examples which cover a wide spectrum of relations. A similar note of caution needs to be sounded with respect to the first part of operative clause 2.

It will be observed that the statement that States Members of the United Nations are under obligation to recognize the illegality of South Africa's presence in Namibia and "the invalidity of its *acts* on behalf of or concerning Namibia" is a less comprehensive formulation than the specific language of Security Council resolution 276 (1970) which speaks of *all* acts.

This is consistent with the reasoning of the Court in paragraphs 122 and 125.

But in my opinion the matter does not stop there. The legal consequences flowing from a determination of the illegal occupation of Namibia do not necessarily entail the automatic application of a doctrine of nullity.

As Lauterpacht has indicated the maxim *ex injuria jus non oritur* is not so severe as to deny that any source of right whatever can accrue to third persons acting in good faith [1]. Were it otherwise the general interest in the security of transactions would be too greatly invaded and the cause of minimizing needless hardship and friction would be hindered rather than helped.

This was in fact conceded by the representative of the Secretary-General when, in answer to a question put by a judge, he declared that the Secretary-General "had not considered that he was enunciating a doctrine of 'absolute nullity' " (C.R. 71/18, p. 20).

A detailed specification of the particular acts which may or may not be compatible with South Africa's illegal presence in Namibia cannot be determined in advance since they depend on numerous factors including not only the interests of contracting parties who acted in good faith but the immediate and future welfare of the inhabitants of Namibia.

* * *

I shall conclude on another note. It is true, of course, that prior to the termination of the Mandate by the General Assembly there had never been a judicial determination that this was legally permissible. Further-

[1] Lauterpacht, *Recognition in International Law* (1947), p. 420.

d'autres Etats pourrait fort bien devenir nécessaire. De même, si un avion officiel devait faire un atterrissage forcé (comme cela s'est produit en Albanie alors que ce pays n'était pas reconnu par les Etats-Unis), il faudrait bien que certaines relations directes s'établissent entre les représentants officiels des deux Etats intéressés. Nulle reconnaissance implicite ne découle de pareilles relations (Whiteman, *Digest of International Law*, p. 530 (1963)). Il est inutile d'invoquer ici d'autres exemples s'appliquant à toute une gamme de relations.

Il convient de formuler la même mise en garde en ce qui concerne la première partie de la clause 2 du dispositif.

On notera que la disposition selon laquelle les Etats Membres des Nations Unies ont l'obligation de reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et « le défaut de validité des *mesures* prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne » est moins générale que la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité qui vise « *toutes* les mesures ».

Cette formulation est conforme au raisonnement présenté par la Cour aux paragraphes 122 et 125.

A mon avis, cependant, cela n'épuise pas la question. Les conséquences juridiques de la constatation de l'illégalité de l'occupation de la Namibie ne comportent pas forcément une application automatique d'une doctrine de la nullité.

Lauterpacht a écrit [1] que la maxime *ex injuria jus non oritur* n'est pas stricte au point d'ôter à des tiers agissant de bonne foi toute possibilité d'acquérir des droits. S'il en allait autrement, l'intérêt général à la sécurité des transactions en souffrirait beaucoup trop et l'on gênerait les efforts visant à réduire les difficultés et frictions inutiles au lieu de soutenir ces efforts.

C'est ce qu'a reconnu en fait le représentant du Secrétaire général des Nations Unies quand, répondant à une question posée par un juge, il a déclaré que le Secrétaire général « n'a pas pensé exposer une théorie de « la nullité absolue » (audience du 8 mars 1971).

Il n'est pas possible de spécifier d'avance quels actes peuvent être ou ne pas être compatibles avec la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, puisque cela dépend de nombreux facteurs, y compris non seulement l'intérêt de cocontractants ayant agi de bonne foi mais aussi le bien-être présent et futur des habitants de la Namibie.

* * *

Je conclurai sur une autre note. Il est assurément vrai qu'avant que l'Assemblée générale eût mis fin au mandat, il n'avait jamais été judiciairement établi que la chose fût possible en droit. Il est non moins exact que

[1] Lauterpacht, *Recognition in International Law* (1947), p. 420.

more, it is accurate to say the General Assembly in the exercise of its supervisory powers did not calmly and rationally analyse the extent of those powers under the grant of authority accorded by the San Francisco formula (a point made by Professor Katz in his characteristically thoughtful book on the *Relevance of International Adjudication* (1968), pp. 69-123). The point is troublesome but it is not conclusive.

Law and what is legally permitted may be determined by what a court decides, but they are not only what a court decides. Law "goes on" every day without adjudication of any kind. In answer to a question put by a judge in the oral proceedings (C.R. 71/19, p. 23), Counsel for the United States, in a written reply received in the Registry on 18 March 1971, declared:

> "The fact that in the international as opposed to a municipal legal system the other party cannot be assured of bringing a case involving material breach before an international tribunal except where both parties have accepted the compulsory jurisdiction of an international tribunal is a problem relating to the efficacy of international law and institutions generally and not especially to the problem of the material breach doctrine."

It is part of the weakness of the international legal order that compulsory jurisdiction to decide legal issues is not part of the system. To say this is not to say that decisions taken by States in conformity with their good faith understanding of what international law either requires or permits are outside a legal frame of reference even if another State objects and despite the absence of adjudication.

General Assembly resolution 2145 (XXI) was a political decision with far reaching practical implications. But it was not an arbitrary exercise of political power outside a legal frame of reference. Its endowment of supervisory power over the Mandate had been confirmed by the jurisprudence of this Court and the scope of that power, as indicated in the Opinion, included the power ultimately to terminate for material breach.

The legal issues involved in this proceeding were not simple or easily resolved. Indeed they were resolved only after hearings and deliberations extending over a period of many months. It should be added that the great learning and consummate skill brought to bear on the issues by the representatives of South Africa were in the highest tradition of the legal profession.

It may be hoped and expected that South Africa, as a great nation, will respect the judicial pronouncement of this Court and the almost unanimously held view in the United Nations that its administration of

l'Assemblée générale, dans l'exercice de ses pouvoirs de surveillance, n'a pas posément et rationnellement analysé l'étendue des pouvoirs qui lui ont été attribués par application de la formule de San Francisco (ce que relève le professeur Katz, avec son acuité habituelle, dans son ouvrage *Relevance of International Adjudication* (1968, p. 69-123)). Le fait est gênant mais on ne peut guère en tirer de conclusion.

Le droit et ce qui est permis en droit, c'est peut-être bien ce qu'un tribunal décide, mais ce n'est pas seulement cela. Le droit est constamment « en marche », même sans décision judiciaire d'aucune sorte. Répondant à une question que lui avait posée un juge au cours de la procédure orale (audience du 9 mars 1971), le conseil des Etats-Unis d'Amérique a déclaré ce qui suit, dans une réponse écrite parvenue au Greffe le 18 mars 1971 :

> « Que, dans le système juridique international, contrairement à ce qui se passe en droit interne, la partie lésée ne puisse pas toujours porter une affaire impliquant une violation substantielle devant un tribunal international, sauf lorsque les deux parties en cause ont accepté la juridiction obligatoire d'un tel tribunal, c'est là un problème qui concerne l'efficacité du droit international et des institutions internationales en général et pas particulièrement la doctrine relative à la violation substantielle. »

La faiblesse de l'ordre juridique international tient en partie à ce que le système n'impose pas l'obligation de soumettre les questions juridiques au règlement judiciaire. Cela ne veut pas dire que les décisions des Etats, interprétant de bonne foi ce que permet ou exige le droit international, sortent de tout cadre juridique, et cela même si un autre Etat élève une objection et en l'absence de règlement judiciaire.

La résolution 2145 de l'Assemblée générale est une décision politique d'une très grande portée pratique. Elle ne représente cependant pas l'exercice arbitraire d'un pouvoir politique en dehors de toute référence au droit. Que l'Assemblée générale ait été habilitée à surveiller l'administration du mandat est un fait qui a été confirmé par la jurisprudence de la Cour et, comme il ressort de l'avis, les pouvoirs de surveillance comportaient en dernière analyse celui de mettre fin au mandat en cas de violation substantielle.

Les problèmes juridiques que posait la présente procédure n'étaient ni simples ni faciles à résoudre. En réalité, ils n'ont pu être résolus qu'après des audiences et délibérations qui se sont prolongées bien des mois. Il convient de dire ici que par leurs vastes connaissances et par leur habileté consommée dans l'examen de ces problèmes les représentants de l'Afrique du Sud se sont montrés dignes des plus hautes traditions de la profession juridique.

Il y a lieu d'espérer — et même de compter fermement — que l'Afrique du Sud, qui est une grande nation, respectera le prononcé judiciaire de la Cour et l'opinion presque unanime des Nations Unies suivant laquelle

Namibia must come to an end. It may be hoped, also, that in the delicate and difficult era that lies ahead, especially in the period of transition, a spirit of mutual good will may, in time, displace one based on mutual misunderstanding.

(Signed) Hardy C. DILLARD.

---

l'administration sud-africaine en Namibie doit prendre fin. Il faut espérer aussi que, dans les moments délicats et difficiles que l'avenir réserve, et en particulier pendant la période de transition, un esprit de bonne volonté réciproque pourra, le moment venu, se substituer à l'esprit d'incompréhension.

(Signé) Hardy C. DILLARD.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. DE CASTRO

Tout en acceptant pleinement le dispositif de l'avis et les motifs sur lesquels il est fondé, je me permets d'utiliser la faculté accordée par l'article 57 du Statut pour exposer plus en détail les raisons juridiques qui ont déterminé mon vote.

I. Point préliminaire: compétence de la Cour

A. La requête porte-t-elle sur une question juridique?

L'article 65 du Statut dit: « La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique ». En conséquence, la Cour ne peut donner un avis sur une question non juridique et doit le refuser sur une question purement politique.

En revanche, la Cour ne peut pas se refuser à donner un avis d'une manière arbitraire; elle peut seulement le faire « si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles doivent la déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72). Il convient de rappeler que, quand la Cour reçoit une demande d'avis, sa réponse « constitue une participation de la Cour, elle-même « organe des Nations Unies », à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée » (*ibid.*, p. 71).

Le refus de rendre un avis est admissible seulement si la question posée à la Cour est essentiellement politique ou non juridique, car ce qui est décisif, semble-t-il, c'est l'élément positif de juridicité et non l'élément négatif constitué par les motivations politiques. Il est difficile que les demandes d'avis de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité, étant donné le caractère de ces organes des Nations Unies, ne touchent pas à des questions d'ordre politique, et cela « par la nature des choses » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 155).

La requête pour avis consultatif (résolution 284 du Conseil de sécurité en date du 29 juillet 1970) soumet à la Cour la question des conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. On est donc devant une question de nature purement juridique et la Cour n'a pas à tenir compte de ses motivations politiques possibles (*C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61). Il est vrai que la question posée concerne un cas

SEPARATE OPINION OF JUDGE DE CASTRO

[Translation]

While I fully concur in the operative part of the Advisory Opinion and in the reasoning upon which it is based, I venture to exercise the faculty conferred by Article 57 of the Statute in order to set forth in greater detail the legal reasons which decided my vote.

I. Preliminary Issue: the Competence of the Court

A. Does the Request for an Opinion Relate to a Legal Question?

Article 65 of the Statute states that "the Court may give an advisory opinion on any legal question . . .". Consequently, the Court may not give an opinion on a non-legal question, and should decline to give one on a purely political question.

On the other hand, the Court cannot arbitrarily refuse to give an opinion; it can only do so if "the circumstances of the case are of such a character as should lead it to decline to answer the Request" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 72). It should be borne in mind that when the Court is requested to give an opinion "the reply of the Court, itself an 'organ of the United Nations', represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused" (*ibid.*, p. 71).

Refusal to give an opinion is admissible only if the question addressed to the Court is essentially political or non-legal, for it would seem that the determining factor is the positive one of "legal-ness", and not the negative one of political motivation. It would be difficult for requests emanating from the General Assembly or the Security Council, in view of the nature of those organs of the United Nations, not to relate to political questions: that is "in the nature of things" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 155).

The present request for an advisory opinion (Security Council resolution 284 of 29 July 1970) lays before the Court the question of the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council resolution 276 (1970). The Court is thus faced with a question of a purely legal nature and does not have to take into account the possible underlying political motivations (*I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 61). It is true that the question put relates

particulier mais on ne doit pas oublier que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander un avis « sur toute question juridique », c'est-à-dire aussi sur des cas qui touchent les intérêts d'Etats déterminés ou certaines situations concrètes. (Il en a été ainsi non seulement dans les trois avis sur le Sud-Ouest africain, mais aussi dans les avis concernant l'*Interprétation des traités de paix*, l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, la *Composition du Comité de sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime* et même les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.)

Que la question porte sur les conséquences juridiques pour les Etats ne prive pas la demande de son caractère juridique et de son intérêt pour les Nations Unies. Elle fait référence à la conduite qu'on peut espérer en droit des Etats, ou que le Conseil peut le cas échéant exiger.

B. Y a-t-il un différend entre Etats?

a) *Juridiction de la Cour*

1. On a nié la *compétence de la Cour* parce qu'il y avait un différend entre Etats, et affirmé l'existence d'une question préliminaire.

A ce propos il est peut-être utile de rappeler quelques notions élémentaires.

La Cour est ici devant deux interrogations — *préliminaire* sur sa compétence, *préalable* sur la procédure à suivre — qui ont un point commun, l'existence ou inexistence d'un différend ou d'une question juridique pendante entre Etats. Aucune des deux ne se pose *s'il n'y a pas* de différend ou de question pendante.

2. Dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* (*C.P.J.I. série B n° 5*, p. 29), la Cour permanente de Justice internationale s'est déclarée incompétente, l'affaire ayant pour objet un différend entre Etats, ce qui est le propre d'une procédure contentieuse.

La décision de la Cour s'explique par les circonstances bien connues de l'espèce.

La Cour s'est trouvée devant une difficulté insurmontable. Pour donner son opinion, elle avait besoin de connaître la vérité des faits contestés, ce qui n'était pas possible en l'absence de l'une des parties.

Une autre difficulté, de caractère général, résidait dans les règles de procédure en vigueur à l'époque. A la date de l'avis (23 juillet 1923), le Règlement de la Cour n'offrait pas aux Etats de garanties suffisantes quand un avis était requis sur un différend né entre deux ou plusieurs Etats. Ce n'est que par la revision de l'article 71 du Règlement en 1927 et l'adjonction d'un deuxième alinéa à cette disposition que la désignation

to a particular issue, but it must not be forgotten that the General Assembly and the Security Council can request an opinion "on any legal question", including therefore matters which concern the interests of particular States or certain concrete situations. (This was so in the case not only of the three Opinions relating to South West Africa, but also of the Opinions relating to *Interpretation of Peace Treaties*, *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, and even that relating to *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.)

The fact that the subject-matter of the question is the legal consequences for States does not deprive the request of its legal nature or make it any less the business of the United Nations. It relates to the conduct which may be expected of States in law, or which the Security Council may if need be require.

B. Does the Question Relate to a Dispute Between States?

(a) *The Jurisdiction of the Court*

1. The *competence of the Court* has been denied because of the alleged existence of a dispute between States, and it has been asserted that a preliminary question exists.

In this connection it may be as well to recall a few elementary notions.

The Court is here confronted with two problems—a *preliminary* one as to its competence and another, *in limine*, concerning the procedure to be followed—which have a point in common: the existence or non-existence of a dispute or legal question pending between States. Neither arises *if there is no* dispute or pending question.

2. In its Advisory Opinion on the *Status of Eastern Carelia* (*P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 29) the Permanent Court of International Justice declared itself incompetent, as the question put to it concerned a dispute between States, this being properly a matter for contentious proceedings.

This decision can be explained by the circumstances of the case, which are well known.

The Court was faced with an insuperable difficulty. To give its opinion it needed to know the truth about the facts contested, which was not possible in the absence of one of the parties.

Another difficulty, of a general nature, lay in the rules of procedure in force at the time. On the date of the Advisory Opinion (23 July 1923) the Rules of Court did not offer States adequate safeguards in the event of a request for an advisory opinion on an existing dispute between two or more States. It was not until a paragraph had been added in 1927 to what was then Article 71 of the Rules that the appointment of judges

de juges *ad hoc* a été admise lorsque l'avis était demandé sur une question relative à un différend né entre deux ou plusieurs Etats. C'est seulement en 1929, lors de la revision du Statut, qu'un nouveau pas a été franchi avec l'adoption de l'article 68, encore en vigueur aujourd'hui, permettant à la Cour de s'inspirer des dispositions du Statut qui s'appliquent en matière contentieuse.

Avec ces règles s'est ouverte la voie des avis donnés en matière quasi contentieuse. En effet, après l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale*, plusieurs autres ont été rendus par la Cour permanente sur des questions juridiques pendantes entre Etats [1].

L'abandon du précédent constitué par l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale* s'est trouvé confirmé avec la nouvelle Cour, et cela pour une double raison.

D'une part, la situation constitutionnelle ou organique de la Cour a changé. La Cour permanente ne faisait pas techniquement partie de la Société des Nations. La Cour internationale de Justice est à la fois une création de la Charte et un organe des Nations Unies (art. 92 de la Charte; art. 1er du Statut) [2]. La Cour a le devoir de coopérer avec l'Assemblée et le Conseil de sécurité, comme organes de la même organisation.

> « Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.)

Comme dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, la Cour peut dire: « Dans le cas actuel, la Cour se trouve en présence d'une demande d'avis qui ne tend pas à autre chose qu'à éclairer » un organe des Nations Unies (*ibid.*, p. 72). C'est donc aussi parce que, la réponse n'ayant qu'un caractère consultatif, sa force est bien différente de celle d'un arrêt qui met fin à un procès contentieux que le précédent de 1923 a été écarté (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71).

D'autre part et surtout, on peut considérer comme périmée la doctrine énoncée dans l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale* en raison du libellé des articles 82 et 83 du Règlement de la Cour. La Cour doit rechercher si la demande d'avis a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats (art. 82); elle doit le faire, non pour déclarer son incompétence, mais pour tenir compte de cet élément

[1] Voir Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 496.

[2] Sur ces questions, voir l'excellent exposé du représentant du Royaume-Uni, 2 mars 1950, *C.I.J. Mémoires, Interprétation des traités de paix*, p. 305-306. Voir aussi l'exposé du représentant des Etats-Unis, *ibid.*, p. 276; il signale le nouveau membre de phrase introduit dans le texte du Statut de la Cour internationale de Justice (« ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte »).

ad hoc was permitted when an advisory opinion had been sought on a question relating to an existing dispute between two or more States. And only in 1929, when the Statute was amended, was the further step taken of adopting Article 68, still in force, whereby the Court may in advisory proceedings be guided by the provisions of the Statute which apply in contentious cases.

These rules opened the way to the giving of advisory opinions on quasi-contentious matters. After the Opinion on the *Status of Eastern Carelia*, the Permanent Court did indeed give several on legal questions pending between States [1].

The abandonment of the precedent comprised in the Opinion on the *Status of Eastern Carelia* has been confirmed by the International Court of Justice, for two reasons:

In the first place, the constitutional or organic position of the Court has changed. Technically speaking, the Permanent Court was not a part of the League of Nations. But the International Court of Justice is both a creation of the Charter and an organ of the United Nations (Art. 92 of the Charter; Art. 1 of the Statute) [2]. The Court has the duty to co-operate with the General Assembly and the Security Council, as organs of the same Organization:

> "It follows that no State, whether a Member of the United Nations or not, can prevent the giving of an Advisory Opinion which the United Nations considers to be desirable in order to obtain enlightenment as to the course of action it should take." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 71.)

As in *Interpretation of Peace Treaties*, the Court can now say: "In the present case the Court is dealing with a Request for an Opinion, the sole object of which is to enlighten [an organ of the United Nations] (*ibid.*, p. 72.) Hence it is also because the Court's decision, being of a purely advisory nature, has a very different force from that of a judgment disposing of a contentious case that the 1923 precedent has been disregarded (*ibid.*, p. 71).

Above all, the doctrine of the Advisory Opinion on the *Status of Eastern Carelia* can be considered as outworn in view of the terms of Articles 82 and 83 of the Rules of Court. The Court has to consider whether the request for advisory opinion relates to a legal question actually pending between two or more States (Art. 82), and this it has to do, not in case it should declare its lack of jurisdiction, but in order to take that

---

[1] See Hudson, *The Permanent Court of International Justice (1920-1942)*, p. 496.

[2] Cf. the excellent treatment of these questions in the oral statement made on behalf of the British Government on 2 March 1950 (*I.C.J. Pleadings, Interpretation of Peace Treaties*, pp. 305 f.). See also the statement on behalf of the United States, in which attention is drawn to the new phrase inserted in the Statute of the International Court: "and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations" (*ibid.*, p. 276).

dans la procédure à suivre et dans l'application des règles sur les juges *ad hoc* (art. 83). On ne peut donc indiquer plus clairement que la Cour a compétence en ce qui concerne une demande d'avis ayant trait une à question actuellement pendante entre Etats (*You could hardly have it put more strongly than that*, exposé du représentant du Royaume-Uni mentionné ci-dessus, *loc. cit.*, p. 308).

On comprend bien les soucis des défenseurs acharnés de l'intangibilité de la souveraineté des Etats, en face de l'abandon de la doctrine énoncée dans l'avis sur le *Statut de la Carélie orientale*. Mais comme le juge Azevedo le reconnaît dans une opinion individuelle, le Règlement en vigueur impose cette solution et c'est pourquoi il demande l'abrogation des articles 82 et 83 du Règlement (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 86 et 87).

3. La Cour *peut (may)* donner un avis (art. 65 du Statut); donc elle *peut* ne pas le donner. Mais, comme organe des Nations Unies (art. 92 de la Charte), elle *doit* collaborer avec les autres organes des Nations Unies. Dans quelle hypothèse la Cour n'a-t-elle pas compétence pour donner un avis? Il semble que ce soit dans le cas d'une question ne méritant pas la qualification de « question juridique ».

Le Conseil de sécurité requiert un avis, parce qu'il « serait utile au Conseil de sécurité pour continuer à examiner la question de Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil » (résolution 284 (1970)). La Cour, comme organe judiciaire des Nations Unies, ne doit donc pas refuser cette collaboration.

4. La situation de la Cour, en tant qu'organe *judiciaire* principal des Nations Unies, a pu entraîner des confusions et amener à croire que toutes ses fonctions sont d'ordre purement juridictionnel ou contentieux. Mais, dans la procédure consultative, même relative à des questions pendantes entre Etats, il n'y a pas de parties — il y a des Etats ou organisations qui informent la Cour, par des communications écrites et orales (art. 66 du Statut). De plus, les avis n'ont pas force obligatoire pour les organes ou organisations qui les demandent, ni pour les Etats et organisations qui informent la Cour.

Un organe peut avoir des fonctions de nature différente, consultative et contentieuse; c'est le cas par exemple d'un conseil d'Etat, d'une cour arbitrale ou d'un tribunal.

La Cour garde en tout cas la haute dignité qu'elle tient de sa constitution et de son indépendance, et son autorité ne peut jamais être comparée à celle d'un consultant ou conseiller juridique; elle doit rester fidèle à son caractère judiciaire.

L'autorité des avis n'est pas moindre que celle des arrêts. Il y a certes une différence, qui tient à la *vis re judicata* des arrêts, mais elle est limitée aux parties au litige (*vis relativa*, art. 59 du Statut).

Au contraire, les motifs des arrêts (art. 56 du Statut), comme ceux des avis, sont considérés *dicta prudentium*, et leur force comme source du

factor into account in the procedure to be followed and with respect to the applicability of the rules concerning judges *ad hoc* (Art. 83). There could thus be no clearer indication that the Court is competent to deal with a request for advisory opinion relating to a question actually pending between States ("You could hardly have put it more strongly than that"—statement on behalf of the British Government, *I.C.J. Pleadings, Interpretation of Peace Treaties*, p. 308).

It is easy to comprehend the concern felt by zealous defenders of untouchable State sovereignty at the abandonment of the doctrine enunciated in the Advisory Opinion on the *Status of Eastern Carelia.* But, as Judge Azevedo recognized in a separate opinion, the present Rules in force admit of no other solution, which is why he asked for the abrogation of Articles 82 and 83 (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 86 f.).

3. The Court *may* give an opinion (Statute, Art. 65), therefore it *may* decline to give one. But, as an organ of the United Nations (Charter, Art. 92), it has a *duty* to collaborate with the other organs of the United Nations. In what circumstances is the Court incompetent to give an opinion? It would seem that it is in the case of a question not meriting the description of "legal question".

The Security Council has requested an opinion because it "would be useful for the Security Council in its further consideration of the question of Namibia and in furtherance of the objectives the Council is seeking" (resolution 284 (1970)). The Court, as a judicial organ of the United Nations, should therefore not refuse its collaboration.

4. The position of the Court, as the principal *judicial* organ of the United Nations, may have led to misunderstanding and given rise to the belief that all its functions are of a purely judicative or contentious nature. But in advisory proceedings, even when they relate to questions pending between States, there are no parties—there are States or organizations which provide the Court with information, by means of written or oral communications (Statute, Art. 66). Moreover, advisory opinions are not endowed with binding force, either for the requesting organ or organization, or for the States and organizations which provide information.

An organ may have functions of different kinds, both advisory and contentious; such, for example, is the case of a Council of State, a court of arbitration or a tribunal.

But in all circumstances the Court retains the elevated dignity deriving from its constitutional status and independence, and its authority may never be compared to that of a legal consultant or advisor; it must remain faithful to its judicial character.

Its advisory opinions do not carry less authority than its judgments. There is, to be sure, a difference, stemming from the *vis re judicata* of the judgments, but this is limited to the parties to the dispute (*vis relativa*: Statute, Art. 59).

On the other hand, the reasons on which judgments are based (Statute, Art. 56) are considered to constitute *dicta prudentium*, and their force as a

droit (art. 38 du Statut) dérive *non* d'un pouvoir hiérarchique *(tantum valet auctoritas quantum valet ratio)*, mais de la valeur des raisonnements *(non ratione imperii, sed rationis imperio)*.

La différence essentielle entre arrêts et avis réside dans la force obligatoire des premiers (art. 94 de la Charte) et c'est à cause d'elle qu'on a établi le caractère volontaire de la juridiction de la Cour (art. 36 du Statut) et limité l'effet des arrêts aux parties et aux cas particuliers décidés (art. 59 du Statut). Mais, comme les motifs d'un arrêt, le raisonnement et le dispositif d'un avis ont ou peuvent avoir une autorité générale, même envers des Etats qui n'ont pas participé à l'affaire, de sorte que les uns et les autres peuvent contribuer à la création de nouvelles règles du droit international (art. 38 1 *d)* du Statut).

Pour ces raisons le caractère volontaire de la juridiction ne joue pas en ce qui concerne les avis consultatifs.

5. S'agissant d'une demande d'avis, y a-t-il un différend ou une question juridique pendante entre Etats?

Il importe de répondre à cette interrogation, pour pouvoir répondre à d'autres questions.

a) S'il n'y a pas de question pendante, tout doute sur la compétence de la Cour, sur la base de l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* est dissipé.

b) L'existence ou inexistence d'une question pendante entre Etats doit être considérée avant tout, pour que, dans l'affirmative, on détermine les règles de la procédure contentieuse applicables et spécialement celles qui pourvoient à l'application de l'article 31 du Statut.

Il y a en effet une relation très étroite entre la tâche de la Cour qui consiste à déterminer la nature de la question posée dans la demande d'avis et la tâche qui consiste à se prononcer sur une demande de nomination de juge *ad hoc*.

On ne peut certainement pas prendre une décision sur l'application de l'article 31 avant de préciser s'il y a ou non une question juridique pendante entre Etats. C'est ce qu'exigent la lettre de l'article 82 du Règlement et le bon sens. La situation des juges soumis à une condition résolutoire serait surprenante.

6. Pour qu'il y ait un différend ou une question juridique entre Etats, de telle sorte que la Cour déclare son incompétence (art. 65 du Statut, doctrine énoncée dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*) ou bien applique par analogie les dispositions concernant la procédure contentieuse (art. 82 et 83 du Règlement; art. 68 du Statut), il faut que la question ou le différend puisse par nature relever du contentieux, qu'il soit apte à tomber sous la juridiction de la Cour, qu'on puisse lui appliquer le chapitre II du Statut et qu'il puisse être tranché par un arrêt.

source of law (Statute, Art. 38) derives *not* from any hierarchic power *(tantum valet auctoritas quantum valet ratio)* but from the validity of the reasoning *(non ratione imperio, sed rationis imperio)*.

The essential differences between judgments and advisory opinions lies in the binding force of the former (Charter, Art. 94) and it is on that account that the Court's jurisdiction was established on a voluntary basis (Statute, Art. 36) and the effect of judgments limited to the parties and the particular case (Statute, Art. 59). However, like the reasons on which a judgment is based, the reasoning and operative part of an advisory opinion are, at least potentially, clothed with a general authority, even vis-à-vis States which have not participated in the proceedings, and may therefore contribute to the formation of new rules of international law (Statute, Art. 38, para. 1 *(d)*).

For these reasons, the voluntary nature of the Court's jurisdiction does not operate where advisory opinions are concerned.

5. A request having been made for an advisory opinion, does it relate to a dispute or legal question pending between States?

It is important to settle this point, in order to be in a position to settle others.

(a) If there is no question pending, all doubt as to the Court's competence on the basis of the *Status of Eastern Carelia* case is removed.

(b) The existence or non-existence of a question pending between States has to be considered first and foremost in order that, in the affirmative, it may be possible to determine the rules of contentious procedure applicable, and more particularly those providing for the application of Article 31 of the Statute.

For there is a very close relation between the Court's task of determining the nature of the question put by the request for advisory opinion, and the task of deciding whether any request for the appointment of a judge *ad hoc* shall be granted.

It is evident that no decision as to the applicability of Article 31 of the Statute can be taken before it has been ascertained whether the request for an opinion relates to a legal question pending between States. That is what the letter of Article 82 of the Rules requires, and also common sense: it would be most incongruous for the position of any judge to be subject to a built-in risk of invalidation.

6. For there to exist a dispute or legal question between States with the effect of causing the Court either to declare itself incompetent (Statute, Art. 65; *Status of Eastern Carelia* doctrine) or to apply by analogy the provisions which apply to contentious proceedings (Rules, Arts. 82 and 83; Statute, Art. 68), the question or dispute must be of a potentially contentious nature and inherently amenable to the Court's jurisdiction, so that it could have Chapter II of the Statute applied to it and be decided by a judgment.

b) *Procédure à suivre*

La Cour recherche avant tout si la demande d'avis a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats (art. 82 du Règlement) pour déterminer la procédure à suivre (art. 83 du Règlement; art. 68 du Statut).

Pour qu'il existe une question juridique pendante entre Etats comme pour qu'un différend soit pendant, il faut une identité entre l'objet de la question et l'objet de la demande d'avis; il faut des Etats qui aient la qualité de parties, et il faut que la question soit actuellement pendante.

1. L'Afrique du Sud a défini de plusieurs manières l'objet de la question pendante. Il s'agit, a-t-on dit, de ce sur quoi les arrêts de 1962 et 1966 ont porté (question de l'*apartheid* et existence de normes et standards le condamnant). On a dit aussi que, pour répondre à la demande d'avis, la Cour doit se prononcer sur la validité et sur l'interprétation des résolutions, à propos desquelles l'Afrique du Sud et d'autres Etats ont des opinions divergentes. Enfin, on a signalé l'existence d'un différend sur l'adhésion de l'Afrique du Sud à la convention internationale des télécommunications adoptée à Montreux en 1965.

Il faut faire un effort d'imagination pour voir quelque ressemblance entre ces questions et celle qui est l'objet de la demande d'avis et qui a trait seulement aux conséquences juridiques pour les Etats de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité.

2. Les observations de l'Afrique du Sud trouvent un autre obstacle juridique dans l'indétermination des autres Etats et le fait qu'ils n'ont pas qualité de parties.

Entre l'Afrique du Sud et qui une question est-elle pendante? Selon les occasions, ce sera le Libéria et l'Ethiopie, l'Organisation de l'unité africaine, les Etats qui ont voté en faveur des résolutions, les Nations Unies.

Comment expliquer l'existence d'une question de nature quasi contentieuse, à laquelle l'article 83 du Règlement puisse s'appliquer? Comment expliquer que ces Etats ou organisations aient la qualité de parties opposées à l'Afrique du Sud? Dans ses observations, l'Afrique du Sud a tâché de le faire en invoquant la doctrine de l'arrêt de 1962 sur les affaires du *Sud-Ouest africain* (discussions et négociations aux Nations Unies), mais on doit noter que la qualité de l'Ethiopie et du Libéria est fondée sur la règle spéciale de l'article 7 du mandat, et que cette clause juridictionnelle jouait en faveur des Membres de la Société des Nations. On doit surtout tenir compte de la doctrine de l'arrêt de 1966 relatif aux affaires du *Sud-Ouest africain*. Pour être partie à un différend, chaque Etat doit avoir un droit ou intérêt juridique quant à l'objet de la demande, « ce qui diffère d'un intérêt politique » (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 22). Dans l'opinion individuelle de M. Morelli, il est précisé: « Par qualité on n'entend pas autre chose ... que l'appartenance à un sujet plutôt qu'à un autre sujet du droit substantiel invoqué dans le procès » (*ibid.*, p. 65).

(b) *Procedure to Be Followed*

The Court "shall above all consider whether the request for the advisory opinion relates to a legal question actually pending between two or more States" (Rules, Art. 82) in order to determine the procedure to be followed (Rules, Art. 83; Statute, Art. 68).

For the request to relate to a legal question pending between States, or to a pending dispute, there must be identity of subject-matter between the question and the request for opinion; there must be States in the position of parties, and the question must be actually pending.

1. South Africa has defined the subject-matter of the question pending in several ways. It has been said that it is that to which the Judgments of 1962 and 1966 were directed (question of *apartheid*, and the existence of norms and standards whereby that policy would stand condemned). It has also been said that in order to reply to the request for advisory opinion the Court must pronounce on the validity and interpretation of these resolutions concerning which there is a divergence of views between South Africa and other States. Finally it has been pointed out that there exists a dispute as to South Africa's accession to the International Convention on Telecommunications adopted at Montreux in 1965.

A certain effort of the imagination is necessary to see any resemblance between these questions and that which is the subject of the request for advisory opinion, which relates only to the legal consequences for States of Security Council resolution 276 (1970).

2. A further legal obstacle to the contentions of South Africa lies in the difficulty of particularizing the other States and the fact that they are not in the position of parties.

Between South Africa and whom is a question pending? The answer runs, according to the occasion: Liberia and Ethiopia, the Organization of African Unity, the States which voted in favour of certain resolutions, or the United Nations.

How can it be argued that there is here a question of a quasi-contentious nature, to which Article 83 of the Rules could apply? How can it be argued that these States or Organizations are in the position of opposing parties with regard to South Africa? In its observations South Africa endeavoured to do so by relying on the doctrine of the 1962 Judgment in the *South West Africa* cases (discussions and negotiations in the United Nations), but it should be observed that the standing of Ethiopia and Liberia as parties was based upon the special provision of Article 7 of the Mandate, and that this jurisdictional clause operated in favour of Members of the League of Nations. Above all, the doctrine of the 1966 Judgment in the *South West Africa* cases should be taken into account. To be a party to a dispute, each State must have a legal right or interest in the subject-matter of the claim "which is a different thing from a political interest" (*I.C.J. Reports 1966*, p. 22). In the separate opinion of Judge Morelli it is explained that: ". . . standing . . . means the possession by one person rather than another of the substantive right relied on in the proceedings" (*ibid.*, p. 65).

Comme on voit, il n'y a pas d'autre Etat ayant la situation juridique de partie, avec lequel l'Afrique du Sud ait une question juridique pendante au sens de l'article 82 du Règlement.

D'autre part, on ne peut pas concevoir qu'il puisse exister une question ou un différend entre les Etats qui ont voté une résolution et un Etat qui nie sa validité. En droit public et privé, une résolution adoptée par la majorité des membres d'une organisation est considérée comme une résolution de cette organisation, et si un membre désire contester sa validité, il doit s'adresser à l'organisation, et ne peut pas, à cet effet, s'adresser aux autres membres. Dans cette affaire, s'il y a une question pendante, ce sera entre l'Afrique du Sud et les Nations Unies — autrement dit, il n'existera pas de question entre Etats.

Une divergence d'opinions entre Etats aux Nations Unies, une division d'opinions ou une opposition entre majorité et minorité, ne constituent donc pas un différend ou une question juridique pendante entre Etats, au sens des articles 82 et 83 du Règlement. Les organes des Nations Unies demandent des avis quand il y a diversité d'opinions et la fonction principale des avis est d'éclairer les questions discutées, de dissiper des doutes soulevés par l'opposition d'une minorité [1].

Une divergence entre un Etat et l'Organisation des Nations Unies n'est pas un différend ou une question juridique *entre Etats*, seule considérée par les textes juridiques applicables (art. 34 du Statut; art. 82 et 83 du Règlement).

3. La qualification de « pendante » appliquée à une question exige que la question déjà existante soit *la même* que la question objet de la demande d'avis — identité nécessaire qui ferait que, si la question avait été tranchée par un arrêt, on pourrait opposer à une nouvelle demande l'*exceptio res judicata*.

Les questions entre l'Ethiopie et le Libéria d'une part et l'Afrique du Sud de l'autre sont-elles identiques à celle que pose la demande d'avis? Pour qu'une telle identité existe, il faudrait identité de la chose demandée, même cause, même parties agissant en la même qualité (art. 1351 du code civil français), c'est-à-dire, selon la formule classique: *eadem persona, eadem res, eadem causa petendi*.

Dans les affaires contentieuses relatives au *Sud-Ouest africain*, les Parties opposées à l'Afrique du Sud étaient deux Etats, anciens membres de la Société des Nations, agissant en application de l'article 7 du mandat, en raison de l'infraction aux obligations de ce mandat que constitue l'introduction de l'*apartheid* dans le Sud-Ouest africain.

La requête pour avis provient du Conseil de sécurité, comme organe de

[1] Il en a été ainsi dans l'affaire *Certaines dépenses des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1962)*; la Cour a donné son avis sur une question âprement discutée au sein de l'Organisation.

As will be apparent, there is no other State in the legal position of a party, as between which State and South Africa there might be a legal question pending within the meaning of Article 82 of the Rules of Court.

Again, it is inconceivable that there could be a question or dispute between those States which have voted for a resolution and a State which denies validity thereof. In public and in private law, a resolution adopted by the majority of the members of an organization is regarded as a resolution of the organization, and if a member seeks to dispute its validity, it is the organization that he must approach, and he cannot approach the other members for that purpose. In the present case, if there were a pending question, it would be between South Africa and the United Nations—in other words, there would be no question between States.

Thus a difference of views between States at the United Nations, a division of opinion, or opposition between a majority and a minority, does not constitute a dispute or legal question pending between States, within the meaning of Articles 82 and 83 of the Rules of Court. The organs of the United Nations request advisory opinions when there is a diversity of views, and the main function of advisory opinions is to clarify the questions argued over and to dispel the doubts raised by the opposition of a minority [1].

A difference of views between a State and the United Nations is not a dispute or legal question *between States*, the only kind contemplated by the applicable legal texts (Statute, Art. 34; Rules, Arts. 82 and 83).

3. The qualification "pending" applied to a question makes it requisite that the already existing question should be *the same* as the question which is the subject of the request for an opinion—a necessary identity which means that, if the question had been decided by a judgment, an objection of *res judicata* could be raised against any new application by way of request.

Are the questions between Ethiopia and Liberia, on the one hand, and South Africa, on the other, identical with that raised by the request for an advisory opinion? To establish such identity, there would have to be an identity of claim, the same basis of application, and the same parties acting in the same capacity (cf. Art. 1351 of the French Civil Code), i.e., in the classic formula: *eadem persona, eadem res, eadem causa petendi.*

In the contentious cases concerning *South West Africa*, the parties opposing South Africa were two States, former Members of the League of Nations, acting in pursuance of Article 7 of the Mandate on account of the infringement of obligations under that instrument which the introduction of *apartheid* into South West Africa represented.

The request for an advisory opinion has been made by the Security

[1] Such was the case in *Certain Expenses of the United Nations (I.C.J. Reports 1962)*; the Court gave its Opinion on a question concerning which there was bitter controversy within the Organization.

la communauté internationale; il demande à la Cour quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la conduite de l'Afrique du Sud (son maintien en Namibie), contrairement à une de ses résolutions, la résolution 276 (1970).

Cette absence d'identité se retrouve aussi en ce qui concerne les questions préalables que l'Afrique du Sud a soulevées quant à la demande d'avis.

4. S'il n'y a pas identité entre la question objet des arrêts de 1962 et 1966 et celle sur laquelle porte l'actuelle demande d'avis, on ne peut pas se dissimuler que celle-ci a la même nature que la question à laquelle la Cour a répondu dans l'avis de 1950, et coïncide en partie avec son objet.

Invitée à donner son opinion sur le régime juridique du Sud-Ouest africain, sur son *status*, la Cour a dû se prononcer sur le titre juridique de l'Afrique du Sud et sur le titre juridique des Nations Unies à l'égard de ce territoire, et aussi sur les conséquences juridiques pour les Etats de l'existence de ces titres, parce que le *status*, comme les *jura in re* — avec lesquels on le confond —, a une efficacité *inter omnes* ou *erga omnes*.

Demander un avis sur les conséquences pour les Etats de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), c'est une autre manière de demander quel est, en ce moment et dans la présente situation *(hic et nunc)*, après la résolution 276 (1970), le *status* juridique du Sud-Ouest africain. C'est du *status* juridique de ce territoire que découlent des conséquences juridiques pour les Etats et seulement de lui.

Cette coïncidence quant à la nature de l'objet fait que la compétence de la Cour aujourd'hui a le même fondement que dans la procédure de 1950.

C. Les questions de fait

La demande de l'Afrique du Sud tendant à ce que la Cour examine les questions de fait exige que l'on réfléchisse sur la compétence de la Cour à cet égard et sur la pertinence de l'invitation qui lui est adressée.

a) *Compétence de la Cour pour connaître des questions de fait*

i) Vu les termes de la requête pour avis, la demande de l'Afrique du Sud est-elle ou non *ultra vires*? La requête part d'un fait — la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité — et invite la Cour à donner un avis sur les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant ladite résolution. La demande de l'Afrique du Sud a pour but que la Cour admette des moyens de preuve sur *un autre fait*, ou *une autre question*, celle de savoir si l'Afrique du Sud a failli ou non à son obligation de promouvoir le bien-être moral et matériel du Sud-Ouest africain.

Council in its capacity as an organ of the international community, and it has asked the Court what are the legal consequences for States of South Africa's conduct (its continued presence in Namibia) contrary to one of its resolutions: resolution 276 (1970).

This lack of identity is also apparent with respect to the preliminary questions raised by South Africa regarding the request for advisory opinion.

4. While there is no identity between the question which was the subject of the 1962 and 1966 Judgments and that concerned in the present request, there can be no denying that the latter is of the same nature as the question answered by the 1950 Advisory Opinion and partly coincides with it in subject-matter.

Invited to give an opinion on the legal status of South West Africa, the Court found it necessary to make pronouncements on the legal title of South Africa and that of the United Nations in respect of the Territory, and also on the legal consequences for States of the existence of those titles, because a legal status—like the *iura in re* with which it is sometimes confused—is effective *inter omnes* and *erga omnes*.

To request an advisory opinion on the consequences for States of the presence of South Africa in Namibia (South West Africa) is another way of asking what the legal status of South West Africa is here and now, i.e., in the situation prevailing since the adoption of resolution 276 (1970). It is from that Territory's legal status, and from it alone, that the legal consequences for States flow.

The implication of this coincidence of underlying subject-matter is that the competence of the Court has at present the same basis as in the 1950 proceedings.

C. The Factual Issues

South Africa's proposition that the Court should examine factual issues requires some reflection as to the Court's competence in this connection and on the pertinance of the suggestion.

(a) *The Competence of the Court to enter into factual issues*

(i) In view of the terms of the request for advisory opinion is South Africa's proposition a matter *ultra vires*? The request for advisory opinion takes as point of departure a particular fact—resolution 276 (1970) of the Security Council—and seeks the Court's opinion on the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia notwithstanding that resolution. The South African proposition seeks the admission by the Court of evidence regarding *a different fact*, or *a different question*, namely whether or not South Africa has failed to fulfil its obligations to promote the moral and material well-being of South West Africa.

Admettre la demande de l'Afrique du Sud serait donc, semble-t-il, *changer l'objet* même de la requête pour avis; ce serait prier la Cour de donner son avis sur un sujet tout à fait *différent* de celui qu'a sollicité le Conseil de sécurité; en d'autres termes, ce serait admettre quelque chose comme une demande reconventionnelle d'avis ou avis reconventionnel.

On peut se demander si la Cour est fondée à admettre cela, alors que cette invitation émane non pas d'un organe ou d'une institution autorisée par la Charte, mais de l'un des Etats admis à fournir des renseignements. La Cour agirait-elle dans ce cas conformément à la lettre et l'esprit des articles 96 de la Charte et 65 du Statut? La Cour pourrait-elle méconnaître ces dispositions en faisant jouer l'article 68 du Statut? Cela me semble, soit dit avec respect, bien difficile.

ii) Compte tenu des observations de l'Afrique du Sud, la Cour est-elle compétente pour procéder à l'examen des questions de fait?

On sait, et l'Afrique du Sud le rappelle, que selon la Cour permanente «dans des circonstances ordinaires, il serait ... utile que les faits sur lesquels l'avis de la Cour est demandé fussent constants» (*Statut de la Carélie orientale, C.P.J.I. série B n° 5*, p. 28). Au surplus, les avis ont pour objet des questions juridiques (art. 96 de la Charte; art. 65 du Statut) et non des questions portant sur des faits d'*importance primaire*, comme ceux que l'Afrique du Sud voudrait justement qu'on établisse.

b) *Pertinence de l'invitation faite à la Cour de connaître des questions de fait*

i) L'argument de l'Afrique du Sud sur la nécessité d'examiner les questions de fait, et donc, toujours selon elle, l'obligation pour la Cour de déclarer sa propre incompétence, si elle estime indispensable un examen des faits, est le suivant: la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité et la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ont comme fondement le fait que l'Afrique du Sud n'a pas assuré le bien-être moral et matériel des autochtones du Sud-Ouest africain. L'Afrique du Sud conteste ce fait et offre de prouver sa fausseté, la conséquence étant que, si la preuve qu'elle a assuré ce bien-être est faite, les deux résolutions sont dépourvues de fondement et pour cette raison invalides et nulles.

Ce raisonnement serait valide si le seul et unique fondement des résolutions était la conduite de l'Afrique du Sud en ce qui concerne le bien-être des indigènes. Mais il n'en est pas ainsi. Il y a d'autres fondements possibles, aussi importants ou plus importants que la question du bien-être, à la déclaration prononçant la cessation du mandat.

It would therefore seem that the South African proposition, if accepted, would *alter the very subject-matter* of the request for advisory opinion; it would amount to asking the Court to give its opinion on a subject quite *different* from that on which the Security Council seeks guidance; in other words, there would be a danger of recognizing something in the nature of a counter-claim or a request for a "counter-opinion".

It may be doubted that the Court would be entitled to allow any such proposition, when it comes not from an organ or agency authorized by the Charter to request an opinion, but from one of the States permitted to furnish information. In such a case, would the Court be acting in conformity with the letter and spirit of Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute? Could the Court disregard those provisions by giving effect to Article 68 of the Statute? With all respect, I would find that difficult to accept.

(ii) Taking into account the arguments of South Africa, has the Court jurisdiction to proceed to examine factual issues?

It is well known, and South Africa reminds us of it, that, in the words of the Permanent Court, "under ordinary circumstances it is . . . expedient that the facts upon which the opinion of the Court is desired should not be in controversy" (*Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 28). Furthermore, advisory opinions have as their subject-matter legal questions (Art. 96 of the Charter, Art. 65 of the Statute) and not questions concerning facts *of primary importance*—such as those which South Africa wishes to have established.

(b) *Pertinence of the proposition that the Court should enter into factual issues*

(i) The argument of South Africa on the need to go into factual issues, and thus, it would maintain, the duty of the Court to declare its own lack of jurisdiction if it considers that an examination of the facts is indispensable, runs as follows: Security Council resolution 276 (1970) and General Assembly resolution 2145 (XXI) are based on the postulate that South Africa has not ensured the moral and material well-being of the natives of South West Africa. South Africa denies and offers to disprove this, the implication being that, if it be established that South Africa has ensured such well-being, the two resolutions would lack any basis, and would for that reason be invalid and void.

This reasoning would be valid if the sole basis for the resolutions were the conduct of South Africa with regard to the well-being of the natives; but such is not the case. There are other bases, equally important or more important than the question of well-being, which may be said to underlie the declaration of termination of the Mandate.

La résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée souligne que l'Afrique du Sud a refusé de continuer à remplir ses obligations en vertu du mandat, et de reconnaître que l'Organisation des Nations Unies a des pouvoirs de contrôle sur le Sud-Ouest africain, et fait état aussi de ce que l'Afrique du Sud a poursuivi la politique d'*apartheid*, malgré sa condamnation. Ce sont là des faits incontestés et notoires. La résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité réaffirme la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée, et a la même base dans les faits.

C'est une doctrine générale et ferme que, pour déclarer la nullité d'un acte ou d'une concession, comme pour déclarer sa terminaison, une seule cause est suffisante et nécessaire *(ex una causa, nullitas)*; on n'a pas besoin de plusieurs des preuves ou de toutes les preuves mentionnées.

Donc, si la Cour décide de considérer les observations de l'Afrique du Sud sur l'invalidité des résolutions, elle le fera en tenant compte de l'existence des faits incontestés, qui sont le fondement possible de ces résolutions.

ii) Les considérations déjà présentées sur l'inexistence d'une question pendante entre Etats et sur l'objet de la demande d'avis, imposent aussi l'exclusion des questions de fait: c'est en effet l'existence d'une question pendante qui pourrait donner lieu à l'ouverture d'une procédure quasi contentieuse avec production de preuves. Et même dans le cadre d'une telle procédure, il est difficile de voir comment on pourrait remédier à l'absence d'une autre partie et d'un juge instructeur, si l'on veut que la procédure de preuve s'accompagne des garanties nécessaires.

D. La question du plébiscite

La Cour ne doit pas entrer dans des considérations sur le but, les possibilités pratiques et les résultats d'un tel plébiscite; ce sont des aspects politiques hors de la compétence de la Cour.

Mais elle aurait pu signaler immédiatement l'impossibilité procédurale, dans une procédure d'avis consultatif, d'intervenir dans un plébiscite auquel l'Afrique du Sud participerait.

En outre, on peut remarquer le manque de pertinence juridique du plébiscite et de ses résultats pour la réponse à donner à la demande d'avis. Un vote de la population en faveur de l'administration de l'Afrique du Sud ou de celle des Nations Unies[1] n'a pas de signification pour la question posée dans la demande d'avis, et n'en a pas non plus pour ce qui est de décider des problèmes soulevés par l'Afrique du Sud dans ses exposés écrits et oraux.

[1] Il ne s'agit pas d'un plébiscite concernant l'indépendance de la Namibie ou un changement d'administration mais seulement d'un plébiscite à des fins d'information.

General Assembly resolution 2145 (XXI) stressed that South Africa had refused to continue fulfilling its obligations under the Mandate or to recognize that the United Nations had powers of supervision over South West Africa, and also referred to the fact that South Africa had carried on a policy of *apartheid* despite the condemnation thereof. These are well-known and uncontroverted facts. Security Council resolution 276 (1970) reaffirms General Assembly resolution 2145 (XXI), and its factual basis is the same.

It is a matter of established general teaching that for an act or grant to be declared void, or for it to be declared terminated, only one cause is necessary and that single cause sufficient *(ex una causa, nullitas)*; there is no need to establish all or even a multiplicity of the causes adduced.

It follows that, if the Court decides to consider the contentions of South Africa as to the invalidity of the resolutions, it will give due weight to the existence of uncontroverted facts which may serve as a basis for those resolutions.

(ii) The observations already made regarding the non-existence of a question pending between States and the subject-matter of the request for advisory opinion also argue the exclusion of factual issues: for it is the existence of a pending question which could justify the opening of a quasi-contentious procedure, including the production of evidence. But even in such a context it is hard to see how the absence of an opposing party and a *juge instructeur* could be made good, if the procedure for taking evidence is to feature the necessary safeguards.

D. The Question of a Plebiscite

The Court should not concern itself with considerations as to the object, the practical possibilities, and the outcome of such a plebiscite; these are political aspects of the matter which fall outside the competence of the Court.

But it could have drawn immediate attention to the procedural impossibility, in advisory proceedings, of its participating in a plebiscite in which South Africa was also to take part.

It is furthermore apparent that such a plebiscite or its outcome would lack all legal relevance to the Court's reply to the request for an advisory opinion. For the purpose of answering the question put by that request it makes no difference whether the population would vote in favour of administration by South Africa or by the United Nations [1], nor would it possess any significance in the treatment of the problems raised by South Africa in its written and oral statements.

[1] The plebiscite envisaged is not one which would posit the independence of Namibia or a change of administration; it would only be held for the purpose of obtaining information.

II. Antécédents: Questions relatives à la validité des résolutions

A. Compétence de la Cour

La Cour a-t-elle le pouvoir de se prononcer sur l'invalidité ou la nullité des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité? Il est difficile de répondre à la question par oui ou non. On doit tenir compte du jeu de deux principes, qu'on pourrait croire contradictoires.

1. Le principe de la division des pouvoirs. — La Charte a établi trois organes dotés chacun de pouvoirs souverains dans la sphère de sa compétence: Assemblée générale, Conseil de sécurité et Cour internationale de Justice. Les deux premiers ont des facultés analogues à des chambres législatives, la troisième a des pouvoirs judiciaires.

Chacun d'entre eux a le pouvoir d'interpréter les dispositions de la Charte, *verbis et factis*. Cette interprétation doit être respectée par les autres organes, si elle ne touche pas à leur propre compétence. Toute autre solution irait à l'encontre de l'indépendance ou de la souveraineté de chaque organe. Conformément à ce point de vue, la Cour n'a pas les pouvoirs d'une cour constitutionnelle de juger de la validité des résolutions de l'Assemblée et du Conseil [1].

Naturellement elle pourrait le faire si l'Assemblée ou le Conseil demandait d'une manière explicite ou implicite (affaire *Certaines dépenses des Nations Unies*) un avis sur l'interprétation de la Charte et sur la conformité des résolutions avec la Charte.

Ce respect mutuel fait que ni l'Assemblée ni le Conseil ne peuvent déclarer invalide un arrêt de la Cour, même s'il est contraire aux vœux de la majorité desdits organes.

2. Le principe de la juridicité. — La Cour comme organe juridique ne peut pas collaborer à une résolution manifestement nulle, contraire aux règles de la Charte ou aux principes du droit [2].

De plus, la Cour doit agir comme un organe judiciaire, de sorte qu'on ne peut lui assigner aucune limite en ce qui concerne le procédé logique à suivre pour résoudre la question (opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 217).

---

[1] On a dit que tout oblige « d'interpréter d'une façon très restrictive les règles par lesquelles les conditions de validité des actes de l'Organisation sont fixées et, par conséquent, de considérer, dans une large mesure, la non-conformité de l'acte avec la règle de droit comme une simple irrégularité », et aussi que « chaque organe des Nations Unies est juge de sa propre compétence ». Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 223 et 224.

[2] « On pourrait faire l'exemple d'une résolution qui n'aurait pas obtenu la majorité requise ou d'une résolution entachée d'excès de pouvoir évident (telle, notamment, une résolution ayant un objet tout à fait étranger aux buts de l'Organisation). » Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 223.

II. Antecedents: Questions concerning the Validity of Resolutions

A. Competence of the Court

Does the Court have the power to pronounce as to the invalidity or nullity of resolutions of the General Assembly and Security Council?

It is difficult to answer yes or no to this question. The interplay of two principles, which one might have thought contradictory, must be taken into account.

1. The principle of division of powers—the Charter set up three organs, each having sovereign powers in the sphere of its own competence: the General Assembly, the Security Council, and the International Court of Justice. The first two have powers analogous to those of legislative chambers, and the third has judicial powers.

Each of these has the power to interpret the provisions of the Charter *verbis et factis*. Such interpretation must be respected by the other organs providing it does not encroach upon their own jurisdiction. Any other solution would be inconsistent with the independence or sovereignty of each organ. On this view of the matter, the Court does not have the powers of a constitutional court to pass judgment on the validity or the resolutions of the General Assembly and Security Council [1].

Naturally, it could do so if the General Assembly or Security Council were to ask, expressly or impliedly *(Certain Expenses of the United Nations)*, for an opinion on the interpretation of the Charter, and on the consistency of the resolutions with the Charter.

As a result of this mutual respect, neither the General Assembly nor the Council can declare a judgment of the Court to be invalid, even if it be contrary to the wishes of the majority in those organs.

2. The principle of "legal-ness"—the Court, as a legal organ, cannot co-operate with a resolution which is clearly void, contrary to the rules of the Charter, or contrary to the principles of law [2].

Furthermore, the Court must act as a judicial organ, so that no limitations can be placed upon it as regards the logical processes to be followed in answering the question put to it (separate opinion of Judge Morelli, *I.C.J. Reports 1962*, p. 217).

---

[1] It has been said that everything "makes it necessary to put a very strict construction on the rules by which the conditions for the validity of acts of the Organization are determined and hence to regard to a large extent the non-conformity of the act with a legal rule as a mere irregularity", and also that "each organ of the United Nations is the judge of its own competence" (separate opinion of Judge Morelli, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 223, 224).

[2] "Examples might be a resolution which had not obtained the required majority, or a resolution initiated by a manifest *excès de pouvoir* (such as, in particular, a resolution the subject of which had nothing to do with the purposes of the Organization)": separate opinion of Judge Morelli, *I.C.J. Reports 1962*, p. 223.

3. Dans les tribunaux ordinaires de droit interne, le jeu de ces deux principes aboutit à ce qu'ils s'abstiennent de juger de la validité des lois, à la seule exception du cas où, de façon évidente et indiscutable, la prétendue loi n'a pas le caractère de loi, où elle en a seulement l'apparence. En tout autre cas, en général, ou bien les tribunaux s'abstiennent d'examiner la question de la validité des lois, ou bien ils croient devoir indiquer les raisons de sa validité; il existe toujours une présomption en faveur de la validité des lois.

La Cour peut s'inspirer de cet exemple. Doit-elle se refuser à donner un avis sur la validité des résolutions? Elle n'est pas un super-organe dans le cadre des Nations Unies et elle n'est pas autorisée à rendre une espèce d'avis reconventionnel.

4. L'avis sur *Certaines dépenses des Nations Unies* a pu donner à croire que la Cour aurait le pouvoir de statuer dans tous les cas et sans limite sur la validité des résolutions de l'Assemblée et du Conseil de sécurité. Mais on demandait alors à la Cour de donner son avis sur la question de savoir si les dépenses autorisées par une série de résolutions de l'Assemblée étaient des « dépenses de l'Organisation au sens du paragraphe 2 de l'article 12 de la Charte des Nations Unies » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 152), donc de dire si ces dépenses avaient été valablement autorisées. On a pu dire avec raison que dans ce cas on ne pouvait « poser à la Cour aucune limite pour ce qui concerne le procédé logique à suivre pour ... résoudre » la question, même lorsque celle-ci touche à la validité des résolutions. Affirmation que l'on a nuancée en ajoutant:

> « Mais une telle liberté [celle de la Cour] ne peut être entendue que comme liberté subordonnée, non seulement aux règles du droit et de la logique par lesquelles la Cour est liée, mais aussi au but que la Cour doit poursuivre et qui consiste dans la solution à donner à la question qui lui est soumise. » (Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 217-218.)

La Cour, dans le même avis, a dit que « chaque organe [des Nations Unies] doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence » (*ibid.*, p. 168).

Dans sa résolution 284 du 29 juillet 1970, le Conseil de sécurité ne met pas en cause, implicitement ou explicitement, la validité de la résolution 276 (1970) et aucune règle de la logique n'oblige à traiter de cette validité pour répondre à la question posée à la Cour.

C'est en raison d'autres considérations que la Cour examine la validité de la résolution 276 (1970) du Conseil et celle de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée. La Cour a le devoir de coopérer au bon fonctionnement des autres organes des Nations Unies. L'avis a été sollicité car il serait utile au Conseil « pour continuer à examiner la question de Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil ». Pour cet

3. Before ordinary municipal courts, the result of the interplay of these two principles is that such courts refrain from passing judgment on the validity of laws, with the sole exception of cases in which it is clear and indisputable that the alleged law does not in fact rank as a law, in which there is only an apparent law. In any other case, in general, either the courts refrain from considering the question of the validity of laws, or they consider that they must indicate the reasons for their validity; there is always a presumption in favour of the validity of laws.

The Court may derive inspiration from this example. Should it decline to give an opinion on the validity of the resolutions? The Court is not, in the structure of the United Nations, a super-organ, and it is not entitled to give any sort of "counter-opinion".

4. The Opinion relating to *Certain Expenses of the United Nations* may have given the impression that the Court has the power to pass judgment, in all cases and without any limitation, upon the validity of the resolutions of the General Assembly and Security Council. But the Court was on that occasion asked to give its opinion on the question whether the expenditures authorized by a series of General Assembly resolutions were "'expenses of the Organization' within the meaning of Article 17, paragraph 2, of the Charter of the United Nations" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 152), that is, to say whether those expenditures had been validly authorized. It was possible to observe in that case with perfect correctness that there cannot be placed "any limitations on the Court as regards the logical processes to be followed in answering the question", even when it related to the validity of the said resolutions. This statement was qualified as follows:

> "This freedom [i.e., the Court's freedom] can however be understood only as subordinated both to the rules of law and logic by which the Court is bound and also to the objective which the Court must pursue, which is the solution of the question submitted to it" (separate opinion of Judge Morelli, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 217-218).

The Court stated, in the Opinion referred to, that "each organ [of the United Nations] must, in the first place at least, determine its own jurisdiction" (*ibid.*, p. 168).

In its resolution 284 of 29 July 1970, the Security Council does not call in question, either implicitly or explicitly, the validity of resolution 276 (1970), and no rule of logic makes it necessary to consider such validity in order to answer the question put to the Court.

It was because of other considerations that the Court dealt with the validity of Security Council resolution 276 (1970) and General Assembly resolution 2145 (XXI). The Court has the duty to co-operate in the efficient functioning of the other organs of the United Nations. The opinion has been sought because it would be useful for the Security Council "in its further consideration of the question of Namibia and in

examen et pour que ces objectifs soient atteints, il conviendra de dissiper les doutes accumulés depuis de longues années sur une série de questions juridiques, préalables à celle qui est l'objet de l'avis. Ces doutes se sont manifestés au cours des débats du Conseil et de l'Assemblée, et leur importance ressort de l'attention qui a été portée à la question de la validité des résolutions, non seulement par les représentants de l'Afrique du Sud mais aussi par le représentant du Secrétaire général, les représentants des Etats qui ont fourni des renseignements, sous forme d'exposés écrits et oraux, et par le représentant de l'Organisation de l'unité africaine.

En tout cas, les considérations sur la validité des résolutions ont leur place dans les motifs de l'avis et non dans son dispositif. (Opinion individuelle de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 216-217; opinion dissidente de M. Bustamante, *ibid.*, p. 288. C'est aussi la solution de la Cour dans l'avis sur *Certaines dépenses des Nations Unies*, *ibid.*, p. 155-181.)

B. Méthode d'interprétation

Dans ses écritures et dans son exposé oral, l'Afrique du Sud a développé amplement sa théorie de l'interprétation des textes juridiques et elle l'a fait à juste titre, parce que la méthode par elle choisie est le fondement des solutions proposées. Elle défend l'interprétation littérale des textes, l'interprétation restrictive des pouvoirs accordés aux organisations internationales et elle condamne avec force les méthodes téléologiques.

Sans présenter ici une étude théorique de l'interprétation, il n'en semble pas moins utile de formuler quelques observations à son sujet, ce qui permettra d'éviter des répétitions.

1. Il semble que l'on doit distinguer avant tout entre les divers types de textes juridiques. Pour notre objet, il sera utile de tenir compte des caractéristiques que présentent: *a)* les traités dans lesquels le marchandage domine, chacune des parties cherchant son propre profit, obtenir le plus et donner le moins; *b)* les accords par lesquels une organisation concède certains pouvoirs ou privilèges à un Etat, et que celui-ci accepte; *c)* les traités par lesquels on constitue une organisation internationale et les résolutions de cette organisation.

2. La règle prudente qui consiste à considérer *prima facie* la lettre des conventions et traités s'est pervertie dans un littéralisme qui condamne tout élément étranger au texte *(quod non est in Codice non est in mundo)*.

Grotius avait déjà signalé la vanité de cette tendance, comme celle du soi-disant principe de la contemporanéité. Il montre qu'à côté de ce qui est dit, il y a la force de développement *(potentia moraliter considerata)* de la convention (*De jure belli ac pacis*, II, 16, 25).

furtherance of the objectives the Council is seeking". For such consideration, and for such objectives to be attained, it will be as well to dissipate the doubts which have accumulated in the course of many years on a whole series of legal questions, which are preliminary to the question which is the subject-matter of the Opinion. These doubts emerged in the course of the discussions of the Security Council and the Assembly, and their importance is clear from the attention paid to the question of the validity of the resolutions, not only by the representative of South Africa but also by the representative of the Secretary-General, the representatives of the States which furnished information, in the form of written or oral statements, and the representative of the Organization of African Unity.

In any event, the place for considerations of the validity of the resolutions is in the reasoning of the Opinion and not in its operative clause (separate opinion of Judge Morelli, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 216-217; dissenting opinion of Judge Bustamante, *ibid.*, p. 288; this was also the solution adopted by the Court in its Opinion on *Certain Expenses of the United Nations*, *ibid.*, pp. 155-181).

B. Interpretative Method

In its written contentions and its oral statement, South Africa has expounded at length its theory as to the interpretation of legal texts, and rightly so, because the method chosen by it is the basis of the solutions it puts forward. It defends the technique of literal interpretation of texts, restrictive interpretation of powers conferred on international organizations, and it vigorously condemns teleological methods.

Without indulging here in an academic study of interpretation, it would nevertheless appear useful to make certain observations on the question, since it will thus be possible to avoid repetitions.

1. It would seem that a distinction should first of all be made between the various types of legal texts. For our purposes, it will be useful to take into account the particular characteristics of: *(a)* treaties dominated by bargaining, each party seeking its own advantage, to obtain the maximum and give the minimum; *(b)* agreements by which an organization grants certain powers or privileges to a State, which the latter accepts; *(c)* treaties by which an international organization is set up, and the resolutions of such an organization.

2. The prudent rule of considering prima facie the letter of conventions and treaties has been distorted into the literalistic interpretation which condemns any element not to be found in the text *(quod non est in codice non est in mundo)*.

As early a writer as Grotius pointed out that this was a vain tendency, as is also the so-called principle of contemporaneity. He showed that in addition to what is said, there is the force of the development of the convention (*potentia moraliter considerata: De jure belli as pacis*, II, 16, 25).

S'il est vrai qu'on doit tenir compte des intentions communes des parties, il est vrai aussi que, dans tous les droits, on a dû envisager les *lacunae*. Il existe des règles pour compléter les déclarations de volonté des parties, et la jurisprudence des tribunaux prend en considération à cet effet ce que les parties peuvent avoir voulu rationnellement; c'est ainsi que l'on s'est efforcé de combler les lacunes des textes.

A cette fin, on tient compte de l'objet et du but de la convention. La règle *in claris non fit interpretatio* a été bien commentée par Anzilotti, qui fait remarquer qu'il n'est pas possible de dire si un article est clair tant qu'on ignore son objet; on ne connaît la volonté des parties que quand on sait le but proposé (*C.P.J.I. série A/B n° 50*, opinion dissidente, p. 383; idée acceptée par le American Law Institute, *Restatement* 1965, par. 147, p. 455). Bien avant, Vattel avait signalé l'importance de la raison de l'acte: « Dès que l'on connaît certainement la raison qui seule a déterminé la volonté de celui qui parle, il faut interpréter ses paroles et les appliquer d'une manière convenable à cette raison unique » (livre 2, chap. 17, par. 287). En conclusion, on a pu dire que c'est grâce au but indiqué par les déclarations de volonté que toute la convention prend une unité de sens objectif *(objektive Sinneinheit)* (Dahm, *Völkerrecht*, III, p. 50).

Il est intéressant en ce qui concerne la question étudiée de relever que, pour arriver à ce résultat, on tient compte, dans toutes les législations internes, de la nature des contrats et accords. « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135 du code civil français; pour le droit de la *common law*, voir *Windfield on Contracts*, p. 38). On doit signaler aussi que les *termini technici*, comme *mandate* ou *trust*, doivent être interprétés conformément à leur signification technique (Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 60). On doit conclure qu'une clause même raisonnablement claire ne peut pas être interprétée à la lettre, si de cette manière on arrive à un résultat contraire au propos du traité (*C.P.J.I. série A/B n° 64*, p. 19; *contra*, opinion dissidente de trois juges, p. 26). En l'occurrence, si la Cour avait procédé conformément à l'opinion minoritaire, elle aurait consacré la fraude à la loi préparée par le Gouvernement albanais. *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (*Digeste* 1, 3, 29). Tous les traités doivent être interprétés de telle manière que la fraude soit éliminée et que leur exécution soit compatible avec la bonne foi (Oppenheim, éd. Lauterpacht, vol. I, par. 544, point 13).

Enfin, on peut noter qu'un auteur moderne et dont les observations de l'Afrique du Sud font grand cas affirme et souligne la nécessité d'utiliser la méthode téléologique (Dahm, *Völkerrecht*, III, p. 43 et suiv.).

While it is true that the common intention of the parties must be taken into account, it is also true that in all systems of law it has been necessary to provide for the possibility of lacunæ; there are rules for filling out the parties' expressions of their will, and for this purpose the case law of municipal courts takes into account what the parties may reasonably have intended; it is in this way that endeavours have been made to fill the gaps in texts.

For this purpose the subject and purpose of the convention is to be taken into account. The rule *in claris non fit interpretatio* has been well commented on by Anzilotti, who pointed out that it is not possible to say that an article is clear so long as one is unaware of its subject; one only knows the will of the parties when one knows what the aim intended was (dissenting opinion, *P.C.I.J., Series A/B, No. 50*, p. 383; an idea accepted by the American Law Institute, *Restatement* 1965, para. 147, p. 455). Much earlier, Vattel had drawn attention to the importance of the reason for an act: "when once the purpose which has led the speaker to act is clearly known his words must be interpreted and applied in the light of that purpose only" (*The Law of Nations*, Book 2, Chap. 17, para. 287, Fenwick's translation). Finally, it has been possible to assert that it is thanks to the aim indicated by the expressions of will that the convention as a whole acquires an objective unity of meaning *(objektive Sinneinheit)* (Dahm, *Völkerrecht*, Vol. III, p. 50).

It is of interest for the question now under study to observe that in all internal systems of legislation, in order to reach this result, the nature of contracts and agreements is taken into account. "Contracts bind not only to what is expressly stated therein, but in addition to all consequences attached to the obligation according to its nature by equity, custom, or law" (French Civil Code, Article 1135; for the Common Law see *Winfield on Contracts*, p. 38). It should also be remarked that technical terms like "mandate" or "trust", should be interpreted in accordance with their technical meaning (Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 60). The necessary conclusion is that even a clause which is reasonably clear cannot be interpreted literally if by so doing one reaches a result which is contrary to the purpose of the treaty (*P.C.I.J., Series A/B, No. 64*, p. 19; *contra*, see dissenting opinion of three judges, *ibid.*, p. 26). If, in the case just referred to, the Court had proceeded in accordance with the majority view, it would have lent its sanction to the *fraus legis* proposed by the Albanian Government. *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (*Digest*, 1, 3, 29). All treaties must be interpreted so as to exclude fraud and so as to make their operation consistent with good faith (Oppenheim-Lauterpacht, Vol. I, Sec. 544, para. 13).

Finally, it may be observed that a modern author, and one made much of in the arguments of South Africa, states and emphasizes the need to use the teleological method (Dahm, *Völkerrecht*, Vol. III, pp. 43 ff.).

3. Les traités multilatéraux, les conventions qui ont créé une organisation et surtout la Charte sont soumis à des règles propres d'interprétation.

La Charte ne semble pas se situer dans le cadre de la convention sur le droit des traités. Pour l'interpréter, on ne doit pas appliquer par analogie les règles de droit interne sur les contrats, mais plutôt les règles sur l'interprétation des lois et *statutes (Restament, loc. cit.*, par. 146, p. 1965; Dahm, *loc. cit.*, III, p. 55).

On ne doit pas oublier que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ont la responsabilité de promouvoir les buts énoncés dans la Charte. Ils ne peuvent pas rester liés par les intentions possibles des rédacteurs, non seulement parce qu'il est difficile de connaître ces intentions (si l'on connaît les intentions de ceux qui parlent, on ignore les intentions de ceux qui se taisent et votent), mais aussi parce que l'interprétation subit une évolution nécessaire qui, comme dans le droit interne, doit s'adapter aux circonstances du moment et aux exigences prévisibles de l'avenir. Le texte se sépare de ses auteurs et vit de sa propre vie (opinions dissidentes d'Alvarez dans *C.I.J. Recueil 1950*, p. 18, et *C.I.J. Recueil 1951*, p. 53; Dahm, *loc. cit.*, III, p. 55).

Aux Nations Unies « chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 168). Quand un organe prend une résolution, « il existe au moins une forte présomption *prima facie* de validité et de régularité » (opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *ibid.*, p. 204). On a été jusqu'à penser que les résolutions de l'Assemblée et du Conseil, la pratique de l'un et de l'autre, *facta concludentia*, pouvaient être considérées comme une interprétation authentique (comp. Dahm, *loc. cit.*, p. 50), ayant en tout cas un caractère obligatoire pour ce qui est des questions qui touchent le « maintien de la paix, le règlement des conflits et même la plupart des activités de l'Organisation » (opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 213).

Sur l'Organisation des Nations Unies, la Cour a dit:

> « On doit admettre que ses Membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179);
>
> « les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 180).

Sur l'interprétation de la Charte, on a dit ceci:

> « On peut affirmer en toute confiance que les dispositions particu-

3. Multilateral treaties, conventions establishing an international organization and above all the Charter, are subject to particular rules of interpretation.

The Charter would appear not to fall within the framework of the Convention on the Law of Treaties. To interpret it, one should not apply by analogy the rules of municipal law on contracts, but rather rules for the interpretation of laws and statutes (*Restatement*, *loc. cit.*, para. 146, p. 1965; Dahm, *loc. cit.*, Vol. III, p. 55).

It should not be forgotten that the General Assembly and Security Council have the responsibility of promoting the purposes laid down in the Charter. They cannot remain bound by the possible intentions of the draftsmen, not only because it is difficult to know what those intentions were (while the intentions of those who speak are known, the intentions of those who give their vote in silence are not), but also because interpretation necessarily undergoes a process of development, and, as in municipal law, must adapt itself to the circumstance of the time and to the requirements, so far as they are foreseeable, of the future. The text breaks away from its authors and lives a life of its own (dissenting opinions of Judge Alvarez, *I.C.J. Reports 1950*, p. 18, and *I.C.J. Reports 1951*, p. 53; Dahm, *loc. cit.*, Vol. III, p. 55).

In the United Nations, "each organ must, in the first place, at least, determine its own jurisdiction" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 168). When an organ adopts a resolution, "there must arise at the least a strong *prima facie* presumption" of validity and propriety (separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *ibid.*, p. 204). It has even been considered that the resolutions of the Assembly and the Council, the practice of those organs, *facta concludentia*, could be considered as constituting an official interpretation *(interprétation authentique)* (cf. Dahm, *loc. cit.*, p. 50), involving in any case a duty to carry them out so far as questions which relate to "peace-keeping, dispute-settling and, indeed, most of the political activities of the Organization" are concerned (separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *I.C.J. Reports 1962*, p. 213).

Concerning the United Nations Organization, the Court has said:

> "It must be acknowledged that its Members, by entrusting certain functions to it, with the attendant duties and responsibilities, have clothed it with the competence required to enable those functions to be effectively discharged" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 179);

> ". . . the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 180).

On the interpretation of the Charter it has been said that:

> "It may with confidence be asserted that its particular provisions

lières de la Charte doivent recevoir une large et libérale interprétation, à moins que le contexte d'une disposition particulière n'exige le contraire, ou qu'il ne se trouve ailleurs dans la Charte quelque chose qui impose une interprétation plus étroite et plus limitée » (opinion individuelle de sir Percy Spender, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 185).

En effet, la Cour enseigne que, pour l'interprétation de la Charte, on doit tenir compte de ses buts fondamentaux, et admettre qu'elle a les pouvoirs nécessaires pour les accomplir, « par une conséquence nécessaire » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 182; opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 208-215); « lorsque l'Organisation prend des mesures ... appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'Organisation » (*ibid.*, p. 168). On peut donc tenir pour un critère autorisé la conclusion suivante: « Le sens du texte en question sera élucidé par les buts énoncés en vue desquels les termes de la Charte ont été rédigés » (opinion individuelle de sir Percy Spender, *ibid.*, p. 187).

III. La validité des résolutions

A. Observation générale

Etant donné la nature de la Charte et les pouvoirs des principaux organes de l'ONU, on doit considérer que la présomption en faveur de la validité des résolutions de ces organes est fondée sur leur faculté d'interpréter la Charte, et de la faire *ex factis*, c'est-à-dire par le fait même qu'ils ont adopté une résolution.

Pour contester la validité d'une résolution, on ne peut se borner à soutenir qu'il est possible de trouver une meilleure interprétation; on ne pourra la critiquer que si l'on montre l'impossibilité absolue de trouver une raison quelconque, même discutable, sur laquelle fonder l'interprétation favorable à la validité.

B. L'abstention des membres permanents

On a dit:

« Il est déjà bien connu qu'un amendement coutumier de la Charte est intervenu dans la pratique du Conseil de sécurité, en ce sens que l'abstention d'un Membre permanent présent à la séance n'est pas assimilée à l'exercice du droit de veto » (opinion dissidente de M. Bustamante, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 291; voir aussi *ibid.*, p. 172, 175, 176; avec certaines réserves, opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, *ibid.*, p. 210).

> should receive a broad and liberal interpretation unless the context of any particular provision requires, or there is to be found elsewhere in the Charter, something to compel a narrower and restricted interpretation" (separate opinion of Judge Sir Percy Spender, *I.C.J. Reports 1962*, p. 185).

The teaching of the Court is, in fact, that for the interpretation of the Charter account must be taken of its fundamental purposes, and it must be recognized that it has the powers which are necessary to achieve them "by necessary implication" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 182; separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 208-215); "when the Organization takes action which . . . [is] appropriate for the fulfilment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not *ultra vires* the Organization" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 168). One may therefore regard as an authoritative criterion the following conclusion: "The meaning of the text will be illuminated by the stated purposes to achieve which the terms of the Charter were drafted" (separate opinion of Judge Sir Percy Spender, *ibid.*, p. 187).

III. The Validity of the Resolutions

A. General Observation

In view of the nature of the Charter and the powers of the principal organs of the United Nations, the presumption in favour of the validity of the resolutions of those organs must be taken to be based upon their power to interpret the Charter, and to do so *ex factis*, that is to say by the very fact that they have adopted a resolution.

To challenge the validity of a resolution, it is not sufficient merely to allege that it is possible to find a better interpretation; a resolution can only be criticized if it is demonstrably absolutely impossible to find any reason whatsoever, even a debatable one, upon which an interpretation favourable to the validity of the resolution may be based.

B. The Abstention of the Permanent Members

It has been said that:

> "It is already well known that an unwritten amendment to the Charter has taken place in the practice of the Security Council, namely, to the effect that the abstention of a permanent member present at a meeting is not assimilated to the exercise of the right to veto" (dissenting opinion of Judge Bustamante, *I.C.J. Reports 1962*, p. 291; see also *I.C.J. Reports 1962*, pp. 172, 175 and 176, and with certain reservations, separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *ibid.*, p. 210).

En vérité cette appréciation de l'abstention n'est pas seulement basée sur une pratique incontestée[1], elle résulte aussi forcément de la nature du silence et du but du droit de veto[2].

Le silence doit être interprété; selon la situation et les circonstances, il peut signifier une négation, mais aussi une acceptation. D'après l'interprétation coutumière, dans un scrutin au Conseil, l'abstention d'un membre peut signifier que ce membre a un doute sur le bien-fondé de la résolution, mais qu'il ne veut pas empêcher son adoption. Il s'agit non pas d'un simple silence mais d'une abstention dont on sait qu'elle sera considérée comme une intention de ne pas empêcher l'adoption de la résolution.

En outre, la condition du « vote affirmatif » exigée par l'article 27 de la Charte peut s'appliquer aussi bien au contenu de la résolution qu'à l'adoption de la résolution. Au dernier moment, sauf réserve expresse d'un membre, un vote affirmatif intervient sur la validité de la résolution. Les membres permanents ne sont pas obligés de voter d'une manière déterminée et ils peuvent se prononcer en s'abstenant.

On ne peut pas oublier non plus que le droit de veto est un privilège, qu'on peut donc y renoncer et le modifier *in meius*; et, en tout cas, qu'on ne doit pas l'interpréter extensivement *(privilegia restringenda sunt)*.

L'amendement apporté à la Charte en 1965 confirme cette interprétation. La pratique du Conseil sur les abstentions étant connue des rédacteurs, si l'on n'a pas changé le texte sur cette question, c'est semble-t-il parce qu'on n'a pas voulu changer la pratique antérieure.

C. Les résolutions du Conseil de sécurité

a) *L'article 24 de la Charte*

L'interprétation restrictive proposée par l'Afrique du Sud ne peut pas être acceptée.

Le Conseil a « la responsabilité principale du maintien de la paix ». On ne peut pas nier, semble-t-il, que l'occupation illégale d'un territoire

[1] Stavropoulos, « The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council under Article 27, Paragraph 3, of the Charter of the United Nations » (*The American Journal of International Law*, vol. 61, n° 3, juillet 1967, p. 737-752).

[2] Déjà à la Société des Nations, l'article 19, paragraphe 5, du Règlement intérieur de l'Assemblée disposait que les représentants s'abstenant de voter devaient être considérés comme non présents. Rolin l'explique en disant qu'on ne désire pas que l'indifférence ou les doutes de certains Membres sur une question à propos de laquelle l'unanimité des autres Membres est certaine puisse empêcher le vote; si l'un des Membres ne se considère pas fondé à user de son droit d'opposition quand l'unanimité est requise, il peut s'abstenir sans invalider le vote. Interprétation selon laquelle, d'après Riches, on considère que ceux qui s'abstiennent ont donné leur approbation tacite à l'action de l'Assemblée. *The Unanimity Rule and the League of Nations*, Baltimore, 1933, p. 43.

In fact this interpretation of abstentions is not merely based upon an undisputed practice [1], it also necessarily follows from the nature of silence, and from the purpose of the right of veto [2].

Silence must be interpreted according to the situation and the circumstances, it may indicate a negation, but it may also mean an acceptance. In the voting of the Security Council, according to the customary interpretation, the abstention of a member may mean that that member has some doubt as to the validity of the resolution, but does not wish to prevent it being adopted. It is not a matter of mere silence, but of an abstention which, it is known, will be taken as an intention not to prevent the adoption of the resolution.

Furthermore, the condition of the "affirmative vote", required by Article 27 of the Charter, may just as well apply to the content of the resolution as to the adoption of the resolution. At the last moment, subject to the possibility of an express reservation by one member, an affirmative vote takes place on the validity of the resolution. The permanent members are not obliged to vote in any particular way, and they may express their position by abstaining.

Nor can it be overlooked that the right of veto is a privilege, and that therefore it can be renounced and can be modified *in meius*; and in any case that it should not be interpreted extensively *(privilegia restringenda sunt)*.

The 1965 amendment of the Charter confirms this interpretation. The practice of the Council regarding abstentions was known to the draftsmen, and if the text was not altered on this point, it would appear that it was because it was not intended to change the previous practice.

C. The Resolutions of the Security Council

(a) *Article 24 of the Charter*

The restrictive interpretation proposed by South Africa cannot be accepted.

The Council has "primary responsibility for the maintenance of... peace". It seems undeniable that the illegal occupation of a territory with

[1] Stavropoulos, "The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council under Article 27, Paragraph 3, of the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 3, July 1967, pp. 737-752.

[2] In the time of the League of Nations, Art. 19, para. 5, of the Rules of Procedure of the Assembly provided that representatives who abstained from voting were to be considered as not present. Rolin explains this by saying that it is undesirable that the indifference or doubts felt by certain Members on a question on which it is certain that the other Members will be unanimous should be able to prevent it being voted; if one Member does not consider itself justified in using its right of opposition when unanimity is required, it may abstain without rendering the vote invalid. This is an interpretation, according to Riches, by which those who abstain are regarded as having given tacit approval to the action of the Assembly: *The Unanimity Rule and the League of Nations*, Baltimore, 1933, p. 43.

envers lequel les Nations Unies ont accepté « une mission sacrée » soit un acte contraire au maintien de la paix.

La Cour a dit qu'on doit reconnaître que la Charte, en confiant à un organe certaines fonctions, avec les responsabilités et les devoirs corrélatifs, a donné à l'organe la compétence nécessaire pour s'en acquitter dûment (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179 et 182; *C.I.J. Recueil 1954*, p. 57).

Le paragraphe 2 de l'article 24 n'impose pas une interprétation restrictive[1]. La référence aux « pouvoirs spécifiques accordés au Conseil » par les chapitres VI, VII, VIII et XII ne veut pas dire qu'il possède uniquement ces pouvoirs. Non seulement il peut avoir ceux que prévoient d'autres règles de la Charte, mais encore il doit avoir ceux qui lui sont nécessaires pour accomplir ses devoirs. Les mots « pouvoirs spécifiques accordés » signifient simplement que, dans les chapitres en question, ces pouvoirs sont réglés d'une manière particulière pour l'accomplissement des devoirs et responsabilités dont il s'agit.

Pour examiner la compétence du Conseil de sécurité à l'égard des mandats, la mention du chapitre XII faite à l'article 24 de la Charte présente une grande importance.

L'article 80, comme on aura l'occasion de le montrer, a pour but principal d'éviter que les droits des peuples sous mandat soient modifiés directement ou indirectement de quelque manière que ce soit. Lorsque la Société des Nations s'est éteinte, les Nations Unies ont assumé la responsabilité qui incombait à la SdN envers ces peuples. La mention du chapitre XII dans l'article 24 fait penser que le Conseil a les pouvoirs spécifiques nécessaires pour s'acquitter de ses devoirs envers les peuples sous mandat.

Il est fort possible que les rédacteurs de l'article 24 n'aient pas pensé à l'article 80 mais il est probable aussi que les rédacteurs de l'article 80, ou la plupart d'entre eux, auraient accepté cette interprétation, étant donné leur intérêt pour le maintien des droits des peuples sous mandat.

Quoi qu'il en soit, la lettre de l'article 24 ne permet pas d'exclure, sans une raison spéciale, l'article 80 du chapitre XII; l'objet de l'article 24, qui est de maintenir la paix et la sécurité internationales dans le respect des buts et principes des Nations Unies, invite à tenir compte de l'article 80. L'objet de l'article 80 en ce qui concerne la conservation des droits des peuples sous mandat ne peut être atteint que si le Conseil de sécurité a la compétence voulue.

Cela étant, s'il n'y a pas une raison convaincante de donner à l'article 24 une interprétation restrictive et contraire à ses termes clairs, on est obligé

[1] La responsabilité principale confiée au Conseil impose qu'on lui reconnaisse des pouvoirs généraux, une *residual competence*. Voir Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, 1969, p. 72.

regard to which the United Nations has accepted "a sacred trust" is an act contrary to the maintenance of peace.

The Court has said that it must be acknowledged that the Charter, by entrusting certain functions to an organ, with the attendant duties and responsibilities, has conferred upon that organ the competence required duly to discharge them (*I.C.J. Reports 1949*, pp. 179 and 182; *I.C.J. Reports 1954*, p. 57).

Paragraph 2 of Article 24 does not make a restrictive interpretation inevitable [1]. The reference to the "specific powers granted to the Security Council" by Chapters VI, VII, VIII and XII does not mean that it has only those powers. Not merely may it have those provided for in other provisions of the Charter, but in addition it must have those which are necessary to it for the fulfilment of its duties. The words "the specific powers granted . . ." simply mean that in the Chapters referred to, these powers are regulated in a particular way for the fulfilment of the duties and responsibilities in question.

For the purpose of examining the jurisdiction of the Security Council with regard to mandates, the mention of Chapter XII in Article 24 of the Charter is of great importance.

The principal purpose of Article 80, as we shall have to demonstrate, is to avoid any alteration of the rights of peoples subject to mandate, directly or indirectly, in any manner whatsoever. When the League of Nations came to an end, the United Nations took over the responsibility of the League towards those peoples. The mention of Chapter XII in Article 24 leads to the view that the Council has the specific powers necessary for the fulfilment of its duties toward the peoples under mandate.

It is very possible that those who drafted Article 24 were not thinking of Article 80, but it is also probable that those who drafted Article 80, or the majority of them, would have accepted this interpretation, in view of their interest in the conservation of the rights of the peoples subject to mandate.

However that may be, the wording of Article 24 does not permit of Article 80 of Chapter XII being excluded without special reason; the purpose of Article 24, which is to maintain international peace and security, through respect for the purposes and principles of the United Nations, calls for Article 80 to be taken into account. The object of Article 80 with regard to the conservation of the rights of the peoples subject to mandate can only be achieved if the Security Council possesses the necessary competence.

This being so, if there is no convincing reason why Article 24 should be given an interpretation which is restrictive and contrary to its clear

[1] The principal responsibility entrusted to the Council requires that it be regarded as having a residual competence: Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, 1969, p. 72.

d'interpréter l'article 24 en ce sens que l'Organisation a confié au Conseil les pouvoirs suffisants pour que les Nations Unies s'acquittent de leurs devoirs, selon l'article 80.

b) *La non-abstention des membres parties à un différend (art. 27, par. 3, de la Charte)*

L'argument tiré de cette observation par l'Afrique du Sud est sans force du moment que l'on ne peut pas qualifier de différend son refus de remplir ses obligations de mandataire, comme on vient de le voir.

c) *L'Afrique du Sud n'a pas été conviée à participer aux discussions du Conseil (art. 32 de la Charte)*

L'argument tiré de cette observation tombe dès lors qu'il n'y a pas de différend. L'Afrique du Sud avait un intérêt dans les discussions; non seulement elle n'était pas partie à un différend, mais encore elle ne s'est pas préoccupée de se faire convier, ce qui est un indice qu'elle ne se considérait pas, à ce moment-là, comme partie à un différend au sens juridique.

D. La résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale

On a mis en doute la validité de cette résolution de l'Assemblée, en soutenant que la compétence de l'Assemblée est limitée à des recommandations (art. 10 et art. 11, par. 2 de la Charte). La Cour a déjà essayé de dissiper ce doute. « Tandis que c'est le Conseil de sécurité qui possède le droit exclusif d'ordonner une action coercitive, les fonctions et pouvoirs de l'Assemblée générale selon la Charte ne sont pas limités à la discussion, à l'examen, à l'étude et à la recommandation; ses attributions ne sont pas simplement de caractère exhortatif » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 163). « La Cour estime que la sorte d'action dont il est question à l'article 11, paragraphe 2, est une action coercitive » (*ibid.*, p. 164).

On ne doit pas oublier que l'article 18 parle indistinctement des recommandations et des décisions de l'Assemblée. Parmi les recommandations sur les « questions importantes », il y en a qui ont « un effet de caractère impératif » (*ibid.*, p. 163).

Parmi ces « questions importantes » sont mentionnées « les questions relatives au fonctionnement du régime de tutelle », c'est-à-dire celles qui relèvent du chapitre XII de la Charte (« Régime international de tutelle »). Une des règles en cause est l'article 80, qui a établi le régime des mandats jusqu'au moment où les territoires sous mandat seraient placés sous le régime de tutelle [1].

[1] Lors de la 37e séance du Comité de coordination on a dit: « L'examen du nouveau membre de phrase proposé par le Comité II/1 « Les questions relatives au fonctionnement du système de tutelle » amène le Comité à conclure que ces questions comprennent les accords de tutelle, les décisions relatives au rapport et tout ce qui a trait au régime de tutelle. » (UNCIO, vol. XIX, p. 324, citation de *C.I.J. Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 49.)

terms, Article 24 must be interpreted as meaning that the Organization has entrusted to the Council powers which are sufficient for the United Nations to perform its duties, in accordance with Article 80.

(b) *The Non-Abstention of the Members Parties to a Dispute (Art. 27, para. 3, of the Charter)*

The argument based on this observation by South Africa loses its force once it is clear that it is impossible to describe its refusal to fulfil its obligations as Mandatory as a "dispute", as has just been observed.

(c) *South Africa Was not Invited to Participate in the Discussions of the Security Council (Art. 32 of the Charter)*

This argument falls away if there is no dispute. South Africa had an interest in the discussions; but not merely was it not a party to a dispute, but also it did not take the trouble to see that it was invited, which is an indication that it did not, at that time, consider that it was a party to a dispute in the legal sense.

D. General Assembly Resolution 2145 (XXI)

Doubt has been cast on the validity of this Assembly resolution, on the ground that the competence of the Assembly is confined to making recommendations (Art. 10 and Art. 11, para. 2, of the Charter). The Court has already endeavoured to resolve this doubt. "While it is the Security Council which, exclusively, may order coercive action, the functions and powers conferred by the Charter on the General Assembly are not confined to discussion, consideration, the initiation of studies, the making of recommendations; they are not merely hortatory" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 163). "The Court considers that the kind of action referred to in Article 11, paragraph 2, is coercive or enforcement action" (*ibid.*, p. 164).

It should not be forgotten that Article 18 refers without distinction to recommendations and to decisions of the Assembly. Among the recommendations on "important questions", there are some which "have dispositive . . . effect" (*ibid.*, p. 163).

Among these "important questions", mention is made of "questions relating to the operation of the trusteeship system", that is to say, questions relating to Chapter XII of the Charter ("international trusteeship system"). One of the rules in question is Article 80, which settled what the position of mandates would be up to the time when the mandated territories would be placed under the trusteeship system [1].

[1] At the 37th meeting of the Coordination Committee it was said that "Discussion of the new phrase from Committee II/1 'questions relating to the operations of the trusteeship system' brought an understanding that the questions embraced trust agreements, decisions on reports, and everything else relating to the system"(UNCIO docs., Vol. XVII, p. 324, quoted in *I.C.J. Pleadings, Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa*, p. 49).

Si l'on admet que les Nations Unies ont accepté de recevoir de la Société des Nations la « mission sacrée » de veiller à ce que les droits d'aucun peuple sous mandat ne soient modifiés, et si l'on admet que c'est là un des buts de la Charte, on doit aussi reconnaître que l'Assemblée a les pouvoirs nécessaires pour remplir ses devoirs (voir opinion individuelle de sir Percy Spender, *ibid.*, p. 186-187).

Les termes de la résolution, en déclarant que l'Afrique du Sud « a failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire », qu'elle « a, en fait, dénoncé le mandat », et que le mandat est « terminé », montrent clairement le caractère et le but de la résolution.

La résolution n'impose par elle-même aucune obligation spéciale ou charge aux Etats, hormis l'Afrique du Sud. Elle se limite à constater et à déclarer la déchéance du mandat [1]. Depuis la résolution, le mandat, seul titre qui pouvait légitimer la possession du territoire du Sud-Ouest africain, a perdu son apparence d'existence. Situation nouvelle et qui doit être respectée par tous, étant donné la compétence des Nations Unies à cet effet.

La résolution 2145 (XXI) n'a certainement pas un caractère judiciaire, elle n'empiète ni ne suppose un empiètement sur la compétence de la Cour. Les Nations Unies ont estimé le moment venu de s'acquitter de leurs devoirs envers le peuple de Namibie, en retirant solennellement tout semblant de légalité à l'occupation de son territoire par l'Afrique du Sud.

La résolution « appelle l'attention du Conseil de sécurité sur la présente résolution ». Cela montre que l'Assemblée se limite à sa fonction déclaratoire, en conformité avec les articles 80 et 18 de la Charte et qu'elle demande la coopération du Conseil pour que celui-ci détermine la sorte d'action appropriée à la situation.

Le Conseil de sécurité a réaffirmé la responsabilité spéciale des Nations Unies à l'égard du peuple namibien (résolution 264 (1969)), a demandé à l'Afrique du Sud de retirer son administration du territoire de la Namibie (résolution 269 (1969)) et a réaffirmé la résolution 2145 (XXI). Autrement dit, il a fait siennes les résolutions de l'Assemblée, il les a affirmées à nouveau, et s'est engagé dans la voie des mesures coercitives.

[1] La résolution 2145 (XXI) est la manifestation de l'exercice d'un pouvoir-devoir *(officium)* de l'Assemblée, en vue d'accomplir la « mission sacrée » que l'Organisation lui a confiée. Par elle, l'Assemblée a la possibilité et le devoir de déclarer terminée l'administration que la communauté internationale a confiée au mandataire, pour qu'il l'exerce en son nom, quand le mandataire s'est révélé indigne de cette confiance. Par la résolution 2145 (XXI), l'Assemblée a modifié la situation juridique du territoire sous mandat, et avec elle a disparu le titre juridique de l'ancien mandataire à la possession du territoire du Sud-Ouest africain ou Namibie. C'est un changement dans le statut du territoire qui doit être respecté par tous.

On peut citer des résolutions antérieures qui changent une situation juridique, et font naître aussi des conséquences juridiques (obligations, droits), sur la base d'autres dispositions de la Charte ou d'autres résolutions (émanant par exemple du Conseil); voir sur ce point Castañeda, *loc. cit.*, p. 121.

If it is recognized that the United Nations accepted the transfer from the League of Nations of the "sacred trust" of guarding against any modification of the rights of any people under mandate, and if it is recognized that this is one of the purposes of the Charter, it must also be admitted that the Assembly has the powers necessary for the fulfilment of its duties (see separate opinion of Sir Percy Spender, *ibid.*, pp. 186-187).

The terms of the resolution, which declares that South Africa "has failed to fulfil its obligations in respect of the administration of the mandated territory", and that it "has, in fact, disavowed the Mandate", and that the Mandate is "terminated", clearly show the nature and the purpose of the resolution.

The resolution does not of itself lay any special obligation on States other than South Africa. It confines itself to noting and declaring the forfeiture of the Mandate [1]. Since the resolution was passed, the Mandate, the only title justifying possession of the Territory of South West Africa, has lost any appearance of continued existence. This is a new situation and one which must be respected by all, in view of the competence of the United Nations in this regard.

Resolution 2145 (XXI) is certainly not judicial in nature, it does not encroach, and does not involve any encroachment, on the competence of the Court. The United Nations believed that the time had come to fulfil its duties towards the people of Namibia by solemnly withdrawing any semblance of legality from South Africa's occupation of the Territory.

The resolution "calls the attention of the Security Council to the present resolution". This shows that the Assembly is confining itself to its declaratory function, in accordance with Articles 80 and 18 of the Charter, and that it is requesting the co-operation of the Security Council so that the latter may determine the kind of action appropriate to the situation.

The Security Council has reaffirmed the special responsibility of the United Nations with regard to the people of Namibia (resolution 264 (1969)), called upon South Africa to withdraw its administration from the Territory of Namibia (resolution 269 (1969)) and reaffirmed resolution 2145 (XXI). In other words it has adopted the resolutions of the Assembly, affirmed them afresh, and taken a step towards coercive measures.

[1] Resolution 2145 (XXI) is the manifestation of the exercise of a power coupled with a duty *(officium)* of the Assembly, with a view to the fulfilment of the "sacred trust" entrusted to it by the Organization. Through this, the Assembly has the faculty and the duty to declare terminated the administration which had been entrusted by the international community to the Mandatory, to be exercised on its behalf, when the Mandatory has shown itself unworthy of that confidence. By resolution 2145 (XXI), the General Assembly modified the legal situation of the mandated territory, and with that resolution the legal title of the former Mandatory to possession of the Territory of South West Africa or Namibia disappeared: this is a change in the status of the Territory which must be respected by all.

Examples might be given of earlier resolutions which change a legal situation, and also give rise to legal consequences (obligations, rights) on the basis of other provisions of the Charter or other resolutions (for example of the Council); see Castañeda, *loc. cit.*, p. 121.

IV. La transmission des pouvoirs de la Société des Nations aux Nations Unies

A. L'article 80 de la Charte

1. L'Afrique du Sud est le seul de tous les Etats mandataires à avoir posé la question. Selon sa thèse, le mandat pour le Sud-Ouest africain s'est éteint avec la dissolution de la Société des Nations ou, en tout cas, l'obligation d'envoyer des rapports annuels concernant le territoire a pris fin. De son côté la Cour affirme, dans son avis de 1950, que ce territoire est soumis au mandat et que l'Afrique du Sud est assujettie aux obligations du mandat, les Nations Unies exerçant les fonctions de surveillance.

MM. McNair et Read ont exprimé une opinion contraire. Ils croient que la surveillance de la Société des Nations sur le mandataire a cessé, parce que les organes destinés à recevoir les rapports n'existant plus, il est ainsi devenu impossible de remplir cette obligation (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 159 et 169; opinion dissidente de M. van Wyk, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 648) [1].

Cette interprétation étroite a été clairement repoussée par la Cour. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)* s'est posée la question de la juridiction de la Cour, sur la base d'un traité possédant une clause qui conférait juridiction à la Cour permanente. On a dit que la dissolution de la Cour permanente rendait impossible l'application de cette clause (opinion dissidente de M. Morelli, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 95-96). Mais la Cour a déclaré au contraire que la Cour permanente «était simplement un moyen d'atteindre cet objet», c'est-à-dire «le règlement judiciaire»; il est vrai que l'ancienne Cour n'existe plus, mais l'obligation «survit en substance, bien qu'elle ne puisse être exécutée fonctionnellement»; et «si un autre tribunal est fourni par le jeu automatique d'un autre instrument liant les deux parties», la clause entre à nouveau en vigueur (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 38-39). Ce qui importe, c'est le but et non l'instrument. Le consentement à la transmission de pouvoirs résulte de la condition de Membre des Nations Unies (*ibid.*, p. 35).

L'autorité de l'avis de 1950 est bien établie. Elle a été confirmée non seulement par les avis de 1955 et de 1956, mais aussi par l'arrêt de 1962 sur les affaires du *Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 333-334). Au surplus, la Cour a rejeté nettement les arguments de MM. McNair et Read (affaire de la *Barcelona Traction*).

L'opinion dissidente commune de sir Percy Spender et sir Gerald Fitzmaurice dans les affaires du *Sud-Ouest africain* rouvre le problème

[1] McNair et Read ont estimé non pas que l'Afrique du Sud était libérée de ses obligations de mandataire, mais que leur mise en œuvre pouvait être exigée seulement par les anciens Membres de la Société des Nations et devant la Cour internationale de Justice.

IV. Transmission of Powers of the League of Nations to the United Nations

A. Article 80 of the Charter

1. South Africa is the only mandatory State ever to have raised this question. According to its contention, the Mandate for South West Africa came to an end with the dissolution of the League of Nations or, at any event, the obligation to make annual reports concerning the Territory came to an end. In its 1950 Advisory Opinion the Court affirmed that the Territory was still under mandate and that South Africa still had the obligations flowing from the Mandate, the supervisory functions being exercised by the United Nations.

Judges McNair and Read expressed a contrary view. They considered that the League of Nations' supervision of the Mandatory had come to an end, because, the organs designated to receive the reports no longer existing, it had become impossible to perform this obligation (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 159 and 169; dissenting opinion of Judge van Wyk, *I.C.J. Reports 1962*, p. 648)[1].

This narrow interpretation has been clearly discarded by the Court. In *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections*, the Court had to decide whether it had jurisdiction on the basis of a treaty containing a clause conferring jurisdiction on the Permanent Court. It was argued that the dissolution of the Permanent Court made it impossible to apply that provision (dissenting opinion of Judge Morelli, *I.C.J. Reports 1964*, pp. 95 f.). But the Court found on the contrary that the Permanent Court "was merely a means for achieving that object", namely "judicial settlement"; while it was true that the former Court no longer existed, the obligation remained "substantively in existence, though not functionally capable of being implemented", and if another tribunal were "supplied by the automatic operation of some other instrument by which both parties are bound", the clause again came into force (*ibid.*, pp. 38 f.). The important thing was the purpose and not the instrument. Consent to the transfer of powers resulted from membership of the United Nations (*ibid.*, p. 35).

The authority of the 1950 Opinion has been firmly established. It was confirmed not only by the 1955 and 1956 Opinions, but also by the 1962 Judgment in the *South West Africa* cases (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 333 f.). Moreover the Court has clearly rejected the arguments of Judges McNair and Read (*Barcelona Traction* case).

The joint dissenting opinion of Judges Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice in the *South West Africa* cases reverted to the prob-

[1] Judges McNair and Read did not consider that South Africa had been relieved of its obligations as the Mandatory, but that their performance could be demanded only by former Members of the League and by application to the International Court of Justice.

de la transmission des pouvoirs, en rejetant l'opinion de 1950 comme « certainement erronée » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 532, note 2). Attendu que la critique porte sur l'interprétation de l'article 80 et sur ses antécédents (*ibid.*, p. 516, note 1), il semble nécessaire de les étudier avec d'autant plus d'attention que la Cour a dit en 1966 ne pas vouloir préjuger la question (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 19).

On ne saurait bien interpréter l'article 80 sans considérer ses buts et les circonstances historiques de sa rédaction. Les auteurs de la Charte avaient le ferme propos non seulement de maintenir les progrès faits par la Société des Nations sous le régime des mandats, pour la protection des peuples indigènes, mais aussi de les accroître grâce au régime de tutelle.

La Charte, et notamment son article 80, est signée le 26 juin 1945. La Société des Nations existe encore. Mais avant sa dissolution, le régime de tutelle et l'article 80 ne *pourront* pas être appliqués. Comme les Etats et les experts qui s'occupent de la création des Nations Unies et de la liquidation de la Société des Nations sont pratiquement les mêmes, il est possible de rédiger la Charte en envisageant la liquidation prochaine de la Société des Nations.

L'article 80 ne pouvait pas être appliqué immédiatement. Jusqu'au moment de la liquidation de la SdN, il n'a aucune fonction. Les mandats sont encore exercés au nom de la Société des Nations, et jusqu'à la liquidation ils ne peuvent être convertis en tutelles ou passer sous le contrôle des Nations Unies. L'action de l'article 80 est soumise à une condition suspensive. C'est en prévision du moment où il jouera qu'on établit la clause qu'on a cru pouvoir qualifier de « conservatoire ». Celle-ci précise que les dispositions du chapitre XII (spécialement les art. 75 et 77) ne modifieront pas les régimes existants des mandats. Mais on prévoit en outre un régime transitoire, pour la période qui doit s'écouler entre la liquidation de la Société des Nations et la conclusion des accords de tutelle. Ce régime transitoire vise seulement les territoires soumis au système des mandats, c'est-à-dire les « territoires actuellement sous Mandat », parce qu'on n'avait pas la possibilité de soumettre au régime transitoire, par la simple application des dispositions de la Charte, les autres territoires énumérés dans l'article 77.

Pour ces territoires encore sous mandat, on stipule que les nouvelles dispositions de la Charte ne modifieront « directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun Etat ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties ». Ces territoires restent donc, jusqu'au moment de la conclusion des accords de tutelle, « sous Mandat » (art. 80; art. 77).

2. L'interprétation proposée semble être bien dans la ligne de l'avis de 1950. Il ne faut pas oublier néanmoins que l'avis a été critiqué par des autorités. On a soutenu que l'article 80 n'est plus qu'une « clause de

lem of the transmission of powers, rejecting the 1950 Opinion as "definitely wrong" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 532, note 2). As this criticism relates to the interpretation of Article 80 and to its background, careful study of these matters would seem to be called for (*ibid.*, p. 516, note 1), particularly as the Court stated in 1966 that it did not wish to prejudice the question (*I.C.J. Reports 1966*, p. 19).

Article 80 cannot be properly interpreted without considering its purposes and the historical context of the time when it was drafted. The framers of the Charter were determined not only to maintain the progress made in the protection of indigenous peoples by the League of Nations under the mandates system, but also to intensify it through the trusteeship system.

The Charter, including Article 80, was signed on 26 June 1945. The League of Nations still existed. Before its dissolution, the trusteeship system and Article 80 *could not* be implemented. As the States and experts involved in the creation of the United Nations and the liquidation of the League of Nations were practically the same, it was possible to frame the Charter with the forthcoming liquidation of the League of Nations in mind.

Article 80 could not be applied at once. It had no function until the League of Nations was liquidated. The mandates were still exercised on behalf of the League of Nations, and until its liquidation they could not be converted into trusteeships or come under the supervision of the United Nations. The operation of Article 80 was subject to a suspensive condition. It was with a view to the time when it would come into operation that the provision which has been called a "conservatory" clause was included. This clause stipulates that the provisions of Chapter XII (particularly Arts. 75 and 77) would not alter the existing mandates régime. But in addition provision was made for a transitional régime, for the period which must elapse between the liquidation of the League of Nations and the conclusion of trusteeship agreements. This transitional régime related only to the territories administered under the mandates system, namely "territories now held under mandate", because there was no possibility of placing the other territories listed in Article 77 under the transitional régime by the mere application of the provisions of the Charter.

For the territories still held under mandate, it was provided that none of the new provisions of the Charter would "in or of itself . . . alter in any manner the rights whatsoever of any States or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties". These territories therefore remained, until the conclusion of trusteeship agreements, "held under mandate" (Art. 80; Art. 77).

2. The interpretation proposed seems closely in accordance with the Advisory Opinion of 1950. But one may not overlook the fact that that Opinion has been criticized by certain authorities. It has been main-

sauvegarde », destinée à empêcher que les dispositions du chapitre XII « soient *interprétées* de façon à avoir des effets dépassant leur objectif », et que son « seul but » est d'empêcher une interprétation permettant de « modifier des droits existant antérieurement à un certain événement » (opinion dissidente commune Spender et Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 516, note).

Ces affirmations s'appuient sur un membre de phrase de l'article (« ne sera interprétée comme modifiant... »), mais elles ne donnent d'explication ni sur l'objet de l'article ni sur les droits qu'il vise à conserver. Or on ne peut accepter sans explication que la seule fonction de l'article 80 soit celle d'une clause interprétative au sens technique.

C'est pourquoi des explications ont été proposées. On a dit que l'article 80 concernait les droits conférés par les mandats, mais seulement pour la période allant de l'entrée en vigueur de la Charte à la liquidation de la Société des Nations. On a pensé aussi qu'il visait les droits qui dérivent des accords de tutelle.

Ces efforts se sont révélés inutiles. Ils ne tiennent pas compte de ce que la règle de l'article 80 est applicable seulement « jusqu'à ce que ces accords [les accords particuliers de tutelle] aient été conclus ». Donc, elle est applicable *après la liquidation* de la Société des Nations *et jusqu'à* la conclusion des accords, et elle *n'est pas* applicable *après la conclusion des accords.*

L'interprétation proposée par l'avis de 1950 semble donc la seule conforme au but et à la lettre de l'article 80. Il est vrai que le libellé de cette disposition n'est pas très clair, mais la lecture des travaux préparatoires donne l'impression qu'il résulte du souci des rédacteurs de tenir compte de plusieurs buts et de les harmoniser dans cet article.

Il convient de ne pas oublier les desiderata du régime international de tutelle. Son établissement dépend des accords de tutelle et jusqu'à la conclusion de ces accords on veut maintenir le *statu quo*. Il est déclaré dans la Charte (art. 76) que les fins essentielles du régime de tutelle sont conformes aux buts des Nations Unies, énoncés à l'article premier. Cette déclaration affecte-t-elle les droits des Etats mandataires? Pour lever les doutes, on dira qu'aucune disposition du chapitre XII ne sera interprétée comme modifiant les droits quelconques d'aucun Etat (la réserve finale de l'article 76 *d)* a le même but). Pour conserver dans son intégrité le régime des mandats, on croit nécessaire de dire aussi que les dispositions du chapitre qui concernent la fin des mandats ne peuvent être interprétées comme modifiant les droits des peuples. Enfin, pour éviter toute phrase qui fasse penser à une survivance prolongée des mandats, on ne s'occupe pas d'eux, sauf pour rappeler qu'ils doivent être remplacés par des accords de tutelle. Utilisant le mot « interprétée » dans le sens peu technique où il est employé au paragraphe 1 (le texte anglais dit: *construe*), le paragraphe 2 de l'article 80 dit que le paragraphe 1 ne doit pas être « inter-

tained that Article 80 is no more than a "saving clause" designed to prevent the provisions of Chapter XII from "being *interpreted* so as to operate beyond their intendment" and that its "sole purpose" is to prevent them from "being construed so as to alter existing rights prior to a certain event" (joint dissenting opinion of Judges Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, *I.C.J. Reports 1962*, p. 516, note).

These assertions are based on a phrase in the Article ("nothing . . . shall be construed . . . to alter . . ."), but they fail to give any explanation as to the purpose of the Article or the rights it is meant to conserve. Now it is impossible to admit without any explanation that the sole function of Article 80 can have been that of an interpretation clause in the technical sense.

Certain explanations have therefore been put forward. Article 80 has been said to relate to the rights conferred by mandates, but only for the period intervening between the entry into force of the Charter and the liquidation of the League of Nations. It has also been regarded as concerning the rights derived from trusteeship agreements.

But these efforts have been of no avail. They do not take account of the fact that the rule embodied in Article 80 is applicable only "until such [trusteeship] agreements have been concluded". Thus it is applicable *after the liquidation* of the League of Nations *and until* the conclusion of such agreements, and it is *not* applicable *after the conclusion of the agreements.*

The interpretation put forward by the 1950 Advisory Opinion would therefore appear to be the only one in conformity with the purpose and the letter of Article 80. It is true that the wording of that clause is not very clear, but a reading of the *travaux préparatoires* gives the impression that it is the result of the draftsmen's concern to take several purposes into account and to harmonize them in the Article.

Nor should the desiderata of the international trusteeship system be forgotten. Its establishment depended on the trusteeship agreements, and it was desired to maintain the status quo until they had been concluded. The Charter declares, in Article 76, that the basic objectives of the trusteeship system are in accordance with the purposes of the United Nations laid down in Article 1. The question was whether that declaration affected the rights of the mandatory Powers. To remove doubt on that score, it was decided to provide that nothing in Chapter XII should be construed to alter the rights whatsoever of any State (the reservation at the end of Art. 76 *(d)* was inserted with the same end in view). To keep the mandates system as such intact, it was also thought necessary to provide that nothing in the Chapter concerning the end of mandates could be construed to alter the rights of peoples. Finally, to avoid any form of words capable of suggesting a prolonged survival of mandates, they were not referred to, except by way of a reminder that they should be replaced by trusteeship agreements. Using the term "interpret" in the somewhat non-technical sense in which "*interpréter*" is employed in the French

prété » comme motivant un retard ou un ajournement de la négociation et de la conclusion d'accords de tutelle.

Il y a aussi d'autres raisons de tenir pour fondée l'interprétation faite par l'avis de 1950.

Interprété comme une simple « clause de sauvegarde », l'article 80 est en réalité réduit à néant, à l'inutilité absolue. Si l'on considère que la liquidation de la Société des Nations avait mis fin aux mandats ou aux obligations des mandataires, l'article est privé de toute signification pratique. Dans ce sens McNair avait raison de dire « qu'il est difficile d'apercevoir la pertinence de cet article » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 160). Mais est-ce une bonne méthode d'interprétation d'arriver à la conclusion absurde qu'un article de la Charte présente une inutilité totale?

3. Les antécédents de l'article 80 ont été bien étudiés, comme on peut le voir dans les publications de la Cour sur les affaires du *Sud-Ouest africain*. Les examiner à nouveau serait alourdir inutilement cette opinion. Mais il pourra être utile de reproduire quelques textes déjà connus de la Cour en 1950.

Le 14 mai 1945, à San Francisco, au comité 4 de la Commission II, le délégué de l'Afrique du Sud a dit que « les conditions des mandats actuels ne pourraient être modifiées sans le consentement de la Puissance mandataire ». Son souci était la défense des droits des Etats, dans la période antérieure aux accords de tutelle. Le délégué de l'Egypte s'est intéressé à la sauvegarde des droits des peuples sous mandat. De là, la proposition du délégué des Etats-Unis d'après laquelle tous les droits existants « demeurent exactement tels qu'ils sont » — « ils ne sont ni augmentés ni diminués » — (UNCIO, vol. X, p. 442 et 491 ; citations dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 98). Dans le même sens, Stassen a dit que le but est « de protéger les droits pendant la période transitoire qui s'écoulera entre l'adoption de la Charte et la négociation et la conclusion de nouveaux accords » (8 juin 1945, n^os^ 24, 25, UN Arch., vol. 70, citation dans *C.I.J. Mémoires, ibid.*, p. 217).

A la Commission II de la conférence de San Francisco, Fraser (premier ministre de Nouvelle-Zélande), président du comité de tutelle, dit à propos du rapport de ce comité: « Le mandat n'appartient pas à mon pays ou à un autre pays. On le tient en *trust* pour le monde. » Il a déclaré aussi:

> « L'œuvre qui s'impose immédiatement à nous consiste à rechercher comment ces mandats, qui étaient précédemment placés sous la surveillance de la commission des mandats de la Société des Nations, pourront maintenant être placés sous la surveillance du Conseil de tutelle. »

Fraser est le dernier à parler sur le rapport. Après son intervention, le

text (the English text has "construe"), paragraph 2 of Article 80 states that paragraph 1 should not be "interpreted" as giving grounds for delay or postponement of the negotiation and conclusion of trusteeship agreements.

There are also other reasons for considering that the interpretation given by the 1950 Advisory Opinion was correct.

Interpreted as a mere "saving clause", Article 80 is really reduced to nothing, to total pointlessness. If the view is taken that the liquidation of the League of Nations put an end to the mandates or to the obligations of the mandatories, the Article is deprived of all practical meaning. In this sense Judge MacNair was right in saying "that it is difficult to see the relevance of this Article" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 160). But can a method of interpretation be a good one if it leads to the absurd conclusion that an Article of the Charter is totally pointless?

3. The history of Article 80 has been thoroughly studied, as is apparent in the Court's publications in the *South West Africa* cases. To examine it afresh would be unnecessarily to burden this opinion; but it may be of use to reproduce a few texts with which the Court was already acquainted in 1950.

On 14 May 1945 at San Francisco, in Committee II/4, the delegate of South Africa said that "the terms of existing mandates could not be altered without the consent of the mandatory Power". It was his concern to protect the rights of States in the period preceding the conclusion of trusteeship agreements, whereas the delegate of Egypt expressed concern for the preservation of the rights of peoples administered under mandate. This led to the proposition of the United States delegate, to the effect that: "all rights, whatever they may be, remain exactly the same as they exist—that they are neither increased nor diminished ..." (UNCIO docs., Vol. X, pp. 439 and 486, quoted in *I.C.J. Pleadings, International Status of South West Africa*, p. 98). In the same sense, Mr. Stassen said that the purpose was "to preserve the rights during that in-between period from the time this Charter is adopted and the time that the new agreements are negotiated and completed" (8 June 1945: running numbers 24, 25. UN Archives, Vol. 70, quoted in *I.C.J. Pleadings, ibid.*, p. 217).

In Commission II of the San Francisco Conference, Mr. Fraser (Prime Minister of New Zealand), the president of the Trusteeship Committee, said with regard to the report of that Committee: "The Mandate does not belong to my country or any other country. It is held in trust for the world." He also stated that:

> "The work immediately ahead is how those mandates that were previously supervised by the Mandate Commission of the League of Nations can now be supervised by the Trusteehip Council."

Mr. Fraser was the last speaker on the report, and when he had finished,

maréchal Smuts, président de la Commission II, déclare le rapport accepté intégralement (UNCIO, doc. 1144, séance du 21 juin 1945; doc. 1208, séance du 27 juin 1945; citations dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 108).

Le maréchal Smuts, premier ministre de l'Union sud-africaine, interrogé sur la signification de l'article 80, paragraphe 2, répond en ces termes:

> « Ceci était destiné à prévenir une situation dans laquelle le mandataire dirait: « Je ne tiens à conclure aucun accord ». Il adopte cette manière de voir que, la Société des Nations ayant disparu, nous sommes maintenant libres, nous pouvons faire ce que nous voulons. » (Union of South Africa House of Assembly, 13 mars 1946, citation dans l'exposé de M. Ingles (Philippines), *C.I.J. Mémoires, ibid.*, p. 242.)

4. L'article 80 est aussi la base de référence ou l'appui de la résolution de la Société des Nations en date du 18 avril 1946 [1]. La Société des Nations peut mourir tranquille, parce que les principes de la Charte sont les mêmes que ceux de l'article 22 du Pacte et que subsiste le principe du bien-être et du développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes. Ayant fait leur, en signant la Charte, l'article 80, les mandataires manifestent leur volonté de continuer à administrer les territoires en conformité avec l'article 22 du Pacte et les instruments de mandat.

La conclusion selon laquelle l'Afrique du Sud est restée soumise aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte et selon laquelle les fonctions de contrôle sur leur accomplissement doivent être exercées par les Nations Unies, a donc comme fondement: l'acceptation par le mandataire de l'article 80 (du fait qu'il a signé la Charte), la résolution du 18 avril 1946 (qui déclare la fin des fonctions de la Société des Nations et son agrément aux dispositions de la Charte) et les déclarations par lesquelles les mandataires ont annoncé leur intention de continuer à administrer les territoires sous mandat conformément aux obligations contenues dans les divers mandats.

5. Ces conclusions ont été durement critiquées et l'autorité de l'avis de 1950 a été mise en doute sur la base de ce qu'on appelle « les faits nouveaux » — faits qui, prétend-on, n'auraient pas été connus de la Cour en 1950. Mais l'étude de ces précédents, vus sans parti pris, semble mener au résultat contraire [2]. La préoccupation fondamentale de la plupart des rédacteurs de la Charte et des liquidateurs de la Société des Nations a

---

[1] Sur la conscience de ce que les Nations Unies allaient continuer l'œuvre de la SdN, voir le préambule de la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations en date du 18 avril 1946; voir aussi les observations de Bourquin et Bailey (citations dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 209 et note 1, p. 210).

[2] Voir sur ce point un excellent exposé dans l'opinion dissidente de M. Jessup, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 339-351.

Field Marshal Smuts, presiding, declared it adopted in full (UNCIO docs., 1144 (21 June 1945) and 1208 (27 June 1945), quoted in *I.C.J. Pleadings, ibid.*, p. 108).

Field Marshal Smuts, the Prime Minister of the Union of South Africa, replied to a question put to him on the meaning of paragraph 2 of Article 80 by saying:

> "That was to prevent a situation where the mandatory says: 'I do not want to make an agreement at all'. He takes this position, that the League of Nations having disappeared we are now free, that we can do what we like" (Union of South Africa, Debates of the House of Assembly, 13 March 1946, quoted in the statement by Mr. Ingles (Philippines), *I.C.J. Pleadings, ibid.*, p. 242).

4. Article 80 is also the basis of reference or support for the League of Nations resolution of 18 April 1946 [1]. The dying League of Nations could be easy in its mind because the principles of the Charter were the same as those of Article 22 of the Covenant, the principle of the well-being and development of peoples not yet able to stand by themselves being preserved. Having by their signature of the Charter endorsed Article 80, the mandatories manifested their intention to continue to administer the territories in accordance with Article 22 of the Covenant and the mandate instruments.

The conclusion that South Africa remained subject to the international obligations contained in Article 22 of the Covenant and that the supervisory functions with regard to their performance were to be carried out by the United Nations is thus based on the acceptance by the mandatory of Article 80 (because it signed the Charter), the resolution of 18 April 1946 (which declared the functions of the League of Nations to be at an end and stated its agreement with the provisions of the Charter) and the statements whereby the mandatories announced their intention of continuing to administer the mandated territories in accordance with the obligations set out in the various mandates.

5. These conclusions have been severely criticized and doubt has been cast on the authority of the 1950 Opinion on the basis of what has been called the "new facts"—facts which it is claimed were unknown to the Court in 1950. But the study of the background, looked at with an open mind, would seem to lead to a contrary result [2]. The basic concern of most of the framers of the Charter and of the liquidators of the League of

---

[1] On the subject of the understanding that the United Nations was to continue the work of the League, see the preamble to the League Assembly's resolution of 19 April 1946 and the observations of the Rapporteur and Chairman of the First Committee (cited in *I.C.J. Pleadings, International Status of South West Africa*, pp. 209 f.).

[2] See the excellent account of the matter given by Judge Jessup in a dissenting opinion: *I.C.J. Reports 1966*, pp. 339-351.

été de préserver les droits des peuples et leur garantie, et c'est seulement en second lieu qu'ils ont eu le souci de maintenir les droits des Etats (question de la porte ouverte).

Des renseignements mêmes fournis par l'Afrique du Sud à l'audience du 15 mars 1971 sur les antécédents concernant la rédaction de l'article 80, il ressort que, dans le texte proposé par le comité technique, il est prévu que les droits des Etats et des peuples ou « les termes d'un mandat quelconque » ne seront modifiés ni directement ni indirectement, et l'Egypte fait référence aussi aux « termes d'un mandat quelconque ». Les Etats-Unis parlent d'une clause « conservatoire ou de sauvegarde », par laquelle tous les droits restent les mêmes et ne sont « ni augmentés ni diminués ». Dans la proposition de la Syrie, on mentionne aussi les termes « d'un Mandat quelconque ». Le groupe consultatif propose de ne pas modifier les droits quels qu'ils soient ... « ou les termes des actes internationaux existants ». Les Etats-Unis demandent que, dans les actes officiels, on consigne que, parmi « les droits quels qu'ils soient », sont compris tous les droits stipulés à l'article 22, paragraphe 4, du Pacte. Le comité de coordination signale que l'intention du comité 4 de la Commission II est de « respecter le *statu quo* ».

Dans ces discussions, l'Union soviétique déclare craindre que le maintien sans changement de l'ancien régime des mandats ne soit l'occasion de retarder la conclusion des accords de tutelle et de perpétuer indéfiniment les mandats.

Une fois la Charte signée [1], la Société des Nations se préoccupe d'assurer la poursuite de son œuvre concernant la protection des peuples sous mandat. M. Liang propose à la Première Commission, qui discute la transmission des fonctions de la Société des Nations, une recommandation tendant à ce que les Etats administrant des mandats soumettent des rapports annuels aux Nations Unies, jusqu'à la constitution du comité de tutelle. Ce projet n'est pas accepté car il se situe hors de la compétence de la commission. Plus tard, le moment venu de traiter des mandats, M. Liang présente un autre projet dans lequel on ne mentionne pas les rapports annuels et qui sera la base de la résolution du 18 avril 1946. On a considéré le retrait du premier projet et la nouvelle rédaction du projet de M. Liang comme une raison de ne pas accepter l'opinion émise dans l'avis de 1950 selon laquelle les fonctions de la Société seraient passées aux Nations Unies (opinion individuelle de M. van Wyk, citant l'opinion dissidente de sir Percy Spender et de sir Gerald Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 112). Mais si le projet Liang a été abandonné, ce n'est pas parce qu'il prévoyait la transmission des fonctions; c'est parce qu'il manquait de réalisme en ce sens que des rapports ne pouvaient pas être envoyés simplement à l'Assemblée générale, qu'un organisme bureau-

[1] Il est à noter qu'aux neuvième et dixième séances du comité 4 de la Commission II, l'Argentine, l'Ethiopie et le Guatemala ont fait des réserves à l'article 80, mais non l'Afrique du Sud.

Nations was to preserve the rights of peoples and the safeguards for those rights, and only secondarily the rights of States (the open-door question).

From the information provided by South Africa itself at the hearing of 15 March 1971 concerning the background to the drafting of Article 80, it appears that, in the text proposed by the Technical Committee, it was provided that nothing should in and of itself alter the rights of any States or any peoples "or the terms of any mandate". An Egyptian proposal also referred to "the terms of any mandate". The United States spoke of "a conservatory or safeguarding clause", whereby all rights would remain the same and be "neither increased nor diminished". The Syrian proposal also referred to "the terms of any mandate". The Consultative Group proposed that what should be specified as not being altered were the rights whatsoever . . . "or the terms of existing international instruments". The United States asked that it should be placed on record that among "rights whatsoever" were included any rights provided by Article 22, paragraph 4, of the Covenant. The Coordination Committee indicated that the intention of Committee II/4 was "to freeze the present position".

In these discussions the Soviet Union said it feared that the preservation of the former mandate régime unchanged might be used as a pretext to delay the conclusion of trusteeship agreements and indefinitely perpetuate the mandates.

Once the Charter had been signed [1], the League of Nations concerned itself with ensuring the continuation of its work with a view to the protection of the peoples under mandate. Dr. Liang proposed in the First Committee, which was discussing the transmission of the League of Nations' functions, a draft recommending that the mandatory Powers should submit annual reports to the United Nations until the Trusteeship Council had been constituted. This draft was not accepted, as it was outside the Committee's terms of reference. Later, when the time came to discuss the mandates, Dr. Liang submitted another draft in which no reference was made to annual reports, and which was to provide the basis for the resolution of 18 April 1946. The withdrawal of Dr. Liang's first draft, and the wording of the new draft, have been regarded as providing a reason for rejecting the view of the 1950 Advisory Opinion that the League's functions passed to the United Nations (separate opinion of Judge van Wyk, citing the joint dissenting opinion of Judges Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, *I.C.J. Reports 1966*, p. 112). But if the Liang draft was abandoned, it was not because it provided for the transmission of functions; it was because it was unrealistic in the sense that reports could not simply be sent to the General Assembly. Some

[1] It is noteworthy that during the ten meetings held by Committee II/4 Argentina, Ethiopia and Guatemala expressed reservations in respect of Article 80, but South Africa did not.

cratique spécialisé était nécessaire, ce qui, selon l'Union soviétique, était anticonstitutionnel et pourrait être un prétexte pour retarder la mise en train du régime de tutelle.

Aux Nations Unies, on a aussi la préoccupation de disposer d'un organisme bureaucratique chargé de surveiller l'administration des mandataires, d'où l'idée d'un comité temporaire de tutelle, proposé par les Etats-Unis. Si elle n'a pas réussi, c'est à cause de l'opposition de l'Union soviétique qui voit dans toutes ces propositions une manière de prolonger le système des mandats et d'éviter le régime de tutelle.

Aucune référence n'est faite ni à la non-transmission des fonctions aux Nations Unies ni à l'extinction des obligations des mandataires. Au contraire, les Etats se déclarent disposés à s'acquitter de leurs obligations comme mandataires, dans l'esprit des mandats. L'intérêt général semble être de chercher à assurer le transfert aux Nations Unies des fonctions et responsabilités du système des mandats (exposé écrit sud-africain, chap. VIII, par. 13).

La Belgique pour sa part affirme qu'elle est « pleinement consciente de toutes les obligations qu'imposent aux Membres des Nations Unies les dispositions de l'article 80 de la Charte » (11 avril 1946).

L'Afrique du Sud affirme qu'elle est disposée à appliquer les principes de la Charte (23 décembre 1945), qu'elle est consciente de ses obligations et responsabilités comme signataire de la Charte (17 janvier 1946), et que, « en vertu du paragraphe 1 de l'article 80, aucun droit ne sera modifié jusqu'au moment où les différents accords de tutelle seront conclus » (22 janvier 1946). L'Afrique du Sud reconnaît aussi la transmission aux Nations Unies des pouvoirs concernant les mandats puisqu'elle demande à l'Assemblée générale de consentir à l'annexion du Sud-Ouest africain. Enfin dans la lettre du 23 juillet 1947 elle envisage de continuer à présenter des rapports.

La résolution de l'Assemblée en date du 18 avril 1946 est d'une grande importance. Elle est basée sur le projet de M. Liang. Celui-ci indique dans la présentation de son texte que les fonctions de la Société des Nations ne sont pas transmises automatiquement à l'Organisation des Nations Unies. Il manque l'organe administratif adéquat. La Société des Nations doit s'assurer « de la continuité d'application des principes du système des mandats ». Il cite les mots du professeur Bailey, « la Société des Nations désire être assurée de l'avenir des territoires sous Mandat ». En appuyant la proposition de M. Liang, la France dit qu'on ne regarde pas la dissolution de la Société comme affaiblissant les obligations des Etats mandataires.

6. La résolution du 18 avril 1946 rappelle le principe fondamental du régime des mandats, qui est d'assurer le bien-être et la protection des peuples sous mandat (art. 22 du Pacte). Elle reconnaît la fin des fonctions de la SdN tout en admettant son remplacement par les Nations Unies (dont la Charte contient des dispositions qui pourraient s'appliquer dès

specialized machinery was necessary and that, in the view of the Soviet Union, could be a pretext for delaying the institution of the Trusteeship system.

There was also concern in the United Nations with regard to the need for some organized machinery to supervise the administration of the mandatories, hence the idea of a temporary trusteeship committee as proposed by the United States. If this met with no success it was because of the opposition of the Soviet Union, which regarded all these proposals as a way of prolonging the mandates system and staving off the trusteeship system.

There is no reference to non-transmission of functions to the United Nations, or to the extinction of the mandatories' obligations.

On the contrary, States affirmed their readiness to discharge their obligations as mandatories in accordance with the spirit of the mandates. The general interest appeared to be to seek to ensure the transfer to the United Nations of the functions and responsibilities of the mandates system (South African written statement, Chap. VIII, para. 13).

For its part, Belgium stated (11 April 1946) that it was "fully alive to all the obligations devolving on Members of the United Nations under Article 80 of the Charter".

South Africa stated that it was prepared to apply the principles laid down in the Charter (23 December 1945), that it was conscious of its obligations and responsibilities as a signatory of the Charter (17 January 1946), and that "according to paragraph 1 of Article 80, no rights would be altered *until individual trusteeship agreements were concluded*" (22 January 1946). South Africa also recognized the transmission to the United Nations of the powers concerning the mandates, since it requested the General Assembly to agree to the annexation of South West Africa. Finally, in the letter of 23 July 1947, there was a reference to the continuation of the submission of reports.

The Assembly's resolution of 18 April 1946 is of great importance. It is based on Dr. Liang's draft. In proposing the new draft, Dr. Liang indicated that the functions of the League of Nations were not transferred automatically to the United Nations. The appropriate administrative organ was lacking. The League of Nations should take steps to secure "*the continued application of the principles of the mandates system*". He quoted Professor Bailey to the effect that "the League would wish to be assured as to the future of mandated territories". In supporting Dr. Liang's proposal, France stated that the dissolution of the League was not to be regarded as weakening the obligations of the mandatory States.

6. The resolution of 18 April 1946 recalled the basic principle of the mandates system, which was to ensure the well-being and the protection of the peoples under mandate (Art. 22 of the Covenant). It recognized the ending of the functions of the League of Nations while accepting its replacement by the United Nations (the Charter containing provisions

la dissolution de la Société des Nations), et en notant que les principes de l'article 22 ont été incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte. On remarquera la concordance avec l'article 80. La Société des Nations est satisfaite de ce que la protection des peuples sous mandat sera assurée par les Nations Unies, comme elle l'était en vertu de l'article 22 du Pacte.

Pour plus de certitude, la résolution fait solennellement état des déclarations par lesquelles les Membres mandataires de la Société ont annoncé leur intention de continuer à administrer les territoires, conformément aux obligations contenues dans les divers mandats.

Une fois la Société des Nations dissoute, la préoccupation de tous — excepté de l'Afrique du Sud — est la conclusion rapide d'accords de tutelle. L'absence d'organismes auxquels présenter des rapports résulte de la crainte de retarder la conclusion des accords de tutelle. Rien néanmoins ne laisse penser qu'on a des doutes sur la transmission à l'Organisation des Nations Unies des pouvoirs concernant les mandats. Au contraire, on attend d'elle (même l'Afrique du Sud) sa décision pour pouvoir déclarer que les mandats ont pris fin.

7. Pour dissiper des équivoques, il semble utile de préciser la signification du chapitre XI de la Charte et de son article 73.

C'est obscurcir le sens de la déclaration relative aux territoires non autonomes que de la considérer comme limitée aux territoires qui ne sont soumis ni au régime de tutelle ni au régime des mandats. La lettre et les antécédents de l'article 73 montrent qu'elle a une application générale.

Dans les premières étapes de la rédaction de la Charte, les dispositions du chapitre XI se trouvaient dans le même chapitre que les articles de l'actuel chapitre XII. Si la section A est devenue un chapitre indépendant (aujourd'hui chapitre XI), c'est parce que l'on a cru inapproprié d'insérer une déclaration générale dans le chapitre régissant le régime de tutelle. Mais cela n'a rien ôté de son caractère général à l'article 73.

En présentant le rapport du comité 4 à la Commission II, le maréchal Smuts a expliqué la portée de la section A (devenue le chapitre XI) en disant qu'elle applique le principe de la mission (des *trustees*) à tous les territoires non autonomes, qu'ils soient territoires sous mandat, qu'ils soient territoires pris aux pays vaincus ou qu'ils soient colonies des puissances. Toute la matière des territoires non autonomes est à présent couverte. (UNCIO, vol. VIII, p. 160 et suiv.) M. van der Plas a fait observer que la déclaration de l'article 73 s'applique à tous les territoires non autonomes, qu'elle revêt un caractère d'adhésion volontaire en ce qui concerne les territoires coloniaux et, pour ce qui est des territoires sous tutelle, un caractère contractuel qui entre dans le cadre des obligations contractées à leur égard. (Comité de coordination, 37e séance, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 39).

Le texte de l'article 73 montre que la déclaration sur les territoires non autonomes s'applique aux « territoires dont les populations ne s'ad-

which could be implemented on the dissolution of the League of Nations), and noting that the principles of Article 22 had been embodied in Chapters XI, XII and XIII of the Charter. The concordance with Article 80 will be noted. The League of Nations was satisfied that the protection of the peoples under mandate would be ensured by the United Nations, as it had been under Article 22 of the Covenant.

To make doubly sure, the resolution solemnly placed on record the statements whereby the Members of the League administering territories under mandate expressed their intention of continuing to administer them in accordance with the obligations contained in the respective mandates.

Once the League of Nations had been dissolved, the concern of all States except South Africa was the rapid conclusion of trusteeship agreements. The lack of any body to which reports could be submitted is attributable to the fear of delaying the conclusion of trusteeship agreements. However there is no evidence that there was any doubt as to the transmission to the United Nations of the powers regarding mandates. On the contrary, the decision of the Organization was awaited (even by South Africa) before declaring that the mandates had come to an end.

7. To dispel misunderstanding, it would be as well to clarify the significance of Chapter XI of the Charter and of Article 73, which forms part of it.

To consider the declaration regarding non-self-governing territories as applying only to territories under neither mandate nor trusteeship is to obscure the sense of it. Both the wording and the history of Article 73 show that it is of general application.

In the course of the first stages of drafting the Charter, the provisions of Chapter XI were in the same chapter as the articles of what is now Chapter XII. If Section A became a separate chapter (now Chap. XI), it was because it was thought inappropriate to include a general declaration in the chapter governing the trusteeship system. But this has not diminished the general nature of Article 73.

When presenting the report of Committee II/4 to Commission II, Field Marshal Smuts explained the scope of Section A (which became Chap. XI) by saying that Section A applied the trustee principle to all dependent territories, whether they were mandated, territories taken from defeated countries, or existing colonies of Powers. That covered the whole field of non-self-governing territories. (UNCIO docs., Vol. VIII, p. 127.) Mr. van der Plas pointed out that the declaration in Article 73 applied to all non-self-governing territories, to those of colonial status on a voluntary basis and to those of a trust status, among the obligations assumed for them, on a contractual basis (Coordination Committee, summary record of 37th Meeting, quoted in *I.C.J. Pleadings, International Status of South West Africa*, p. 39).

The text of Article 73 shows that the declaration regarding non-self-governing territories applies to "territories whose peoples have not yet

ministrent pas encore complètement elles-mêmes », sans mentionner aucune exception. Il ne semble pas que l'interprète ait le droit d'excepter des territoires non autonomes comme les territoires sous mandat et sous tutelle.

Certes les obligations imposées aux Etats administrant des territoires sous mandat ou sous tutelle ont une ampleur que n'ont pas celles qui sont prévues pour les autres territoires non autonomes, mais la déclaration de l'article 73, étant générale et complémentaire, s'applique à tous les territoires non autonomes.

L'article 73 a recueilli de l'article 22 du Pacte le principe de la « mission sacrée » et du caractère temporaire de l'administration des territoires (« territoires dont les populations ne s'administrent *pas encore* complètement elles-mêmes »). Ce qui explique bien la référence faite par la résolution du 18 avril 1946 de la Société des Nations au chapitre XI de la Charte.

L'Afrique du Sud a soumis pendant les premières années des rapports aux Nations Unies. Elle a dit parfois qu'il s'agissait de renseignements fournis conformément à l'article 73. Mais de ce que l'Afrique du Sud a donné des interprétations à posteriori et s'est référée expressément à l'article 73, il ne résulte pas qu'elle ait dénoncé sa condition et ses obligations de mandataire; elle s'acquittait des devoirs imposés généralement aux mandataires.

8. On a cru trouver une autre preuve contre la transmission des pouvoirs dans la résolution XIV du 12 février 1946 sur le « transfert de certaines fonctions et activités ». Elle ne contient pas de référence aux mandats, et de cette omission on tire la conséquence qu'il n'y a pas eu de transmission. Raisonnement sans explication; le sous-comité du Comité exécutif qui s'est occupé du transfert éventuel des fonctions et activités de la SdN déclare expressément que la question des mandats est hors de sa compétence. Cela est naturel car la question a déjà été tranchée par l'article 80 de la Charte, du côté des Nations Unies, et par la résolution du 18 avril 1946, du côté de la Société des Nations [1].

9. L'avis de 1950 trouve aussi un appui puissant dans les principes de droit interne.

Lauterpacht rappelle que l'essence du régime des mandats est l'administration du territoire dans l'intérêt des peuples indigènes; concevoir qu'il puisse être assuré sans la surveillance serait réduire à des mots la décision de la Cour. Il existera rarement, ajoute-t-il, une plus forte raison d'appliquer — comme l'a fait la Cour — la doctrine de « cy-près » (*The*

[1] On ne doit pas oublier que la césure entre la SdN et l'ONU est politique et non pas fonctionnelle; voir les observations de Bailey et Bourquin et le préambule de la résolution de la SdN en date du 18 avril 1946 dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 209 et note 1.

attained a full measure of self-government", without mention of any exception. It does not appear that anyone interpreting the text is entitled to exclude non-self-governing territories such as mandated or trusteeship territories.

Of course the obligations imposed upon the States administering mandated or trusteeship territories are wider than those provided in the case of other non-self-governing territories, but the declaration in Article 73, being general and supplementary, is applicable to all non-self-governing territories.

Article 73 took over from Article 22 of the Covenant the principle of the "sacred trust" and of the temporary nature of the administration of the territories ("territories whose peoples have *not yet* attained a full measure of self-government"). This explains the reference made by the League of Nations resolution of 18 April 1946 to Chapter XI of the Charter.

During the first few years South Africa submitted reports to the United Nations. It stated at times that it was a matter of supplying information in accordance with Article 73. But the fact that South Africa vouchsafed certain interpretations *a posteriori* and referred expressly to Article 73 does not imply that it had thereby cast off its position and obligations as a mandatory; it was carrying out the duties generally laid upon mandatories.

8. An additional argument against the transmission of powers has been sought in resolution XIV of 12 February 1946 concerning the transfer of certain functions and activities. It contains no reference to the mandates, and the conclusion has been drawn from this omission that there was no transmission. This is an inexplicable argument, as the Sub-Committee of the Executive Committee which dealt with the possible transfer of League of Nations functions and activities expressly stated that the question of the mandates was outside its terms of reference. This is natural, for the question had already been settled by Article 80 of the Charter on the United Nations' part and by the resolution of 18 April 1946 on the League of Nations' part [1].

9. There is also powerful support for the 1950 Advisory Opinion in the principles of municipal law.

Lauterpacht recalls that the essence of the mandates system was the administration of the territory in the interests of the indigenous peoples; to hold that this could be secured without supervision would have been to reduce to a form of words the decision of the Court. He adds that seldom was there a more compelling occasion for applying—as the Court did in

[1] It should not be forgotten that the caesura between the League and the United Nations is political, not functional; see the observations of Bailey and Bourquin and the preamble of the League resolution of 18 April 1946, in *I.C.J. Pleadings, International Status of South West Africa*, p. 209 and note 1.

Development of International Law by the International Court, p. 279).

Selon cette doctrine, on doit décider « cy-près que possible », spécialement dans le cas des *charitable trust*, en changeant le *trustee* ou la méthode d'administration, dans l'intérêt du bénéficiaire, quand cela est nécessaire, étant donné les circonstances. (Bogert, *Handbook of the Law of Trusts*, 1952, p. 568; Keeton, *Law of Trusts*, 1939, p. 148-149; Hanbury, *Modern Equity*, 1946, p. 227; Keeton, *Social Change in the Law of Trusts*, 1958, p. 96.)

Dans les autres droits, il n'y a pas de doute que si l'on supprime l'organe existant de tutelle et si l'on en établit un autre (si on remplace par exemple le conseil de famille par le contrôle judiciaire), le tuteur aura à rendre compte au nouvel organe.

10. En vérité, l'interprétation de l'article 80 faite par la Cour en 1950 a le mérite d'empêcher qu'on utilise le mandat pour créer un titre d'annexion; elle a le mérite d'éviter une fraude à la loi.

B. La règle de l'unanimité dans le Pacte de la Société des Nations

1. Une manière indirecte mais effective de nier la transmission de pouvoirs aux Nations Unies en ce qui concerne les mandats consiste à signaler son impossibilité pratique, du fait que la règle de l'unanimité jouait dans les votes intervenant au Conseil de la Société, et que le mandataire assistait aux séances soit comme Membre soit comme invité au Conseil parce que la question l'intéressait (art. 5, par. 1 et art. 4, par. 5, du Pacte). Un droit de veto était donc attribué au mandataire, qui vidait de toute substance les droits et devoirs de surveillance et de contrôle de la Société, laquelle n'a donc pu les transmettre; aucun pouvoir, aucune faculté pratique n'aura pu passer aux Nations Unies.

2. Il importe donc d'étudier la règle de l'unanimité et la possibilité de son application à un mandataire Membre de la Société des Nations.

A l'occasion de l'avis demandé à la Cour sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, l'Afrique du Sud a soutenu énergiquement et avec force arguments que le mandat était éteint, mais elle n'a pas fait mention de la règle de l'unanimité. Ce n'est qu'après l'avis de 1950 et la constitution du Comité du Sud-Ouest africain, dans les discussions du comité et de l'Assemblée consacrées à la mise en œuvre de l'avis, que le Gouvernement de l'Union sud-africaine s'est opposé aux propositions du comité en alléguant qu'elles « ne permettraient pas notamment de sauvegarder la règle de l'unanimité consacrée par le Pacte de la Société des Nations » [1].

[1] Lettre adressée au président du Comité du Sud-Ouest africain, le 25 mars 1954,

fact—the *cy-près* doctrine (*The Development of International Law by the International Court*, p. 279).

Under that doctrine, which applies specifically in the case of charitable trusts, a court must decide "as near as possible", by changing the trustee or the method of administration in the interests of the beneficiary when this is necessary in view of the circumstances (Bogert, *Handbook of the Law of Trusts*, 1952, p. 568; Keeton, *Law of Trusts*, 1939, pp. 148 f.; Hanbury, *Modern Equity*, 1946, p. 227; Keeton, *Social Change in the Law of Trusts*, 1958, p. 96).

In other systems of law there is no doubt that if the existing supervisory organ in a tutelage situation is abolished and another is established (if for example a *conseil de famille* is replaced by judicial supervision) the guardian becomes accountable to the new organ.

10. In reality the interpretation of Article 80 by the Court in 1950 has the virtue of preventing the mandate being used to create a title for annexation; it has the virtue of preventing *fraus legis*.

B. The Unanimity Rule in the Covenant of the League of Nations

1. An indirect but effective way of arguing against any transmission of powers to the United Nations in respect of the mandates is to point to its practical impossibility, because the unanimity rule operated in respect of decisions by the League Council, and because the mandatory was present at the meetings of the Council either as a member or on the invitation of the Council owing to its interests being specially affected (Covenant, Art. 5, para. 1, and Art. 4, para. 5). A right of veto was thus conferred on the mandatory, emptying the League's supervisory rights and duties of any substance and making it impossible for the League to transmit them; no power or practical function could have passed to the United Nations.

2. It is therefore necessary to study the unanimity rule and the possibility of its application to a Member of the League of Nations which was a mandatory.

At the time of the Opinion requested of the Court on the *International Status of South West Africa*, South Africa argued energetically and forcibly that the Mandate had lapsed, but did not mention the unanimity rule. It was only after the 1950 Opinion and the setting up of the Committee on South West Africa, in the discussions of the Committee and of the Assembly devoted to the implementation of the Opinion, that the Government of the Union of South Africa opposed the proposals of the Committee, claiming that they "would not, *inter alia*, safeguard the rule of unanimity which was provided for in the Covenant of the League of Nations [1]".

[1] Letter of 25 March 1954 from Permanent Representative of South Africa to

L'argument a impressionné le Comité dont les membres se sont divisés. L'Assemblée générale s'est trouvée devant deux propositions. Selon l'une, les résolutions devaient être prises « sous réserve de l'approbation de l'Union sud-africaine »; elle n'obtint pas la majorité nécessaire. L'autre a abouti à la résolution 844 (IX) du 11 octobre 1954, par laquelle on a demandé à la Cour un avis sur la procédure de vote applicable aux questions relatives au Sud-Ouest africain, notamment sur le point de savoir si l'application de l'article 18, paragraphe 2, de la Charte est conforme à l'avis de 1950 et, dans l'affirmative, sur la procédure de vote que l'Assemblée générale devrait suivre. (Voir dossier transmis par le Secrétaire général de l'ONU, *C.I.J. Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 21 et suiv.) Le Gouvernement de l'Union n'a pas participé à la procédure; mais dans les notes complémentaires du dossier transmis par le Secrétaire général (*ibid.*, p. 38-48) et dans l'exposé écrit des Etats-Unis (*ibid.*, p. 57-60), la question de la règle de l'unanimité a été étudiée.

Dans l'avis de 1955, la Cour considère que, malgré les arguments sur la règle de l'unanimité produits devant l'Assemblée générale et les commissions des Nations Unies, il n'est pas nécessaire de « traiter les problèmes posés par ces arguments ou d'examiner l'étendue et la portée de l'application de la règle de l'unanimité sous le régime du Pacte de la Société des Nations », parce que la question du degré de surveillance ne s'étend pas ou ne se rapporte pas au système de vote (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 74). L'avis déclare:

> « Le système de vote est lié à la composition et aux fonctions de cet organe. Il est l'une des caractéristiques de la constitution de l'organe. Prendre des décisions à la majorité des deux tiers ou à la majorité simple est l'un des traits distinctifs de l'Assemblée générale, tandis que la règle de l'unanimité était l'un des traits distinctifs du Conseil de la Société des Nations. » (*Ibid.*, p. 75.)

En conséquence la Cour écarte la thèse de l'Afrique du Sud selon laquelle il existe une incompatibilité entre le système de vote envisagé par l'Assemblée générale et la règle de l'unanimité.

L'avis de 1950 reconnaît à l'Assemblée générale le droit d'exercer les fonctions de contrôle. L'avis de 1955 lui reconnaît la faculté de prendre des décisions relatives au mandat à la majorité des deux tiers des Membres présents et votants. M. Lauterpacht aurait souhaité que la Cour examine le problème de la règle de l'unanimité sous tous ses aspects

---

par le représentant permanent de l'Union sud-africaine, annexe I au rapport du Comité du Sud-Ouest africain (*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session*, supplément n° 14 (A/2666), p. 7).

This argument impressed the Committee, whose members were divided in their views. The General Assembly found itself faced with two proposals. Under one of them, resolutions were to be taken "subject to the concurring vote of the Union of South Africa"; this proposal did not obtain the necessary majority. The other culminated in resolution 844 (IX) of 11 October 1954, by which the Court was asked to give an opinion on the voting procedure on questions relating to South West Africa, in particular on the question whether the application of Article 18, paragraph 2, of the Charter was in conformity with the 1950 Opinion, and in the affirmative, as to the voting procedure which the General Assembly should follow. (See the Dossier transmitted by the Secretary-General of the United Nations, *I.C.J. Pleadings, Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, pp. 21 ff.) The Government of South Africa did not take part in the proceedings, but in the Additional Notes in the Dossier transmitted by the Secretary-General (*ibid.*, pp. 38-48) and in the written statement of the United States (*ibid.*, pp. 57-60), the question of unanimity was studied.

In the 1955 Opinion, the Court considered that despite the arguments on the unanimity rule advanced before the General Assembly and the United Nations Committees, it was unnecessary "to deal with the issues raised by these contentions or to examine the extent and scope of the operation of the rule of unanimity under the Covenant of the League of Nations", because the question of the degree of supervision did not include or relate to the system of voting (*I.C.J. Reports 1955*, p. 74). The Opinion states that:

> "The voting system is related to the composition and functions of the organ. It forms one of the characteristics of the constitution of the organ. Taking decisions by a two-thirds majority vote or by a simple majority vote is one of the distinguishing features of the General Assembly, while the unanimity rule was one of the distinguishing features of the Council of the League of Nations." (*I.C.J. Reports 1955*, p. 75.)

Consequently, the Court rejected the contention of South Africa that there was incompatibility between the voting procedure contemplated by the General Assembly and the unanimity rule.

The 1950 Opinion had recognized that the General Assembly had the right to exercise the supervisory functions. The 1955 Opinion recognized that it had the power to take decisions regarding the Mandate by a two-thirds majority of Members present and voting. Judge Lauterpacht would have wished the Court to examine the problem of the unanimity rule in

---

Chairman of Committee on South West Africa, Annex I to Report to the Committee on South West Africa, *GA*, *OR*, Ninth Session, Supplement No. 14, A/2666.

(*ibid.*, p. 98). La Cour ne l'a pas fait et la question de l'application aux mandats de la règle de l'unanimité, prévue par le Pacte, reste ouverte.

La Cour n'en a pas moins considéré dans deux arrêts successifs que, selon le Pacte et dans le cadre de la Société des Nations, la règle de l'unanimité était applicable aux mandats, sans avoir soumis la question à une étude spéciale.

L'arrêt de 1962 s'efforce de prouver que la protection judiciaire de la mission sacrée contenue dans chaque mandat constitue un aspect essentiel du système des mandats; il souligne la raison d'être et la nécessité de cette garantie évidente, en disant que sans elle la surveillance de la Société des Nations, les mesures à prendre par le Conseil, ne pouvaient être efficaces, « en tout cas, l'approbation exigeait l'unanimité de tous les représentants y compris celui du Mandataire » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 336).

Plus tard la Cour tire argument de la règle de l'unanimité, mais pour contredire l'argument de la nécessité. Le fonctionnement du système des mandats était autre, étant donné la règle de l'unanimité (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 44-47); « le Conseil n'avait aucun moyen d'imposer son point de vue au mandataire », « l'intention n'a jamais été que le Conseil puisse imposer son point de vue aux mandataires au sujet des dispositions des mandats relatives à la gestion ». « Le risque que les mandataires agissent d'une manière contraire non seulement à l'opinion des autres membres du Conseil mais encore aux dispositions mêmes des mandats a, de toute évidence, été consciemment accepté » *(taken with open eyes)* (*ibid.*, p. 46).

L'autorité des arrêts de 1962 et 1966 paraît assez faible. Ils sont en évidente contradiction l'un avec l'autre et les références à la règle de l'unanimité sont des *obiter dicta*, qui visent à renforcer l'argumentation mais ne procèdent pas d'une étude spéciale et approfondie de la question [1].

On ne peut pas pour autant les négliger. L'arrêt de 1966 revient à dire que la règle de l'unanimité énoncée dans le Pacte n'est pas seulement une règle de procédure de vote, mais qu'elle touche aussi à l'essence des mandats. Il amène à se demander si les mandats ne seraient pas des cessions déguisées. Les mandataires n'ont-ils pas d'obligations juridiques et n'ont-ils que des obligations morales? Le Conseil de la Société des Nations ne pouvait-il rien faire contre l'annexion d'un territoire sous mandat?

Il semble donc que l'on doive suivre le conseil de sir Hersch Lauterpacht et examiner sous tous ses aspects la question de la règle de l'unanimité.

---

[1] Ne sont pas pris en considération les arguments et faits tirés de la pratique indiqués dans *C.I.J. Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 38-48, p. 57-60; *C.I.J. Recueil 1955*, p. 98-106, et par les auteurs: J. F. Williams, « The League of Nations and Unanimity », *American Journal of International Law*, vol. 19, p. 475 et suiv.; C. A. Riches, *The Unanimity Rule and the League of Nations*, Baltimore, 1933.

all its aspects (*I.C.J. Reports 1955*, p. 98). The Court did not do so and the question of the application to mandates of the unanimity rule, provided for in the Covenant, remains open.

The Court has nonetheless held, in two successive Judgments that, according to the Covenant and within the framework of the League of Nations, the unanimity rule was applicable to mandates, without having subjected the question to special study.

The 1962 Judgment endeavours to show that the system of judicial protection of the sacred trust contained in each mandate was an essential feature of the mandates system; it stressed the *raison d'être* and the necessity of this evident security, because without it the supervision by the League, and the steps to be taken by the Council, could not be effective, "in either case the approval meant the unanimous agreement of all the representatives including that of the mandatory" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 336).

Later the Court based an argument on the unanimity rule, but in order to contradict the necessity argument. The functioning of the mandates system was otherwise, given the unanimity rule (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 44-47); "the Council had no means of imposing its views on the mandatory", "in relation to the 'conduct' provisions of the mandates, it was never the intention that the Council should be able to impose its views on the various mandatories". "As regards the possibility that a mandatory might be acting contrary not only to the views of the rest of the Council but to the mandate itself, the risk of this was evidently taken with open eyes" (*ibid.*, p. 46).

The authority of the 1962 and 1966 Judgments seems rather weak. They are in clear contradiction with each other and the references to the unanimity rule are *obiter dicta*, intended to reinforce the argument, but which are not the outcome of a special and thorough study of the question [1].

Nonetheless one cannot ignore them. The 1966 Judgment amounts to saying that the unanimity rule laid down in the Covenant is not merely a rule of voting procedure, but it also touches the very essence of the mandates. As a result one must question whether mandates are not thus disguised cessions. Do mandatories have no legal obligations, but only moral obligations? Could the Council of the League of Nations do nothing to check the annexation of a mandated territory?

It therefore seems that the counsel of Sir Hersch Lauterpacht should be followed, and that the question of the unanimity rule should be examined in all its aspects.

---

[1] There were not taken into consideration the arguments and facts based on practice indicated in *I.C.J. Pleadings, Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, pp. 38-48 and 57-60; *I.C.J. Reports 1955*, pp. 98-106, and by legal writers, J. F. Williams, "The League of Nations and Unanimity", *American Journal of International Law*, Vol. 19, 1925, p. 475; C. A. Riches, *The Unanimity Rule and the League of Nations*, Baltimore, 1933.

3. Si des difficultés naissent de la règle de l'unanimité pour qui veut comprendre le système des mandats, cela tient en premier lieu à une erreur de perspective. Doit-on voir la question sous l'angle de l'article 22? C'est cet article que l'on essaie d'interpréter. Selon ses dispositions, le but du mandat est la mission sacrée envers les indigènes; le mandataire est l'instrument par lequel la Société des Nations accomplit sa tâche civilisatrice, la conséquence reconnue étant l'exclusion de toute possibilité d'annexion ouverte ou déguisée, de la part du mandataire.

Pour apprécier la signification de l'article 22, on doit rappeler son origine. Les mandats ont leur base dans le traité de Versailles. L'Allemagne cède ses colonies d'Afrique à condition qu'elles deviennent des territoires sous mandat. Les Puissances alliées et la Société des Nations acceptent les territoires, à charge de veiller à ce que les mandataires auxquels on confie les territoires accomplissent dûment leur mission sacrée de civilisation.

L'Allemagne, comme partie au traité de Versailles, a un intérêt juridique à ce que la Société des Nations observe l'article 22. L' Allemagne n'a pas le droit de surveiller l'administration des territoires [1], mais elle peut se plaindre si le système des mandats est transformé en un autre régime, si un territoire sous mandat devient une colonie ou est annexé.

L'article 22 joue un rôle tout à fait particulier dans le Pacte. Il crée une situation ou institution indépendante de la volonté des Membres de la Société. On peut changer les dispositions du Pacte par un vote majoritaire (art. 26); on peut modifier le mandat pour le Sud-Ouest africain avec le consentement du Conseil (art. 7 du mandat). Mais on ne peut pas abroger ou modifier l'article 22. Le régime est établi en faveur des peuples des territoires et ces territoires sont cédés à charge de respecter l'article 22.

Ce statut spécial de l'article 22 est visible si l'on envisage la structure du Pacte. L'article est un corps normatif indépendant, étranger même au reste des règles du Pacte. Ses rédacteurs avaient d'ailleurs pensé que les conventions sur les mandats seraient insérées dans le traité de paix (rapport Hymans, cité dans l'opinion individuelle de M. Jessup, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 391).

4. La relation entre un mandataire et le Conseil n'est pas la même que celle d'un Membre de la Société par rapport au Conseil. Selon l'instrument de mandat pour le Sud-Ouest africain, le mandataire exerce l'administration au nom de la Société des Nations (préambule du mandat); il est autorisé à appliquer sa législation (art. 2); il prend à sa charge une série d'obligations (art. 2-5); il doit envoyer au Conseil un rapport annuel satisfaisant le Conseil avec toute information intéressant le territoire et

[1] C'est pour cette raison que la protestation de l'Allemagne contre la Belgique à propos du Ruanda-Urundi fut rejetée.

3. If the unanimity rule gives rise to difficulties for anyone who seeks to understand the mandates system, this results in the first place from an error of perspective. Should the question be seen from the point of view of Article 22? It is that Article which we are attempting to interpret. According to its provisions, the purpose of the mandate is the sacred trust towards the natives; the mandatory is the instrument by which the League of Nations effects its civilising task, the admitted consequence being the exclusion of any possibility of open or disguised annexation on the part of the mandatory.

To appreciate the significance of Article 22, its origin must be recalled. Mandates were founded on the Treaty of Versailles. Germany ceded its African colonies on condition that they became mandated territories. The Allied Powers and the League of Nations accepted the territories subject to the duty to ensure that the mandatories to which the territories were entrusted duly accomplished their sacred trust of civilization.

Germany, as a party to the Treaty of Versailles, had a legal interest in the observance by the League of Nations of Article 22. Germany had no right to supervise the administration of the territories [1], but it could complain if the mandates system were transformed into another régime, if a mandated territory became a colony or were annexed.

Article 22 plays a very special part in the Covenant. It created a situation or institution which was independent of the will of the Members of the League. The provisions of the Covenant could be altered by majority vote (Art. 26); the Mandate for South West Africa could be modified with the consent of the Council (Art. 7 of the Mandate). But Article 22 could not be abrogated or modified. The regime was set up for the benefit of the peoples of the territories, and these territories were assigned subject to the obligation to respect Article 22.

This special status of Article 22 is apparent if one considers the structure of the Covenant. This Article is an independent normative entity, foreign even to the remainder of the provisions of the Covenant. Those who drafted it had in fact contemplated that agreements for mandates could be inserted into the Peace Treaty (Hymans Report, quoted in the separate opinion of Judge Jessup, *I.C.J. Reports 1962*, p. 391).

4. The relation between a mandatory and the Council is not the same as that between a Member of the League and the Council. According to the mandate instrument for South West Africa, the Mandatory exercises administration on behalf of the League of Nations (Preamble to the Mandate); it may apply its own legislation to the Territory (Art. 2); it undertakes a series of obligations (Arts. 2-5); it is to make to the Council an annual report to the satisfaction of the Council with full

[1] It is for this reason that Germany's protest against Belgium with regard to Ruanda-Urundi was rejected.

indiquant les mesures prises pour assurer les engagements pris suivant les articles 2, 3, 4 et 5 (art. 6).

Le mandataire descend donc du « podium » de la souveraineté. L'administration d'un territoire sous mandat n'est pas une affaire qui relève essentiellement ou accidentellement de la compétence nationale propre des Etats. La relation entre mandant (Société des Nations) et mandataire (Afrique du Sud) ou, si l'on préfère, entre le tuteur et l'autorité chargée de veiller à sa gestion n'est pas une relation d'égalité, *inter aequales*, mais de subordination dans le domaine des mandats. Le mandataire n'a ni à administrer ni à présenter des rapports à la satisfaction du Conseil en qualité de Membre, avec les conditions et prérogatives que cela comporte; il le fait comme mandataire ayant à rendre compte de son mandat.

Le mandataire ne peut pas jouer deux rôles différents et contraires. Il ne peut jouir des avantages liés à l'administration du territoire dans la robe de mandataire puis, après s'en être dépouillé et avoir revêtu la robe de Membre de la SdN, user du droit de veto et se soustraire à ses obligations de mandataire.

5. L'article 5, paragraphe 1, du Pacte établit la règle de l'unanimité d'une manière générale « sauf disposition expressément contraire du présent Pacte ». Règle tranchante et qui semble exclure la possibilité d'une dérogation implicite ou par analogie s'il n'existe pas une disposition expressément contraire à la règle.

Mais l'interprétation ne mérite pas son nom si elle s'en tient à l'écorce des mots, en sacrifiant superstitieusement les autres règles du droit — en l'occurrence, en négligeant l'article 22 du Pacte et les principes qui l'inspirent.

a) Pour connaître la signification des articles 4 et 5 du Pacte, il faut d'abord examiner leur but propre.

Lors de la rédaction du Pacte, la règle de l'unanimité était fondamentale comme expression et garantie de la souveraineté et de l'indépendance des Etats. A la naissance de la Société des Nations, on a éprouvé le besoin de rassurer les gouvernements. On a dit « aucune nation, grande ou petite, n'a à craindre l'oppression des organes de la Société des Nations » (lord Cecil, cité par Riches, *loc. cit.*, p. 22); et l'on a dit aussi que serait écarté tout projet par lequel « notre propre pays [le Royaume-Uni] serait exposé à ce qu'une recommandation soit adoptée contre lui par le vote d'une majorité, dans une matière qui affecte vitalement son intérêt national » (rapport intérimaire du Comité pour la Société des Nations présidé par sir Walter Phillimore, 1918, Riches, *loc. cit.*, p. 3).

Tel étant le but, et le but unique de la règle, il est logique que la Première Commission de la Deuxième Assemblée ait accepté le

information with regard to the Territory and indicating the measures taken to carry out the obligations assumed under Articles 2, 3, 4 and 5 (Art. 6).

The mandatory therefore comes down from the "platform" of sovereignty. The administration of a mandated territory is not something which falls, either essentially or fortuitously, within the national competence proper to States. The relationship between the Mandator (League of Nations) and Mandatory (South Africa) or, if preferred, between the guardian *(tuteur)* and the authority called upon to supervise its management, is not a relation of equality *inter aequales*, but one of subordination in the field of mandates. A mandatory does not have to administer nor present reports to the satisfaction of the Council as a Member, with the conditions and prerogatives involved in that relationship; it does so as a mandatory which has to give an account of its mandate.

The mandatory cannot play two different and inconsistent parts. It cannot enjoy the advantages connected with the administration of the territory in the robe of a mandatory, and then, after having doffed that, put on the robe of Member of the League of Nations, make use of its right of veto, and evade its obligations as mandatory.

5. Article 5, paragraph 1, of the Covenant lays down the unanimity rule as general "except where otherwise expressly provided in this Covenant". A decisive provision, which appears to exclude the possibility of any implied derogation, or derogation by analogy, if there is no provision expressly contrary to the rule.

But interpretation does not deserve to be so called if it sticks in the bark of the words, superstitiously sacrificing the other rules of law, in the present case, by neglecting Article 22 of the Covenant and the principles inspiring it.

(a) To ascertain the significance of Articles 4 and 5 of the Covenant, it is necessary first of all to study their particular purpose.

At the time of the drafting of the Covenant, the unanimity rule was fundamental as an expression and a safeguard of the sovereignty and independence of States. On the birth of the League of Nations, the need was felt to reassure governments. It was said that "no nation, whether small or great, need fear oppression from the organs of the League" (Lord Cecil, quoted by Riches, *loc. cit.*, p. 22); and it was also said that any scheme would be avoided "under which our own country [the United Kingdom] should be rendered liable to have a recommendation passed against it by a majority vote in a matter vitally affecting the national interests". (Interim Report of the Phillimore Committee, 1918, Riches, *loc. cit.*, p. 3.)

Since such was the purpose, and the sole purpose, of the rule, it was logical for the First Committee of the Second Assembly to

rapport du comité de Londres, lequel après avoir précisé que la règle de l'unanimité est une garantie de la souveraineté des Etats, en déduit que l'unanimité n'est pas nécessaire, exception faite des cas où la souveraineté est en péril (Riches, *loc. cit.*, p. 98). La Deuxième Assemblée « explique à nouveau que l'adoption de la règle de l'unanimité est en premier lieu un moyen de protéger « les droits de souveraineté des Etats » et établit aussi qu'elle doit être gardée seulement là où elle sert à cette fin » (Riches, *loc. cit.*, p. 117).

Cette règle de l'unanimité protège non seulement les Membres de la Société, mais tous les Etats. Dans la pratique du Conseil, il est d'usage de considérer que le droit de « siéger en qualité de membre » impliquant un droit de vote, doit s'appliquer aussi par analogie aux pays qui ne sont pas membres de la Société.

On connaît, à côté de cela, la raison du décalage entre la forme absolue de la règle et le caractère limité de son objet et de son but.

En 1930, au moment où l'on envisageait d'apporter un amendement à l'article 13, deux des auteurs du Pacte, lord Cecil of Chelwood et M. Scialoja exprimèrent l'avis que c'était uniquement par inadvertance qu'une disposition relative à l'unanimité « relative » avait été insérée dans certains articles visant les différends et omise dans d'autres [1].

b) La Cour permanente a dit:

> « Il en résulte que, d'après le Pacte lui-même, dans certains cas et spécialement lorsqu'il s'agit du règlement d'un différend, la règle de l'unanimité s'applique avec cette limitation, que les votes donnés par les représentants des Parties intéressées n'ont pas l'effet d'exclure l'unanimité requise.
>
> . . . . . .
>
> Il s'agit toujours de la règle bien connue d'après laquelle nul ne peut être juge dans sa propre cause.
>
> A un point de vue pratique, exiger que les représentants des Parties acceptent la décision du Conseil équivaudrait à leur donner un droit de *veto* pouvant empêcher toute décision... » (*C.P.J.I. série B n° 12*, p. 31-32.)

[1] Lord Cecil: « a toujours été d'avis que c'est probablement par accident que la règle du Pacte de la SdN suivant laquelle l'unanimité ne doit pas comprendre les parties au différend n'a été spécifiée que dans certains cas. Evidemment, si c'est une règle juste, elle doit s'appliquer à tous les différends. »

M. Scialoja: « Il n'y a pas de doute que ... c'est simplement par oubli que l'on n'a pas dit que les voix des parties intéressées ne figuraient pas dans le calcul de l'unanimité. » (Dossier transmis par le Secrétaire général de l'ONU, *C.I.J. Mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, p. 41.)

accept the report of the London Committee, which after having explained that the unanimity rule served to safeguard the sovereignty of States, deduced therefrom that unanimity could not be necessary except in cases in which the sovereignty of States was in jeopardy (Riches, *loc. cit.*, p. 98). The Second Assembly "again explained the adoption of the unanimity rule in the first place as a means of protecting 'the rights of State sovereignty', and they further stated that it only needed to be maintained where it served that end (Riches, *loc. cit.*, p. 117).

This unanimity rule protected not only the Members of the League, but all States. In the practice of the Council, it was customary to consider that the right to sit as a member, implying the right to vote, must be applicable also by analogy to countries which were not members of the League.

In addition to this, the reason is well known why there was a divergence between the absolute form of the rule and the limited nature of its object and purpose.

Two of the draftsmen of the Covenant, Lord Cecil of Chelwood and Mr. Scialoja, suggested in 1930, when amendment to Article 13 of the Covenant was under consideration, that it was only by inadvertence that a provision on qualified unanimity had been inserted in some of the articles concerning disputes and omitted from others [1].

(b) The Permanent Court has stated that:

> "It follows from the foregoing that, according to the Covenant itself, in certain cases and more particularly in the case of the settlement of a dispute, the rule of unanimity is applicable, subject to the limitation that the votes cast by representatives of the interested Parties do not affect the required unanimity.
>
> . . . . . .
>
> The well-known rule that no-one can be judge in his own suit holds good.
>
> From a practical standpoint, to require that the representatives of the Parties should accept the Council's decision would be tantamount to giving them the right of veto enabling them to prevent any decision being reached . . ." (*P.C.I.J., Series B, No. 12*, pp. 31-32).

[1] Lord Cecil: "had always held that it must have been by some accident that the rule in the Covenant providing that unanimity should not comprise the parties to the dispute had only been enacted in certain cases. Obviously if it were the right rule it should be applied to all cases of dispute."

Mr. Scialoja: "There was no doubt that . . . it had been simply by an oversight that it had not been said that the votes of the interested parties should not figure in calculating unanimity." (Dossier transmitted by the Secretary-General of the United Nations, *I.C.J. Pleadings, Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, p. 41.)

En conséquence, on a pu dire que:

> « La condition d'unanimité, si exprès que soient les termes qui la posent, est implicitement limitée par ce dernier principe [une partie ne peut être juge dans sa propre cause] et il ne faudrait rien de moins que son exclusion expresse pour autoriser un Etat à prétendre qu'en agissant comme juge dans sa propre cause il possède le droit de priver de tout effet une obligation internationale solennelle à laquelle il a souscrit. » (Opinion individuelle de M. Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 104.)

c) Dans une étude sur la règle de l'unanimité, on a dit que « le droit est l'expression de la volonté d'un organisme vivant », et que « la continuité de l'organisme exige qu'il soit adapté aux conditions de sa vie » (Williams, *loc. cit.*, p. 475, 485). C'est ce qu'a fait la Société des Nations.

Déjà en 1921 on recommande dans une résolution que « en attendant la ratification de l'amendement [sur l'article 16], les votes des parties soient exclus pour déterminer s'il y a eu unanimité » (Riches, *loc. cit.*, p. 141).

De la même manière, et pour éviter aussi le résultat absurde que la règle de l'unanimité empêche l'application de l'article 26 du Pacte, on considère que, pour proposer des modifications au Pacte, l'unanimité n'est pas nécessaire et la majorité requise pour les modifications est suffisante (Riches, *loc. cit.*, p. 109, 115).

On peut citer aussi quatre différends dans lesquels le Conseil considère ses résolutions comme obligatoires, malgré le vote contraire de l'une des parties (opinion individuelle de M. Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 101; Riches, *loc. cit.*, p. 145) [1]. On peut citer enfin toutes les résolutions sur des questions dans lesquelles la Société avait à remplir des fonctions administratives (Riches, *loc. cit.*, p. 161, 166).

d) Après une étude consciencieuse de la pratique de la Société on a pu conclure « qu'elle montre une disposition décidée de la part des Membres à ne pas permettre que la règle de l'unanimité rende impuissante la Société, et cela malgré les règles explicites de l'instrument juridique qui est sa loi fondamentale » (Riches, *loc. cit.*, p. 117).

e) La contradiction apparente entre l'article 22 et les articles 4 et 5 du Pacte doit être surmontée compte tenu de la valeur relative de ces dispositions.

Les articles 4 et 5 sont des règles d'une nature abstraite et générale; leur but est étranger à la relation du mandataire avec le mandant au

[1] Naturellement pour des raisons politiques, le Conseil pouvait considérer comme non obligatoires des résolutions auxquelles une partie s'est opposée — cas de la Lituanie et du Japon (Riches, *loc. cit.*, p. 148-152).

Consequently, it has been possible to observe that:

> "The requirement of unanimity, however expressly stated, is implicitly qualified by the latter principle [the principle that a party may not be judge in its own suit]; and . . . nothing short of its express exclusion is sufficient to justify a State in insisting that it should, by acting as judge in its own case, possess the right to render inoperative a solemn international obligation to which it has subscribed." (Separate opinion of Judge Lauterpacht, *I.C.J. Reports 1955*, p. 104.)

(c) In a study of the unanimity rule, it has been said that "law is the expression of the will of a living organism", and that "the permanency of the organism requires that its constitution should be subject to readjustment to the conditions of its life" (Williams, *loc. cit.*, pp. 475, 485). This is what the League of Nations did.

As early as 1921 it was recommended in a resolution that "pending the ratification of the amendment [of Article 16], the votes of the parties be excluded in determining whether unanimity had in fact been achieved" (Riches, *loc. cit.*, p. 141).

In the same way, and also to avoid the absurd result whereby unanimity rule might prevent the application of Article 26 of the Covenant, it was considered that for the proposal of amendments to the Covenant, unanimity was not necessary and the majority required for amendments was sufficient (Riches, *loc. cit.*, pp. 109, 115).

For disputes might also be cited in which the Council considered its resolutions to be binding despite the contrary vote of one of the parties (see separate opinion of Judge Lauterpacht, *I.C.J. Reports 1955*, p. 101; Riches, *loc. cit.*, p. 145) [1]. Finally one might quote all the resolutions on questions in which the League had to carry out administrative functions (Riches, *loc. cit.*, pp. 161, 166).

(d) After a thorough examination of the practice of the League, it has been possible to conclude that "it shows a decided disposition on the part of the Members not to allow the unanimity rule to make the League impotent, and this in spite of the explicit provisions of the legal instrument which forms its fundamental law" (Riches, *loc. cit.*, p. 117).

(e) The apparent contradiction between Article 22 and Articles 4 and 5 of the Covenant is to be overcome by taking into account the relative value of those provisions.

Articles 4 and 5 are rules of an abstract and general nature; their purpose lies outside the relationship of the mandatory with

[1] Naturally, for political reason, the Council could regard as not binding resolutions opposed by one of the parties—cases of Lithuania and Japan (Riches, *loc. cit.*, pp. 148-152).

nom *(on behalf)* duquel il exerce l'administration. Donc, la non-application de la règle de l'unanimité aux fonctions du Conseil concernant le mandat ne contredit pas l'objet et la fin des articles 4 et 5, à savoir le respect de la compétence exclusive des Etats. Au contraire, l'article 22 donne naissance à une institution dont la nature est incompatible avec la possibilité de l'exercice d'un veto par le mandataire.

Il est si contraire à la notion de mandat, de tutelle et à la bonne foi d'établir et de réglementer la surveillance sur le mandataire tout en rendant « cette surveillance nominale et inopérante », tout en laissant à la seule bonne volonté du mandataire l'accomplissement de ses obligations, que cela « ne peut être déduit de façon concluante du seul fait que la constitution prévoit la règle de l'unanimité » (voir opinion individuelle de M. Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 99).

D'un autre côté, le principe *nemo judex in re sua* interdit que l'administrateur, le tuteur ou le mandataire soit celui qui décide ou juge s'il a lui-même rempli ou non ses obligations comme tel — « il n'existe pas de motif valable permettant de distinguer entre les organes judiciaires et les organes de surveillance, du point de vue de l'applicabilité du principe selon lequel nul ne peut être juge en sa propre cause » (opinion individuelle de M. Lauterpacht, *ibid.*, p. 100).

La question soulevée par la règle de l'unanimité est la même que celle qui se présente dans la pratique du droit interne, et à laquelle on répond en faisant appel à la notion de fraude à la loi. Celle-ci se caractérise par le fait qu'on demande la protection d'une règle abstraite et générale, pour éviter l'application d'une autre règle visant à régler un fait concret. Dans les cas où la règle abstraite n'a pas pour but de régler le fait concret, on applique la règle qui vise directement ce fait.

La demande de l'Afrique du Sud tendant à ce qu'on applique la règle de l'unanimité peut donc être qualifiée d'*agere in fraudem legis.* Une interprétation des articles 22, 4 et 5 du Pacte justifiant le refus du mandataire d'accomplir les obligations qu'il a acceptées par l'instrument de mandat, et par la signature du Pacte, pourrait être qualifiée d'*interpretatio in fraudem legis.*

On doit ajouter dans le même sens que l'idée de l'application de la règle de l'unanimité aux mandats ne fut pas généralement admise par la doctrine contemporaine à la Société. Wright la rejette d'une manière décidée sur la base de l'avis rendu dans l'affaire dite de *Mossoul*, et des articles 15 et 16 du Pacte (*Mandates Under the League of Nations*, p. 132, 522). A l'Institut de droit international (session de Cambridge, 1931, sur les mandats internationaux), à propos de la révocation des mandats, Borel soulève la question de la règle de l'unanimité; Seferiades oppose que bien que le Conseil décide à l'unanimité, on ne tient pas compte du vote du mandataire. Rolin affirme que l'unanimité n'est pas nécessaire mais que

the mandator on behalf of which it exercises its administration. Thus, the non-application of the unanimity rule to the Council's functions regarding the mandate does not contradict the object and purpose of Articles 4 and 5, namely respect for the exclusive jurisdiction of States. Article 22 on the other hand, gave birth to an institution the nature of which is incompatible with the possibility of the exercise of a veto by the mandatory.

It is so contrary to the concepts of mandate and of tutelage, and to good faith, to set up and regulate supervision of the mandatory while rendering "that supervision nominal and ineffective", while leaving it to the good will of the mandatory to fulfil his obligations, that this "cannot be conclusively inferred from the mere fact that the basic instrument provides for the rule of unanimity" (see separate opinion of Judge Lauterpacht, *I.C.J. Reports 1955*, p. 99).

Furthermore, the principle *nemo judex in re sua* prohibits an administrator, guardian *(tuteur)* or mandatory from being the person who decides or judges whether or not he has fulfilled his obligations as such—"there is no valid reason for distinguishing, in connection with the applicability of the principle that no-one is judge in his own cause, between the judicial and the supervisory organs" (separate opinion of Judge Lauterpacht, *ibid.*, p. 100).

The question raised by the unanimity rule is the same as that which arises in practice in municipal law, where it is answered by an appeal to the concept of *fraus legis*. The mark of this concept is the fact that the protection of an abstract general rule is sought in order to avoid the application of another rule intended to settle a concrete point. In cases where the purpose of the abstract rule is not to settle the concrete point, the rule which directly contemplates that point is to be applied.

South Africa's claim for the application of the unanimity rule can therefore be classified as *agere in fraudem legis*. An interpretation of Articles 22, 4 and 5 of the Covenant which would justify the refusal of the mandatory to fulfil the obligations which it has accepted by the mandate instrument and by the signature of the Covenant, could be classified as *interpretatio in fraudem legis*.

To the same effect it should be added that the idea of the application of the unanimity rule to mandates was not generally accepted by writers of the time of the League. Wright rejected it decisively on the basis of the Opinion given in the so-called *Mosul* case, and of Articles 15 and 16 of the Covenant (*Mandates Under the League of Nations*, pp. 132 and 522). At the 1931 session of the Institut de Droit International held at Cambridge, which discussed international mandates, Borel raised the question of the unanimity rule in connection with the revocation of mandates. Seferiades then argued that although the Council's decisions were taken unanimously, the mandatory's vote was disregarded. Rolin

ce n'est pas le moment de traiter de la question. La discussion ne fut pas poursuivie mais le vote favorable à la révocation implique le rejet de l'application de la règle de l'unanimité aux mandats (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. II, p. 58). Les nombreux auteurs qui affirment le droit pour la Société de révoquer les mandats paraissent implicitement partager le même avis. Récemment encore, Dugard soutient la non-application de la règle de l'unanimité aux mandats (« The Revocation of the Mandate for South West Africa », *The American Journal of International Law*, 1968, p. 89 et suiv.).

V. Possibilité de déchéance du mandataire
La nature du mandat

Il convient de rappeler les caractéristiques du régime des mandats, car ce n'est qu'en tenant compte de sa nature que l'on pourra répondre à la question relative aux pouvoirs que possédait la Société des Nations, puis, à sa place, l'Organisation des Nations Unies.

Les mandats ne sont pas une simple concession des Principales Puissances alliées et associées aux Etats mandataires. Le mandat est une institution très complexe.

Elle est basée sur la cession faite par l'Allemagne de ses colonies en Afrique (art. 118, 119 du traité de paix). Cette cession n'est pas pure et simple, elle est faite *sub modo*. Ces territoires ne passent pas sous la souveraineté des Etats mandataires. Dans le traité, l'Etat mandataire est désigné comme « le gouvernement qui exercera l'autorité sur ces territoires » (art. 127); le transfert des territoires est lié « à la Puissance mandataire prise en cette qualité »; et les territoires sont « administrés par mandataire d'après l'article 22 de la partie I (la Société des Nations) du présent traité » (art. 257); on parle aussi des puissances « administrant d'anciens territoires allemands en tant que mandataires, en vertu de l'article 22 de la partie I (la Société des Nations) » (art. 312). C'est cet article 22 qui fixe les principes de la nouvelle institution.

La Société des Nations assume la responsabilité d'une « mission sacrée de civilisation »[1], « dans l'intérêt de la population indigène », jusqu'au moment où les peuples en question seront « capables de se diriger eux-mêmes ». Dans le Pacte on relève ainsi la nature temporaire du mandat; il doit finir quand la population indigène sera apte à se gouverner par elle-même. Le général Smuts s'est efforcé de faire supprimer cette référence au caractère limité dans le temps des mandats, et a proposé à

[1] Fraser (Nouvelle-Zélande), président du comité 4, achève en ces termes son rapport à la Commission II: « Le mandat n'appartient pas à mon pays ou à un autre pays. On le tient en *trust* pour le monde. » (UNCIO, vol. VIII, doc. 1144, séance du 21 juin 1945, p. 154; citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 222.)

stated that unanimity was not necessary but that discussion of the question was untimely. The discussion was not pursued, but the vote in favour of revocation implied rejection of the application of the unanimity rule to mandates (*Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. II, p. 58). The many writers who assert that the League was entitled to revoke the mandates appear by implication to share the same view. Quite recently Dugard has maintained that the unanimity rule was not applicable to mandates ("The Revocation of the Mandate for South West Africa", *A.J.I.L.*, 1968, pp. 89 ff.).

V. Possibility of Forfeiture by the Mandatory— the Nature of the Mandate

It is necessary to recall the characteristics of the mandate régime, for only in the light of its nature will it be possible to say what powers were possessed by the League of Nations and are now possessed by the United Nations in its place.

The mandates are not a simple concession granted by the Principal Allied and Associated Powers to the mandatory States. The mandate is a very complex institution.

It was based on the cession by Germany of its colonies in Africa (Arts. 118 and 119 of the Treaty of Peace). This cession was not pure and simple, but *sub modo*. The territories concerned did not pass under the sovereignty of the mandatory States. In the Treaty, the mandatory States were designated as the "governments exercising authority over those territories" (Art. 127); the territories were transferred "to the Mandatory Power in its capacity as such"; the territories were to be "administered by a Mandatory under Article 22 of Part I (League of Nations) of the present Treaty" (Art. 257); reference was also made to any Power "administering former German territory as a mandatory under Article 22, Part I (League of Nations)" (Art. 312). It was this Article 22 which laid down the principles of the new institution.

The League of Nations assumed the responsibility for a "sacred trust of civilization"[1], "in the interests of the indigenous population", until such time as the peoples in question should be "able to stand by themselves". It was in this way that the Covenant pointed to the temporary nature of mandates; they were to come to an end when the indigenous populations were capable of governing themselves. General Smuts tried to get this reference to the chronologically finite nature of mandates

[1] Mr. Fraser (New Zealand), the then chairman of Committee II/4, concluded his report to the Second Committee with the following words: "The mandate does not belong to my country or any other country. It is held in trust for the world." (21 June 1945, UNCIO doc. 1144, Vol. VIII, p. 154; cited in *I.C.J. Pleadings, International Status of South West Africa*, p. 222.

cette fin de biffer le mot « encore » (*yet* en anglais) dans l'expression « non encore capables de se diriger eux-mêmes »; mais cette proposition fut rejetée.

La Société des Nations confie « la tutelle de ces peuples aux nations développées », qui « exerceraient cette tutelle en qualité de mandataires et au nom de la Société » [1]. La Société confie les pouvoirs d'administration au mandataire « sous réserve des garanties prévues plus haut dans l'intérêt de la population indigène ». Plus spécialement on établit une commission permanente chargée de recevoir et d'examiner les rapports des mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats. Dans le mandat pour le Sud-Ouest africain, à côté de la référence à l'article 22 du Pacte, il est prévu que le mandataire devra envoyer au Conseil des rapports satisfaisant celui-ci et contenant toute information intéressant le territoire et indiquant les mesures prises pour s'acquitter de certains engagements spécifiques (art. 6).

La surveillance par l'organe de la communauté internationale est une caractéristique distinctive du mandat (Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930, p. 64), conforme à sa nature même (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133, 136). « En fait, exclure les obligations liées au Mandat reviendrait à exclure l'essence même du Mandat » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 334) [2]. C'était une responsabilité grave de la Société des Nations, à présent des Nations Unies, que la « mission sacrée » envers les peuples indigènes, et qui ne peut être assurée qu'au moyen du contrôle et des possibilités qu'il offre [3].

La tâche que les Etats mandataires doivent remplir « au nom » *(on behalf)* de la Société est qualifiée de fonction de « mandataire » *(mandatory)* et consiste à exercer une « tutelle » *(tutelage)*. Elle est marquée, comme ces termes mêmes l'indiquent en droit interne, par le désintéressement. Celui-ci a été solennellement proclamé par les Puissances alliées

[1] Le gouverneur de la Nouvelle-Zélande a dit en 1926: « Le Samoa occidental ne fait pas partie intégrante de l'Empire britannique: c'est un enfant dont nous avons accepté la tutelle » (Commission permanente des mandats, procès-verbaux de la dixième session, 1926, p. 24, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 203).

[2] « La surveillance internationale prévue par les paragraphes 7 et 9 de l'article 22 du Pacte est la pierre angulaire de tout le système des mandats »; des décisions du Conseil il résulte « que c'est un contrôle effectif et sérieux qui est visé et non pas un contrôle purement théorique ou fictif ». (*Le système des mandats: Origine, principes et application*, citations dans *C.I.J. Mémoires, Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, p. 28.)

[3] « En ce qui concerne le devoir qui incombe à la Société d'assurer l'observation des termes des mandats, le Conseil envisage ses attributions en l'espèce dans le sens le plus large » (rapport présenté par le Conseil à l'Assemblée le 6 décembre 1920, document de l'Assemblée de la SdN, 20/48, 161, citation dans *C.I.J. Mémoires, ibid.*, p. 29).

deleted, and for this purpose proposed the removal of the word "yet" in the phrase "not yet able to stand by themselves"; but this amendment was rejected.

The League of Nations entrusted "the tutelage of such peoples . . . to advanced nations" the method being that "this tutelage should be exercised by them as Mandatories on behalf of the League"[1]. Powers of administration were entrusted to the mandatories by the League "subject to the safeguards above mentioned in the interests of the indigenous population". More particularly, there was constituted a Permanent Commission to receive and examine the annual reports of the mandatories and to advise the Council on all matters relating to the observance of the mandates. In the Mandate for South West Africa, in addition to the reference to Article 22 of the Covenant, it was provided that the Mandatory should make to the Council of the League of Nations annual reports to the satisfaction of the Council, containing full information with regard to the Territory, and indicating the measures taken to carry out certain specified obligations (Art. 6).

Supervision by the organ of the international community is a distinctive feature of the mandate (Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930, p. 64) and is in conformity with its very nature (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 133 and 136). "Indeed, to exclude the obligations connected with the Mandate would be to exclude the very essence of the Mandate" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 334)[2]. The "sacred trust" in respect of the indigenous peoples was a grave responsibility for the League of Nations and now for the United Nations, and one which can only be discharged through the modality of supervision and the possibilities which it provides[3].

The task which the mandatory States have to perform "on behalf" of the League is qualified as a "mandatory" function and consists in the exercise of "tutelage". It is characterized, as the same terms imply in municipal law, by absence of self-interest. This was solemnly proclaimed by the Allied Powers (16 June 1919) in reply to a protest by the German

---

[1] The New Zealand Government said in 1926: "Western Samoa is not an integral part of the British Empire, but a child of which we have assumed the guardianship" (Minutes of the Tenth Session of the Permanent Mandates Commission, 1926, p. 24; cited in *I.C.J. Pleadings, International Status of South-West Africa*, p. 203).

[2] "The international supervision provided for in paragraphs 7 and 9 of Article 22 of the Covenant is the cornerstone of the whole mandates system"; "It clearly emerges . . . from . . . the decisions of the Council that what is intended is an effective and genuine, not a purely theoretical or formal, supervision." (*The Mandates System. Origin—Principles—Application*, p. 33; cited in *I.C.J. Pleadings, Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South-West Africa*, p. 28.)

[3] "With regard to the responsibility of the League for securing the observance of the terms of the mandates, the Council interprets its duties in this connection in the widest manner." (*Op. cit.*, p. 34, quoting a report presented by the Council to the Assembly on 6 December 1920, League Assembly Doc. 20/48/161; cited in *I.C.J. Pleadings, ibid.*, p. 29.)

(16 juin 1919) en réponse à une protestation du Gouvernement allemand à la conférence de la paix: « Les Puissances mandataires qui, étant constituées fidéicommissaires par la Société des Nations, ne tireront aucun bénéfice de ce fidéicommis ». Cette conception se traduit à l'article 257 du traité de paix, où il n'est pas tenu compte de la valeur des possessions allemandes cédées pour le calcul des indemnités à payer par l'Allemagne (van Rees, *Les mandats internationaux*, 1927, p. 18, 19). Ce même argument du désintéressement fut utilisé par les Principales Puissances alliées et associées en face de l'Italie qui réclamait des compensations territoriales sur la base des promesses faites par la France et par la Grande-Bretagne:

> « les territoires qui furent confiés à leur Mandat ne constituent aucun agrandissement de leurs possessions coloniales; les territoires en question ne devant appartenir, en vertu du système des Mandats, qu'aux peuples qui les habitent » (Stoyanovski, *La théorie générale des mandats internationaux*, 1925, p. 18).

Les droits du mandataire, en conséquence, « ne sont pour ainsi dire que de simples instruments lui permettant de remplir ses obligations » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 329).

Cette conception a d'importantes conséquences pratiques. Le mandataire n'a pas le pouvoir de transmettre, céder ou louer une partie quelconque du territoire sous mandat (rapport de Sjöberg, cité par Wright, *loc. cit.*, p. 122). La Commission permanente des mandats a protesté contre le fait que, dans l'accord sur les frontières entre l'Afrique du Sud et le Portugal (1926), l'Afrique du Sud ait indiqué qu'elle possède la souveraineté *(possesses sovereignty)* dans le territoire sous son mandat (Wright, *loc. cit.*, p. 121, 201-202, 446) [1]; la même commission insiste là-dessus en soutenant que « comme corollaire direct de l'absence de souveraineté, le mandataire ne peut tirer aucun profit direct du territoire » (*ibid.*, p. 214), et que, « même dans les territoires sous Mandat « C », il y a lieu d'examiner si la discrimination économique n'est pas contraire aux intérêts des habitants du territoire » (*ibid.*, p. 215).

Selon van Rees, les territoires sous mandat ont une individualité marquée; les puissances mandataires sont des gérants obligés de respecter rigoureusement l'intégrité des territoires; les terres vacantes ou sans maître font partie du domaine du territoire (*Les mandats internationaux*, p. 22). La Commission permanente des mandats a dit aussi, en 1925, que des contributions ou donations des territoires sous mandat en faveur de l'Etat mandataire ne sont admissibles que si elles concernent des institutions et des œuvres dont le territoire sous mandat peut tirer un

[1] A cette occasion, M. Smit, représentant de l'Afrique du Sud, a dit: « l'Union sud-africaine exercera et possédera cette souveraineté [sur le territoire du Sud-Ouest africain] au nom d'une tierce partie non définie. Telle est sa manière de voir; il ne peut être question d'annexion. » (Commission permanente des mandats, procès-verbaux de la onzième session, 1927, p. 92, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 197.)

Government at the Peace Conference: "The Mandatory Powers which, in so far as they may be appointed Trustees by the League of Nations, will derive no benefit from such Trusteeship . . ." This conception is reflected in Article 257 of the Treaty of Peace, the effect of which is that the value of the German possessions thus transferred was not taken into account in calculating the reparations to be paid by Germany (van Rees, *Les mandats internationaux*, 1927, pp. 18 f.). The same argument of absence of interest was used by the Principal Allied and Associated Powers when Italy claimed territorial compensation on the basis of promises made by France and Great Britain:

> "The territories entrusted to them under mandate do not represent any increase in their colonial possessions; the territories in question can only belong, under the mandates system, to the peoples inhabiting them" (Stoyanovski, *La théorie générale des mandats internationaux*, 1925, p. 18).

Consequently the rights of the mandatory "are, so to speak, mere tools given to enable it to fulfil its obligations" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 329).

This conception has important practical consequences. The mandatory has no power to cede or lease any part of the mandated territory (Sjöberg report, quoted by Wright, *op. cit.*, p. 122). The Permanent Mandates Commission protested against the statement by South Africa in the 1926 boundary agreement between South Africa and Portugal that South Africa "possesses sovereignty" in the mandated area (Wright, *op. cit.*, pp. 121, 201 f., 446)[1]. The Commission insisted that "as a direct corollary to the lack of sovereignty . . . the mandatory make no direct profit from the territory" (*ibid.*, p. 214), and that "even in C territories economic discriminations are scrutinized to see that they are not against the interests of the inhabitants of the area" (*ibid.*, p. 215).

Van Rees finds that the mandated territories have a distinct individuality; the mandatory Powers are managers under an obligation of strict respect for the integrity of the territories; unoccupied or ownerless land is part of the property of the territory (*Les mandats internationaux*, p. 22). The Permanent Mandates Commission also stated in 1925 that contributions or gifts made by the mandated territories to the mandatory Power were only admissible if they concerned institutions or works which could be said to benefit the mandated territory materially or morally

[1] On that occasion the representative of South Africa, Mr. Smit, said "the Government of the Union of South Africa exercised and possessed that sovereignty [over the Territory of South-West Africa] on behalf of a third party undefined. That was his position: there could be no question of annexation." (Minutes of the Eleventh Session of the Permanent Mandates Commission, 1927, p. 92; cited in *I.C.J. Pleadings, International Status of South-West Africa*, p. 197.)

avantage matériel ou moral (Bentwich, *The Mandates System*, p. 106, 107); en 1927, elle a dit que les chemins de fer et ports construits par les Allemands dans le Sud-Ouest africain ne pouvaient pas être considérés comme relevant du *dominium* de l'Afrique du Sud et elle a exigé qu'on proclame leur appartenance au territoire administré par l'Union; en 1929, l'Afrique du Sud a donné des explications conformément à la demande qui lui était faite (*ibid.*, p. 96).

L'instrument de mandat pour le Sud-Ouest africain allemand en date du 17 décembre 1920 a la forme d'une déclaration adoptée par le Conseil de la Société des Nations. Sa nature a été discutée par la doctrine qui n'a pu le faire entrer dans aucune des notions juridiques connues. Sa gestation, comme celle des autres mandats, a été la suivante: l'Allemagne a cédé aux Principales Puissances alliées et associées le Sud-Ouest africain allemand, pour qu'il soit administré par le mandataire conformément à l'article 22 du Pacte. Les Principales Puissances conviennent qu'un mandat soit conféré à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par l'Union de l'Afrique du Sud, conformément à l'article 22 du Pacte. Sa Majesté britannique, agissant pour l'Afrique du Sud, s'engage à accepter le mandat et à l'exercer au nom de la Société des Nations. Le Conseil de la SdN, considérant l'article 22, paragraphe 8, a statué sur les points mentionnés dans cette disposition, et confirmé le mandat.

Elaboration compliquée, marquée d'interventions aux significations diverses. Celle de l'Afrique du Sud est la plus passive: Sa Majesté britannique s'est engagée à accepter pour elle le mandat. De cette manière prend naissance une institution internationale dont l'essence est dans l'article 22 du Pacte — ce qui ressort d'ailleurs de la continuelle référence faite à cet article dans le traité de Versailles et dans l'instrument de mandat. C'est en vérité aux principes fondamentaux de l'article 22 que se réfère aussi la résolution testamentaire de la Société des Nations du 18 avril 1946; ce sont ces principes qui donnent sa signification au régime des mandats.

La mission sacrée envers les peuples indigènes des territoires sous mandat est une responsabilité directe de la communauté internationale organisée. La Société des Nations et, depuis le 18 avril 1946, l'Organisation des Nations Unies, a le devoir de garantir à ces peuples que cette mission ne sera pas trahie par la conduite des mandataires agissant précisément en son nom. C'est de ces principes que naissent des obligations bien définies à la charge des Nations Unies et des mandataires.

VI. Possibilité de retrait du mandat

A. La révocabilité des mandats

La question préalable clé, compte tenu des antécédents, pour répondre à la demande d'avis, est celle de savoir si l'Assemblée générale a pris une

(Bentwich, *The Mandates System*, pp. 106 f.). In 1927 the Commission stated that the railways and harbours built by the Germans in South West Africa could not be regarded as having passed to the *dominium* of South Africa; it urged that they should be declared to belong to the territory administered by the Union; in 1929 South Africa gave explanations in accordance with the request made to it (*ibid.*, p. 96).

The instrument embodying the Mandate for German South West Africa, dated 17 December 1920, took the form of a declaration made by the Council of the League of Nations. Its nature has been discussed by jurists, who have been unable to classify it as belonging to any one of the known legal categories. It was brought into being, like the other mandates, as follows. Germany ceded German South West Africa to the Principal Allied and Associated Powers, to be administered by the mandatory in accordance with Article 22 of the Covenant. The Principal Powers agreed that a mandate should be conferred on His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by the Union of South Africa, in accordance with Article 22 of the Covenant. His Britannic Majesty, acting for South Africa, undertook to accept the Mandate and exercise it on behalf of the League of Nations. The Council of the League of Nations, having regard to Article 22, paragraph 8, took a decision on the points referred to in that provision, and confirmed the Mandate.

This was a complicated process, in which the contributions of the different participants varied in significance. South Africa's was the most passive: His Britannic Majesty made the undertaking to accept the Mandate on its behalf. In this way was born an international institution the essence of which is in Article 22 of the Covenant—as is moreover apparent from the continuous references to this Article in the Versailles Treaty and in the mandate instrument. It was really also to the basic principles of Article 22 that the resolution of 18 April 1946 constituting the final will and testament of the League of Nations referred back; it is those principles which give meaning to the mandates system.

The sacred trust in respect of the indigenous people of the mandated territories is a direct responsibility of the organized international community. The League of Nations and, since 18 April 1946, the United Nations, is in duty bound to guarantee those peoples that this trust will not be betrayed by the conduct of the mandatories acting, as they do, on its behalf. It is those principles which give rise to well-defined obligations for the United Nations and the mandatories.

VI. Possibility of Withdrawal of the Mandate

A. Revocability of Mandates

Taking into account what has gone before, the key prior question for the response to be given to the request for opinion is whether the General

décision *ultra vires*, en déclarant « terminé » le mandat confié à l'Afrique du Sud. Même en admettant que les Nations Unies ont succédé à la Société des Nations dans ses pouvoirs de surveillance, il est clair que si la Société des Nations ne pouvait pas retirer le mandat à l'Afrique du Sud, les Nations Unies n'ont pas pu recevoir des pouvoirs que la Société n'avait pas. Il faut donc considérer si la Société des Nations avait le pouvoir de mettre fin aux mandats.

La lutte entre les colonialistes et les progressistes n'a pas fini avec la signature du Pacte. Il est normal que les colonialistes pensent et disent que le système des mandats est une forme voilée d'annexion, que la souveraineté sur les territoires sous mandat appartient aux mandataires et que la concession d'un mandat est définitive et irrévocable. Les défenseurs des intérêts coloniaux ont à surmonter l'obstacle que constitue l'expression des buts du régime des mandats dans l'article 22 du Pacte. Pour y parvenir, ils font valoir les arguments suivants: l'article 22 ne mentionne pas le droit de révocation; or si l'on avait voulu le conférer à la Société des Nations, on l'aurait stipulé expressément dans le Pacte. Les Etats mandataires, ou la plupart d'entre eux, ont manifesté franchement le désir d'obtenir l'annexion pure et simple, dans les discussions antérieures à la rédaction de l'article 22. Les mandats ont été attribués aux Etats par les Principales Puissances alliées et associées et non par la Société des Nations et comme les Principales Puissances avaient acquis ces territoires par conquête, seules elles auraient pu garder la faculté de révoquer le mandat, à l'exclusion de la Société.

Ces arguments semblent assez faibles. La règle *inclusio unius exclusio alterius* est sans application quand le but d'une norme montre qu'une interprétation conforme à la *ratio juris* est nécessaire si l'on veut lui donner effet. Il n'y a pas lieu de prendre en considération les désirs et les espoirs de certaines parties au Pacte, pas plus que toute *reservatio mentalis*, dès lors que les autres parties n'en ont pas tenu compte lors de la signature, même si l'Afrique du Sud les invoque. Les Principales Puissances n'ont pas acquis les territoires par voie de conquête (il n'y a pas eu *debellatio*), et si l'Allemagne cède des territoires dans le traité de Versailles, c'est pour qu'ils soient placés sous mandat, conformément à l'article 22 du Pacte.

Vu la faiblesse de l'argumentation ci-dessus commentée, c'est la position contraire, favorable au droit de la Société des Nations de mettre fin au mandat, qui doit l'emporter. Mais les tenants de cette opinion sont eux-mêmes divisés sur le fondement de ce droit.

Il est évident que l'idée originaire du système des mandats englobait la possibilité d'une révocation. Pour le général Smuts qui la formule, l'attribution du mandat constitue une preuve de grande confiance et un honneur, et le mandat ne doit pas être une source de profits ou d'avantages personnels pour les nationaux du mandataire (*The League of*

Assembly took a decision *ultra vires* when it declared that the Mandate entrusted to South Africa was terminated. Even if it is admitted that the United Nations succeeded to the supervisory powers of the League of Nations, it is clear that if the League of Nations could not withdraw the mandate from South Africa, the United Nations could not have received powers which the League did not have. It is necessary therefore to consider whether the League of Nations had the power to put an end to mandates.

The struggle between the colonialists and progressives did not end with the signature of the Covenant. It is understandable that colonialists consider and aver that the mandates system is a veiled form of annexation, that sovereignty over the mandated territories belongs to the mandatories, and that the grant of a mandate is definitive and irrevocable. In order to defend the colonial interest, its partisans have to overcome the obstacle of the expression of the purposes of the mandates system to be found in Article 22 of the Covenant. In order to achieve this, they put forward the following arguments: Article 22 does not mention any right of revocation; but if it had been intended to confer such a right on the League of Nations, it would have been expressly provided for in the Covenant. The mandatory States, or the majority of them, frankly revealed, in the course of the discussions preceding the drawing-up of Article 22, their desire to obtain annexation pure and simple. Mandates were granted to States by the Principal Allied and Associated Powers, and not by the League of Nations; and since the Principal Powers had acquired those territories by conquest, they alone, and not the League, could have retained the power to revoke a mandate.

These arguments seem somewhat weak. The rule *inclusio unius exclusio alterius* may not be applied when the purpose of a norm shows that an interpretation in harmony with the *ratio iuris* is necessary if effect is to be given to it. There is no ground for taking into account the desires and hopes of certain parties to the Covenant, any more than any mental reservation, if they were disregarded by the other parties at the time of signature, even if South Africa now relies on them. The Principal Powers did not acquire the territories by way of conquest (there was no *debellatio*), and if Germany ceded those territories in the Treaty of Versailles, it was so that they might be placed under mandate, in accordance with Article 22 of the Covenant.

In view of the weakness of the arguments just discussed, it is the contrary position, favouring the right of the League of Nations to put an end to a mandate, which must prevail. But those who hold this view are themselves divided as to the basis of the right.

It is clear that the original idea of the mandates system involved the possibility of revocation. For General Smuts, who put it into words, the allocation of a mandate was a mark of great trust and an honour, and a mandate should not be a source of profit or private advantage for the nationals of the mandatory (*The League of Nations: A Practical Sugges-*

Nations: A Practical Suggestion, 1918, p. 21-22); il ajoute que la Société se réservera « le droit absolu d'exercer en dernier ressort son contrôle ou sa surveillance, de même qu'elle réservera au territoire ou au peuple intéressé le droit d'en appeler à la Société contre toute violation flagrante de son mandat par l'Etat mandataire » (*ibid.*, p. 23). Mais c'est à des territoires européens que le général Smuts pense comme éventuels mandats, et c'est lui qui plus tard demandera l'annexion pour les territoires de l'Afrique. C'est Wilson qui fera étendre l'application du système des mandats aux territoires africains, en conservant les principes formulés par le général Smuts.

On peut expliquer le silence de l'article 22 sur la révocation par les circonstances de sa rédaction. Contrairement aux autres articles du Pacte, il ne fut pas rédigé par des experts connaissant les finesses de l'interprétation juridique; on sait qu'il fut mis au point par des hommes politiques, sans être revisé par les experts. La société internationale de la belle époque n'aimait pas mentionner les choses désagréables et préférait les laisser sous-entendues. Il aurait été de mauvais goût de parler de la possibilité qu'une des Principales Puissances trahisse la mission sacrée qu'on lui aurait confiée. Ce risque lointain était cependant couvert grâce aux termes employés.

Que telle ait été la situation à ce moment-là semble confirmé par ce qu'on connaît des discussions préalables à la rédaction du Pacte et ce que l'on sait de l'opinion des membres de la Commission permanente des mandats.

Dans les réunions préalables à la rédaction du Pacte, certains gouvernements se montrèrent soucieux des conditions applicables aux mandats; un mandat pouvait ne pas présenter d'intérêt s'il était révocable du jour au lendemain. On les a tranquillisés en leur disant qu'une telle révocation était pratiquement impossible. On n'a pas nié la possibilité juridique d'une révocation, mais on a essayé de dissiper leurs craintes en précisant qu'une telle possibilité n'était pas à prévoir, étant donné les puissances auxquelles il avait été convenu d'accorder des mandats, et celles qui composaient le Conseil de la Société des Nations.

Les membres de la Commission permanente des mandats ont eu à discuter la question de la révocabilité. Le devoir s'imposait à eux de favoriser le développement économique des territoires sous mandat. Or d'aucuns avaient émis la crainte que l'éventualité d'une révocation n'effraie les investisseurs. Quoi faire pour les tranquilliser? Des rapports des discussions on retire l'impression que l'on n'a pas voulu donner une réponse négative tranchante, mais que l'on n'a pas ménagé les efforts pour fortifier l'assurance qu'une révocation est inconcevable en pratique. Seul van Rees croit avoir trouvé un appui juridique dans l'opinion de Rolin; mais on peut lui opposer que cet auteur considère la révocation possible en cas de grave abus du mandat[1]. L'opinion des hommes con-

[1] Après avoir dit que le mandat est une aliénation irrévocable, il ajoute: « elle ne serait sujette à révocation à charge de ce dernier [le mandataire] que pour un

tion, 1918, pp. 21 f.); he goes on to say that the League should reserve to itself "complete power to ultimate control and supervision, as well as the right of appeal to it from the territory or people affected against any gross breach of the mandate by the mandatory State" (*ibid.*, p. 23). But it was European territories which General Smuts was thinking of as possible mandates, and it was he who later was to call for annexation for the African territories. It was Wilson who was to have the mandates system extended to the African territories, while retaining the principles formulated by General Smuts.

The silence of Article 22 on the question of revocation can be explained by the circumstances under which it was drawn up. Unlike the other Articles of the Covenant, it was not drawn up by experts acquainted with the finer points of legal interpretation: it is well known that it was worked out by politicians, without being revised by experts. International society of the *belle époque* did not like to mention disagreeable matters and preferred to leave them to be understood. It would have been in bad taste to refer to the possibility that one of the Principal Powers might betray the sacred trust conferred upon it. This remote risk was, however, covered, thanks to the terms used.

That such was the situation at that time seems to be confirmed by what is known of the preliminary discussions preceding the drafting of the Covenant, and what is known of the opinion of the members of the Permanent Mandates Commission.

In the preliminary meetings prior to the drafting of the Covenant, certain governments showed concern as to the conditions which were to be applicable to mandates; there might be no interest in having a mandate if it were revocable at any moment. These doubts were put at rest by the statement that such a revocation was practically impossible. The legal possibility of revocation was not denied, but an attempt was made to calm their fears by explaining that such a possibility was not to be foreseen, taking into account which Powers it had been agreed to grant mandates to, and which Powers made up the Council of the League of Nations.

The members of the Permanent Mandates Commission had to discuss the question of revocability. They were under a duty to favour the economic development of the mandated territories. But some of them had expressed fears that the possibility of revocation might scare off investors. What could be done to assuage these fears? From the reports of the discussions one gets the impression that it was desired not to give a definite negative answer, but that no effort was spared to strengthen the assurance that a revocation was inconceivable in practice. Only van Rees considers that he has found legal support for his view in that of Rolin; but it may be said in reply that the latter author considers revocation to be possible in the case of serious abuse of a mandate [1]. The opinion of those

[1] After having said that a mandate is an irrevocable alienation, he goes on: "It would not be subject to revocation as against the latter [the mandatory] except for a

naissant le mieux les territoires sous mandat et des administrateurs des colonies paraît assez défavorable à l'irrévocabilité. Van Rees, qui tient tant à donner des assurances aux entrepreneurs, énumère parmi les questions que l'article laisse sans réponse: le mandat est-il révocable et dans l'affirmative quelle autorité est compétente pour prendre une telle décision? Il laisse lui-même la question sans réponse (*Les mandats internationaux*, 1927, p. 14). Sir Frederick Lugard, qui avait souligné à la Commission le caractère inconcevable de l'hypothèse de la révocation, admet la révocabilité sans le moindre doute dans son livre fondamental. Il le fait en considérant la situation juridique des personnes sous mandat: «la personne «protégée en vertu d'un mandat» partage avec celui qui possède le territoire *(the owner of the estate)* un titre précaire, sous réserve de l'éventualité que le mandat soit révoqué ou abandonné» (*The Dual Mandate in British Tropical Africa*, 2e éd., 1923, p. 56; 5e éd., 1965, p. 56) [1].

Les auteurs qui soutiennent la thèse de la révocabilité la défendent avec des arguments divers concernant: le caractère foncièrement temporaire des mandats, la nécessité de la cessation dans le cas d'un peuple mûr pour l'indépendance, la souveraineté de la Société des Nations, la sanction résultant d'un manquement aux devoirs, les principes généraux régissant mandats, tutelle et *trust*, la manifestation des pouvoirs de surveillance et de contrôle, l'impossibilité de coopération et la nécessité de protéger les peuples. Cette abondance de motifs n'est pas la preuve de la faiblesse de la thèse, c'est la conséquence de la variété des aspects de l'institution du mandat et de la possibilité d'envisager des causes diverses de terminaison.

Il n'est pas juridiquement tout à fait juste de dire que les pouvoirs de la Société des Nations correspondent à l'exercice de l'*exceptio non adimpleti*. C'est une des caractéristiques des contrats synallagmatiques mais c'est aussi la manifestation d'un principe général. Dans les contrats, celui qui remplit les obligations contractuelles fondamentales a la possibilité, en cas de défaillance du cocontractant, non seulement de déclarer la résolution du contrat, mais aussi de demander l'indemnisation des préjudices et la *restitutio* de ce qui est reçu par le contrat (c'est le cas par exemple des cessions de bases militaires: si le traité prend fin en raison de violations commises par le cessionnaire, celui-ci doit restituer). Mais il y a d'autres

---

manquement tellement grave aux conditions de la cession qu'il témoignerait de l'inaptitude foncière du mandataire à administrer le territoire conformément au Pacte». («Le système des mandats coloniaux», *Revue de droit international et de législation comparée*, 1920, p. 352-353.)

[1] Rappard, à la Commission permanente des mandats, après avoir dit que la révocabilité des mandats est conforme aux principes généraux ajoute:

> «Ce serait, en effet, affaiblir dans l'opinion ce qui fait la valeur propre de l'institution dont nous sommes les défenseurs attitrés que de déclarer que, quelle que puisse être en théorie l'indignité d'une Puissance mandataire, elle ne pourrait jamais, dans aucune hypothèse, donner lieu à la révocation du Mandat.» (Procès-verbaux de la sixième session, 1925, p. 157, citation dans *C.I.J. Mémoires, Statut international du Sud-Ouest africain*, p. 230, note 3.)

best acquainted with the mandated territories, and of the colonial administrators, seems somewhat unfavourable to irrevocability. Van Rees, who is so much concerned to reassure investors, mentions among the questions which the article leaves unanswered: are mandates revocable, and if so what is the authority competent to take such a decision? He gives no reply to the question (*Les mandats internationaux*, 1927, p. 14). Sir Frederick Lugard, who before the Commission had stressed the inconceivability of the hypothesis of revocation, admits the possibility of revocation without any doubt whatsoever in his fundamental book. He does so when he is dealing with the legal situation of persons under mandate: "the person 'protected under mandate' shares with the owner of an estate 'un titre précaire' subject to the contingencies of revocation, rendition, or resignation of the mandate" (*The Dual Mandate in British Tropical Africa*, 2nd ed., 1923, p. 56; 5th ed., 1965, p. 56) [1].

Those writers who uphold revocability support their view with various arguments adducing: the basically temporary nature of the Mandates; the need for them to come to an end in the case of a people ripe for independence; the sovereignty of the League of Nations; sanctions following from a breach of duty; general principles governing mandates, trusts and tutelage; manifestation of powers of supervision and control; impossibility of co-operation, and the need to protect the peoples. This abundance of grounds does not prove the weakness of the argument, but is the consequence of the variety of aspects of the mandate as an institution, and the possibility of envisaging various causes for termination.

It is not, legally speaking, entirely correct to say that the powers of the League of Nations corresponded to the exercise of *exceptio non adimpleti*. That is one of the characteristics of bilateral contracts, but it is also the manifestation of a general principle. In the case of contracts, if one party defaults it is open to the other, who is honouring his own basic contractual obligations, not only to declare the contract terminated but to claim damages and the restitution of the thing received under the contract (an example lies in the grant of military bases: if the treaty is terminated for breach on the part of the grantee State, that State must make restitution). But there are other relationships which feature an especially stringent

---

breach of the conditions of the grant so serious as to show the basic unfitness of the mandatory to administer the territory in accordance with the Covenant" ("Le système des mandats coloniaux", *Revue de droit international et de législation comparée*, 1920, pp. 352 f.)

[1] Rappard, having observed before the Permanent Mandates Commission that the revocability of mandates was in conformity with general principles, added: "To state that, however unworthy in theory a mandatory Power might be, its misdeed could never in any conceivable circumstances lead to revocation, would be to weaken, before public opinion, that sentiment which gives its special value to the institution of which we are the recognized defenders" (Minutes of Sixth Session, 1925, p. 157; cited in *I.C.J. Pleadings, International Status of South-West Africa*, p. 230, note 3).

relations dans lesquelles la faculté de mettre fin à la relation contractuelle et de demander la *restitutio* est spécialement énergique. Dans le mandat, dans la tutelle et dans les *trusts*, il est accordé à une partie ou à une autorité un pouvoir particulier de mettre fin à la situation. Celui qui confère le pouvoir d'administrer en son nom et pour lui peut retirer ce pouvoir (et quand il charge autrui de remplir ses propres devoirs envers un tiers il doit le retirer), si celui auquel il l'a confié ne s'acquitte pas des obligations assumées, dit ne pas vouloir s'en acquitter ou nie avoir des obligations. La nature juridique propre des mandats internationaux fait qu'on doit tenir compte de ces considérations.

Il semble bien qu'on a rédigé l'article 22 en s'efforçant de mettre en vedette les buts fondamentaux du mandat. Les termes employés, mandat, tutelle, *trust*, montrent chacun à sa manière le caractère commun d'une mission de confiance *(fides facta)*, des fonctions protectrices exercées pour l'organisation internationale et en son nom par le mandataire. Celui-ci est lié par le mandat, et comme l'organisation, avec pouvoir d'*officium*. C'est pour cette raison, semble-t-il, qu'on a choisi le terme « tutelle ». L'une des expressions figurant au paragraphe 1 de l'article 22 est pratiquement la même que la définition d'école concernant la tutelle (*qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, Digeste* 26, 1, 1, pr.). Cela convient aussi à la nature de *trust* attribuée aux mandats. Le tuteur dans la *common law* a la position de *trustee (The relation of guardian and ward is strictly that of trustee and* cestui que trust*)*. Comme ces notions juridiques visent essentiellement la protection des personnes qui ne peuvent pas se gouverner elles-mêmes (ici les peuples), la conséquence nécessaire est l'exercice d'une surveillance sur celui qui est chargé de la tutelle *(supervision of the guardian)*, et en cas d'infractions graves à ses devoirs *(fides fracta)*, la perte ou déchéance de la tutelle *(forfeiture of guardianship)*.

On voit qu'étant donné la rédaction de l'article 22 et les termes employés, il n'était pas nécessaire de parler de la révocation des mandats. L'essence de cette notion implique d'une manière claire et évidente la possibilité de mettre fin au mandat, et même le devoir qui incombe à l'organisation de le faire, en cas de manquements graves à des obligations de la part du mandataire. Un mandat qu'on ne pourrait pas révoquer dans un tel cas ne serait pas un mandat mais une cession de territoire ou une annexion déguisée.

Il est difficile de croire que, d'une part, on a organisé le fonctionnement du mandat, avec une commission permanente pour contrôler l'administration du mandataire et que, d'autre part, on laisse le mandataire libre de faire ce que bon lui semble, à l'encontre de la nature même du mandat, qu'on le mette en possession du territoire sans aucune obligation de sa part. (*Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio, Digeste* 44, 7, 8.) Il serait vraiment excessif qu'il soit permis au mandataire de faire ce qu'il veut, de commettre au nom de l'organisation des actes contraires aux fins de l'article 22. Une interprétation qui nierait la possibilité de mettre

power to put an end to the contractual bond and claim restitution. In the case of mandates, tutelage and trusts, a particular power to put an end to the situation is vested in one party or in an authority. The party granting powers to administer in his name or on his behalf may withdraw them (and must withdraw them if conferred for the discharge of his own duties to a third party) in the event that their recipient fails to discharge the obligations assumed, expresses unwillingness to discharge them or denies their existence. The particular legal nature of international mandates is such that these considerations must be taken into account.

It does seem that in the drafting of Article 22 an effort was made to lay stress on the fundamental purposes of the mandate. The terms employed—mandate, trust, tutelage—evidence each in their own way the common character of the committal of a trust *(fides facta)* protective functions exercised for the international organization and on its behalf by the mandatory. The latter is bound by the mandate, like the organization, with power of *officium*. It is for this reason, it would seem, that the term "tutelage" was chosen. One of the expressions to be found in paragraph 1 of Article 22 is practically the same as the standard definition of tutelage (*qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit*; *Digest*, 26, 1, 1, pr.). This accords also with the nature of a trust, which mandates are also regarded as having. A guardian under the Common-Law system is in the position of a trustee ("the relation of guardian and ward is strictly that of trustee and *cestui que trust*"). As these legal concepts essentially contemplate the protection of persons (in this case, peoples) who cannot govern themselves, the necessary consequence is the exercise of supervision over the person entrusted with guardianship, "supervision of the guardian", and in case of serious breaches of his duties *(fides fracta)* the loss or forfeiture of guardianship.

It will thus be observed that in view of the wording of Article 22 and the terms used therein there was no need to mention revocation of the mandates. The essential nature of this concept implies, clearly and evidently, the possibility of putting an end to the mandate, and even the duty laid upon the organization to do so in the case of serious breaches of obligations on the part of the mandatory. A mandate which could not be revoked in such a case would not be a mandate, but a cession of territory or a disguised annexation.

It is difficult to believe that, on the one hand, the working of the mandates system was organized to include a Permanent Commission to control the mandatory's administration and that, on the other hand, the mandatory was left free to do what he thought fit, even if it were to run counter to the very nature of the mandate, that one should put him in possession of the territory without any obligation on his part (*sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio*; *Digest*, 44, 7, 8). It would really be too much if the mandatory were permitted to do what he wished, to commit, on behalf of the organization, acts contrary to the purposes of

fin au mandat en cas de violation flagrante de ses obligations par le mandataire réduirait l'article 22 à un *flatus vocis*, ou plutôt à une « blague sanglante », en donnant une couleur de légalité à l'annexion des territoires sous mandat.

Ces considérations expliquent que la *communis opinio* soit favorable à la faculté de révocation. A la session de Cambridge de l'Institut de droit international (juillet 1931), on a adopté une résolution sur « les Mandats internationaux ». L'article VII dit: « Les fonctions de l'Etat mandataire prennent fin par démission ou révocation du mandataire... ». La révocation de l'Etat mandataire et l'abrogation du mandat sont décidées par le Conseil de la Société des Nations; l'abrogation peut résulter aussi de l'admission de la collectivité sous mandat comme Membre de la Société des Nations. Le mot « révocation » fut accepté par 27 voix contre 15 (*Annuaire* de l'Institut, vol. II, p. 60; pour le texte de la résolution, voir vol. II, p. 233-234). Les objections formulées contre cette expression sont de différentes catégories. Wehberg pense que la Société des Nations peut retirer le mandat unilatéralement, même sans faute grave du mandataire car elle a la souveraineté sur le territoire. Verdross souligne que la fin du mandat doit être basée sur les principes de droit qui permettent l'abrogation pour inobservation des obligations. Gidel cite l'*exceptio non adimpleti contractus*. Mais Rolin, rapporteur, défend le terme « révocation » en disant qu'il est de l'essence du contrôle de comporter les sanctions adéquates: « en acceptant de gérer un territoire sous le contrôle de la Société des Nations, l'Etat mandataire a accepté implicitement la sanction de la révocation de sa charge » (pour la discussion, voir vol. II, p. 54 à 59).

On a observé que la fonction de l'Institut est *de lege ferenda*, et qu'en conséquence on ne peut pas l'invoquer pour l'interprétation de l'article 22 du Pacte. Mais on semble oublier que, dans le vote final, plusieurs membres se sont abstenus et ont expliqué leur abstention en disant que la résolution touchait à l'interprétation du Pacte (ainsi Brown Scott, Huber, Fischer Williams; probablement Diéna, p. 66-67) [1].

Plus récemment, après la dissolution de la Société des Nations, des auteurs indépendants ont soutenu le caractère temporaire des mandats et la possibilité de leur révocation (Crawford, « South West Africa: Mandate Termination in Historical Perspective », *The Columbia Journal of International Law*, vol. VI, n° 1, 1967, p. 95, 100, 107, 109, 119; Dugard, « The Revocation of the Mandate for West Africa », *The American Journal of International Law, in toto*, spécialement p. 85 et suiv.).

On a soutenu que le silence de la Charte sur la possibilité de révoquer

[1] Il y a eu 18 abstentions, 38 votes en faveur de la résolution et aucun vote contraire.

Article 22. Any interpretation which denied the possibility of putting an end to the mandate in the case of flagrant violation by a mandatory of its obligations would reduce Article 22 to a *flatus vocis*, or rather to a "damnable mockery", by giving some colour of legality to the annexation of mandated territories.

These considerations explain why the *communis opinio* is favourable to the power of revocation. At the Cambridge session of the Institut de droit international (July 1931), a resolution was adopted on "International Mandates". Article VII reads: "The functions of the mandatory State come to an end on the resignation or removal *(révocation)* of the mandatory . . ." The removal of the mandatory State and the abrogation of the mandate are to be decided on by the Council of the League of Nations; such abrogation may also result from admission of the entity under mandate as a Member of the League of Nations. The word *révocation* was included by a vote of 27 to 15 (*Annuaire de l'Institut*, 1931, Vol. II, p. 60: for the text of the resolution see *ibid.*, pp. 233 f.). The objections raised against this expression fall into different categories. Wehberg thought that the League could unilaterally withdraw a mandate, even in the absence of serious fault by the mandatory, since the League had sovereignty over the territory. Verdross stressed that termination of the mandate should be based on the principles of law which permit of forfeiture for non-observation of obligations. Gidel quoted the *exceptio non adimpleti contractus*. But the Rapporteur, Rolin, defended the term *révocation* by saying that it was of the essence of control to involve adequate sanctions: "by agreeing to administer a territory under the control of the League of Nations, the mandatory State had implicitly accepted the sanction of revocation of its trust" (for the discussion see *ibid.*, pp. 54-59).

It has been pointed out that the function of the *Institut* is only *de lege ferenda*, and that consequently one cannot seek support from this quarter for interpretation of Article 22 of the Covenant. This argument seems to overlook that, on the final vote on this occasion, several members abstained and explained their abstention by saying that the resolution related to the interpretation of the Covenant (thus James Brown Scott, Huber, Fischer Williams, and probably Diéna: *ibid.*, pp. 66 f.). [1]

More recently, since the dissolution of the League of Nations, independent writers have argued for the temporary nature of mandates and the possibility of their revocation (Crawford, "South West Africa: Mandate Termination in Historical Perspective", *The Columbia Journal of International Law*, Vol. VI, No. 1, 1967, pp. 95, 100, 107, 109, 119; Dugard, "The Revocation of the Mandate for South West Africa", *American Journal of International Law*, *in toto* and particularly pp. 85 ff.).

It has been argued that the silence of the Charter on the possibility

[1] There were 18 abstentions, 38 votes for and none against the resolution.

les tutelles est concluant en ce sens qu'il établit leur irrévocabilité. Donc, ajoute-t-on, c'est là un autre argument en faveur de l'irrévocabilité des mandats, étant donné l'analogie entre les deux notions. Mais la non-réglementation de la révocation de la tutelle ne signifie pas son exclusion; le but de l'institution semble au contraire exiger la possibilité de la révocation. Il aurait fallu une déclaration expresse pour entraîner l'irrévocabilité. La Charte ne semble pas avoir voulu laisser la gestion des territoires sous tutelle à la libre volonté des administrateurs, de sorte que l'organisation serait privée de toute autorité pour sanctionner la violation de leurs obligations. L'Afrique du Sud ne paraît pas avoir pensé différemment lorsqu'elle a écarté toutes les demandes des Nations Unies relatives à la signature d'un accord de tutelle.

Dans une étude consacrée à la question des tutelles, il est signalé qu'en vertu de l'article 85, paragraphe 1, et conformément à la procédure établie par l'article 18, paragraphe 2, on peut mettre fin à une tutelle pour violation substantielle (Marston, « Termination of Trusteeship », *International and Comparative Law Quarterly*, XVIII, 1969, p. 18).

B. Les faits ayant entraîné le retrait du mandat

Se rattachant aux nombreux renseignements présentés dans les exposés écrits et oraux de l'Afrique du Sud, se trouve l'offre du Gouvernement sud-africain de produire des preuves pour réfuter les accusations dirigées contre lui en raison de ses manquements à ses devoirs de mandataire. Mais il y a tout de même un fait sur lequel l'Afrique du Sud ne sollicite pas l'ouverture de la preuve, un fait dont elle reconnaît et proclame l'existence. C'est son refus de remplir ses obligations comme mandataire envers l'organisation au nom de laquelle elle doit administrer et de laquelle dépend son titre juridique à l'occupation et à l'administration de la Namibie (Sud-Ouest africain).

Cette infraction commise contre le mandat est la plus grave de toutes du point de vue juridique formel. Dans ses conclusions l'Afrique du Sud nie le maintien du mandat qu'elle considère comme caduc ou bien, à titre subsidiaire, soutient la disparition des obligations essentielles du mandat. De cette manière, l'Afrique du Sud empêche les Nations Unies de remplir leur « mission sacrée » envers le peuple de la Namibie.

L'Afrique du Sud a manqué à ses devoirs comme mandataire et elle a déclaré de façon solennelle et insistante sa décision de ne pas les remplir; elle a nié leur existence. La Cour, elle, a déclaré que l'Afrique du Sud est soumise aux obligations internationales qui découlent de son mandat pour le Sud-Ouest africain et que les fonctions qui incombaient à la Société des Nations sont exercées par les Nations Unies, dans les avis de 1950, 1955 et 1956 et dans l'arrêt de 1962. L'Afrique du Sud ne peut pas

of revoking trusteeships is conclusive in the sense that it establishes the irrevocability thereof. This therefore, the argument continues, is an additional argument in favour of the irrevocability of mandates, in view of the analogy between the two concepts. But the lack of any provision for revocation of trusteeships does not mean that such is excluded; on the contrary, the purpose of the institution would appear to require the possibility of revocation. An express declaration would have been necessary to bring about irrevocability. The Charter does not seem to have intended to leave the administration of territories under trusteeship to the unfettered will of the administrators, in such a way that the Organization would be deprived of any authority to impose sanctions for violation of their obligations. South Africa does not appear to have differed from this view when it brushed aside all requests by the United Nations concerning the signature of a trusteeship agreement.

In a study of the question of trusteeships, it has been mentioned that by virtue of Article 85, paragraph 1, of the Charter, and in accordance with the procedure laid down by Article 18, paragraph 2, thereof, a trusteeship may be terminated for substantial violation thereof (Marston, "Termination of Trusteeship", *International and Comparative Law Quarterly*, XVIII, 1969, p. 18).

B. The Facts Which Led to the Withdrawal of the Mandate

With reference to the considerable amount of information presented in the written and oral statements of South Africa, an offer has been made by the South African Government to produce evidence to refute the accusations made against it of breaches of its duties as Mandatory. But there is nonetheless one fact as to which South Africa does not seek to adduce evidence, a fact which it concedes, the existence of which it proclaims. This is its refusal to fulfil its obligations as Mandatory towards the organization on behalf of which it has to carry on its administration, and upon which depends its legal title to occupy and administer Namibia (South West Africa).

This contravention of the Mandate is the most serious of all from the formal legal point of view. In its submissions, South Africa denies the continued existence of the Mandate, which it considers to have lapsed, or, in the alternative, it claims that the essential obligations of the Mandate have disappeared. In this way, South Africa is preventing the United Nations from fulfilling its "sacred trust" towards the people of Namibia.

South Africa has failed in its duties as Mandatory and it has solemnly and repeatedly declared its decision not to fulfil them; it has denied their existence. The Court, for its part, has declared, in its Opinions of 1950, 1955 and 1956, and in the 1962 Judgment, that South Africa is subject to the international obligations resulting from its Mandate for South West Africa, and that the functions of the League of Nations are now exercised by the United Nations. South Africa cannot allege that it is unaware of

alléguer qu'elle ignore l'existence de ses devoirs. Les arguties de plaidoirie ne peuvent pas réduire à néant l'autorité de la Cour.

En vérité on est devant un cas de violation d'obligations, et l'on peut dire, comme l'a fait Rolin dans son étude de jeunesse sur les mandats, à propos des conditions de révocation, que ce manquement témoigne de « l'inaptitude foncière du mandataire à administrer le territoire conformément au Pacte » (*Revue de droit international et de législation comparée*, 1920, p. 353).

D'autre part, l'Afrique du Sud, en appliquant les lois sur l'*apartheid* dans le Sud-Ouest africain (Namibie), viole ses devoirs de mandataire; on ne peut pas administrer le territoire confié à l'encontre des buts et principes de la Charte (art. 1, par. 3; aussi art. 76 *c)*).

VII. Réponse à la demande d'avis

A. Les conséquences juridiques

Avant tout, il semble qu'on doit bien délimiter la portée de la requête. A cet effet, il faut en considérer les termes. On a demandé quelles sont « les conséquences juridiques ». On doit donc laisser de côté tout ce qui tient aux conséquences économiques, sociales, pratiques et politiques. Pour cette raison, il semble que la Cour ne doit pas s'occuper de ce que les Etats ont à faire dans le cadre des organes des Nations Unies pour mettre fin à la situation anormale de la Namibie et permettre ainsi à l'Organisation des Nations Unies de s'acquitter de ses devoirs envers le peuple namibien, selon la « mission sacrée » qui lui est confiée. La mention des conséquences « pour les Etats » implique que la Cour n'aura pas à étudier les conséquences de la résolution 276 (1970) pour les organisations internationales, et même pour les Nations Unies, en relation avec leur responsabilité envers le peuple namibien. Enfin, le fait que cette résolution 276 (1970) est plus particulièrement citée donne à penser que la Cour n'a pas à considérer les conséquences juridiques des autres résolutions du Conseil de sécurité.

La réponse de la Cour doit être rédigée, semble-t-il, en termes généraux, pour l'orientation des Nations Unies, et ne doit pas entrer dans des détails qui prêteraient à confusion.

B. Conséquences pour l'Afrique du Sud

La conséquence immédiate et fondamentale est la perte du titre juridique, qui avait jusqu'à présent pu justifier la possession du territoire du Sud-Ouest africain par l'Afrique du Sud. Certes, depuis qu'elle a déclaré ne pas être liée par les obligations découlant du mandat, on peut considérer qu'elle est déchue de sa condition de mandataire. Mais, jusqu'à

the existence of its duties, nor can litigious cavils bring to nought the authority of the Court.

In fact, we are dealing with a case of violation of obligations, and it can be said, as was said by Rolin in his early study of mandates, with reference to the conditions for revocation, that this breach indicates the "basic unfitness of the mandatory to administer the territory in accordance with the Covenant" ("Le Système des mandats coloniaux", *Revue de droit international et de législation comparée*, 1920, p. 353).

Furthermore, in applying the laws of *apartheid* in South West Africa (Namibia), South Africa is in breach of its duties as the mandatory Power; it is not permissible to administer an entrusted territory in a manner contrary to the purposes and principles of the Charter (Art. 1, para. 3; Art. 76 *(c)*).

VII. Reply to the Request for Advisory Opinion

A. Legal Consequences

It would seem that, before anything else, the scope of the question should be clearly defined. For this purpose the terms thereof must be considered. It has been asked what are "the legal consequences": therefore everything relating to economic, social, practical and political consequences should be left aside. For this reason, it would seem that the Court should not concern itself with what States are to do within the framework of the United Nations organs in order to put an end to the abnormal situation in Namibia and thus enable the United Nations to discharge its duties towards the people of Namibia in accordance with the "sacred trust" confided to it. The mention of consequences "for States" implies that the Court will not have to examine the consequences of resolution 276 (1970) for international organizations, not even for the United Nations, so far as responsibility to the Namibian people is concerned. Finally, the fact that resolution 276 (1970) is specifically cited prompts the supposition that the Court does not have to consider the legal consequences of the other resolutions of the Security Council.

The Court's reply should, it seems, be drawn up in general terms for the guidance of the United Nations, and should not go into details which might give rise to confusion.

B. Consequences for South Africa

The immediate and fundamental consequence is the loss of the legal title which might, up to the present, have justified the possession of the Territory of South West Africa by South Africa. Of course it may be considered that, ever since it declared that it was not bound by the obligations deriving from the Mandate, it has forfeited its position as Manda-

la résolution 2145 (XXI), la déclaration solennelle visant la cessation du mandat n'a pas été faite, et l'on a pu croire au maintien du titre de mandataire.

La déclaration d'après laquelle le mandat confié à Sa Majesté britannique et en son nom pour l'Afrique du Sud est « terminé » (résolution 2145 (XXI)) entraîne comme conséquence que, dès ce moment-là ,l'occupation du territoire de la Namibie s'est trouvée dépourvue de toute justification juridique. Cette résolution dispose que le Sud-Ouest africain relève directement des Nations Unies, de sorte que la présence de l'Afrique du Sud a quelque chose d'une usurpation et d'une occupation *mala fides*. Ces conséquences ont acquis force exécutoire en vertu de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité.

Conséquence immédiate pour l'Afrique du Sud: elle a l'obligation de retirer son administration du territoire namibien et de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en possession l'administration des Nations Unies.

Le Gouvernement sud-africain est responsable, comme possesseur de mauvaise foi, de la restitution des biens et des fruits à l'égard du peuple namibien.

On ne doit pas oublier que, comme l'avait déclaré la Commission permanente des mandats, les biens cédés par l'Allemagne (chemins de fer, tramways, ports, etc.) et les biens publics de toutes catégories (mines, biens sans maîtres, eaux non privées, etc.) sont restés la propriété exclusive du peuple namibien et, en tant que biens du domaine public, imprescriptibles.

Cela étant, le Gouvernement sud-africain est obligé d'indemniser le peuple namibien des dommages subis. L'administration du mandataire doit faire l'objet d'un règlement de comptes dans lequel on doit prendre en considération les investissements effectués au profit du peuple namibien par l'Afrique du Sud.

C. Conséquences pour les Etats Membres des Nations Unies

En donnant son appui à la résolution 2145 (XXI) dans sa résolution 276 (1970), le Conseil de sécurité impose aux Membres de l'Organisation l'obligation d'accepter et d'appliquer ce qui est stipulé dans ces résolutions et de coopérer à leur mise en œuvre la plus complète.

En l'espèce, les actes des autorités occupantes ne peuvent pas être considérés comme ceux d'un gouvernement légitime, mais doivent être assimilés à ceux d'un gouvernement *de facto* et usurpateur.

Il faut distinguer le côté public du côté privé. Il semble qu'on doit considérer comme valides les actes des autorités de fait, qui touchent les actes et droits des particuliers (validité des actes d'état civil, du registre foncier, des mariages, des sentences des tribunaux civils, etc.). Au contraire, les Etats ne doivent pas considérer comme valides les actes et dispositions des autorités en Namibie visant des biens publics, des

tory. But until resolution 2145 (XXI), no solemn declaration of the cessation of the Mandate had been made, and it was conceivable to hold that the Mandatory still had a title.

The declaration to the effect that the Mandate conferred upon His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by South Africa was "terminated" (resolution 2145 (XXI)) involved the consequence that, from that time on, the occupation of the Territory of Namibia was devoid of any legal justification. The same resolution provides for South West Africa to come under the direct responsibility of the United Nations, so that the presence of South Africa is somewhat in the nature of usurpation and an occupation *mala fide*. These consequences have acquired executory force by virtue of Security Council resolution 276 (1970).

The immediate consequence for South Africa is that it is under obligation to withdraw its administration from the Territory of Namibia and take all necessary steps to put the United Nations administration into possession.

The Government of South Africa, as a possessor in bad faith, is responsible to the people of Namibia for the restitution of property, assets and the fruits thereof.

It should not be forgotten that, as the Permanent Mandates Commission had declared, the assets transferred by Germany (railways, tramways, ports, etc.) and public assets of all kinds (mines, *bona vacantia*, non-private waterways, etc.) have remained the exclusive property of the Namibian people and, since these are assets in the public domain, there can be no bar of limitation to their restitution.

This being the case, the South African Government is under an obligation to indemnify the people of Namibia for damage suffered. An account should be struck in respect of the administration of the Mandatory, in which investments made for the benefit of the Namibian people by South Africa should be taken into consideration.

C. The Consequences for Member States of the United Nations

The Security Council, by giving its support to resolution 2145 (XXI) in its resolution 276 (1970), lays upon the Members of the Organization the obligation to accept and apply what is laid down in those resolutions, and to co-operate to ensure the fullest possible implementation thereof.

In the present case, the acts of the occupying authorities cannot be considered as those of a legitimate government, but must be likened to those of a *de facto* and usurping government.

A distinction must be made between the private and the public sector. It would seem that the acts of the *de facto* authorities relating to the acts and rights of private persons should be regarded as valid (validity of entries in the civil registers and in the Land Registry, validity of marriages, validity of judgments of the civil courts, etc.). On the other hand, other States should not regard as valid any acts and transactions of the autho-

concessions, etc. Les Etats ne pourront donc pas exercer la protection de leurs nationaux à l'égard des acquisitions de cette nature.

Dans le domaine des relations internationales, le devoir de coopération des Etats implique qu'ils ont à s'abstenir de toutes relations diplomatiques, consulaires ou autres avec l'Afrique du Sud, qui indiqueraient qu'ils reconnaissent l'autorité du Gouvernement sud-africain sur le territoire de la Namibie — plus spécialement ils ne doivent pas avoir de consuls, d'agents, etc., en Namibie, excepté de la nature adéquate dans les territoires occupés *de facto* (au sens de la résolution 283 (1970)).

Les Etats doivent tenir pour inefficaces les clauses de tout traité admettant l'autorité de l'Afrique du Sud dans le territoire du Sud-Ouest africain. Les nouveaux traités conclus avec l'Afrique du Sud ne peuvent pas contenir de clauses semblables.

Dans les traités sur la double imposition, on pourra ne pas tenir compte des impôts payés en Namibie. Les traités d'extradition ne pourront pas avoir d'effets envers les Namibiens, parce qu'on ne saurait les remettre entre les mains d'autorités illégales, etc.

D. Conséquences pour les Etats non membres des Nations Unies

Ces Etats n'ont pas d'obligations selon la Charte. Ils doivent néanmoins respecter une déclaration sur la déchéance du titre juridique de possession, prononcée par une autorité légitime à l'encontre de l'Etat qui avait reçu le territoire à administrer au nom de l'Organisation internationale. Cette déclaration doit être respectée, semble-t-il, comme celle du propriétaire qui retire son mandat à l'administrateur de ses biens.

(Signé) F. DE CASTRO.

rities in Namibia relating to public property, concessions, etc. States will thus not be able to exercise protection of their nationals with regard to any acquisitions of this kind.

In the field of international relations, the duty of co-operation of States implies that they must refrain from all diplomatic, consular and other relations with South Africa which might indicate that they recognize the authority of the South African Government over the Territory of Namibia—and more particularly they must not have consuls, agents, etc., in Namibia, except for such as are of a nature appropriate to territories which are under *de facto* occupation (in the sense of resolution 283 (1970)).

States should regard as ineffective clauses in any treaty which recognize the authority of South Africa in the Territory of South West Africa. New treaties with South Africa may not contain such clauses.

In treaties for avoidance of double taxation, no account may be taken of taxes paid in Namibia. Extradition treaties may not have effect with regard to Namibians, because they cannot be handed over to illegal authorities, etc.

D. Consequences for States not Members of the United Nations

These States have no obligations under the Charter. Nonetheless they should respect a declaration of the forfeiture of the legal title to possess the Territory, pronounced by a legitimate authority, against a State which received the territory in order to administer it in the name of the international organization. Such declaration should, it appears, be respected in the same way as that of an owner of property who withdraws the mandate given by him to administer his property.

(Signed) F. DE CASTRO.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR GERALD FITZMAURICE

[A summary of main conclusions is given in paragraph 10 of this Opinion; and a synoptical table of contents appears at the end, after the Annex.]

PART I

INTRODUCTORY CONSIDERATIONS

1. The real issues in the case

1. Although I respect the humanitarian sentiments and the avowed concern for the welfare of the peoples of SW. Africa which so clearly underlie the Opinion of the Court in this case, I cannot as a jurist accept the reasoning on which it is based. Moreover, the Opinion seems to me insufficiently directed to those aspects of the matter which really require to be established in order to warrant the conclusion that South Africa's mandate in respect of SW. Africa stands validly revoked. Much of the substance of the Opinion (i.e., that part of it which does not deal with formal, preliminary or incidental matters) is taken up with demonstrating that League of Nations mandates, as an international institution, survived the dissolution of the League—whereas what is really in issue in this case is not the survival of the Mandate for SW. Africa but its purported revocation. Whether or not South Africa still disputes the survival of the Mandate, it certainly disputes its survival in the form of an obligation *owed to the United Nations* (this is the basic issue in the case); and denies that the organs of the United Nations have any competence or power to revoke it.

2. As regards the Court's conclusion that the Mandate has been validly revoked, this can be seen to rest almost exclusively on two assumptions—or rather, in the final analysis, on one only. I speak of assumptions advisedly,—and indeed, concerning the second and more far-reaching of the two (which in one form or another really underlies and entirely motivates the whole Opinion of the Court), there is an open admission that nothing more is needed—the matter being "self-

OPINION DISSIDENTE DE SIR GERALD FITZMAURICE

[Traduction]

[On trouvera au paragraphe 10 de la présente opinion un résumé des principales conclusions et à la fin, après l'annexe, une table synoptique.]

PREMIÈRE PARTIE

CONSIDÉRATIONS INTRODUCTIVES

1. Véritables problèmes se posant en l'espèce

1. Quel que puisse être mon respect pour les sentiments humanitaires et pour le souci déclaré du bien-être des peuples du Sud-Ouest africain qui inspirent si évidemment l'avis consultatif de la Cour en cette affaire, je ne puis, en tant que juriste, accepter l'argumentation sur laquelle il repose. De plus, l'avis ne me semble pas accorder une attention suffisante aux aspects de la question qu'il importe réellement d'établir afin de pouvoir conclure que le Mandat de l'Afrique du Sud pour le Sud-Ouest africain est valablement révoqué. Une grande partie des développements sur le fond (c'est-à-dire figurant dans la partie de l'avis qui ne traite pas de questions formelles, préliminaires ou incidentes) vise à démontrer que les mandats de la Société des Nations ont survécu en tant qu'institutions internationales à la dissolution de la Société — alors que ce qui est réellement en cause dans cette affaire est non pas la survivance du Mandat pour le Sud-Ouest africain mais sa prétendue révocation. Que l'Afrique du Sud persiste ou non à contester la survivance du Mandat, ce qui est certain c'est qu'elle conteste cette survivance en tant qu'obligation *envers les Nations Unies* (c'est là le point essentiel), et qu'elle dénie aux organes des Nations Unies toute compétence ou pouvoir de révoquer le Mandat.

2. Quant à la conclusion de la Cour, qui consiste à affirmer que le Mandat a été valablement révoqué, elle repose presque exclusivement sur deux postulats — ou plutôt, en dernière analyse, sur un seul. C'est à dessein que je parle de postulats: pour le deuxième, qui est le plus radical et qui, d'une manière ou d'une autre est véritablement sous-jacent à tout l'avis de la Cour et en constitue toute la motivation, il est même ouvertement admis que ce n'est pas la peine d'aller plus loin, la question étant

evident". These two assumptions are *first* that there was, or there must have been, an inherent right, vested in the United Nations, unilaterally to revoke the Mandate in the event of fundamental breaches of it (unilaterally determined to exist),—and *secondly*, that there have in fact been such breaches. Since it is clear that the supposed inherent right of revocation, even if it exists, could never be invoked *except* on a basis of fundamental breaches (several passages in the Opinion specifically recognize that only a material breach could justify revocation), it follows that the whole Opinion, or at least its central conclusion, depends on the existence of such breaches. How then does the Opinion deal with this essential matter?—essential because, if there is insufficient justification *in law* for the assumption, the whole Opinion must fall to the ground, as also (though not only for that reason) must the General Assembly's Resolution 2145 of 1966 purporting to revoke, or declare the termination of the Mandate, which was predicated on a similar assumption [1].

3. The charges of breaches of the Mandate are of two main kinds. The first relates to the failure to carry out, *in relation to the United Nations* an obligation which, in the relevant provision of the Mandate itself (Article 6), is described as an obligation to make an annual report "to the Council of the League of Nations". At the critical date however, at which the legal situation has to be assessed, namely in October 1966 when the Assembly's resolution 2145 purporting to revoke the Mandate, or declare its termination, was adopted, the view that the failure to report to the Assembly of the United Nations constituted a breach of it—let alone a fundamental one—rested basically (not on a judgment [2] but) on an Advisory Opinion given by this Court in 1950 which, being advisory only,

---

[1] Since it is important that the true character and purport of this Resolution—(not reproduced in the Opinion of the Court)—should be understood, especially as regards its tone and real motivation, I set it out *verbatim* and *in extenso* in the Annex hereto (section 3, paragraph *15*). There is hardly a clause in it which is not open to challenge on grounds of law or fact;—but considerations of space forbid a detailed analysis of it on the present occasion.

[2] *(a)* So far as the reporting obligation is concerned, which is a distinct issue from that of the survival of the Mandate *in se*, the 1955, 1956 and 1962 pronouncements of the Court merely referred to the 1950 Opinion and added no new reasoning. In its 1962 Judgment in the preliminary (jurisdictional) phase of the then *SW. Africa* cases (Ethiopia and Liberia *v.* South Africa) in which the issue was not Article 6 but Article 7 of the Mandate, the Court, as an *obiter dictum*, simply recited with approval the Court's 1950 Opinion about the reporting obligation and did not further deal with the matter, which therefore still rests essentially on the 1950 Opinion. Neither in the main conclusion, nor in the operative part of the 1962 Judgment, both of which appear on p. 347 of the Court's 1962 Volume of Reports, is there any mention of or pronouncement on it. The 1955 and 1956 Opinions given in the *Voting Procedure* and *Right of Petitions* cases were equally consequential upon and based on, the original 1950 Opinion.

(b) It is not without significance perhaps, that the failure to render reports to the Assembly—so heavily relied on in the Opinion of the Court—is not *specifically*

évidente. Ces deux postulats sont: *primo*, qu'il y avait ou qu'il devait y avoir un droit inhérent, appartenant aux Nations Unies, de révoquer unilatéralement le mandat en cas de violation fondamentale de celui-ci unilatéralement constatée; *secundo*, que de telles violations se sont effectivement produites. Etant donné qu'il est clair que ce prétendu droit inhérent de révocation, à supposer qu'il existe, n'a jamais pu être invoqué si ce n'est à la suite de violations fondamentales (plusieurs passages de l'avis reconnaissent expressément que seule une violation substantielle justifierait la révocation), il en découle que l'avis en général, ou du moins sa conclusion principale, dépend de l'existence de ces violations. Et comment l'avis traite-t-il cette question essentielle? — essentielle parce que, si la thèse des violations fondamentales n'a pas de justification suffisante *en droit*, tout l'avis s'écroule forcément, de même que (mais pas seulement pour cette raison) la résolution 2145 de 1966 par laquelle l'Assemblée générale a prétendu révoquer ou déclarer terminé le Mandat et qui reposait sur un postulat analogue [1].

3. Les accusations de violation du Mandat rentrent sous deux chefs principaux. La première porte sur le fait de ne pas avoir rempli *à l'égard des Nations Unies* une obligation qui, dans la clause pertinente du Mandat (art. 6), est décrite comme une obligation d'envoyer un rapport annuel « au Conseil de la Société des Nations ». Or, à la date critique à laquelle la situation juridique doit être appréciée, c'est-à-dire en octobre 1966, époque où la résolution 2145 de l'Assemblée générale visant à révoquer le Mandat ou à en déclarer la cessation a été adoptée, l'idée que ne pas faire rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies pût constituer une violation du Mandat — et à plus forte raison une violation fondamentale — reposait essentiellement non pas sur un arrêt [2], mais sur un avis consul-

[1] Puisqu'il importe que le caractère et l'intention véritables de cette résolution (qui n'est pas reproduite dans l'avis de la Cour) soient bien compris, en particulier pour ce qui est du ton employé et des vrais motifs, je la reproduis *in extenso* dans l'annexe à la présente opinion (section 3, par. *15*). Elle ne contient guère de clause qui ne prête à contestation pour des raisons de droit ou de fait; le souci de ne pas faire trop long interdit toutefois de se livrer ici à une analyse détaillée

[2] *a)* Au sujet de l'obligation de faire rapport, qui constitue un problème distinct de celui de la survivance du Mandat en soi, les décisions de la Cour de 1955, 1956 et 1962 n'ont fait que se référer à l'avis consultatif de 1950 sans ajouter de nouveaux motifs. Dans son arrêt de 1962, rendu en la phase préliminaire (juridictionnelle) des affaires intéressant ce qu'on appelait alors le *Sud-Ouest africain* (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud), et dans laquelle le problème concernait non pas l'article 6 du Mandat mais son article 7, la Cour a purement et simplement repris à titre d'*obiter dictum* son propre avis de 1950 sur l'obligation de faire rapport et n'a pas étudié davantage la question qui par suite repose encore essentiellement sur l'avis de 1950. Ni dans la conclusion principale de l'arrêt de 1962, ni dans son dispositif, que l'on trouve à la page 347 du *Recueil* de la Cour pour 1962, la Cour ne s'est prononcée sur ce point ni n'en a fait mention. Les avis consultatifs de 1955 et de 1956 sur la *Procédure de vote* et l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires* découlent également de l'avis initial de 1950, et se fondent sur cet avis.

b) Il n'est peut-être pas indifférent que le fait de ne pas avoir soumis des rapports à l'Assemblée générale — auquel le présent avis de la Cour attache un si grand

and rendered to the United Nations, not South Africa, *was not binding on the latter* and, as regards this particular matter, was highly controversial in character, attracted important dissents, and was the subject of much subsequent serious professional criticism. This could not be considered an adequate basis in law for the exercise of a power of unilateral revocation, even if such a power existed. There cannot be a fundamental breach of something that has never—*in a manner binding upon the entity supposed to be subject to it*—been established as being an obligation at all,—which has indeed always been, as it still is, the subject of genuine legal contestation. That South Africa denied the existence of the obligation is of course quite a different matter, and in no way a sufficient ground for predicating a breach of it.

4. The second category of charges relates to conduct, said to be detrimental to "the material and moral well-being and the social progress" of the inhabitants of the mandated territory, and thus contrary to Article 2 of the Mandate. *These charges had never, at the critical date of the adoption of Assembly resolution 2145, been the subject of any judicial determination at all*,—and in the present proceedings the Court has specifically refused to investigate them, having rejected the South African application to be allowed to present further [3] factual evidence and connected argument on the matter. The justification for this rejection is said to be that practices of "apartheid", or separate development, are self-evidently detrimental to the welfare of the inhabitants of the mandated territory, and that since these practices are evidenced by laws and decrees of the Mandatory which are matters of public record there is no need for any proof of them. This is an easy line to take, and clearly saves much trouble. But is it becoming to a court of law?—for the ellipsis in the reasoning is manifest. Certainly the authenticity of the laws and decrees themselves does not need to be established, and can be regarded as a matter of which, to use the common law phrase, "judicial notice" would be taken without specific proof. But the *deductions* to be drawn from such laws and decrees, as to the effect they would produce in the particular local circumstances, must obviously be at least *open* to argument,—and there are few, if any, mature systems of private law, the courts of which, whatever conclusions they might ultimately come to, would refuse to hear it. Yet it was on the very

mentioned (though presumably intended to be implicitly covered) in Assembly resolution 2145, amongst the reasons for purporting to terminate the Mandate. Much more prominence is given to the attainment of independence by the mandated territory, which could not by any process of reasoning be a valid *legal* ground of *unilateral* revocation.

[3] Much evidence both written and oral was of course laid before the Court in the 1965-1966 proceedings. But only four judges out of those who then composed the Court now remain,—and in any case the Court, as such, has not made any collective study of that evidence at all in the course of the present proceedings.

tatif donné par la Cour en 1950 lequel, n'étant que consultatif et s'adressant non pas à l'Afrique du Sud mais à l'Organisation des Nations Unies, *ne liait pas l'Afrique du Sud* et qui, sur ce point particulier, a prêté à maintes controverses, a suscité des prises de position dissidentes importantes et a inspiré par la suite maintes critiques graves aux spécialistes. On ne saurait y voir un fondement juridique adéquat pour l'exercice d'un pouvoir de révocation unilatérale, celui-ci existerait-il. Il ne saurait y avoir violation fondamentale de quelque chose dont on n'a jamais établi — *d'une manière contraignante pour l'entité qui est censée y être soumise* — qu'il s'agit effectivement d'une obligation et qui en fait a toujours donné et donne encore lieu à de véritables contestations juridiques. Que l'Afrique du Sud ait nié l'existence de l'obligation, c'est évidemment un autre problème mais ce n'est pas raison suffisante pour établir qu'elle l'ait violée.

4. Le deuxième chef d'accusation concerne le comportement, qualifié de contraire « au bien-être matériel et moral et au progrès social » des habitants du territoire sous Mandat et par suite à l'article 2 du Mandat. *A la date critique de l'adoption de la résolution 2145 de l'Assemblée générale, cette accusation n'avait jamais donné lieu à une constatation judiciaire quelconque* et, dans la présente procédure, la Cour a expressément refusé de l'examiner puisqu'elle a rejeté la demande de l'Afrique du Sud d'être autorisée à présenter de nouvelles [3] preuves matérielles et des arguments s'y rapportant. La justification de ce rejet serait que la pratique de l'*apartheid* ou développement séparé est de toute évidence préjudiciable au bien-être des habitants du territoire sous Mandat et que, l'existence de cette pratique étant établie par les dispositions législatives et réglementaires du Mandataire, qui sont connues de tous, il n'est pas nécessaire d'en administrer la preuve. C'est là un argument facile et qui épargne sans aucun doute bien des efforts. Mais sied-il à un tribunal d'y recourir? Car il est évident que le raisonnement est elliptique. Certes, l'authenticité des lois et décrets eux-mêmes n'a pas besoin d'être établie et peut, comme on dit dans les pays de *common law*, être judiciairement enregistrée sans qu'il soit besoin de preuve spécifique. Mais il est manifeste que les *déductions* à tirer de ces textes quant aux effets qu'ils produiraient dans les circonstances locales particulières de l'espèce sont au moins sujettes à examen; et il n'est guère de système développé de droit privé, s'il en est un, dont les tribunaux refuseraient de s'y livrer, quelle que soit la

poids — ne soit pas (quoique sans doute visé implicitement) *expressément* mentionné par la résolution 2145 de l'Assemblée au nombre des motifs qui justifieraient la cessation du Mandat. L'avis attache beaucoup plus d'importance à l'accession à l'indépendance du territoire sous Mandat, considération qu'aucune méthode de raisonnement ne saurait justifier en tant que motif *juridiquement* valable de révocation *unilatérale*.

[3] Certes, la Cour a disposé en 1965-1966 d'une abondante documentation écrite et orale. Mais il ne reste aujourd'hui que quatre des juges qui la composaient alors — et de toute manière la Cour dans son ensemble ne s'est livrée à aucune étude collective de ces éléments de preuve au cours de la présente procédure.

question of the alleged self-evidently detrimental effect of its policies of apartheid *in SW. Africa*, that the Mandatory wanted to adduce further factual evidence. Thus the Court, while availing itself of principles of contractual law when it is a question of seeking to establish a right of unilateral revocation for fundamental breaches, fails to apply those corresponding safeguards which private law itself institutes, directed to ensuring that there have indeed *been* such breaches. It is not by postulations that this can be done.

5. In consequence, since the whole Opinion of the Court turns, in the final analysis, on the view that fundamental breaches of the Mandate have occurred, it must (regrettably) be concluded that, in the circumstances above described, this finding has been reached on a basis that must endanger its authority on account of failure to conduct any adequate investigation into the ultimate foundation on which it professes to rest.

* * *

6. What, in truth, the present proceedings are or should properly speaking, and primarily, be concerned with, is not any of this, but issues of competence and powers,—for unless the necessary competence and power to revoke South Africa's mandate duly resided in the organs of the United Nations,—unless the Mandatory, upon the dissolution of the League of Nations, became accountable to such an organ,—no infringements of the Mandate, however serious, could operate in law to validate an act of revocation by the United Nations, or impart to it any legal effect. Here the fallacy, based on yet another unsubstantiated assumption underlying the whole Opinion of the Court, namely that the survival of the Mandate *necessarily* entailed the supervisory role of the United Nations, becomes prominent.

7. As to unilateral revocability itself, the Opinion proceeds according to a conception of the position of the various League of Nations mandatories, in relation to their mandates, which would have been considered unrecognizable in the time of the League, and unacceptable if recognized. My reading of the situation is based—in orthodox fashion—on what appears to have been the intentions of those concerned at the time. The Court's view, the outcome of a different, and to me alien philosophy, is based on what has become the intentions of new and different entities and organs fifty years later. This is not a legally valid criterion, and those thinking of having recourse to the international judicial process at the present time must pay close attention to the elaborate explanation of its attitude on this kind of matter which the Court itself gives in its Opinion.

8. Under both heads,—the competence of the United Nations to supervise, and the liability of the Mandate to (unilateral) revocation,—the findings of the Court involve formidable legal difficulties which the

conclusion à laquelle ils aboutiraient en fin de compte. Pourtant, c'était sur la question même du prétendu effet évidemment nuisible de sa politique d'*apartheid* dans le *Sud-Ouest africain* que le Mandataire voulait fournir de nouvelles preuves matérielles. Ainsi la Cour, tout en se prévalant de principes du droit des contrats pour chercher à établir un pouvoir de révocation unilatérale pour cause de violation fondamentale, n'applique pourtant pas les garanties correspondantes que le droit privé lui-même prévoit pour s'assurer qu'il y a bien eu violation. Ce n'est pas à grand renfort de postulats qu'on peut faire cette vérification.

5. En conséquence, puisque tout l'avis consultatif de la Cour tourne en dernière analyse autour de l'idée que des violations fondamentales du Mandat se sont produites, il faut constater à regret que, dans les circonstances décrites plus haut, cette conclusion a été développée d'une manière qui doit nécessairement compromettre l'autorité de l'avis en raison d'un examen insuffisant des prémisses sur lesquelles il prétend se fonder.

* * *

6. Ce qui faisait à la vérité, ou à proprement parler aurait dû faire l'objet essentiel de la présente procédure, ce n'étaient pas ces questions mais des problèmes de compétence et de pouvoirs — car, à moins que la compétence et le pouvoir nécessaires pour révoquer le Mandat de l'Afrique du Sud appartiennent dûment aux organes des Nations Unies, aucune infraction à ce Mandat, pour grave qu'elle soit, ne pourrait avoir pour résultat en droit de valider l'acte de révocation ou de lui donner un effet juridique quelconque. C'est là qu'apparaît le caractère fallacieux du raisonnement — procédant d'un autre postulat non démontré — sur lequel repose tout l'avis de la Cour, à savoir que la survivance du Mandat supposait *nécessairement* le rôle de surveillance de l'Organisation des Nations Unies.

7. Quant à la révocabilité unilatérale, l'avis part d'une conception de la position des divers mandataires de la Société des Nations par rapport à leurs mandats qui, à l'époque de la Société des Nations, aurait été considérée comme dénaturée et de toute façon inacceptable. Mon interprétation de la situation se fonde, de manière orthodoxe, sur ce qui paraît avoir été l'intention des principaux intéressés à l'époque. L'attitude de la Cour, marquant l'aboutissement d'une philosophie différente qui m'est étrangère, se fonde sur les intentions d'entités et d'organes nouveaux et distincts quelque cinquante années plus tard. Ce n'est pas là un critère juridiquement valable et ceux qui pensent recourir au processus judiciaire international à l'heure actuelle doivent tenir le plus grand compte de l'explication de son attitude en ce genre de domaine que la Cour a échafaudée dans son avis.

8. Sur les deux points — celui de la compétence de l'Organisation des Nations Unies en matière de surveillance et celui de la possibilité de révocation unilatérale du Mandat, les conclusions de la Cour soulèvent

Opinion turns rather than meets, and sometimes hardly seems to notice at all. Inferences based on the desirability or, as the case may be, the undesirability, of certain results or consequences, do not, as my colleague Judge Gros points out, form a satisfactory foundation for legal conclusions,—no more than would such an over-simplification of the issue as that involved in the assertion that South Africa administered its mandate on behalf of the United Nations which, therefore, had the right to revoke it,—a view which quietly begs virtually every question in the case. Here again, statements to the effect that certain results cannot be accepted because this would be tantamount to admitting that given rights were in their nature imperfect and unenforceable, do not carry conviction as a matter of international law since, at the present stage of its development, this is precisely what that system itself in large measure is, and will, pending changes not at present foreseeable, continue to be. It is not by ignoring this situation that the law will be advanced.

* * *

9. Given the Court's refusal to allow the appointment of a South African judge *ad hoc* in the present case, in spite of its clearly very contentious character (as to this, see section 4 of the Annex hereto), it is especially necessary that the difficulties I refer to should be stated, and fully gone into. This must be my excuse for the length of an Opinion which the nature of the case makes it impossible to reduce, except at the risk of important omissions.

2. Arrangement and statement of main conclusions

10. The substance of my view is contained in the four sections A-D of Part II hereof (paragraphs 11-124). A postscriptum on certain related political aspects of the whole matter is added (paragraph 125). As regards the various preliminary issues that have arisen, these—or such of them as I have felt it necessary to consider—are, together with one or two other matters that can more conveniently be treated of there, dealt with in the Annex that follows paragraph 125. On the substantive issues in the case my principal conclusions, stated without their supporting reasoning, are as follows:

(i) Although the various mandates comprising the League of Nations mandates system survived the dissolution of that entity in 1946, neither then nor subsequently did the United Nations, *which was not the League's successor in law*, become invested with the supervisory function previously exercised by the Council of the League, as the corollary or counterpart of the mandatories' obligation to render reports to it. It was only if a mandated territory was placed under the United Nations trusteeship

d'énormes difficultés juridiques que l'avis consultatif contourne plutôt qu'il n'y fait face et dont il paraît parfois à peine conscient. Des considérations tenant à l'opportunité ou à l'inopportunité de certains résultats ou conséquences n'offrent aucun fondement satisfaisant à des conclusions juridiques, comme le souligne mon collègue M. Gros, pas plus d'ailleurs qu'une simplification aussi excessive du problème que celle qui consiste à affirmer que l'Afrique du Sud administrait le territoire sous Mandat au nom des Nations Unies, qui avaient de ce fait le droit de révoquer le Mandat — manière de voir qui, tranquillement, suppose résolues presque toutes les questions se posant en l'espèce. Là encore, dire que certains résultats sont inacceptables parce que, si on les acceptait, cela reviendrait à admettre que des droits déterminés étaient par nature imparfaits et non exécutoires n'est pas convaincant en droit international car, au stade actuel de son évolution, ce système présente précisément un tel caractère dans une large mesure et, en attendant des transformations pour l'instant non prévisibles, le conservera. Ce n'est pas en méconnaissant cette situation que l'on fera évoluer le droit.

* * *

9. Vu le refus de la Cour de permettre la désignation d'un juge *ad hoc* sud-africain malgré le caractère nettement contentieux de l'affaire (sur ce point voir la section 4 de l'annexe à la présente opinion), il est particulièrement nécessaire d'exposer et d'analyser ces difficultés. Cette nécessité me fera pardonner la longueur d'une opinion que la nature de l'affaire ne permettrait de réduire qu'au risque de commettre d'importantes omissions.

2. Ordre et énoncé des conclusions principales

10. Mon argumentation principale est développée dans les quatre sections A à D de la deuxième partie de la présente opinion (par. 11-124) et un post-scriptum sur certains aspects politiques connexes de l'ensemble du problème s'y ajoute (par. 125). Quant aux divers points préliminaires qui se posaient, ils seront — du moins ceux d'entre eux que j'ai estimé nécessaire d'examiner — traités dans l'annexe qui suit le paragraphe 125, en même temps qu'une ou deux autres questions qu'il est plus commode d'aborder à cet endroit. Sur le fond même de l'affaire, mes conclusions principales, énoncées sans leurs motifs, sont les suivantes:

i) Même si les divers mandats qui formaient le système des mandats de la Société des Nations ont survécu à la dissolution de cette institution en 1946, l'Organisation des Nations Unies, *qui n'était pas le successeur en droit de la Société des Nations*, n'a été chargée ni alors ni ultérieurement de la fonction de surveillance qui était précédemment exercée par le Conseil de la Société des Nations en tant que corollaire ou contrepartie de l'obligation des mandataires de lui faire rapport. La relation de surveil-

system (but there was no obligation to do this) that the supervisory relationship arose. No mandates at all (and not merely South Africa's) were ever, *as* such, administered on behalf of the United Nations [4].

(ii) The reporting obligation also survived the dissolution of the League, but became dormant until such time as arrangements for reactivating it, comparable to those which existed under the League, and acceptable to the Mandatory, could be made [5]. It was not automatically transformed into, nor ever became, an obligation owed to the United Nations, such as to invest the latter with a supervisory function. The Mandatory's consent to what would, in effect, have been a *novation* of the obligation was never given.

(iii) Even if the United Nations did become invested with a supervisory function in respect of mandates not converted into trusteeships, this function, as it was originally conceived on a League basis, did not include any power of unilateral revocation. Consequently no such power could have passed to the United Nations.

(iv) Even if such a power was possessed by the Council of the League, the Assembly of the United Nations was not competent to exercise it, because of the constitutional limitations to which its action as a United Nations organ was inherently subject having regard both to the basic structure and specific language of the Charter.

(v) Except as expressly provided in certain articles of the Charter not material in the present context, the Assembly's powers are limited to discussion and making recommendations. It cannot bind the Mandatory any more than the Council of the League could do.

(vi) Having regard to conclusions (i)-(iii) above, which relate to the United Nations as a whole, the Security Council did not, on a *mandates* basis, have any other or greater powers than the Assembly. Its action could not therefore, *on* that basis, replace or validate defective Assembly

---

[4] With the exception of SW. Africa, all the various mandated territories—apart of course from those that had become, or became, sovereign independent States—were placed under United Nations trusteeship. This did not by any means take place all at once,—but eventually SW. Africa was the only one to retain mandated status. However, as the Court found in its Advisory Opinion of 1950 concerning the *International Status of South West Africa* (*I.C.J. Reports 1950*, at p. 144), the mandatories were not under any legal obligation to place mandated territories under the trusteeship system.

[5] It appears that none of the mandatories rendered reports to the United Nations in the interval (which could be as much as about two years) before the mandated territory was converted into a trust territory or, in some cases, became independent.

lance ne prenait naissance que si un territoire sous mandat était placé sous le régime de tutelle des Nations Unies (ce qui n'était pas obligatoire). Aucun mandat (et pas seulement celui de l'Afrique du Sud) n'a jamais été, comme tel, géré au nom des Nations Unies [4].

ii) L'obligation de faire rapport a survécu elle aussi à la dissolution de la Société des Nations, mais elle restait latente jusqu'à ce que des arrangements comparables à ceux qui existaient à l'époque de la Société des Nations, acceptables pour le Mandataire, puissent être pris pour la ranimer [5]. Elle ne s'est convertie ni automatiquement ni autrement en une obligation envers les Nations Unies, qui ait pu investir ces dernières d'une fonction de surveillance. Le consentement du Mandataire à ce qui aurait été en fait une *novation* n'a jamais été donné.

iii) Même si l'Organisation des Nations Unies a été effectivement chargée d'une fonction de surveillance sur les mandats non convertis en tutelles, cette fonction, telle qu'elle était initialement conçue dans le cadre de la Société des Nations, ne comprenait pas un pouvoir de révocation unilatérale. Par suite, ce pouvoir ne peut avoir été transmis à l'Organisation des Nations Unies.

iv) Même si le Conseil de la Société des Nations avait possédé ce pouvoir, l'Assemblée générale des Nations Unies n'était pas compétente pour l'exercer à cause des limitations constitutionnelles auxquelles son action, en qualité d'organe des Nations Unies, était intrinsèquement soumise, compte tenu à la fois de la structure de base et des termes exprès de la Charte.

v) Abstraction faite des dispositions expresses de certains articles de la Charte qui ne sont pas pertinentes, les pouvoirs de l'Assemblée générale consistent seulement à discuter et à recommander. L'Assemblée ne peut pas plus obliger le Mandataire que le Conseil de la Société des Nations ne le pouvait.

vi) Compte tenu des conclusions i) à iii) ci-dessus, qui s'appliquent à l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble, le Conseil de sécurité n'avait pas, en ce qui concerne les mandats, d'autres pouvoirs ou des pouvoirs plus larges que ceux de l'Assemblée générale. Par suite, son action ne pouvait pas, à ce titre, remplacer ou valider une action défec-

---

[4] A l'exception du Sud-Ouest africain, les divers territoires sous mandat — sauf bien entendu ceux qui étaient ou sont devenus des Etats indépendants et souverains — ont tous été placés sous tutelle des Nations Unies. L'opération ne s'est nullement accomplie d'un seul coup, mais en fin de compte le Sud-Ouest africain est le seul qui ait conservé son statut de Mandat. Toutefois, comme la Cour l'a dit dans son avis consultatif de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 144), les mandataires n'avaient aucunement l'obligation juridique de placer les territoires sous mandat sous le régime de tutelle.

[5] Il apparaît qu'aucun des mandataires n'a fait rapport aux Nations Unies dans l'intervalle (qui a pu atteindre deux ans environ) précédant le moment où le territoire sous mandat a été converti en territoire sous tutelle ou, dans certains cas, a accédé à l'indépendance.

action. The Security Council equally had no power to revoke the Mandate.

(vii) The Security Council cannot, in the guise of peace-keeping, validly bring about a result the true character of which consists of the exercise of a purported supervisory function relative to mandates.

(viii) Even where the Security Council is acting genuinely for the preservation or restoration of peace and security, it has no competence as part of that process to effect definitive and permanent changes in territorial rights, whether of sovereignty or administration,—and a mandate involves, necessarily, a territorial right of administration, without which it could not be operated.

(ix) The "Legal consequences for States" of the foregoing conclusions are that the Mandate was not validly revoked by United Nations action in 1966 or thereafter, and still subsists;—that the Mandatory is still subject to all the obligations of the Mandate, whatever these may be and has no right to annex the mandated territory or otherwise unilaterally alter its status;—but that nor has the United Nations,—and that its member States are bound to recognize and respect this position unless and until it is changed by lawful means.

* * *

In Part II of this opinion, which comes next, the reasoning in support of these conclusions is distributed in the following way: as to conclusions (i) and (ii), in Section A, paragraphs 11-64; as to conclusion (iii), in, Section B, paragraphs 65-89; as to conclusions (iv)-(viii), in Section C, paragraphs 90-116; and as to conclusion (ix), in Section D, paragraphs 117-124. The postscriptum (paragraph 125) follows. The Annex is separately paragraphed and footnoted.

tueuse de l'Assemblée. Le Conseil de sécurité n'avait pas non plus le pouvoir de révoquer le Mandat.

vii) Le Conseil de sécurité ne peut pas, sous le couvert du maintien de la paix, aboutir valablement à un résultat dont le caractère véritable consisterait à exercer les fonctions de surveillance à l'égard des mandats.

viii) Même si le Conseil de sécurité agit véritablement pour préserver ou rétablir la paix ou la sécurité, il n'a pas, dans ce domaine, compétence pour opérer des changements définitifs et permanents de droits territoriaux, qu'il s'agisse de souveraineté ou d'administration; or un mandat comporte nécessairement un droit territorial d'administration, sans lequel il ne pourrait être géré.

ix) Les « conséquences juridiques pour les Etats » des conclusions qui précèdent sont:

— que le Mandat n'a pas été révoqué valablement à l'initiative des Nations Unies en 1966 ou ultérieurement et qu'il subsiste encore;

— que le Mandataire reste tenu de remplir toutes les obligations du Mandat, quelles qu'elles puissent être, qu'il n'a le droit ni d'annexer le territoire sous Mandat ni d'en modifier le statut de toute autre manière;

— mais que l'Organisation des Nations Unies n'a pas ce droit non plus et que ses Etats Membres sont tenus de reconnaître et de respecter cette situation tant qu'elle n'aura pas été modifiée par des voies légales.

* * *

Dans la deuxième partie de la présente opinion, qui va suivre, l'argumentation sur laquelle ces conclusions s'appuient se répartira ainsi: sur les conclusions i) et ii), section A, paragraphes 11-64; sur la conclusion iii), section B, paragraphes 65-89; sur les conclusions iv) à viii), section C, paragraphes 90-116; sur la conclusion ix), section D, paragraphes 117-124. Viendra ensuite le post-scriptum (par. 125). Les paragraphes et les notes de l'annexe sont numérotés à part.

PART II

SUBSTANCE

SECTION A

THE UNITED NATIONS NEVER BECAME INVESTED WITH ANY SUPERVISORY FUNCTION IN RESPECT OF MANDATES AS SUCH

1. Absence of any legal successorship as between the United Nations and the League of Nations

11. There being no general rule of international law which would involve a process of automatic successorship on the part of such an entity as the United Nations to the functions and activities of a former entity such as the League of Nations, there are only three ways in which the United Nations could, upon the dissolution of the League, have become invested with the latter's powers in respect of mandates as such: namely, *(a)* if specific arrangement to that effect had been made,—*(b)* if such a succession must be implied in some way,—or *(c)* if the mandatory concerned—in this case South Africa—could be shown to have consented to what would in effect have been a *novation* of the reporting obligation, in the sense of agreeing to accept the supervision of, and to be accountable to, a new and different entity, the United Nations, or some particular organ of it.

12. It is my view that the United Nations did not in any of these three ways become clothed with the mantle of the League in respect of mandates;—but as regards the first of them, it is necessary to make it clear at the outset that the matter went far beyond the field of mandates. There was in fact a deliberate, *general,* politically and psychologically motivated, rejection of any legal or political continuity at all between the United Nations and the League (see paragraphs 35 and 36 below). Since mandates were regarded as one of the League's political activities, this raises a presumption that there was not any takeover by the United Nations of the League mandates system *as such,*—a view fully borne out by the creation of the parallel United Nations trusteeship system, and the fact that the mandatories were invited to convert their mandates into trusteeships, though without obligation to do so. These matters will however more conveniently be considered later, in their historical context;—and the same applies to the question of whether South Africa, as Mandatory, ever consented to the transfer to the United Nations of obligations which,

DEUXIÈME PARTIE

FOND

SECTION A

L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES N'A JAMAIS ÉTÉ INVESTIE D'AUCUNE FONCTION DE SURVEILLANCE CONCERNANT LES MANDATS EN TANT QUE TELS

1. Absence de toute succession juridique de l'Organisation des Nations Unies à la Société des Nations

11. En l'absence d'une règle générale de droit international qui ferait intervenir un processus de succession automatique d'une entité comme l'Organisation des Nations Unies aux fonctions et activités d'une entité disparue comme la Société des Nations, il n'y a que trois moyens par lesquels l'ONU aurait pu, à la dissolution de la SdN, être investie des pouvoirs de cette dernière touchant les mandats en tant que tels : *a)* si des dispositions avaient été prises spécialement à cet effet; *b)* s'il y avait eu d'une façon ou d'une autre succession implicite; *c)* si l'on pouvait établir que le Mandataire, en l'occurrence l'Afrique du Sud, avait consenti à ce qui aurait été une véritable *novation* quant à l'obligation de faire rapport, en acceptant la surveillance d'une entité nouvelle et différente (l'ONU ou l'un de ses organes) et l'obligation de lui rendre compte.

12. A mon avis, l'ONU n'a accédé par aucun de ces trois moyens au rôle de la SdN en matière de mandats; mais, en ce qui concerne le premier, il faut préciser d'emblée que la question dépasse de beaucoup celle des mandats. Il y a eu en fait un refus délibéré et *général*, motivé par des raisons politiques et psychologiques, de consentir à quelque continuité juridique ou politique que ce soit entre l'ONU et la SdN (voir par. 35 et 36 ci-après). Etant donné que les mandats étaient considérés comme faisant partie des activités politiques de la SdN, il faut présumer qu'il n'y a pas eu de prise en charge par l'ONU du système des mandats *en tant que tel*, comme en témoignent amplement la création du régime parallèle de la tutelle des Nations Unies et le fait que les mandataires ont été invités, mais non obligés, à convertir leurs mandats en tutelles. Il sera cependant plus commode d'examiner ces questions par la suite, en les replaçant dans leur perspective historique, de même que le point de savoir si l'Afrique du Sud, en tant que Mandataire, a jamais consenti à ce que soient transférées à l'ONU les obligations lui incombant, à la date d'entrée en vigueur de la

at the date of the entry into force of the Charter, were owed to the League *which was then still in existence*, and remained so for some time after.

13. Meanwhile I turn to the second of the three possibilities mentioned in the preceding paragraph,—namely that there was an *implied* succession by the United Nations to League functions in respect of mandates, and correspondingly an *implied* transfer to the United Nations of the obligations owed by the Mandatory to the League. It is easy to assume that because the United Nations had certain resemblances to the League and might have been regarded as its "natural" successor, therefore it was the legal successor;—but this was not the case. It is no less easy to assume, as the Opinion of the Court clearly does—virtually without arguing the point—that if, and because, the various mandates survived the dissolution of the League, *therefore* the United Nations must necessarily and *ipso facto* have become entitled to exercise a supervisory role in respect of them, although they were a League, not a United Nations institution, and are mentioned in the Charter only as territories that can, but do not have to be, placed under United Nations trusteeship. The fallacy in this kind of reasoning—or rather, presupposition, is evident. Even the argument that only the United Nations *could* play such a part is, as will be seen, erroneous.

2. No automatic or implied succession

(i) Origin and nature of the supervisory function

14. The Council of the League of Nations (of which three of the principal mandatories were permanent members) was never itself in terms invested *eo nomine* with what has become known as the supervisory function relative to the conduct of the various mandates [6]. The very term "supervisory" is moreover misleading in the light of the League voting rule of unanimity including the vote of the member State affected,—that is to say, when mandates were in question, the mandatory. The so-called supervisory function was in reality predicated upon and derived from the obligation of the mandatories [6a] to furnish an annual report to the Coun-

---

[6], [6a], [6b] The plural, or the indefinite article, and small letter "m" is used in the present opinion whenever the context does not require the sense to be confined to the Mandate for SW. Africa or South Africa as Mandatory. Failure to do this must result in a distortion of perspective;—for, subject to the differences between "A", "B" and "C" mandates, as adumbrated in paragraphs 4, 5 and 6 of Article 22 of the League Covenant, and as resulting from the texts of the various categories of mandates, the position in most of the connections with which this case is concerned was the same for all the mandates and mandatories—not peculiar to SW. Africa. In particular, none of the mandates conferred any specific supervisory function on the League Council, and none went further in this respect than to include the reporting obligation in substantially the same terms.

Charte, envers la SdN, *qui existait encore* à l'époque et devait d'ailleurs survivre quelque temps.

13. En attendant, j'en viens à la deuxième des trois possibilités évoquées au paragraphe qui précède: celle d'une transmission *implicite* à l'ONU des fonctions de la SdN en matière de mandats et, en conséquence, d'un transfert *implicite* à l'ONU des obligations que le Mandataire avait auparavant envers la SdN. Il est facile de supposer que, puisque l'ONU présentait certaines ressemblances avec la SdN et pouvait être considérée comme son successeur « naturel », elle en était aussi le successeur juridique; or il n'en a pas été ainsi. Il n'est pas moins facile de supposer, comme la Cour le fait à l'évidence dans son avis, pratiquement sans examen, que, si — et parce que — les divers mandats ont survécu à la Société des Nations, *il s'ensuit* que l'ONU doit nécessairement et *ipso facto* avoir acquis le droit d'exercer un rôle de surveillance sur les mandats, bien que ces derniers aient constitué une institution de la SdN et non pas de l'ONU et qu'ils ne soient mentionnés dans la Charte que comme des territoires susceptibles (mais sans idée d'obligation) d'être placés sous la tutelle de l'ONU. Le caractère spécieux de ce raisonnement, ou plutôt de cette présupposition, est évident. Même l'argument selon lequel l'ONU était seule *capable* de jouer ce rôle est, comme on le verra, erroné.

2. *Absence de succession automatique ou implicite*

i) Origine et nature de la fonction de surveillance

14. Le Conseil de la Société des Nations (dont trois des principaux mandataires étaient membres permanents) n'a jamais été lui-même expressément investi *eo nomine* de ce que l'on a appelé la fonction de surveillance relative à la gestion des divers mandats [6]. En outre, l'expression même de *surveillance* peut induire en erreur vu qu'aux votes de la SdN s'appliquait la règle de l'unanimité, y compris le suffrage de l'Etat Membre intéressé (c'est-à-dire, lorsque les mandats étaient en cause, celui du mandataire). En réalité, la fonction dite de surveillance procédait de l'obligation pour les mandataires [6a], de présenter un rapport annuel au

---

[6], [6a], [6b] Le pluriel ou l'article indéfini et le *m* minuscule sont utilisés dans la présente opinion chaque fois que, d'après le contexte, il ne s'agit pas uniquement du Mandat pour le Sud-Ouest africain ou de l'Afrique du Sud en tant que Mandataire, faute de quoi on risquerait de fausser la perspective; en effet, sous réserve des différences entre mandats A, B et C telles qu'elles sont indiquées sommairement à l'article 22, paragraphes 4, 5, et 6 du Pacte de la SdN et telles qu'elles résultent du texte des diverses catégories de mandats, la situation sous la plupart des angles qui intéressent la présente affaire était la même pour tous les mandats et pour tous les mandataires et n'était pas spéciale au Sud-Ouest africain. En particulier, aucun des mandats ne conférait de fonction de surveillance spécifique au Conseil de la SdN, et tous, à cet égard, se bornaient à stipuler l'obligation de faire rapport dans des termes à peu près équivalents.

cil, through the then Permanent Mandate Commission,—as a sort of inference, corollary or counterpart of that obligation. It was in that way and no other that what has been called the accountability of the mandatories arose. This point, which is of primary importance when it comes to determining what was the real nature of the supervisory function as exercisable by the League Council, and whether it included the power to revoke a mandatory's [6b] mandate, is developed in full in Section B below. Its relevance here is that it was this reporting obligation, and such "accountability" as an obligation of that order may imply [7], that gave rise to the *specific* function of supervision, not vice versa;—and what is incontestably clear is that the whole question of who, or what entity, was entitled to supervise, was bound up with and depended on the prior question of who, or what entity, mandatories were obliged to report to and, to that extent, become accountable to (but accountability did not in any event—see footnote 7—imply *control*).

(ii) Distinction between the reporting obligation in se and the question of what entity can claim performance of it

15. It follows that in order to determine what entity, if any, became invested with the supervisory function after the disappearance of the League and its Council, it is necessary to ascertain what entity, if any, the mandatories then became obliged to report to, if they continued to be subject *as* mandatories to the reporting obligation at all—(see footnote 5, paragraph 10 above). More specifically, in the context of the present case, in order to answer the question whether the *United Nations*, in particular, became invested with any supervisory function, it will be necessary to determine whether, in respect of any mandated territory not placed under the United Nations trusteeship system, the mandatory concerned became obliged to report to some organ of the United Nations (and notably to its General Assembly, found by the Court in its 1950 Opinion to be the most appropriate such organ for the purpose). The underlying issue is whether the United Nations could claim not merely *a* right to be reported to, but an *exclusive* right, in the sense that the obligation arose in relation to it and it alone, and no other entity. In different terms: *first*,

[7] As will be seen later, reporting in the context of mandates had none of the implications that are involved when, for instance, it is said that "X" reports to "Y" (a superior), which implies that "X" takes his *orders* from "Y". This was not the position as between the League Council and the mandatories, any more than it is as between the competent organs of the United Nations and member States administering trust territories (see below, paragraphs 77 and 104, and also footnote 66, paragraphs *(b)* and *(c)*).

Conseil, par l'intermédiaire de la Commission permanente des mandats, en quelque sorte comme conséquence, corollaire ou contrepartie de cette obligation. C'est de cette façon et d'aucune autre qu'a pris naissance ce qu'on a appelé l'obligation des mandataires de rendre compte. Ce point, qui a une importance primordiale quand il s'agit d'évaluer la nature réelle de la fonction de surveillance telle qu'elle pouvait être exercée par le Conseil de la SdN et de décider si elle comportait le pouvoir de révoquer le mandat d'un mandataire [6b], est développé dans la section B ci-après. Ce qui importe ici, c'est que ce sont l'obligation de faire rapport et le devoir de rendre compte qu'une obligation de cet ordre peut impliquer[7] qui ont donné naissance à la fonction *spécifique* de surveillance, et non le contraire; et, incontestablement, la question de savoir qui ou quelle entité était habilité à surveiller se rattache et est surbordonnée à la question préalable suivante: à qui ou à quelle entité les mandataires avaient-ils l'obligation de faire rapport et, par voie de conséquence, de rendre compte (bien que de toute façon l'obligation de rendre compte n'impliquât pas un *contrôle* — voir note 7).

ii) Distinction entre l'obligation de faire rapport proprement dite et la question de savoir quelle entité peut en exiger l'exécution

15. Il s'ensuit que, pour déterminer quelle entité a été investie, le cas échéant, de la fonction de surveillance après la disparition de la SdN et de son Conseil, il faut déterminer à quelle entité les mandataires sont alors éventuellement devenus obligés de faire rapport, à supposer qu'ils aient continué à être soumis *en tant que* mandataires à une obligation quelconque de faire rapport (voir par. 10, note 5). Plus précisément, pour répondre en l'espèce à la question de savoir si l'*ONU* en particulier a été investie d'une fonction de surveillance, il est nécessaire d'établir si, pour tout territoire sous mandat non placé sous le régime de tutelle des Nations Unies, le mandataire avait désormais l'obligation de faire rapport à un organe de l'ONU, et notamment à l'Assemblée générale que la Cour a jugé dans son avis de 1950 être l'organe le plus approprié à cet égard. Le problème sous-jacent est de savoir si l'ONU pourrait revendiquer non pas simplement *un* droit de regard mais un droit *exclusif*, en ce sens que l'obligation lui serait due à elle et à elle seule, à l'exclusion de toute autre entité. Autrement dit: *Primo*, en supposant, comme on l'admet générale-

[7] Comme on le verra par la suite, l'obligation de faire rapport n'a dans le contexte des mandats aucune des implications que peut avoir, par exemple, le fait de dire que X... fait rapport à son supérieur Y..., ce qui suppose que X... reçoit ses instructions de Y... Ce n'est pas ce genre de relation qui existait entre le Conseil de la SdN et les mandataires, pas plus qu'entre les organes compétents de l'ONU et les Etats Membres qui administrent des territoires sous tutelle (voir par. 77 et 104 ci-après, ainsi que note 66, par. *b* et *c*).

given, as is generally accepted [8], that the various mandates survived the dissolution of the League, then did the reporting obligation, the situation of accountability considered in the abstract so to speak, equally survive that dissolution as part of the concept of mandates;—and *secondly*, if so, did it survive in the form of, or become converted into, an obligation to report, to be accountable not just to *some* organ, but to that particular organ which was and is the Assembly of the United Nations?

(iii) The reporting obligation, if it survived, was capable of implementation otherwise than by reporting to a United Nations organ

16. It is of course evident that if a reporting obligation survived the dissolution of the League, the furnishing of reports to an organ of the United Nations, in particular the General Assembly, was not the only possible way in which that obligation could be discharged; nor was a United Nations organ, specifically as such, in any way indispensable as a recipient, and commentator on or critic of such reports. There were at the time, and there are now, several international bodies in existence, much more comparable in character to the League Council, or at least to the former Permanent Mandates Commission, than the United Nations Assembly, to which any mandatory preferring that course could have arranged to report, and with which it could have carried on the sort of dialogue that was carried on with the League organs;—*and here it is of primary importance to bear in mind that the absence of any compulsory powers vested in such a body would have had no bearing on the situation, since neither the League Council nor the Assembly of the United Nations had any such powers in this matter* [9]. Alternatively, if no appropriate body could be found willing to act, it would have been open to any mandatory, perhaps acting in conjunction with others, to set one up,

[8] So far as this aspect of the subject is concerned, the South African contention that the Mandate is at an end is both conditioned and indirect. It is maintained on the one hand that the reporting obligation lapsed in its entirety on the dissolution of the League because it then became impossible to perform it according to its actual terms,—but also that it was not an essential part of the Mandate which could continue without it. At the same time it is maintained that if the obligation is non-severable—if it *is* an essential part of the Mandate—then its lapse entails the lapse of the Mandate as a whole. These are alternative positions and there is no contradiction between them as the Opinion of the Court seeks to claim.

[9] This point, which goes to the root of much of the case, is more fully developed in Section B below. According to League procedure the Council's decisions were not binding on the mandatory concerned unless the latter concurred in them, at least tacitly; while the resolutions of the United Nations Assembly—except in certain specific cases not material in this context—only have the status of recommendations and have no binding effect except, at most (and even that is open to argument) for those who have affirmatively voted in favour of them.

ment[8], que les divers mandats ont survécu à la dissolution de la SdN, est-ce que l'obligation de faire rapport, c'est-à-dire la situation de responsabilité considérée en quelque sorte dans l'abstrait, a survécu elle aussi en tant qu'élément du mandat? *Secundo*, dans ces conditions, cette obligation a-t-elle survécu sous la forme d'une obligation de faire rapport et de rendre compte ou s'est-elle transformée en une telle obligation non pas simplement à l'égard d'un organe *quelconque*, mais de l'organe particulier qu'était et qu'est demeurée l'Assemblée générale de l'ONU?

iii) L'obligation de faire rapport, si elle a survécu, pouvait être remplie autrement qu'en faisant rapport à un organe de l'ONU

16. Il est évident que, si l'obligation de faire rapport a survécu à la SdN, la présentation de rapports à un organe de l'ONU, en particulier à l'Assemblée générale, n'était pas le seul moyen possible de s'acquitter de cette obligation; un organe de l'ONU, en tant que tel, n'était d'ailleurs nullement indispensable comme destinataire, commentateur ou critique de ces rapports. Il existait à l'époque et il existe encore aujourd'hui plusieurs organes internationaux qui sont par nature beaucoup plus proches du Conseil de la SdN, ou tout au moins de l'ancienne Commission permanente des mandats, que ne l'est l'Assemblée générale et auxquels tout mandataire aurait pu s'arranger pour faire rapport s'il l'avait préféré, en entretenant avec eux le type de dialogue qui s'était instauré avec les organes de la SdN. *Il est essentiel de rappeler ici que l'absence de tout pouvoir coercitif confié à un tel organe n'aurait eu aucune incidence sur la situation, car ni le Conseil de la SdN ni l'Assemblée générale des Nations Unies n'avait un tel pouvoir en la matière*[9]. Ou bien, si l'on n'avait pu trouver aucun organe approprié disposé à jouer ce rôle, tout mandataire aurait eu la faculté, en agissant éventuellement de concert avec d'autres, d'en créer un, à l'égard de qui les engagements nécessaires eussent été pris,

[8] En ce qui concerne cet aspect de l'affaire, l'argument de l'Afrique du Sud selon lequel le Mandat est terminé est à la fois indirect et soumis à certaines conditions. L'Afrique du Sud soutient d'une part que l'obligation de faire rapport s'est éteinte entièrement à la dissolution de la SdN parce qu'il est alors devenu impossible de s'en acquitter de la manière stipulée, mais aussi que ce n'était pas un élément essentiel du Mandat qui pouvait subsister en dehors de celui-ci. En même temps, elle affirme que si l'obligation n'est pas séparable du Mandat lui-même, et en constitue un aspect essentiel, alors son extinction entraîne l'extinction du Mandat tout entier. Ce sont là les deux branches d'une alternative et il n'y a pas contradiction entre elles, comme l'avis de la Cour tendrait à le faire croire.

[9] Cet argument, qui va à la racine même d'une grande partie de l'affaire, est développé plus longuement dans la section B ci-après. D'après la procédure de la SdN, les décisions du Conseil n'étaient pas obligatoires pour le mandataire, à moins qu'il n'y consentît, au moins tacitement; quant aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, sauf dans certains cas particuliers qui sont sans intérêt ici, elles n'ont que le caractère de recommandations dépourvues d'effet obligatoire sauf, à la rigueur, et encore pourrait-on en discuter, pour les Etats qui ont voté en faveur de ces résolutions.

to which the necessary reporting undertakings would be given,—the ensuing reports, and comments thereon, being made public [10].

(iv) There was no survival of the reporting obligation in the form of an automatic obligation to report to a United Nations organ—Basic differences between the League Council and the United Nations Assembly as a supervisory body

17. For present purposes it is unnecessary to express any final view as to whether the reporting obligation did or did not, in the abstract, or as a concept, survive the dissolution of the League, because in any event I do not consider that it survived in the form of an automatic self-operating obligation to report to and accept the supervision, specifically, of the United Nations, and in particular of its General Assembly. *The unconscious assumption* (or has it been deliberate?) which has dogged the SW. Africa question for so many years, *that it was all the same thing for a mandatory whether it reported to the League Council or to the United Nations Assembly*, so why should it not do so, *is of course quite illusory, because the character of the supervisory organ affects the character and weight of the obligation.* Taking this view does not necessarily mean accepting the South African contention that the reporting obligation was so intimately bound up with the character of the entity to be reported to that, upon the extinction of that entity, it must lapse entirely [11]. But I do accept the view that in no circumstances could an obligation to report to and accept supervision at the hands of one organ—the League Council—become converted automatically and *ipso facto*, and without the consent of the mandatory (indeed against its will), into an obligation relative to another organ, very differently composed, huge in numbers compared with the League Council, functioning differently, by different methods and procedures, on the basis of a different voting rule, and

[10] In fact, none of the mandatories did this,—*nor did any of them report to the United Nations*,—but, apart from South Africa, they did eventually convert their mandates into trusteeships.

[11] See further as to this in Section D below, paragraphs 119-120. The matter turns on:

(i) whether, as the Court found in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 136-137), the reporting obligation, in so far as it implied supervision, was so important a part of a mandate that if the latter survived, the former must too,—or whether, as Judge Read thought (*ibid.*, p. 165), the absence of reporting, etc., might "weaken the mandate" but not otherwise affect it;

(ii) the effect, if the situation is a contractual or quasi-contractual one, of the extinction of one of the parties,—in this case of the League of Nations; and

(iii) if the situation is not of that kind, the legal status of a provision that can no longer be carried out according to its actual terms but can perhaps be implemented in some equivalent way.

les rapports ultérieurs et les commentaires à ces rapports étant rendus publics [10].

iv) Il n'y a pas eu survivance de l'obligation de faire rapport sous forme d'obligation automatique envers un organe de l'ONU. Différences fondamentales entre le Conseil de la SdN et l'Assemblée générale des Nations Unies en tant qu'organes de surveillance

17. Aux fins du présent raisonnement, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur le point de savoir si l'obligation de faire rapport a ou n'a pas, dans l'abstrait ou en théorie, survécu à la dissolution de la SdN, car de toute façon je n'estime pas qu'elle ait survécu sous forme d'une obligation automatique et fonctionnant par elle-même de faire rapport spécifiquement à l'ONU, notamment à l'Assemblée générale, et d'en accepter la surveillance. L'*hypothèse formulée inconsciemment* (ou délibérément?) qui a obéré la question du Sud-Ouest africain pendant tant d'années et selon laquelle *il n'y avait aucune différence pour le Mandataire entre faire rapport au Conseil de la SdN ou à l'Assemblée générale des Nations Unies* (ce qui permettait de demander pourquoi on ne ferait pas rapport à cette dernière) *est bien entendu tout à fait illusoire, car la nature de l'organe de surveillance affecte la nature et le poids de l'obligation.* Etre de cet avis ne signifie pas nécessairement qu'on accepte l'argument de l'Afrique du Sud selon lequel l'obligation de faire rapport était si intimement liée à la nature de l'entité envers qui cette obligation existait que, cette dernière disparue, elle devait s'éteindre entièrement [11]. En revanche j'admets qu'en aucun cas l'obligation de faire rapport à un organe, le Conseil de la SdN, et d'accepter sa surveillance ne pouvait être transformée automatiquement et *ipso facto* sans le consentement du mandataire (et même contre sa volonté) en une obligation envers un autre organe ayant par rapport au Conseil de la SdN une composition

---

[10] En pratique, aucun des mandataires ne l'a fait et *aucun d'entre eux n'a fait rapport à l'ONU*; en revanche ils ont tous, à l'exception de l'Afrique du Sud, transformé finalement leurs mandats en tutelles.

[11] Pour plus de détails sur cette question, voir section D ci-après, par. 119-120. La question est axée sur:

i) le point de savoir si, comme la Cour l'a jugé en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136-137), l'obligation de faire rapport, dans la mesure où elle implique une surveillance, tient une si grande place dans un mandat que, si ce dernier survit, l'obligation survit aussi nécessairement, ou si, comme M. Read l'a estimé (*ibid.*, p. 165), l'absence de présentation de rapports, etc., pouvait « affaiblir le Mandat » mais sans l'affecter autrement;

ii) l'effet, s'il s'agit d'une situation contractuelle ou quasi contractuelle, de la disparition d'une des parties, en l'occurrence la SdN;

iii) dans une situation non contractuelle, le statut juridique d'une disposition qui ne peut plus être exécutée conformément aux termes mêmes dans lesquels elle est libellée, mais que l'on pourrait peut-être appliquer par un moyen équivalent.

against the background of a totally different climate of opinion, philosophy and aim, unsympathetic by nature to the mandatory [12]. Indeed the very fact that the supervision of a *mandate* would have become exercisable by an organ which disapproved in principle of mandates that remained mandates, and held it from the start almost as an article of faith (this will be reverted to later, for it is a cardinal point) that all mandated territories should be placed under its own trusteeship system,—and whose primary aim moreover, in all its dealings whether with trust territories, mandated territories, or non-self-governing territories under Article 73 of the Charter, was to call into existence as speedily as possible a series of new

[12] The following table makes this clear:

I. International Organization:—	League of Nations.	United Nations.
II. Report receiving or supervisory body:—	League Council.	General Assembly.
III. Numbers of same:—	Small (varied through 9-11-13) and included the then permanent members of which three were mandatories.	Potentially unlimited. 50/60 even in 1946—now 130-140 and still growing.
IV. Voting rule:—	Unanimity, including vote of Mandatory.	Two-thirds majority; sometimes possibly a bare majority.
V. Advisory sub-organ:—	Permanent Mandates Commission.	Trusteeship Council; Committee of the Assembly; or "subsidiary organ" set up under Art. 22 of the Charter.
VI. Composition of sub-organ:—	Experts acting in their personal capacity, not as representatives of governments.	Representatives of governments.
VII. Attitude and approach of supervisory body:—	Sympathetic to the mandatories—not over-political.	Unsympathetic to mandatories,—highly political.
VIII. Aim:—	Good administration of the mandated territory.	Earliest possible bringing about of the independence of the territory.

très différente et un effectif beaucoup plus nombreux et fonctionnant différemment, suivant des méthodes, des procédures et des règles de vote différentes et dans le contexte d'opinions, de doctrines et d'objectifs totalement différents et par nature défavorables au mandataire [12]. En vérité, le fait même que la surveillance d'un *mandat* aurait été dévolue à un organe désapprouvant en principe que des mandats restent des mandats, estimant dès l'abord, presque comme s'il s'était agi d'un article de foi (j'y reviendrai par la suite car c'est un point capital), que tous les territoires sous mandat devaient être placés sous son propre régime de tutelle et ayant pour objectif principal dans toutes ses opéra-

[12] Le tableau suivant permettra de voir clairement ces différences:

I. Organisation internationale	Société des Nations	Organisation des Nations Unies
II. Organe saisi des rapports ou organe de surveillance	Conseil de la SdN	Assemblée générale
III. Effectif	Peu nombreux (a varié de 9 à 13) et comprenant des membres permanents, dont trois mandataires	Potentiellement illimité. De 50 à 60 dès 1946, actuellement de 130 à 140 et toujours croissant
IV. Règle de vote	Unanimité, y compris le suffrage du mandataire	Majorité des deux tiers; parfois majorité simple
V. Organe consultatif subsidiaire	Commission permanente des mandats	Conseil de tutelle; commission de l'Assemblée générale ou « organe subsidiaire » créé en vertu de l'article 22 de la Charte
VI. Composition de l'organe subsidiaire	Experts agissant à titre personnel et non en tant que représentants de leur gouvernement	Représentants des gouvernements
VII. Attitude et façon de voir de l'organe de surveillance	Favorable aux mandataires — non exagérément politisée	Défavorable aux mandataires — très politisée
VIII. Objectif	Bonne administration du territoire sous mandat	Accession du territoire à l'indépendance le plus vite possible

sovereign independent States;—all this alone would have been sufficient to create, and perpetuate, a permanent state of tension between the United Nations Assembly as a supervisory organ and any mandatory held accountable to it. None of this existed under the régime of the League.

18. Exactly the same considerations apply to any Committee or sub-Committee of the Assembly which might be set up to deal with mandates, and which, however it might be dressed up to look like the former League Council or Permanent Mandates Commission (see the proposal made in Assembly resolution 449 (V) of 13 December 1950) would remain fully under the Assembly's control, and reflect its tendencies and aims. Indeed this has been only too self-evidently the case as regards those Committees that have been (at later stages) set up with reference to the SW. Africa question.

(v) Conclusion as to implied succession

19. For these reasons it seems to me to be juridically impossible to postulate such a metamorphosis as taking place automatically or unless by consent. *To do so would not merely be to change the indentity of the organ entitled to supervise the implementation of the obligation but, by reason of this change, to change also the nature of the obligation itself.* Given the different character and methods of that organ, it would be to create a new and more onerous obligation (it is of course, *inter alia*, precisely because of the possibility of this, that novations require consent). I must therefore hold that no such transformation ever took place of itself so that, if consent was lacking, the United Nations never became invested with any supervisory function at all. This view will now be developed, first by way of answer to various counter-arguments that have been or may be advanced,—secondly on the basis of certain positive and concrete considerations which have never been given their true weight, but are to my mind decisive.

3. Counter-contentions as to implied succession

(a) *The Advisory Opinion of the Court of 11 July 1950*

20. In the 1950 advisory proceedings there was a striking, though quite differently orientated parallelism between the South African arguments on this matter and the views expressed by the Court, due to a mutual but divergently directed confusion or telescoping of the two separate questions already noticed, of the survival of the reporting obligation as such,

tions, qu'il s'agisse de territoires sous tutelle, de territoires sous mandat ou des territoires non autonomes visés à l'article 73 de la Charte, de faire naître le plus rapidement possible une série de nouveaux Etats souverains et indépendants — ce fait même aurait suffi à créer et à perpétuer un état permanent de tension entre l'Assemblée générale des Nations Unies en tant qu'organe de surveillance et tout mandataire tenu de lui rendre compte. Il n'en allait pas du tout ainsi sous le régime de la Société desNations.

18. Les mêmes considérations exactement valent pour tout comité ou sous-comité de l'Assemblée générale qui pouvait être créé pour s'occuper des mandats et qui, quelque tournure qu'on lui donnât pour qu'il ressemble au Conseil ou à la Commission permanente des mandats de la SdN (voir la proposition faite par l'Assemblée générale dans sa résolution 449 (V) du 13 décembre 1950), devait rester entièrement sous la coupe de l'Assemblée générale et reflétait ses tendances et ses buts. Cela a d'ailleurs été une évidence criante dans le cas des comités qui ont été ultérieurement créés pour s'occuper du Sud-Ouest africain.

v) Conclusions quant à l'idée d'une succession implicite

19. Pour tous ces motifs, il me semble juridiquement impossible de postuler que la métamorphose s'est produite automatiquement et à défaut de consentement. *Le faire serait non seulement changer l'identité de l'organe habilité à surveiller l'exécution de l'obligation mais, en raison même de ce changement, changer la nature de l'obligation elle aussi.* Etant donné la différence de nature et de méthodes de cet organe, ce serait créer une obligation nouvelle et plus lourde. Bien entendu, c'est, entre autres, à cause de cette possibilité même qu'il ne saurait y avoir de novation sans que les intéressés y consentent. Je dois donc considérer qu'aucun changement de ce genre ne s'est produit spontanément et que par conséquent, faute de consentement, l'ONU n'a jamais été investie d'aucune fonction de surveillance quelle qu'elle fût. Je vais maintenant développer cet argument, d'abord pour répondre à plusieurs objections qui ont été ou qui pourraient être avancées et ensuite pour tenir compte de certaines considérations positives et concrètes auxquelles on n'a jamais donné leur poids véritable mais qui me paraissent décisives.

3. Arguments contraires concernant la thèse de la succession implicite

a) *Avis consultatif de la Cour du 11 juillet 1950*

20. Lors de la procédure consultative de 1950, entre l'argumentation sud-africaine sur la question et les vues exprimées par la Cour, le parallélisme a été frappant mais l'orientation entièrement différente. Il en a été ainsi à cause d'une confusion ou d'un télescopage, commis de part et d'autre mais en sens différent, des deux questions distinctes déjà

and the form of its survival, if survival there was. Contending that this obligation had never been contemplated except as an obligation relative to the Council of the League, and could not therefore, upon the dissolution of the latter and the establishment of the United Nations, become automatically transformed into an obligation owed to that Organization, South Africa argued that *because* this was so, therefore *all* obligations of accountability had disappeared. This deduction may have been natural, but clearly lacked logical rigour and necessity, for the *obligation* as such could survive, even though becoming dormant for the time being.

21. The same process of ellipsis, though with quite another outcome, characterized the reasoning of the Court in 1950. Holding that the reporting obligation was an essential part of the mandates system, and must survive if the system itself survived, the Court went on to hold that *therefore* it survived as an obligation to report specifically to the Assembly of the United Nations. This last leg of the argument not only lacked all logical rigour and necessity but involved an obvious fallacy,—which was the reason for the dissenting views expressed by Judges Sir Arnold McNair (as he then was) and Read—dissenting views with which I agree. It obviously could not follow, as the Court in effect found, that *because* the United Nations happened to be there, so to speak, and, in the shape of the trusteeship system, had set up something rather similar to the mandates system, *therefore* not merely trusteeships but mandates also were subject to United Nations supervision. This again was a *non sequitur*[13]. It was tantamount to saying that although (as the Court found later in the same Opinion—*I.C.J. Reports 1950*, pp. 138-140) mandatories were not obliged to place their mandated territories under trusteeship, yet for all practical purposes they had to accept United Nations supervision just the same whether or not they had placed the territories under trusteeship. This does not make sense. The result was that in effect the Court cancelled out its own finding that trusteeship was not obligatory—and made it a case of "Heads I win: tails you lose"! It is not too much to say that the

[13] The following passage from the Court's Opinion (*I.C.J. Reports 1950*, p. 136) exhibits very graphically the telescoping of the (valid) premiss that accountability in principle had not necessarily disappeared with the League, with the (invalid) deduction that mandatories were thereby necessarily obliged to hold themselves accountable *to the United Nations*:

> "It cannot be admitted that the obligation to submit to supervision had disappeared merely because the supervisory organ has ceased to exist, when the United Nations has *another* [precisely!] international organ *performing similar, though not identical supervisory functions*" (my italics).

The *non sequitur* is clearly apparent. The Court did not seem to see that the transition to a new and different party could not occur of itself or simply be *presumed* to have taken place;—and the present Opinion of the Court compounds the fallacy.

signalées: celle de la survivance de l'obligation de rendre compte en tant que telle et celle de la forme de cette survivance, si survivance il y avait. Partant du principe que l'obligation n'avait jamais été envisagée autrement que comme obligation envers le Conseil de la SdN et que par suite elle ne pouvait, lors de la dissolution de la SdN et de la création de l'ONU, être automatiquement transformée en obligation envers cette dernière, l'Afrique du Sud a fait valoir que, *parce qu*'il en était ainsi, il s'ensuivait que toute obligation de rendre compte avait disparu. Cette déduction pouvait être assez naturelle, mais elle manquait évidemment de rigueur et de nécessité logiques car l'*obligation* pouvait survivre en tant que telle tout en restant momentanément à l'état latent.

21. L'argumentation de la Cour en 1950, pareillement elliptique, débouchait dans une tout autre direction. Tenant pour assuré que l'obligation de faire rapport était une partie essentielle du système des mandats et devait survivre si le système lui-même survivait, la Cour en a déduit que *par suite* l'obligation survivait comme obligation de faire rapport spécifiquement à l'Assemblée générale des Nations Unies. Non seulement cette dernière partie de l'argumentation était dépourvue de rigueur et n'avait aucun caractère de nécessité, mais elle reposait sur une idée évidemment fausse, celle-là même qui motiva les opinions dissidentes — que j'approuve pour ma part — de sir Arnold McNair et de M. Read. Manifestement, ce n'était pas, comme la Cour l'a jugé en pratique, *parce que* les Nations Unies étaient en quelque sorte disponibles et avaient institué sous la forme du régime de tutelle quelque chose d'assez voisin du système des mandats, que non seulement les territoires sous tutelle mais encore les territoires sous mandat devaient *en conséquence* être soumis à la surveillance de l'ONU. Là non plus, il n'y avait pas d'enchaînement logique [13]. Cela revenait à dire que, même si (comme la Cour l'a constaté plus loin dans le même avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 138-140) les mandataires n'étaient pas tenus de placer sous le régime de tutelle leurs territoires sous mandat, ils devaient pourtant, qu'ils l'aient fait ou non, accepter de toute façon en pratique le contrôle de l'ONU — ce qui n'avait aucun sens. La Cour en arrivait

[13] Le passage ci-après de l'avis consultatif (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136) fait très clairement ressortir le télescopage entre, d'une part, la prémisse valable que l'obligation de rendre compte n'avait pas nécessairement disparu en principe avec la SdN et, d'autre part, la déduction fausse que les mandataires étaient de ce fait nécessairement obligés de rendre compte *à l'ONU*:

> « On ne saurait admettre que l'obligation de se soumettre à surveillance aurait disparu pour la simple raison que cet organe de contrôle a cessé d'exister alors que les Nations Unies comptent un autre [un autre, assurément] organe international *chargé de fonctions analogues encore que non identiques*. » (Les italiques sont de nous.)

Le défaut de logique est évident. La Cour ne paraît pas avoir vu que le transfert à un organe nouveau et différent ne peut ni se faire de lui-même ni être présumé réalisé; et le présent avis consultatif de la Cour s'accommode de ce raisonnement fallacieux.

absence of any legal obligation to place mandated territories under trusteeship implied *a fortiori*, as a necessary deduction, the absence of any legal obligation to accept United Nations supervision in respect of mandates, or the one would be defeated by the other.

22. Clearly the existence of the United Nations, and its superficial resemblances to the League, had absolutely nothing to do in logic with the survival of the reporting obligation, except in so far as it provided a convenient (but not obligatory) method of discharging that obligation if it did survive. This was Judge Read's view in 1950. Having found that there had been no consent on the part of the Mandatory to the exercise of United Nations supervision, in the absence of which the only possible basis for such an obligation would be "succession by the United Nations", he continued (*I.C.J. Reports 1950*, p. 172):

> "Such a succession could not be based upon the provisions of the Charter, because . . . no provisions of the Charter could legally affect an institution founded upon the Covenant or impair or extinguish [the] Legal rights and interests of those Members of the League which are not members of the United Nations[14]. It could not be based on implications or inferences drawn from the nature of the League and the United Nations *or from any similarity in the functions of the organizations*. Such a succession could not be implied, either in fact or in law, in the absence of consent, express or implied by the League, the United Nations and the Mandatory Power. There was no such consent"—(my italics).

(b) *Did the Charter imply accountability obligations for mandatories?*

(i) In general

23. The Charter makes no specific mention of mandated territories at all, except in the two Articles (77, and 80, paragraph 2) where it refers to them, along with other types of territories, as candidates for being placed under trusteeship but without creating any obligation in that regard. It says nothing at all either about supervision or accountability. The contention that the Charter is to be read as if in fact it did so, is therefore founded entirely on a process of implication,—a process sought to be

[14] It was and is conveniently forgotten—though not by Judge Read—that at the time when the Charter came into force (October 1945), and until April 1946, the League was still in being.

ainsi à désavouer sa propre conclusion suivant laquelle la tutelle était facultative — et avait l'air de dire: « Pile, je gagne; face, vous perdez »! Il n'est pas exagéré d'affirmer que l'absence de toute obligation juridique de mettre sous tutelle les territoires sous mandat supposait à fortiori et comme conséquence nécessaire l'absence de toute obligation juridique d'accepter la surveillance des Nations Unies sur les mandats, sinon la deuxième proposition détruisait l'effet de la première.

22. Il est évident que l'existence de l'ONU et sa ressemblance superficielle avec la SdN n'ont en bonne logique rien à voir avec la survivance de l'obligation de faire rapport, sauf dans la mesure où elles fournissent un moyen commode, mais non obligatoire, de remplir cette obligation si elle a effectivement survécu. C'est ce qu'a dit M. Read en 1950. Ayant constaté qu'il n'y avait pas eu, de la part du Mandataire, consentement à l'exercice de la surveillance des Nations Unies et qu'en l'absence de ce consentement la seule base possible de l'obligation en cause aurait été « le fait pour les Nations Unies d'avoir succédé », il poursuivait (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 172):

> « Cette succession ne saurait reposer sur les dispositions de la Charte, car ... aucune disposition de la Charte ne pourrait juridiquement affecter une institution fondée sur le Pacte ni porter atteinte ou mettre fin aux droits et intérêts des Membres de la Société des Nations qui ne sont pas membres des Nations Unies [14]. Elle ne pourrait reposer sur des références ou des déductions tirées de la nature de la Société des Nations et de celle des Nations Unies, ou *d'une similitude quelconque dans les fonctions de ces organisations*. En l'absence de consentement exprès ou tacite de la Société des Nations, des Nations Unies et de la Puissance mandataire cette succession ne saurait être déduite par implication, en fait ou en droit. Or, il n'y a pas eu de consentement de ce genre. » (Les italiques sont de nous.)

b) *La Charte implique-t-elle une obligation de rendre compte à la charge des mandataires?*

i) En général

23. La Charte ne mentionne pas spécifiquement les territoires sous mandat sauf dans les deux articles (77 et 80, par. 2) où elle y fait allusion, en même temps qu'à d'autres territoires, comme étant candidats au régime de tutelle mais sans créer d'obligation à cet égard. Sur la surveillance ou le devoir de rendre compte, pas un mot. La thèse selon laquelle il faut interpréter la Charte comme si elle traitait en fait de ces questions tient donc exclusivement à l'emploi du procédé qui consiste

[14] On avait oublié et on continue commodément d'oublier — ce que n'avait pas fait M. Read — qu'à l'époque où la Charte est entrée en vigueur (octobre 1945) et et jusqu'en avril 1946 la Société des Nations existait toujours.

founded on two particular provisions, Articles 10, and 80, paragraph 1. These must now be considered.

(ii) Article 10 of the Charter

24. For Article 10 to suffice in itself, it would be necessary to find in it not only a competence conferred on the Assembly to exercise a supervisory role in respect of mandates, but also an obligation for mandatories to accept that supervision and be accountable to the Assembly. Since the Article makes no mention of mandates as such, the argument would have to be that the faculty given to the Assembly by that provision "to discuss [and 'make recommendations . . . as to'] any questions or any matters within the scope of the present Charter", not only invested the Assembly with a supervisory function in respect of mandates, but also obliged mandatories to *accept* the Assembly in that role and regard themselves as accountable to it. Quite apart from the fact that a faculty merely to "discuss . . . and . . . make [non-binding] recommendations" could not possibly extend to or include so drastic a power as a right unilaterally to revoke a mandate, it is evident that a *faculty* conferred on "A" cannot, in and of itself—even in relation to the same subject-matter—automatically and *ipso facto* create an *obligation* for "B" [15]. The *non sequitur*—the absence of any *nexus* is apparent, and the gap cannot be bridged in the way the Court seeks to do (see footnote 16 below). Furthermore, since one of the basic questions at issue is, precisely, whether mandates *as such*—as opposed to trusteeships and mandated territories *placed under trusteeship —are* "within the scope of the Charter", the whole argument founded on Article 10 of the Charter is essentially circular and question-begging.

25. Article 10 was, and is, a provision which, without in terms mentioning mandates, or indeed anything specific at all, ranges over the vast field implied by the words "any questions or any matters within the scope

[15] For instance the setting up of an authority empowered to conduct and collect information in view of a census, does not of itself oblige the population to co-operate. Census laws, in addition to the obligation imposed on the census authority, impose a separate obligation on all members of the population to co-operate, with penalties for any default. Otherwise the latter obligation would not exist,—and the former would in consequence be vain.

[16] As in 1950, the Court, while finding in Article 10 the competence of the Assembly to supervise, professes to find the obligation of the mandatory to be accountable to the Assembly *(a)* in Article 80 of the Charter, *(b)* in an alleged recognition of accountability to the United Nations, supposed to have been given by all the mandatories when they voted in favour of the final League of Nations resolution on mandates of 18 April 1946. As will be seen (paragraphs 26-32 and 54-55 below) such an obligation cannot be derived from either source.

à attribuer des conséquences implicites à deux dispositions, l'article 10 et l'article 80, paragraphe 1. Ce sont ces textes qu'il convient de considérer maintenant.

ii) Article 10 de la Charte

24. Pour que l'article 10 suffise par lui-même, il serait nécessaire d'y trouver non seulement l'attribution d'une compétence à l'Assemblée générale pour exercer un rôle de surveillance par rapport aux mandats, mais aussi une obligation pour les mandataires d'accepter cette surveillance et de rendre compte à l'Assemblée. Comme l'article ne mentionne pas les mandats nommément, il faudrait soutenir qu'en donnant à l'Assemblée générale la faculté de « discuter toutes questions ou affaires [et de « formuler sur ces questions ou affaires des recommandations »] rentrant dans le cadre de la présente Charte », non seulement il lui confie une fonction de surveillance à l'égard des mandats mais aussi il oblige les mandataires à *accepter* qu'elle tienne ce rôle et à se considérer comme devant lui rendre compte. Indépendamment du fait que la seule faculté de « discuter ... et de formuler des recommandations [non obligatoires] » ne saurait viser ou inclure un pouvoir aussi radical que celui de révoquer unilatéralement un mandat, il est évident qu'une *faculté* accordée à *A* ne peut pas en elle-même et par elle-même créer automatiquement et *ipso facto* une *obligation* pour *B*, même s'il s'agit d'un même ordre de question [15]. L'absence de lien logique est apparente et ce hiatus ne saurait être comblé comme la Cour cherche à le faire [16]. En outre, puisque l'une des questions essentielles qui se posent est précisément celle de savoir si les territoires sous mandat *en tant que tels* — à distinguer des territoires sous tutelle et des territoires précédemment sous mandat *placés sous tutelle* — entrent « dans le cadre de la présente Charte », toute l'argumentation fondée sur l'article 10 de la Charte tourne en rond et est essentiellement tautologique.

25. L'article 10 était et est encore une disposition qui, sans mentionner expressément les mandats ni d'ailleurs rien de spécifique, embrasse l'immense domaine qu'impliquent les mots « toutes questions ou affaires

---

[15] Par exemple, la création d'un service chargé d'organiser des opérations de recensement et de rassembler des renseignements à cet effet n'oblige pas en soi la population à coopérer. Outre l'obligation qu'elles imposent au service du recensement, les lois prévoyant les recensements imposent une obligation distincte à toute la population, celle de coopérer, sous peine de sanctions. S'il en était autrement, cette dernière obligation n'existerait pas et la première serait par conséquent vaine.

[16] Comme en 1950, croyant découvrir dans l'article 10 une compétence de l'Assemblée pour surveiller, la Cour professe que l'obligation de rendre compte à l'Assemblée dont le mandataire serait chargé découlerait *a)* de l'article 80 de la Charte, *b)* d'une prétendue acceptation du devoir de rendre compte aux Nations Unies que tous les mandataires seraient supposés avoir donnée en votant pour la résolution finale de la Société des Nations sur les mandats en date du 18 avril 1946. Ainsi qu'on le verra (par. 26-32 et 54-55 ci-après), l'obligation ne peut découler ni de l'une ni de l'autre de ces deux sources.

of the present Charter". This could cover almost anything [17]. Yet could it reasonably be contended that in relation to anything the Assembly might choose to discuss under this provision, and which could fairly be regarded as included in it, authorities and bodies in all member States of the United Nations thereby, and without anything more, would become obliged at the request of the Assembly to submit reports to it, and accept its supervision concerning their activities? The question has only to be put, for its absurdity to be manifest. Nothing short of express words in Article 10 could produce such an effect. Upon what juridical basis therefore, can an obligation to report and accept supervision in respect of mandates be predicated upon this provision? It was precisely this absence of logical necessity, or even connexion, that motivated Lord McNair's dissent in 1950. After saying that he could not find any legal ground upon which the former League Council could be regarded as being replaced by the United Nations for the purpose of being reported to and exercising supervision, which "would amount to imposing a new obligation [18] upon the [mandatory] and would be a piece of judicial legislation", he continued (*I.C.J. Reports 1950*, p. 162):

> "In saying this, I do not overlook the competence of the . . . Assembly . . . under Article 10 of the Charter, to discuss the Mandate . . . and to make recommendations concerning it, but that competence depends not on any theory of implied succession but upon the provisions of the Charter."

In other words, even if the provisions of the Charter might be sufficient to found the competence of the Assembly—(even so, only to discuss and recommend)—they must also be shown to establish the obligation of the mandatory, since no theory of implied succession could be prayed in aid [19];—and in so far as it is sought to rely on the terms of Article 10 for

---

[17] It suffices to look at the Preamble to the Charter, and Article 1 and the provisions of Chapters IX and X, in order to see how great the range is, even omitting things like peace-keeping and sundry miscellanea.

[18] "New" because, since the League clearly had not *assigned* its supervisory rights to the United Nations (see further as to this, paragraph 42 below), only a *novation* could have produced the effect that the Court found in favour of in 1950. But a novation would have required the mandatory's consent, which Lord McNair did not think had been given. Speaking of the various contemporary statements made on behalf of South Africa, he said (*I.C.J. Reports 1950*, p. 161) that he did not find in them "adequate evidence" that the mandatory had "either assented to an implied succession by the United Nations . . ., or . . . entered into a new obligation towards [it] to revive the pre-war system of supervision".

[19] Lord McNair had already held (*I.C.J. Reports 1950*, p. 159) that it was a "pure inference" [i.e., in the context a mere supposition] "that there [had] been an automatic succession by the United Nations to the rights and functions of the

rentrant dans le cadre de la présente Charte ». Ces mots peuvent inclure presque n'importe quoi [17]. Et pourtant pourrait-on raisonnablement soutenir que, à propos de tout sujet que l'Assemblée pourrait croire bon de discuter en invoquant cette disposition et qui pourrait à juste titre être considéré comme y étant englobé, les autorités et organes de tous les Etats Membres des Nations Unies seraient de ce seul fait tenus d'envoyer des rapports à l'Assemblée sur sa demande et d'accepter qu'elle surveille leurs activités? Poser la question, c'est en faire éclater l'absurdité. Rien dans l'article 10 ne pourrait produire un tel effet en dehors d'une stipulation expresse. Dès lors, sur quelles bases juridiques une obligation de faire rapport et d'accepter la surveillance sur les mandats pourrait-elle être tirée de cette disposition? C'est précisément cette absence de nécessité logique ou même de lien qui a motivé l'opinion dissidente de lord McNair en 1950. Après avoir dit qu'il n'entrevoyait pas le motif juridique permettant valablement de considérer l'ancien Conseil de la SdN comme remplacé par l'ONU pour ce qui est des rapports à lui faire et de la surveillance à exercer par lui, ce qui « équivaudrait à imposer ... une obligation nouvelle [18] [au mandataire] et serait faire œuvre de législation judiciaire », il poursuivait (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 162):

> « En disant cela je n'oublie pas la compétence que possède l'Assemblée ... en vertu de l'article 10 de la Charte, pour procéder à l'examen du mandat ... et pour faire des recommandations au sujet de ce Mandat; cette compétence toutefois ne dépend d'aucune théorie de succession implicite mais bien des dispositions de la Charte. »

En d'autres termes, même si les dispositions de la Charte suffisaient à fonder la compétence de l'Assemblée (uniquement celle de discuter et de recommander), il faudrait encore démontrer qu'elles fondent l'obligation du mandataire, puisqu'il n'est pas question de pouvoir recourir à une théorie de succession implicite [19], et, dans la mesure où l'on s'en remet

[17] Il suffit de jeter un coup d'œil sur le préambule de la Charte et sur l'article premier, ainsi que sur les dispositions des chapitres IX et X, pour voir combien la gamme des matières possibles est vaste, même si on laisse de côté des sujets comme le maintien de la paix et divers points de détail.

[18] « Nouvelle » parce que, comme la SdN, de toute évidence, n'a pas cédé ses droits de surveillance à l'ONU (voir à ce sujet par. 42 ci-après), seule une *novation* aurait pu produire l'effet en faveur duquel la Cour s'est prononcée en 1950. Mais, pour qu'il y ait eu novation, il aurait fallu le consentement du mandataire, que lord McNair estimait ne pas avoir été donné. Parlant des diverses déclarations faites à l'époque pour le compte de l'Afrique du Sud, il a indiqué (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 161) qu'il n'y trouvait aucune « preuve suffisante » que le Mandataire « ait ou bien accepté la succession, par implication, des Nations Unies ... ou ... ait contracté envers les Nations Unies une nouvelle obligation de faire revivre le système de surveillance d'avant-guerre ».

[19] Lord McNair avait déjà soutenu (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 159) que c'était « pure déduction » (c'est-à-dire, dans ce contexte, une simple supposition) de penser qu'il y ait eu succession automatique de l'Organisation des Nations Unies « aux

this purpose, it is clear that they will not bear the weight that would thereby be put upon them.

(iii) Article 80 of the Charter

26. This is another provision (its terms are set out below [20]) to which it has been sought to give an exaggerated and misplaced effect, and which equally cannot bear the weight thus put upon it. (It is true that the second paragraph manifests an expectation that mandated territories would be placed under the trusteeship system,—but expressions of expectation do not create obligations, as the Court found in 1950, specifically in relation to this provision—*I.C.J. Reports 1950*, p. 140).) As for the first paragraph, the changes which it rules out are clearly those, and only those, that might result from Chapter XII (the trusteeship chapter) of the Charter ("nothing in this Chapter [i.e., XII] shall be construed . . . to alter . . . etc.),—and, as Lord McNair pertinently observed in 1950, "the cause of the lapse of the supervision of the League and of Article 6 of the Mandate [21] is not anything contained in Chapter XII of the Charter, but is the dissolution of the League, so that it is difficult to see the relevance of this Article". It is of course possible to hold on other grounds that the principle of accountability, as expressed in the form of the *reporting* obligation, though becoming dormant, did not lapse with the dissolution of the League (paragraphs 17 and 20 above). What cannot legitimately be held is that if it did so lapse—or would otherwise have done so—it was preserved or revived by reason of Article 80,—for that provision's sole field of preservation was from extinction due to the effects of Chapter XII, not from extinction resulting from the operation of causes lying wholly outside that Chapter.

Council of the League in this respect; . . . as the Charter contained no provision for [such] a succession . . . [which] could have been expressly preserved and vested in the United Nations . . . but this was not done".

[20] Article 80 of the Charter reads as follows:

> "1. Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements, made under Articles 77, 79 and 81, placing each territory under the trusteeship system, and until such agreements have been concluded, nothing *in this Chapter* shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any States or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties—(my italics).
>
> 2. Paragraph 1 of this Article shall not be interpreted as giving grounds for delay or postponement of the negotiation and conclusion of agreements for placing mandated and other territories under the trusteeship system as provided for in Article 77."

[21] Article 6 of the Mandate for SW. Africa embodies the reporting obligation.

aux termes de l'article 10 à cette fin, il est évident que rien ne peut leur donner le poids qu'on prétend ainsi leur attribuer.

iii) Article 80 de la Charte

26. C'est là une autre disposition (dont le texte est reproduit ci-dessous [20]) à laquelle on a voulu prêter un effet excessif et déplacé et qui, elle non plus, ne peut supporter le poids qu'on cherche à lui attribuer. (Il est vrai que le paragraphe 2 paraît reposer sur l'idée que les territoires sous mandat seraient placés sous le régime de tutelle — mais l'expression d'une attente ne crée pas des obligations, comme la Cour l'a elle-même constaté, précisément à propos de cette disposition (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 140).) Quant au paragraphe 1, il est clair que les changements qu'il exclut sont ceux, et seulement ceux, qui pourraient résulter du chapitre XII de la Charte consacré au régime de tutelle («aucune disposition du présent chapitre [XII] ne sera interprétée ... comme modifiant», etc.); or, comme lord McNair l'a observé pertinemment en 1950, «l'extinction de la surveillance exercée par la Société des Nations et de l'article 6 du Mandat [21] n'est due à rien qui soit contenu dans le chapitre XII de la Charte, mais à la dissolution de la Société des Nations en sorte qu'il est difficile d'apercevoir la pertinence de cet article» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 160). Il est bien entendu possible de s'appuyer sur d'autres motifs pour soutenir que le principe de la responsabilité concrétisée par l'obligation de *faire rapport*, bien qu'elle soit entrée en sommeil, n'est pas devenu caduc à la dissolution de la SdN (par. 17 et 20 ci-dessus). Ce qu'il n'est pas légitime de soutenir, c'est que, si l'obligation était devenue caduque — ainsi ou d'une autre façon —, l'article 80 a pu la préserver ou la ranimer — car ce que cette disposition a pu empêcher c'est uniquement une extinction tenant aux effets du chapitre XII mais non l'extinction due à des causes entièrement étrangères à ce chapitre.

---

droits du Conseil de la Société des Nations ... car dans la Charte ne figure aucune disposition assurant [cette] succession ... [que l'] on aurait pu expressément conserver ... et conférer ... aux Nations Unies ... mais cela n'a pas été fait».

[20] L'article 80 de la Charte énonce:

«1. A l'exception de ce qui peut être convenu dans les accords particuliers de tutelle conclus conformément aux articles 77, 79 et 81 et plaçant chaque territoire sous le régime de tutelle, et jusqu'à ce que ces accords aient été conclus, aucune disposition *du présent chapitre* ne sera interprétée comme modifiant directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun Etat ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne doit pas être interprété comme motivant un retard ou un ajournement de la négociation et de la conclusion d'accords destinés à placer sous le régime de tutelle des territoires sous mandat ou d'autres territoires ainsi qu'il est prévu à l'article 77.» (Les italiques sont de nous.)

[21] L'article 6 du Mandat pour le Sud-Ouest africain est celui qui prescrit l'obligation de faire rapport.

27. Still less can it be legitimate to hold that the reporting obligation was not only preserved as a concept, but became, by some sort of silent alchemy, actually *converted* by Article 80 into an obligation to report to an (unspecified) organ of the United Nations. The impossibility of attributing this last effect to Article 80 becomes manifest if it be recalled that at the date (24 October 1945) when the Charter, including Article 80, came into force, *the League of Nations was still in existence* (and continued so to be until 18 April 1946)[22], so that the reporting obligation was still owed to the Council of the League. If therefore Article 80 could have operated at all to save this obligation from causes of lapse lying outside Chapter XII of the Charter, it is in *that* form that it must have preserved it—i.e., as an obligation in relation to the League Council;—and there is no known principle of legal construction that could, simply on the basis of a provision such as Article 80, cause an obligation preserved in that form, to become automatically and *ipso facto* converted six months later into an obligation *relative to a different entity of which no mention had been made*. If, to cite Article 80, Chapter XII was not to be "construed" as altering, "the terms of existing international instruments", then what was not to be altered were those provisions of the mandates and of Article 22 of the League Covenant (then still in force) for reporting to the League Council (then still in being). How then is it possible to read Article 80, not as preserving *that* obligation but (as if at the wave of the magician's wand) creating a new and different obligation to report to a new and very different kind of organ—the United Nations Assembly?—a change which could not have been a matter of indifference to the mandatories.

28. It comes to this therefore, that there is absolutely nothing in Article 80 to enable it to be read as if it said "The League is still in being, but if and when it becomes extinct, all mandatories who are Members of the United Nations will thereupon owe to the latter Organization their obligations in respect of mandated territories". *That* of course (see *per* Lord McNair in footnote 19 above) is precisely what (or something like it) the Charter ought to have stated, in order to bring about the results which—(once it had become clear that SW. Africa was not going to be placed under the United Nations trusteeship system)—it was then attempted to deduce from such provisions as Articles 10 and 80. But the Charter said no such thing, and these Articles, neither singly nor together, will bear the weight of such a deduction.

29. The truth about Article 80 can in fact be stated in one sentence: either the mandates, with their reporting obligations, would in any event

[22] Although it was known *de facto* that the League would be dissolved, there was nothing in the Charter to compel those Members of the United Nations who were also Members of the League to take this step, still less to take it by any particular date.

27. Il serait moins légitime encore de soutenir que l'obligation de faire rapport n'a pas seulement été préservée sur le plan conceptuel mais que, par quelque discrète alchimie, l'article 80 l'a effectivement convertie en obligation de faire rapport à un organe indéterminé de l'ONU. L'impossibilité d'attribuer ce dernier effet à l'article 80 devient manifeste quand on se rappelle que, à la date (24 octobre 1945) où la Charte, y compris son article 80, est entrée en vigueur, *la Société des Nations existait encore* (et a continué à exister jusqu'en avril 1946 [22]) de sorte que c'était toujours au Conseil de la SdN qu'il fallait faire rapport. Si donc l'article 80 a pu servir en quoi que ce soit à prémunir l'obligation de faire rapport des effets de causes de caducité étrangères au chapitre XII, c'est *ainsi* qu'il a dû le faire — c'est-à-dire en tant qu'obligation envers le Conseil de la SdN; et il n'est pas de principe d'interprétation juridique qui puisse, sans pouvoir s'appuyer sur rien d'autre qu'une disposition comme l'article 80, faire qu'une obligation préservée sous cette forme se transforme automatiquement et *ipso facto* six mois plus tard en obligation *à l'égard d'une entité différente et dont il n'avait pas été question.* Si, pour citer l'article 80, les dispositions du chapitre XII ne doivent pas être « interprétée[s] comme modifiant les dispositions d'actes internationaux en vigueur », ce sont les dispositions des mandats et de l'article 22 du Pacte de la SdN (encore en vigueur à l'époque) sur les rapports à faire au Conseil (encore en existence à ce moment) qui ne devaient pas être modifiées. Comment dès lors est-il possible d'interpréter l'article 80 non pas comme s'il préservait *cette* obligation, mais comme s'il créait d'un coup de baguette magique une obligation nouvelle et différente de faire rapport à un organe nouveau et très différent, l'Assemblée générale des Nations Unies, ce qui ne pouvait laisser les mandataires indifférents?

28. Tout revient donc à ceci: il n'y a absolument rien dans l'article 80 qui autorise à faire comme s'il se lisait: « La Société des Nations est toujours en vigueur mais, quand elle sera dissoute et à partir du moment où elle le sera, tous les mandataires qui sont Membres de l'Organisation des Nations Unies seront redevables à cette dernière de leurs obligations relatives aux territoires sous mandat. » C'est bien entendu cela ou quelque chose de ce genre (voir ce qu'en disait lord McNair, note 19 ci-dessus) que la Charte aurait dû stipuler pour entraîner les résultats qu'on a voulu déduire de dispositions comme les articles 10 et 80 une fois qu'il est devenu évident que le Sud-Ouest africain n'allait pas être placé sous le régime de tutelle de l'ONU. Mais la Charte ne dit rien de tel et ces articles ne peuvent ni séparément ni ensemble porter le poids d'une telle déduction.

29. Au sujet de l'article 80, la vérité tient en une phrase: ou bien les mandats, avec l'obligation de faire rapport qu'ils comportent, auraient

[22] On savait bien en fait que la Société des Nations serait dissoute mais il n'y avait rien dans la Charte pour forcer les Membres des Nations Unies qui étaient aussi Membres de la SdN à prendre le parti de la dissolution, encore moins à le prendre à une date déterminée.

have survived the dissolution of the League on a basis of general legal principle or, as some contend, of treaty law, and there would have been no need of Article 80 for that particular purpose [23];—or else, if survival had to depend on the insertion of an express provision in the Charter, Article 80 was not effectual for the purpose—guarding as it did only against possible causes of lapse arising out of Chapter XII itself, which was not the cause of the dissolution of the League. In consequence, quite a different type of provision would have been required in order to produce the results now claimed for Article 80.

30. It is argued that the foregoing interpretation deprives Article 80 of all meaning, since (so it is contended) there is nothing in Chapter XII of the Charter that *could* alter or impair existing rights, etc. Even if this were the case, it would not be a valid juridical reason for reading into this provision what *on any view* is not there, namely a self-operating United Nations successorship to League functions,—the automatic conversion of an obligation of accountability to the League Council (still extant when Article 80 came into force) into an obligation towards the Assembly of the United Nations. But in any event this argument is not correct. Article 80 remains fully meaningful,—and its intended meaning and effect, so far as mandates were concerned, was to guard against the possibility that the setting-up of the trusteeship system might be regarded as an excuse for not continuing to observe mandates obligations, *whatever these were*, and continued to be. *But it did not define what these were, or say whether they continued to be.* Furthermore it was only "in and of itself" (words all too frequently overlooked) that the creation of the trusteeship system was not to affect mandates. But if these lapsed from some other (valid) cause, Article 80 did not, and was never intended to operate to prevent it. In short, Article 80 did not *cause* them to survive,—but if they did (otherwise) survive, then the setting-up of the trusteeship system could not be invoked as rendering them obsolete.

---

[23] This was the view taken by Ambassador Joseph Nisot, the former Belgian delegate and jurisconsult whose knowledge of the United Nations dates from the San Francisco Conference. Writing in the *South African Law Journal*, Vol. 68, Part III (August 1951), pp. 278-279, he said:

> "The only purpose of the Article is to prevent Chapter XII of the Charter from being construed as in any manner affecting or altering the rights whatsoever of States and peoples, as they stand pending the conclusion of trusteeship agreements. Such rights draw their judicial life from the instruments which created them; they remain valid in so far as the latter are themselves still valid. If they are maintained, it is by virtue of those instruments, not by virtue of Article 80, which confines itself to providing that the rights of States and peoples—whatever they may be and to whatever extent may subsist—are left untouched by Chapter XII."

For a similar view by a former judge of the Permanent Court (also a delegate at

de toute façon survécu à la dissolution de la SdN en vertu d'un principe général de droit ou, comme certains le soutiennent, en vertu du droit des traités et l'article 80 aurait été superflu à cette fin [23]; ou bien, si la survivance devait dépendre de l'inclusion d'une disposition expresse dans la Charte, l'article 80 était sans effet utile, puisqu'il ne protégeait que des causes éventuelles de caducité découlant du chapitre XII, lequel n'a pas entraîné la dissolution de la SdN. Il aurait donc fallu une disposition d'un tout autre caractère pour aboutir aux résultats qu'on prête maintenant à l'article 80.

30. On prétend que l'interprétation qui précède ôte tout sens à l'article 80, car, affirme-t-on, il n'y a rien dans le chapitre XII de la Charte qui *puisse* modifier ou compromettre des droits existants, etc. Serait-ce vrai que cela ne constituerait pas un motif juridique valable d'introduire dans l'article ce que l'on ne saurait en *aucune manière* prétendre y trouver, à savoir la succession, opérant d'elle-même, de l'ONU à des fonctions de la SdN, la conversion automatique d'une obligation de rendre compte au Conseil de la SdN (lequel existait encore au moment où l'article 80 est entré en vigueur) en une obligation envers l'Assemblée générale des Nations Unies. Cependant, de toute façon, l'argument ne tient pas. L'article 80 conserve tout son sens et tous ses effets qui, pour ce qui concerne les mandats, étaient d'empêcher que l'instauration du régime de tutelle puisse être considérée comme une excuse pour cesser de respecter les obligations au titre des *mandats, quelles qu'elles fussent* à l'origine et à ce moment-là. *Mais l'article 80 n'indiquait pas quelles étaient ces obligations, ni si elles demeuraient en vigueur.* De plus, c'était seulement « directement ou indirectement » (*in and of itself* — ces termes sont trop souvent oubliés) que la mise en place du régime de tutelle ne devait pas affecter les mandats. Si les mandats étaient devenus caducs pour quelque autre cause valable, l'article 80 ne s'y opposait pas, et n'a jamais visé à s'y opposer. En bref l'article 80 *n'assurait pas* la survivance obligatoire des mandats, mais, dans l'éventualité où ils subsistaient pour d'autres motifs, la création du système de tutelle ne pouvait pas être invoquée comme les faisant tomber en désuétude.

---

[23] C'est bien ce que pensait M. Joseph Nïsot, ancien délégué, ambassadeur et jurisconsulte belge dont la connaissance des Nations Unies remonte à la conférence de San Francisco. Dans le *South African Law Journal*, vol. 68, III[e] partie, août 1951, p. 278-279, il écrivait:

> « Le seul objet de l'article est d'empêcher d'interpréter le chapitre XII de la Charte comme affectant ou modifiant en quoi que ce soit les droits des Etats et des peuples tels qu'ils existent et tant que des accords de tutelle ne sont pas conclus. Ces droits tirent leur existence juridique des instruments qui les ont créés; ils restent valables pour autant que ces instruments sont eux-mêmes toujours valables. S'ils sont maintenus, c'est en vertu de ces instruments et non en vertu de l'article 80 qui se borne à prévoir que les droits des Etats et des peuples — quels qu'ils puissent être et à quelque degré qu'il subsistent — sont laissés intacts par le chapitre XII. » *[Traduction du Greffe.]*

Voir les vues analogues de Manley Hudson, ancien membre de la Cour permanente,

31. The argument founded upon the reference to Article 80 contained in Article 76 *(d)* of the Charter is equally misplaced and turns in the same circle. Without doubt the effect of this reference was that *in so far as* any preferential economic or other rights were preserved by reason of Article 80, they formed exceptions to the régime of equal treatment provided for by Article 76 *(d)*. But this left it completely open what preferential rights were thus preserved. They were of course only those preserved from extinction because of the operation of Chapter XII of the Charter, not those that might be extinguished from other causes. The point is exactly the same as before.

32. If neither Article 10 nor 80, taken singly, created an obligation to report to the United Nations Assembly, it is evident that, taken together, they cannot do so either. If anything, the reverse is the effect,—two blanks only create a bigger blank.

(c) *The Organized World (or "International") Community Argument*

33. This argument, not previously prominent, the essence of which is to postulate an *inherent* continuity between the League of Nations and the United Nations, as being only different expressions of the same overriding idea, emerged in the course of the *South West Africa* cases (Ethiopia and Liberia *v.* South Africa, 1960-1966). It is obviously directed to supplying a possibly plausible foundation for something that has no basis in concrete international law. It has no such basis because the so-called organized world community is not a separate juridical entity with a personality over and above, and distinct from, the particular international organizations in which the idea of it may from time to time find actual expression. In the days of the League there was not *(a)* the organized world community, *(b)* the League. There was simply the League, apart from which no *organized* world community would have existed. The notion therefore of such a community as a sort of permanent separate residual source or repository of powers and functions, which are re-absorbed on the extinction of one international organization, and then automatically and without special arrangement, given out to, or taken over by a new one, is quite illusory [24].

San Francisco) see Manley Hudson in *American Journal of International Law*, Vol. 45 (1951), at p. 14.

[24] Nor does international law know anything comparable to such principles of private law as those for instance which, in the event of a failure of all heirs to given property, cause it to pass as *bona vacantia* to the State, the fisc, the Crown, etc.; so that although there is no "inheritance" as such, there is a successorship in law. Moreover, what is in question in the present case is not property but the exercise

31. L'argument tiré de la référence à l'article 80 que l'on trouve à l'article 76 *d)* de la Charte vient aussi mal à propos et tourne autour du même point. Il n'est pas douteux que cette référence signifiait que, *dans la mesure où* des droits préférentiels, économiques ou autres, seraient préservés par application de l'article 80, il s'agirait là d'exceptions au régime d'égalité de traitement prévu à l'article 76 *d)*. Mais cela ne résolvait nullement la question de savoir quels étaient les droits de préférence ainsi préservés. Il ne pouvait évidemment s'agir que de ceux qui étaient préservés de l'extinction par application du chapitre XII de la Charte, et non de ceux qui auraient pu s'éteindre pour d'autres motifs. L'on en revient donc à l'argument précédent.

32. Si ni l'article 10 ni l'article 80, pris séparément, ne créent une obligation de faire rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies, il est évident qu'ils ne peuvent pas non plus avoir cet effet conjointement. C'est plutôt le contraire qui serait vrai: zéro plus zéro égale zéro.

c) *Argument de la communauté mondiale (ou « internationale ») organisée*

33. Cet argument, sur lequel on n'avait pas beaucoup insisté jusqu'à présent et qui consiste essentiellement à postuler une continuité intrinsèque entre la Société des Nations et l'Organisation des Nations Unies, en tant qu'avatars différents d'une même idée directrice, a été avancé dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (*Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud*, 1960-1966). Il vise manifestement à donner une explication éventuellement plausible à une conception qui n'a aucun fondement dans le droit international positif. Elle n'en a pas parce que ce qu'on appelle la communauté mondiale organisée n'est pas une entité juridique distincte dotée d'une personnalité propre et transcendant celle des organisations internationales dans lesquelles elle a pu s'incarner à telle ou telle époque. Du temps de la SdN il n'y avait pas la communauté mondiale organisée, d'une part, et la SdN de l'autre. Tout ce qui existait, c'était la SdN, sans laquelle il n'y aurait pas eu de communauté mondiale *organisée*. Par conséquent la notion d'une telle communauté comme source résiduelle distincte et permanente ou comme réservoir de pouvoirs et de fonctions qui seraient réabsorbées à la disparition de telle ou telle organisation internationale pour être ensuite conférés automatiquement et sans arrangement spécial à une nouvelle organisation ou assumés par celle-ci, est tout à fait illusoire [24].

---

qui fut aussi délégué à San Fransisco, dans l'*American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, p. 14.

[24] Le droit international ne contient d'ailleurs rien de comparable aux principes de droit privé selon lesquels, par exemple, en l'absence d'héritiers les biens vacants passent à l'Etat, au fisc, à la Couronne, etc., de sorte que, s'il n'y a pas « héritage » à proprement parler, il y a néanmoins succession en droit. De plus il ne s'agit pas en l'espèce d'un patrimoine mais de l'exercice d'une fonction et il n'existe aucun

34. It is evident therefore that, in the instant case, this theory is put forward with a view to circumventing, *ex post facto*, what would otherwise be—what *is*—an insuperable juridical obstacle,—namely the lack of any true successorship in law between the League of Nations and the United Nations. In the absence of such successorship, the "organized world [or 'international'] community" argument can be seen for what it is—an expedient;—for it is quite certain that none of the States that, as mandatories, assumed obligations to report to the League Council could for one moment have supposed that they were *thereby* assuming an open-ended obligation to report for all time to whatever organ should be deemed, at any given moment, to represent a notional and hypothetical organized world community, and regardless of how such a community might be constituted or might function.

4. Political rejection in the United Nations of any continuity with the League of Nations

(a) *In general and in principle*

(i) Attitude towards the League

35. In the foregoing sub-sections various theories of implied succession as between the United Nations and the League in the field of mandates have been considered and shown to be fallacious. The real truth is however, that they all fly in the face of some of the most important facts concerning the founding of the United Nations;—for the idea of taking over from the League, of re-starting where it left off, was considered and rejected—expectedly so. The United States had never been a member of the League for reasons that were still remembered [25]. The Soviet Union had been expelled in 1939. The "Axis" Powers, on the other hand, under their then fascist régimes, *had* been members, and so on. The League had a bad name politically. It had failed in the period 1931-1939 to prevent at least three very serious outbreaks of hostilities, and it had of course been powerless to prevent World War II. It was regarded in many quarters as something which—so far from being an "organised world com-

of a function, and there is no principle of international law which would make it possible to say that, if an international organization becomes extinct, its functions automatically pass to another without special arrangements to that effect. The position was correctly stated by Judge Read in 1950, in the passage quoted in paragraph 22 above.

[25] It will be recalled that although President Wilson was one of the principal architects of the League Covenant,—and although the Covenant, instead of being a separate instrument had been made formally part of the Treaty of Versailles in the belief that the United States must ratify the latter, and thereby automatically become a member of the League,—this expectation was defeated by the action of the United States Senate in declining to ratify the Treaty, despite the fact that the United States was one of the "Principal Allied and Associated Powers" in whose name it was made. A separate Peace Treaty with Germany was concluded by the United States in 1921.

34. Il est donc évident qu'en l'espèce cette théorie est invoquée en vue de tourner après coup ce qui aurait constitué et constitue encore un obstacle juridique insurmontable, à savoir l'absence de toute succession juridique véritable entre la SdN et l'ONU. A défaut d'une telle succession, l'argument de la « communauté mondiale [ou « internationale »] organisée » apparaît sous son vrai jour comme un expédient: il est bien certain qu'aucun des Etats qui, comme mandataires, ont accepté l'obligation de faire rapport au Conseil de la SdN n'aurait pu supposer un instant qu'il souscrivait *par là même* à une obligation généralisée de rendre compte, dans tous les temps à venir, à tout organisme qui pourrait être considéré, à tel ou tel moment, comme représentant une communauté mondiale organisée aussi abstraite qu'hypothétique, et cela quelle que soit la façon dont cette collectivité pourrait être constituée ou fonctionner.

4. Rejet politique, aux Nations Unies, de toute continuité avec la Société des Nations

a) *En général et en principe*

i) Attitude à l'égard de la Société des Nations

35. Nous avons étudié dans les paragraphes qui précèdent diverses théories tendant à prouver qu'il y avait eu succession implicite entre l'Organisation des Nations Unies et la Société des Nations en ce qui concerne les mandats et nous avons montré que ces théories étaient fallacieuses. Mais la vérité est que ces théories ne tiennent aucun compte de certains des faits les plus importants qui entourent la fondation de l'ONU, car l'idée d'une reprise en charge des fonctions de la SdN, l'idée de repartir d'où la SdN s'était interrompue, a été envisagée et, comme il fallait s'y attendre, rejetée. Les Etats-Unis n'étaient jamais devenus membre de la SdN pour des raisons que l'on n'avait pas oubliées [25]. L'URSS en avait été exclue en 1939. En revanche les puissances de l'Axe, avec leurs régimes fascistes de l'époque en avaient fait partie, etc. Politiquement la SdN avait mauvaise presse. Entre 1931 et 1939 elle n'avait pas réussi à prévenir au moins trois conflits armés très graves et elle

principe de droit international qui permette de dire que, lorsqu'une organisation internationale vient à disparaître, ses fonctions sont automatiquement dévolues à une autre sans que des arrangements spéciaux aient été prévus à cet effet. La situation a été correctement décrite par M. Read en 1950 dans le passage de son opinion cité au paragraphe 22 ci-dessus.

[25] On sait que, si le président Wilson a bien été l'un des principaux architectes du Pacte de la SdN — qui, au lieu de constituer un instrument distinct, a été incorporé officiellement au traité de Versailles parce qu'on croyait que les Etats-Unis ratifieraient nécessairement le traité et deviendraient *ipso facto* membre de la SdN — tous les espoirs ont été déçus parce que le Sénat des Etats-Unis a refusé de ratifier le traité, bien que les Etats-Unis fussent l'une des « Principales Puissances alliées et associées » au nom desquelles le traité était rédigé. Les Etats-Unis ont signé un traité de paix séparé avec l'Allemagne en 1921.

munity"—was a paramountly European institution dominated by "colonialist" influences. The United Nations, so it was felt, must represent an entirely fresh initiative. Although it could hardly fail in certain ways to *resemble* the League, there must be no formal link, no juridical continuity. The League had failed and the United Nations must not start under the shadow of a failure.

36. *This* is why absolutely *no mention of the League is to be found in any part of the Charter.* (Even in connection with mandates, formerly generally known as "League of Nations mandates", the Charter makes no mention of the League. In Article 77, paragraph 1, and Article 80, paragraph 2—the only provisions in which mandates as such are mentioned—they are referred to as "territories now held under mandate" and "mandated ... territories".) *This again* is why the Charter was brought into force without any prior action to wind up the League, and regardless of the fact that it was still, and continued to be, in existence. It is not too much to say therefore that, in colloquial terms, the founders of the United Nations bent over backwards to avoid the supposed taint of any League connexion.

(ii) Assembly Resolution XIV of 12 February 1946

37. The same attitude of regarding the League as a quasi-untouchable was kept up when, after the Charter had come into force and the United Nations was definitely established, action was taken to put an end to the League and take over its physical and financial assets,—and to reach a final decision regarding its political and technical activities [26]. This was done by the now well-known General Assembly Resolution XIV of 12 February 1946, the whole text of which will repay study and will, with one (non-pertinent) omission, be found set out verbatim on pages 625-626 of the 1962 volume of the Court's Reports. The parts relevant to mandates (though not mentioning them by name) were as follows:

---

[26] A start had of course been made in the Preparatory Commission of the United Nations set up after the San Francisco Conference. To cite the joint dissenting Opinion written by Sir Percy Spender and myself in the 1962 phase of the *South West Africa* cases (*I.C.J. Reports 1962*, p. 532), the Summary Records of the Commission, in particular UNPC Committee 7, pp. 2-3 and 10-11, indicated that "the whole approach of the United Nations to the question of the activities of the League of Nations was one of great caution and indeed of reluctance ... there was a definite rejection of any idea of ... a general take-over or absorption of League functions and activities".

avait été impuissante à empêcher la seconde guerre mondiale. Dans de nombreux milieux, loin d'y voir une « communauté mondiale organisée », on la considérait comme une institution essentiellement européenne assujettie à des influences « colonialistes ». C'est pourquoi l'on estimait que l'ONU devait être conçue dans un esprit absolument nouveau. Sans doute serait-il inévitable que l'ONU *ressemble* par certains côtés à la SdN, mais il ne devait y avoir aucun lien officiel, aucune continuité juridique. La SdN avait échoué et il ne fallait pas que l'ONU prît son essor sous cette ombre chancelante.

36. *Voilà pourquoi il n'est fait* rigoureusement *aucune mention de la Société des Nations dans la Charte.* (Même à propos des mandats, pourtant connus généralement jusque-là comme « mandats de la Société des Nations », la Charte ne dit mot de la SdN. A l'article 77, paragraphe 1, et à l'article 80, paragraphe 2, qui sont les seules dispositions où il soit fait état des mandats comme tels, on trouve les expressions « territoires actuellement sous mandat » et « territoires sous mandat ».) C'est pourquoi *là encore* la Charte a été mise en application sans que l'on ait pris auparavant la moindre mesure pour mettre fin aux activités de la SdN et indépendamment du fait que celle-ci existait encore et continuait d'exister. Il n'est donc pas exagéré de dire, sous une forme un peu triviale, que les fondateurs de l'ONU ont tout fait pour éviter la souillure d'un contact quelconque avec la SdN.

ii) Résolution XIV de l'Assemblée générale en date du 12 février 1946

37. La même attitude à l'égard d'une SdN presque considérée comme une intouchable s'est de nouveau manifestée lorsque, une fois la Charte en vigueur et l'ONU définitivement établie, des mesures ont été prises pour liquider la SdN et reprendre ses avoirs matériels et financiers et pour adopter une décision finale au sujet de ses activités politiques et techniques [26]. C'est à ces fins qu'a été votée le 12 février 1946 la résolution XIV de l'Assemblée générale, résolution désormais bien connue dont le texte intégral, d'une lecture fort instructive, se trouve, à une omission non pertinente près, reproduit *in extenso* aux pages 625-626 du *Recueil* de la Cour pour 1962. Les passages de cette résolution qui intéressent les mandats (sans que ces derniers soient nommément visés) sont les suivants:

---

[26] Il y avait eu, bien entendu, un début de décision en ce sens à la Commission préparatoire des Nations Unies créée après la conférence de San Francisco. Je me permets de citer l'opinion dissidente commune rédigée par sir Percy Spender et moi-même lors de la phase de 1962 des affaires du *Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 532), pour rappeler que, d'après les comptes rendus de la Commission et en particulier ceux du comité 7 (CPNU, p. 2-3 et 10-11), « dans toute la manière dont elles ont abordé la question des activités de la Société des Nations, les Nations Unies ont manifesté une grande prudence et même une certaine répugnance ... toute idée de ce qu'on pourrait appeler une reprise générale ou une absorption des fonctions et des activités de la Société des Nations a été catégoriquement rejetée ».

"3. *The General Assembly* declares that the United Nations is willing in principle, and subject to the provisions of this resolution and of the Charter of the United Nations, to assume the exercise of certain functions and powers previously entrusted to the League of Nations and adopts the following decisions set forth in A, B and C below."

Decisions A ("Functions pertaining to a secretariat") and B ("Functions and powers of a technical and non-political character") are irrelevant in the present connexion; but decision C, under which the question of mandates was regarded as coming, read as follows:

"C. *Functions and Powers under Treaties, International Conventions, Agreements and other Instruments Having a Political Character* [27].

The General Assembly will itself examine, or will submit to the appropriate organ of the United Nations, any request from the parties that the United Nations should assume the exercise of functions or powers entrusted to the League of Nations by treaties, international conventions, agreements and other instruments having a political character [27a]."

Commenting on this in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, p. 172), Judge Read, whose views I share, said, speaking of the Mandate for SW. Africa, that it involved "functions and powers of a political character" and that in substance decision C provided that the General Assembly would examine a request "that the United Nations should assume League functions as regards report, accountability and supervision over the South-West African Mandate". He then continued:

"No such request has been forthcoming, and the General Assembly has not had occasion to act under decision C. *The very existence of this express provision, however, makes it impossible to justify succession based upon implication*"—(my italics).

38. Nor was the Assembly's Resolution XIV of 12 February 1946 in any way the outcome of a hasty or insufficiently considered decision. It had been carefully worked out in the Preparatory Commission, and its committees and sub-committees, and it represented the culmination of a settled policy. The story is summarized on pages 536-538 of the 1962 joint dissenting Opinion already referred to (footnote 26 above) and a fuller version is given at pages 619-624 of the same volume of the Court's Reports. In the discussion in the Preparatory Commission of the drafts prepared by its Executive Committee, of what eventually became Reso-

[27], [27a] It was of course under the head of "Other instruments having a political character" that mandates were deemed to come.

« 3. *L'Assemblée générale* déclare qu'en principe et sous réserve des dispositions de la présente résolution et de la Charte, l'Organisation est prête à assumer certaines fonctions et certains pouvoirs précédemment confiés à la Société des Nations, et elle adopte les décisions énoncées ci-dessous aux paragraphes A, B et C. »

Les paragraphes A *(Fonctions de secrétariat)* et B *(Fonctions et pouvoirs de caractère technique et non politique)* sont sans intérêt ici mais le paragraphe C, qui était censé s'appliquer notamment aux mandats, énonçait:

« *C. Fonctions et pouvoirs résultant de traités, conventions, accords et autres instruments internationaux de caractère politique* [27].

L'Assemblée générale étudiera elle-même ou soumettra à l'organe compétent des Nations Unies toute demande émanant des parties et tendant à ce que l'Organisation assume les fonctions ou pouvoirs confiés à la Société des Nations par des traités, conventions, accords et autres instruments internationaux de caractère politique... [27a] »

Commentant ce texte en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 172), M. Read, dont je partage les vues, disait que le Mandat pour le Sud-Ouest africain comportait « des fonctions et pouvoirs de caractère politique » et qu'en substance le paragraphe C prévoyait que l'Assemblée générale serait saisie d'une requête « tendant à ce que les Nations Unies exercent les fonctions de la Société des Nations en matière de rapports, de responsabilités et de contrôle sur le Mandat pour le Sud-Ouest africain ». Et de poursuivre:

« Aucune requête de ce genre n'a été adressée et l'Assemblée générale n'a pas eu l'occasion d'agir en vertu de la décision C. *L'existence même de cette disposition expresse rend toutefois impossible de justifier une succession par voie de conséquence logique.* » (Les italiques sont de nous.)

38. On ne peut pas dire non plus que la résolution XIV de l'Assemblée en date du 12 février 1946 corresponde le moins du monde à une décision hâtive ou insuffisamment réfléchie. Elle avait été soigneusement mise au point à la Commission préparatoire et au sein de ses comités et sous-comités et elle représentait l'aboutissement d'une politique bien établie. On en trouvera un bref historique aux pages 536-538 de l'opinion dissidente commune de 1962 dont j'ai déjà parlé (voir note 26 ci-dessus) et une relation plus complète aux pages 619 à 624 du même volume du *Recueil*. Quand la Commission préparatoire a examiné les projets

[27], [27a] C'était bien entendu par l'intitulé « autres instruments de caractère politique » que l'on visait les mandats.

lution XIV, the use of the word "transfer" [of League functions and activities], which nowhere appears in that resolution, was specifically objected to, and dropped, on the ground that it would seem to apply a "legal continuity *that would not in fact exist*"—my italics—(see UN docts. PC/LN/2, pp. 2-3, and PC/LN/10, pp. 10-11).

(b) *In particular as regards mandates*

(i) Settled policy of preference for and reliance upon the trusteeship system

39. As regards mandates, no fewer than three proposals were made in the Preparatory Commission for the setting up of what would have been an interim régime for *mandates* under the United Nations. In the first place the Executive Committee recommended the creation of a "Temporary Trusteeship Committee" to deal with various interim matters until the trusteeship system was fully working, and amongst them "any matters that might arise with regard to the transfer to the United Nations of any functions and responsibilities hitherto exercised under the Mandates System"—(references will be found in the footnotes to pp. 536 and 537 of the *I.C.J. Reports 1962*). Had this proposal been proceeded with, it would have resulted in the creation of some sort of interim régime in respect of mandates, pending their being placed, *or if they were not placed*, under trusteeship. But in the Preparatory Commission itself, the idea of a temporary trusteeship committee met with various objections, mainly from the Soviet Union, and was not proceeded with. Instead, the Commission made quite a different kind of recommendation to the General Assembly, looking to the conversion of the mandates into trusteeships. This recommendation eventually emerged as Assembly Resolution XI of 9 February 1946, which will be considered in a moment.

40. Even more effective would have been the two United States proposals made in the Executive Committee on 14 October and 4 December 1945 respectively, which, had they been adopted, would have done precisely and expressly what it is now claimed was (by implication) done, even though these proposals were not proceeded with. Subject to differences of wording they were to the same effect, and their character can be seen from the following passage recommending that one of the functions of a temporary trusteeship committee should be (UN doct. PC/EX/92/Add. 1):

> "... to undertake, following the dissolution of the League of Nations and of the Permanent Mandates Commission, the functions

établis par son comité exécutif pour ce qui devait devenir la résolution XIV, le mot *transfert* (des fonctions et activités de la Société des Nations), qui n'apparaît plus nulle part dans la résolution, a fait l'objet d'objections précises et a été écarté parce qu'il paraissait établir une « continuité juridique *qui en fait n'existerait pas* » (les italiques sont de nous) (Nations Unies, doc. PC/LN/2, p. 2-3 et PC/LN/10, p. 10-11).

b) *En ce qui concerne les mandats en particulier*

i) Politique établie tendant à donner la préférence au régime de tutelle et à s'appuyer sur ce régime

39. S'agissant des mandats, jusqu'à trois propositions ont été formulées à la Commission préparatoire en vue de créer ce qui eût été un régime provisoire de *mandats* sous l'égide des Nations Unies. Tout d'abord, le comité exécutif a recommandé la création d'un « comité temporaire de tutelle » qui aurait exercé certaines fonctions pendant la période intérimaire jusqu'au moment où le régime de tutelle aurait fonctionné à plein et qui se serait occupé notamment des « questions que pourrait soulever le transfert à l'Organisation des Nations Unies de toutes fonctions et responsabilités assumées jusqu'ici en vertu du régime des mandats » (pour les références, voir *C.I.J. Recueil 1962*, notes au bas des pages 536-537). S'il y avait été donné suite, cette proposition aurait abouti à créer une sorte de régime intérimaire des territoires sous mandat, applicable soit jusqu'au moment où ces territoires auraient été placés sous tutelle *soit dans l'hypothèse où ils ne le seraient pas*. Mais, à la Commission préparatoire même, l'idée de créer un comité temporaire de tutelle a suscité diverses objections, principalement de la part de l'URSS et il n'y a pas été donné suite. En fait la Commission a formulé à l'intention de l'Assemblée générale une recommandation toute différente consistant à envisager la conversion des mandats en tutelles. Cette recommandation a finalement pris la forme de la résolution XI de l'Assemblée générale en date du 9 février 1946, que j'examinerai plus loin.

40. Deux autres propositions formulées par les Etats-Unis au comité exécutif les 14 octobre et 4 décembre 1945 auraient été plus efficaces encore car, si elles avaient été adoptées, elles auraient très précisément et expressément accompli ce que l'on prétend aujourd'hui avoir été réalisé par voie de conséquence implicite, alors même que ces deux propositions n'ont pas eu de suite. A certaines différences de rédaction près, les deux propositions avaient le même effet et on peut voir quelle en était la nature dans le passage cité ci-après, où il est recommandé de charger notamment un comité temporaire de tutelle (Nations Unies, doc. PC/EX/92/Add.1)

> « [d']exercer, à la suite de la dissolution de la Société des Nations et de la Commission permanente des mandats, les fonctions qu'assurait

previously performed by the Mandates Commission in connection with receiving and examining reports submitted by Mandatory Powers with respect to such territories under mandate as have not been placed under the trusteeship system by means of trusteeship agreements, and until such time as the Trusteeship Council is established, whereupon the Council will perform a similar function".

But after tabling these proposals the United States delegation did not further proceed with them. Instead, the Preparatory Commission recommended, and the Assembly adopted, Resolution XI mentioned at the end of the preceding numbered paragraph above. The full text of the relevant parts of this Resolution will be found on page 624 of *I.C.J. Reports 1962*. It was addressed to "States administering territories now held under mandate"; but all it did was to welcome the declarations made by "certain" of them as to placing mandated territories under trusteeship, and to "invite" all of them to negotiate trusteeship agreements for that purpose under Article 79 of the Charter;—not a word about the interim position,—not a word about the situation regarding any mandated territories in respect of which this invitation was not, and continued not to be, accepted. This piece of history confirms the existence of a settled policy of avoidance of mandates as such.

(ii) The final League of Nations Resolution of 18 April 1946

41. Precisely the same attitude characterized the behaviour of those Members of the United Nations who were also Members of the League when, in their latter capacity, they attended the final Geneva meeting for the winding up of the League. Here again was an opportunity of doing something definite about mandates,—for (with the exception of Japan, necessarily absent) all the mandatories were present, and would be bound by any decisions taken,—since, according to the League voting rule, these had to be taken by unanimity. The terms of the resulting Resolution of 18 April 1946 will be considered in greater detail later, in connexion with the question whether they implied for the mandatories any *undertaking* of accountability *to the United Nations* in respect of their mandates as such. Suffice it for present purposes to say that after *recognizing* that, on the dissolution of the League, the latter's "functions with respect to Mandated Territories will come to an end", the Resolution merely *noted* that "Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the United Nations embody principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant of the League",—and then went on to take note of the "expressed intentions" of the mandatories to continue to administer their mandates "in accordance with the obligations contained" in them, "until other arrangements have been agreed between the United Nations and the

auparavant la Commission permanente des mandats en ce qui concerne la réception et l'examen des rapports soumis par les Puissances mandataires sur les territoires sous mandat qui n'auraient pas été placés sous le régime de tutelle en vertu d'accords de tutelle, jusqu'au moment où le Conseil de tutelle sera constitué et remplira à son tour une fonction analogue ».

Mais, après les avoir déposées, la délégation des Etats-Unis n'a plus rien fait au sujet de ces propositions. En fait la Commission préparatoire a recommandé et l'Assemblée générale a adopté la résolution XI dont je fais état à la fin du paragraphe 39 ci-dessus et dont les passages pertinents sont intégralement cités dans *C.I.J. Recueil 1962*, page 624. Cette résolution s'adressait aux « Etats qui administrent des territoires en vertu d'un mandat », mais elle se bornait à accueillir avec satisfaction les déclarations de « certains » d'entre eux qui avaient manifesté l'intention de placer des territoires sous mandat sous le régime de tutelle et à inviter tous ces Etats à négocier à cette fin des accords de tutelle conformément à l'article 79 de la Charte: pas un mot sur ce qu'il fallait faire dans l'intervalle, pas un mot sur la situation des territoires sous mandat pour lesquels, le cas échéant, cette invitation n'était pas acceptée et n'allait pas l'être. Ce point d'histoire confirme l'existence d'une politique délibérée consistant à ne rien dire des mandats en tant que tels.

ii) Résolution finale de la Société des Nations du 18 avril 1946

41. C'est précisément cette attitude qui s'est manifestée chez les Membres de l'ONU qui étaient également Membres de la SdN lorsque, à ce titre, ils ont assisté à la dernière réunion de Genève où il devait être mis fin à l'activité de la SdN. L'occasion se présentait là encore d'adopter des décisions précises sur les mandats: exception faite du Japon qui était nécessairement absent, tous les mandataires étaient assemblés et allaient se trouver liés par les décisions éventuellement prises puisque, comme il était de règle à la SdN, ces décisions devaient être adoptées à l'unanimité. Je reviendrai sur les détails de la résolution du 18 avril 1946 quand je rechercherai si elle supposait que les mandataires s'engageaient à rendre compte *à l'Organisation des Nations Unies* pour leurs mandats en tant que tels. Il suffira ici de rappeler que cette résolution, après avoir *reconnu* que la dissolution de la SdN « mett[ait] fin à ses fonctions en ce qui concerne les territoires sous mandat », s'est contentée de *noter* que « des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte [étaient] incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies », pour noter ensuite que les mandataires avaient « exprimé leur intention » de continuer à administrer leurs mandats « conformément aux obligations contenues » dans ceux-ci « jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les divers [mandataires] ».

respective [mandatories]";—again an allusion to, and a looking towards, the trusteeship system which, under the Charter, required the negotiation of trusteeship *agreements*. The interim position, and the position concerning any mandates in respect of which no trusteeship agreements were negotiated, was thus left to the operation of an ambiguous general formula, the precise effect of which (to be considered later) has been in dispute ever since.

42. The view that it was once more the trusteeship system that those concerned had in mind is borne out by the fact that the Board of Liquidation set up by the League Assembly to dispose of the League's assets—in handing over the archives of the League's mandates section to the United Nations—said in a report, the relevant part of which was entitled "*Non-Transferable* Activities, Funds and Services"—(my italics), that these archives "should afford valuable guidance to those concerned with the administration of the *trusteeship* [not the mandates] *system*"—my italics). It then also declared that "the mandates system inaugurated by the League has thus been brought to a close" (L. of N. doc. C.5.M.5., p. 20). In short, as Lord McNair said in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, p. 161), in a very pertinent verdict on the April 1946 resolution, it

> ". . . recognized that the functions of the League had come to an end; *but it did not purport to transfer them . . . to the United Nations*" (my italics) [28].

After adding that he did not see how this resolution could "be construed as having created a legal obligation . . . to make annual reports to the United Nations and to transfer to that Organization . . . the supervision of [the mandates]" he concluded that: "*At the most, it could impose an obligation to perform those obligations . . . which did not involve the activity of the League*"—(my italics).

43. There were however two further circumstances which suggest conclusively that no interim *mandates* régime was contemplated at Geneva—

(a) *The "Chinese" draft*—In the first place (and what must resolve all doubts) is the fact that quite a different type of resolution had previously been proposed but not proceeded with. This was what has become known in the annals of the SW. Africa complex of cases as the "Chinese" or "Liang" draft, from its source of origination, and it was in complete contrast to what was eventually adopted. It ran as follows:

---

[28] In other words there was (it cannot too often be repeated) no assignment, so that the acceptance of a *new* party to the Mandate (the United Nations) by way of novation needed the Mandatory's consent.

Il s'agissait là encore d'une anticipation et d'une allusion au régime de tutelle qui, conformément à la Charte, exigeait la négociation d'*accords* de tutelle. Entre-temps, et s'agissant de tout mandat pour lequel il n'était pas négocié d'accord de tutelle, on s'en remettait à l'application d'une formule générale et ambiguë, dont l'effet précis, que j'étudie plus loin, n'a jamais cessé de prêter à controverse.

42. L'idée que c'était une fois de plus au régime de tutelle que les intéressés songeaient trouve sa confirmation dans le fait que le Comité de liquidation créé pour liquider les avoirs de la SdN a dit — en remettant à l'ONU les archives de la section des mandats de la SdN, dans un rapport dont le passage pertinent s'intitulait « Activités *non transférables*, fonds et services » (les italiques sont de nous), que ces archives « donneraient des indications précieuses à ceux qui seraient chargés de l'administration du *régime de tutelle* [et non du système des mandats] » (les italiques sont de nous). Ce même Comité de liquidation a déclaré en outre que « le système des mandats inauguré par la SdN avait ainsi pris fin » (SdN, doc. C.5.M.5., p. 20). Bref, comme l'a dit en 1950 lord McNair (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 161), en portant un jugement très pertinent sur la résolution d'avril 1946, l'Assemblée

> « reconnaissait que les fonctions de la Société des Nations avaient pris fin; mais *elle ne se proposait pas de les transférer ... aux Nations Unies* » (les italiques sont de nous) [28].

Après avoir ajouté qu'il ne voyait pas comment « on peut interpréter cette résolution comme ayant créé une obligation juridique ... de présenter des rapports annuels aux Nations Unies et de transférer à cette Organisation la surveillance [exercée sur les mandats] », lord McNair concluait: « *tout au plus cette résolution pouvait-elle imposer le devoir de s'acquitter des obligations ... qui ne font pas intervenir l'activité de la Société des Nations* » (les italiques sont de nous).

43. Deux autres éléments permettent par ailleurs de soutenir de façon concluante qu'il n'a pas été envisagé à Genève de créer de système intérimaire de mandats.

a) *Le « projet chinois »*. — Il y a tout d'abord le fait, qui doit dissiper tous les doutes, qu'une résolution d'un type tout différent avait été auparavant proposée mais qu'il ne lui avait pas été donné suite. C'était la proposition, radicalement différente de celle qui a été finalement adoptée, que, dans les annales de l'ensemble des affaires relatives au Sud-Ouest africain, on appelle désormais d'après ses origines le « projet chinois » ou le « projet Liang ». Cette proposition s'énonçait comme suit:

---

[28] En d'autres termes, et on ne le répétera jamais assez, il n'y eut pas cession, de sorte que l'acceptation d'une partie *nouvelle* au mandat (l'Organisation des Nations Unies) à la suite d'une novation aurait exigé le consentement du mandataire.

"The Assembly,

Considering that the Trusteeship Council has not yet been constituted and that all mandated territories under the League have not been transferred into trusteeship territories;

Considering that the League's function of supervising mandated territories should be *transferred* to the United Nations, *in order to avoid a period of inter-regnum in the supervision* of the mandatory régime in these territories;—(my italics),

Recommends that the mandatory powers as well as those administering ex-enemy mandated territories shall continue to submit annual reports to the United Nations and to submit to inspection by the same until the Trusteeship Council shall have been constituted."

Although this proposal would have required amendment on account of certain technical errors and defects, it needs but a glance to see that, had the *substance* of it been adopted, it would have done precisely what has since so continually and tediously been claimed as having been done by the Resolution actually adopted on 18 April 1946. It would have imposed upon the mandatories an obligation at least to seek United Nations supervision and submit to it, if forthcoming, during what the proposal termed the "period of inter-regnum" in respect of mandates. Whether the United Nations would have accepted the suggested function—and naturally no resolution of the League could have compelled it to do so—is beside the point. The inescapable fact remains that, for whatever reason (and that reason does not appear upon the record) the proposal was not adopted; and matters cannot therefore, in law, be exactly the same as if it had been. If any further proof were needed it could be found in the fact that Dr. Liang himself, in speaking on the Resolution of 18 April 1946, as actually adopted, recalled his earlier (non-adopted) draft, and, after stating that the trusteeship articles of the United Nations Charter were "based largely upon the principles of the mandates system", added "*but the functions of the League in that respect were not transferred automatically to the United Nations*"—(my italics). Therefore, he said, the Assembly of the League should "take steps to secure the continued application of [those] principles". But in fact the Assembly of the League, like the Assembly of the United Nations, decided to rely for that purpose on the (non-obligatory) conversion of mandates into trusteeships, or else on Article 73 *(e)* of the Charter to which I now come.

(b) *The reference to Chapter XI of the Charter in the Resolution of 18 April 1946*—This is the second significant circumstance showing how minds were working at Geneva in April 1946. The Resolution of 18 April (paragraph 3—see *ante* paragraph 41) referred not only to Chapters XII

« L'Assemblée,

Considérant que le Conseil de tutelle n'a pas encore été constitué et que tous les territoires sous mandat de la Société des Nations n'ont pas encore été transformés en territoires sous tutelle;

Considérant qu'il y aurait lieu, *afin d'éviter toute interruption dans la surveillance du régime des mandats* dans ces territoires, de *transférer* à l'Organisation des Nations Unies les fonctions assumées à cet égard par la Société des Nations [les italiques sont de nous];

Recommande que les Puissances mandataires ainsi que les Puissances administrant des territoires sous Mandat ex-ennemi continuent à présenter aux Nations Unies des rapports annuels et acceptent que ces territoires soient inspectés par l'Organisation, jusqu'au moment où le Conseil de tutelle aura été constitué. »

Cette proposition aurait appelé des amendements parce qu'elle contenait certaines erreurs d'ordre technique, mais il suffit d'un coup d'œil pour voir que, si l'on en avait retenu la substance, elle aurait accompli précisément ce qu'on prétend depuis lors, avec une constance si lassante, avoir été accompli par la résolution qui a été adoptée en fait le 18 avril 1946. Cette « résolution chinoise » aurait imposé aux mandataires au moins l'obligation d'offrir d'accepter la surveillance de l'ONU et de s'y soumettre effectivement, le cas échéant, tant que durerait ce que la proposition appelait une « interruption » relativement aux mandats. Quant à savoir si l'ONU aurait ou non accepté d'assumer cette fonction — car ce n'est évidemment pas une résolution de la SdN qui aurait pu l'y contraindre — la question est sans pertinence. Le fait certain est que, pour une raison quelconque qui ne ressort pas du compte rendu, la proposition n'a pas été adoptée; les choses ne peuvent donc pas être en droit exactement les mêmes que si elle l'avait été. Si l'on avait besoin d'une preuve supplémentaire, on pourrait la trouver dans le fait qu'à propos de la résolution du 18 avril 1946 telle qu'elle a été adoptée, M. Liang lui-même a rappelé son texte antérieur non adopté et, après avoir dit que les articles de la Charte des Nations Unies sur la tutelle étaient fondés « en grande partie sur les principes du système des mandats », a ajouté « *mais les fonctions pertinentes de la Société n'ont pas été transmises automatiquement aux Nations Unies* » (les italiques sont de nous). Par suite, a-t-il dit, l'Assemblée de la Société des Nations « devrait prendre des mesures pour assurer la continuité d'application des principes du système des mandats ». Mais en fait l'Assemblée de la SdN comme l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de s'appuyer à cet effet sur la conversion (non obligatoire) des mandats en tutelles, ou bien sur l'article 73 *e)* de la Charte dont je vais maintenant traiter.

b) *La référence au chapitre XI de la Charte dans la résolution du 18 avril 1946.* — Voici un second élément significatif qui montre quel a dû être le cours des idées à Genève en avril 1946. La résolution du 18 avril (par. 3 — voir ci-dessus par. 41) fait état non seulement des chapitres

and XIII of the Charter (trusteeships) but also to Chapter XI (non-self-governing territories). The reasons for this were given in the joint dissenting Opinion of 1962, at pages 541-545 of the 1962 volume of Reports, where attention was drawn to the virtual reproduction in the principal provision of Chapter XI (Article 73) of the language of Article 22, paragraph 1, of the League Covenant (both texts were set out for comparison in footnote 1 on p. 541 of that Opinion). The significance of the reference to Chapter XI in the Geneva Resolution—a reference that would otherwise have had no object—is as showing (i) that the delegates, including the various mandatories, regarded mandated territories as being in any event in the non-self-governing class, and (ii) that they regarded reporting under paragraph *(e)* of Article 73 as an alternative to the placing of mandated territories under trusteeship, *at least in the sense* of being something that would fill in the gap before the latter occurred, *or if it did not occur at all.* Furthermore, it had this advantage, that although it involved a less stringent form of reporting than specifically mandates or trusteeship reporting, and one moreover that did not involve actual accountability as such (see paragraph 59 below), it was *obligatory* for member States of the United Nations administering non-self-governing territories,—whereas the Charter created no obligation to place mandated or other territories under the trusteeship system. If therefore it be contended that there could not have been an intention to leave the "gap" totally unfilled, the answer is that this is how it was intended to be filled;—and there is evidence that several delegates and/or governments understood the matter in that sense (see *I.C.J. Reports 1962*, pp. 543-544). But equally clear it is that the gap was *not* intended to be filled on the basis that mandatories would, *as* mandatories, become accountable to the United Nations,—for if that had been the intention, the obvious course would have been followed of setting up an interim régime specifically for mandates as such, and inviting the United Nations to supervise it. There was therefore an implicit rejection of that course,—and if it is sought to explain matters (or explain them away) on the ground that the United Nations, being intent on the conversion of all mandates into trusteeships, would probably not have accepted the invitation, then surely this is an explanation that speaks for itself and can only confirm the view here put forward.

* * *

44. In relation to all these various attempts to bridge the gap between mandates and trusteeships, or alternatively to place continuing mandates on a more regular footing, the claim made in the Opinion of the Court is that their non-adoption did not necessarily imply a rejection of the underlying idea contained in them. I myself had always thought that the absolutely classic case of implied rejection was when a proposal had been considered and not proceeded with—it being, as a matter of

XII et XIII de la Charte concernant le régime de tutelle, mais aussi du chapitre XI visant les territoires non autonomes. L'explication en a été donnée dans l'opinion dissidente commune de 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 541-545), où il est souligné que la disposition essentielle du chapitre XI, à savoir l'article 73, reprend pratiquement mot pour mot l'article 22, paragraphe 1, du Pacte de la SdN (les deux textes sont reproduits aux fins de comparaison dans le même volume du *Recueil*, p. 541, note 1). La portée de cette référence au chapitre XI de la Charte dans la résolution de Genève, référence qui autrement serait sans objet, est qu'elle montre: i) que les délégations, notamment celles des divers pays mandataires, considéraient les territoires sous mandat comme relevant en tout état de cause de la catégorie des territoires non autonomes; ii) qu'à leur avis la présentation de rapports conformément à l'article 73, alinéa *e)*, pouvait remplacer la mise sous tutelle des territoires sous mandat *en ce sens au moins* que cela permettrait de combler le vide avant la mise sous tutelle *ou dans le cas où il n'y aurait pas de mise sous tutelle.* Cette disposition avait en outre un avantage: si elle imposait de transmettre des rapports sous une forme moins contraignante que pour les territoires sous mandat ou les territoires sous tutelle et si en outre il ne s'agissait pas véritablement de rendre compte (voir par. 59 ci-après), elle était *obligatoire* pour les Etats Membres des Nations Unies administrant des territoires non autonomes, alors que la Charte n'obligeait pas à placer les territoires sous mandat ou autres sous le régime de tutelle. Par conséquent, lorsqu'on soutient que l'intention ne pouvait pas être de laisser subsister le « vide », la réponse est que c'est justement là la façon dont il devait être comblé; certains éléments donnent d'ailleurs à penser que plusieurs délégations et/ou gouvernements l'entendaient bien ainsi (voir *C.I.J. Recueil 1962*, p. 543-544). Mais il est tout aussi clair que l'intention n'était pas de combler le vide en rendant les mandataires *en tant que tels* responsables devant l'ONU; sinon, la solution évidente aurait été de créer un régime intérimaire concernant les mandats en tant que tels et d'inviter l'ONU à en surveiller l'application. Cette solution a donc été implicitement rejetée et, si l'on veut expliquer les choses, ou trouver une échappatoire, en disant que les Nations Unies, décidées à obtenir la transformation de tous les mandats en tutelles, n'auraient probablement pas accepté l'invitation, cette explication se passe de commentaire et ne peut que confirmer les vues exposées ici.

* * *

44. S'agissant de toutes ces tentatives tendant soit à combler l'écart entre mandats et tutelles, soit à régulariser la situation des mandats subsistants, l'avis de la Cour est que la non-adoption de ces diverses propositions n'impliquait pas nécessairement le rejet de l'idée dont elles procédaient. J'avais moi-même toujours pensé que le cas tout à fait classique du rejet implicite d'une proposition est celui où, une proposition ayant été examinée, il ne lui a pas été donné suite — étant entendu qu'en

law, quite irrelevant why [29]. When an idea has been put forward, in much the same terms, on several different successive occasions, but not taken up, only the strongest possible contra-indications (if any there could be) would suffice to rebut the presumption—if not of rejection—at least of deliberate non-acceptation. If something is suggested but not provided for, the situation cannot be the same as if it had been. If there is a series of proposals substantially in the same sense, none of which is adopted, the quite different resolutions that eventually were adopted cannot be interpreted as having the same effect as those that were not. Even a non-jurist can hardly fail to admit the logic of these propositions.

(c) *Reasons for and significance of the United Nations attitude on mandates*

45. These persistent avoidances of any assumption of functions regarding mandates—even on an interim or temporary basis—are clear evidence of a settled policy of disinterest in anything to do with them that did not take the form of their conversion into trusteeships. This is borne out by an additional factor, namely that in spite of the considerations set out in paragraph 43 *(b)* above, the United Nations Assembly was, from the start, unwilling to allow that Article 73 of the Charter could be regarded as relating to mandated territories and, when it did receive reports about SW. Africa transmitted on that basis (see paragraphs 59 and 60 below), insisted on dealing with them through the Trusteeship Council. Individual episodes, occurring in isolation, might not have meant very much, but the cumulative effect of them, taken as a whole, is overwhelming, and can lead to only one conclusion; namely that the United Nations did not intend to take over any political function from the League except by special arrangements that were never made,—and that, as part of this policy, it did not want to become involved with mandates as such. This attitude was in fact understandable. In the first place, since the Charter made no express provision for the supervision of mandated territories by the United Nations, except if they were converted into trusteeships, which must be a voluntary act and could not be compelled, there was no legal basis upon which the Organization could claim to be *entitled* to supervise mandates not so converted. No separate machinery for doing so was instituted by the Charter, so that this would have had to be created *ad hoc*—with doubtful legality. To supervise *mandates* through the Trustee-

[29] At international conferences proposals are often not proceeded with because their originators realize that they would not be agreed to,—and this of course speaks for itself. Alternatively, they are often not proceeded with because, even though desirable in themselves, they would involve difficulties, or entail certain corresponding disadvantages;—but in that event a *choice* is made, and as a matter of law it cannot afterwards be claimed that "in reality" the proposal *was* accepted, or that at least it was not "truly" rejected. Such pleas are of a purely subjective character,—and psychology is not law.

droit le motif du rejet est sans pertinence [29]. Quand une idée présentée à diverses reprises en termes presque identiques n'a pas été retenue, seules les raisons contraires les plus fortes, si tant est qu'elles existent, peuvent faire tomber la présomption qu'il y a eu sinon rejet, du moins non-acceptation délibérée. Si l'on a présenté une suggestion qui n'a pas été reprise dans une disposition expresse, la situation ne peut être la même que si elle l'avait été. Lorsqu'une série de propositions allant pour l'essentiel dans le même sens n'ont pas été retenues, les résolutions toutes différentes qui ont en définitive été adoptées ne sauraient s'interpréter comme ayant le même effet que les propositions non approuvées. Il n'est guère besoin d'être juriste pour se rendre à pareille logique.

c) *Motifs expliquant l'attitude de l'Organisation des Nations Unies sur les mandats et importance de cette attitude*

45. Le fait que l'on ait avec tant de persistance évité d'assumer toute fonction en matière de mandats — fût-ce à titre intérimaire ou temporaire — témoigne d'une volonté bien arrêtée de se désintéresser dans ce domaine de tout ce qui n'était pas conversion en tutelle. Un autre fait le confirme: l'Assemblée générale des Nations Unies s'est refusée dès le départ, malgré les considérations exposées au paragraphe 43 *b)* ci-dessus, à permettre que l'article 73 de la Charte soit interprété comme ayant trait aux territoires sous mandat; saisie de rapports sur le Sud-Ouest africain transmis à ce titre (voir par. 59 et 60 ci-dessous), elle a tenu à les faire examiner par le Conseil de tutelle. Des épisodes isolés n'auraient peut-être pas signifié grand-chose, mais l'effet cumulé de ces éléments pris ensemble devient irrésistible et ne permet qu'une conclusion: l'ONU n'avait l'intention de prendre en charge aucune fonction politique de la SdN en dehors d'arrangements spéciaux qui n'ont jamais été conclus et, en vertu de cette politique, elle ne voulait rien avoir à faire avec les mandats comme tels. Cette attitude peut se comprendre. Tout d'abord, du moment que la Charte ne prévoyait rien pour la surveillance des territoires sous mandat par l'ONU à moins qu'ils ne soient placés sous tutelle, ce qui devait être nécessairement un acte volontaire et ne pouvait être imposé, il n'y avait rien sur quoi l'Organisation pût se fonder en droit pour se prétendre *habilitée* à surveiller les mandats qui n'auraient pas été convertis en tutelles. La Charte n'instaurait à cette fin aucun mécanisme distinct, de sorte qu'il aurait fallu tout spécialement en créer un, dont la légalité eût été contestable. Faire surveiller les terri-

[29] Dans les conférences internationales, il arrive souvent que des propositions n'aient aucune suite parce que leurs auteurs ont constaté qu'elles ne seraient pas acceptées, ce qui se passe de commentaire. Ou encore il ne leur est pas donné suite parce que, même si elles sont en elles-mêmes opportunes, elles susciteraient des difficultés ou entraîneraient certains inconvénients; mais en pareil cas un *choix* est fait et, en droit, on ne peut pas soutenir ensuite que la proposition *a été* acceptée «en réalité» ou qu'à tout le moins elle n'a pas été «véritablement» rejetée. Ces arguments sont d'ordre purement subjectif; ne confondons pas droit et psychologie.

ship Council would have been tantamount to treating them as trust territories although they had not been placed under trusteeship, and did not have to be. In consequence, all efforts had to be concentrated on endeavouring to bring the various mandates into the trusteeship system.

46. Secondly, there cannot be any shadow of doubt that (apart from the general unwillingness to take over League functions) the reason for the reluctance to assume any role relative to mandates was the fear that to do so would or might tend to perpetuate the mandates system by acting as an inducement to mandatories to maintain the *status quo* and refrain from submitting to the trusteeship system (see *I.C.J. Reports 1962*, pp. 540-541). In this connexion a point to note—though only an incidental one—is that the latter system was in certain respects more onerous for the mandatories than the mandates system—in particular as regards the character and composition of the body that would be advising the supervisory authority. In the case of mandates, this was the Permanent Mandates Commission, which was made up of independent experts of great experience in such matters, acting in their personal capacity, not as representatives of their governments, and not acting under official instructions. In the case of the trusteeship system it was to be the Trusteeship Council, a political body consisting of representatives of governments acting under instructions [30]. Be that as it may, it was evidently thought desirable to refrain from giving mandatories any excuse for not transferring their mandated territories to the trusteeship system, such as they might well have considered themselves to have had, if an alternative in the shape of an *ad hoc* continuation of the mandates system had been afforded them. There was in addition the psychological factor of avoiding any suggestion, even indirect, that, possibly, not all mandated territories would be transferred to trusteeship, such as might have been conveyed by making provision for that eventuality.

(d) *Conclusion as to the legal effects of this attitude*

47. Such then were the reasons for the United Nations attitude about mandates. But to establish the *reasons* for something is not to cancel out the *result*, as the Opinion of the Court often seems to be trying to maintain. Reliance on the proposition that, to find a satisfactory explanation of *why* a proposal was not adopted, is equivalent to demonstrating that it was not really *rejected*;—and so it must be treated as if it had "really" been *adopted*, cannot enhance respect for law as a discipline.

[30] This of course was mitigated by the fact that half the members of the Trusteeship Council had to consist of representatives of administering Powers.

toires sous mandat par le Conseil de tutelle eût été les traiter comme des territoires sous tutelle, alors même qu'ils n'avaient pas été placés sous le régime de tutelle, ce à quoi rien n'obligeait. Aussi fallait-il faire porter tous les efforts sur la transformation des mandats en tutelles.

46. En second lieu, il n'y a pas l'ombre d'un doute que, mis à part le peu de disposition à reprendre des fonctions de la SdN, on répugnait spécialement à assumer un rôle en matière de mandats parce qu'on craignait, ce faisant, de tendre à perpétuer ou de risquer de perpétuer le système des mandats en encourageant les mandataires à s'en tenir au *statu quo* et à ne pas se soumettre au régime de tutelle (voir *C.I.J. Recueil 1962*, p. 540-541). A ce sujet, un point à noter, encore qu'incident, est que le régime de tutelle était à certains égards plus contraignant pour les mandataires que le système des mandats, en particulier pour ce qui concerne la nature et la composition de l'organisme devant assister l'autorité de surveillance. Dans le cas des mandats, c'était la Commission permanente qui remplissait ce rôle et elle était composée d'experts indépendants particulièrement expérimentés, agissant à titre personnel et non pas en tant que représentants gouvernementaux tenus par des instructions officielles. Dans le régime de tutelle, ce serait le Conseil de tutelle qui jouerait ce rôle, c'est-à-dire un organe politique composé de représentants gouvernementaux agissant sur instructions [30]. En tout état de cause, on estimait manifestement utile de ne donner aux mandataires aucun prétexte pour ne pas placer sous tutelle leurs territoires sous mandat, et un tel prétexte leur eût peut-être été fourni si on leur avait offert comme second choix la possibilité de prolonger le système des mandats. Il fallait compter en outre avec un élément psychologique: la nécessité de ne pas laisser entendre, fût-ce indirectement, que les territoires sous mandat ne seraient peut-être pas tous placés sous le régime de tutelle, ce qu'on risquait de faire en adoptant des dispositions expresses en vue de cette éventualité.

d) *Conclusions relatives aux effets juridiques de cette attitude de l'Organisation des Nations Unies*

47. Voilà donc comment s'explique l'attitude de l'Organisation des Nations Unies au sujet des mandats. Mais trouver l'*explication* d'un phénomène, ce n'est pas en effacer le *résultat*, contrairement à ce que l'avis consultatif de la Cour semble souvent laisser croire. Dire que, si l'on trouve une explication satisfaisante du rejet de telle ou telle proposition, c'est comme si l'on démontrait que la proposition n'a pas été véritablement *rejetée*, et qu'il convient donc de considérer ladite proposition comme « véritablement » *adoptée* n'est pas de nature à accroître le respect que peut inspirer le droit en tant que discipline.

[30] Toutefois le Conseil de tutelle se composait pour moitié de représentants des puissances administrantes.

48. What in actual fact did occur in the United Nations, in the period 1945/1946, was that the Assembly, in full awareness of the situation, made an *election*—or choice. The election, the choice, was this: it was, so far as the United Nations was concerned, to be "trusteeship" (though not obligatory trusteeship). The taking over of mandates on any other basis was, in effect, rejected. That being so, it was not thereafter *legally* possible to turn round and say, as regards any mandated territory not placed under trusteeship, that although the United Nations had not been given the right to supervise the administration of the territory as a trust territory, it nevertheless had the right to supervise it as a mandated territory. This would simply be an indirect way of in effect making trusteeship compulsory, which it was not, and was never intended to be. It would be like allowing the man who draws the short straw to take the long one also! There is an unbridgeable inconsistency between the two positions. Despite various warnings, there was an expectation—or hope—that, in the end, trusteeship for all mandates would come about; but the risk that it might not do so had to be accepted. In the event this expectation or hope was realized except in the case of SW. Africa. The failure in this one case may have been very annoying or even exasperating,—but it could not afford juridical ground for deeming the United Nations *ex post facto* to be possessed of supervisory functions in respect of mandated territories which were not provided for in the Charter (outside the trusteeship system), and which the Organization deliberately, and of set purpose, refused to assume. In short, so far as SW. Africa was concerned, the United Nations backed the wrong horse,—but backing the wrong horse has never hitherto been regarded as a reason for running the race over again!

49. The basic mistake in 1945/1946 was of course the failure either to make the conversion of mandates into trusteeships obligatory for Members of the United Nations, or else expressly to set up an interim régime for non-converted mandates. But by the time *political* awareness of this mistake was fully registered, it was already legally too late;—neither of these things having been done (because in effect the United Nations had preferred to trust to luck) it is hardly possible now to treat the situation virtually as if one of them had been. There is surely a limit to which the law can admit a process of "having it both ways". The cause of law is not served by failing to recognize that limit.

* * *

50. If the foregoing considerations are valid, it results that there is one and only one way in which the United Nations could have become invested with any supervisory function in respect of mandates, and that is by the consent of the mandatory concerned. Whether this was ever given by South Africa will now be considered.

48. Ce qui en fait s'est passé à l'ONU, pendant la période 1945-1946, c'est que l'Assemblée générale, parfaitement consciente de la situation, a fait un *choix*. Ce choix était le suivant: pour l'ONU, la solution devait être la *tutelle*, encore que cette tutelle ne fût pas obligatoire. On a donc en fait refusé de s'occuper des mandats sous toute autre forme quelle qu'elle fût. Dans ces conditions, il n'était plus possible en *droit* de faire volte-face et de dire que, pour tel territoire sous mandat qui n'avait pas été placé sous le régime de tutelle, même si les Nations Unies n'avaient pas reçu le droit d'en surveiller l'administration comme s'il s'agissait d'un territoire sous tutelle, elles avaient néanmoins celui d'en surveiller l'administration à titre de territoire sous mandat. C'eût été tout simplement un moyen indirect de rendre la tutelle obligatoire, alors qu'elle ne l'était pas et n'a jamais été censée l'être. C'eût été promettre à celui qui avait tiré la courte paille de prendre la longue aussi! Les deux situations sont totalement inconciliables. Malgré divers avertissements, on comptait fermement — on espérait tout au moins — qu'en définitive tous les mandats seraient transformés en tutelles; mais il y avait un risque, celui de voir cet espoir déçu, et il a fallu l'accepter. Il se trouve que cette attente ou cet espoir ont été comblés sauf dans le cas du Sud-Ouest africain. Cet unique échec a peut-être été très irritant, voire exaspérant, mais il ne saurait fournir aucun motif juridique pour considérer que l'ONU détient *ex post facto*, en ce qui concerne les territoires sous mandat, des pouvoirs de surveillance qui n'étaient pas prévus dans la Charte (en dehors du régime de tutelle) et que l'Organisation a de propos délibéré refusé d'exercer. En bref, dans le cas du Sud-Ouest africain, l'ONU a parié sur le mauvais cheval, mais parier sur le mauvais cheval n'a jamais encore paru une raison suffisante de faire recourir toute la course!

49. L'erreur fondamentale commise en 1945-1946 a évidemment été soit de ne pas rendre obligatoire pour les Etats Membres des Nations Unies la conversion des mandats en tutelles, soit de ne pas créer expressément, à défaut, un régime transitoire s'appliquant aux mandats non transformés. Quand on a pris *politiquement* conscience de l'erreur commise, il était juridiquement déjà trop tard pour la réparer; ni l'une ni l'autre des solutions susvisées n'ayant été adoptée, parce qu'en fait l'ONU a préféré s'en remettre au sort, il n'est plus guère possible aujourd'hui de faire pratiquement comme si l'une ou l'autre l'avait été. En droit, on ne peut gagner sur les deux tableaux au-delà d'un certain point. Ce n'est pas servir la cause du droit que de ne pas le reconnaître.

* * *

50. Si les considérations ci-dessus sont valables, l'ONU n'aurait pu être investie d'un pouvoir de surveillance en ce qui concerne les mandats que d'une seule façon: par le consentement du mandataire intéressé. Je me propose d'examiner à présent si l'ont peut dire que l'Afrique du Sud n'a jamais donné ce consentement.

5. *The issue of consent to accountability and United Nations supervision*

(a) *General principles*

(i) Absence of any true basis of consensus

51. The question of consent can strictly speaking be disposed of in one sentence,—for, once it is clear that at the time, the United Nations was not accepting, was not wanting to assume any function in respect of mandates as such, was in fact aiming at the total disappearance of the mandates system,—it follows that there was nothing for the mandatories to consent to in respect of mandates, unless they were willing to start negotiations for the conclusion of trusteeship agreements, which they were not obliged to do. As Judge Read said (in *I.C.J. Reports 1950*, p. 171) speaking of events at an even later date (November 1946-May 1948), it was doubtful "whether the General Assembly was willing, *at any stage* [my italics], to agree to any arrangement that did not involve a trusteeship agreement . . .". In these circumstances there was no basis of consensus for any arrangement involving United Nations supervision of mandates as *mandates*. It would have been necessary for the mandatory's "consent" to have taken the form of a positive petition or plea, which would unquestionably have received the answer that if the mandatory wanted, or was prepared to accept, United Nations supervision, all it had to do was to negotiate a trusteeship agreement.

(ii) A Novation was involved

52. Several references have been made to this principle, which I believe has not, as such, been invoked in the previous proceedings before the Court except (implicitly) by Lord McNair and Judge Read in 1950. As has been seen in paragraphs 41 and 42 above, the League declared its functions with respect to mandates to be "at an end" and that the system "inaugurated by the League" had been "brought to a close". There was no assignment in favour of the United Nations of mandates as such,—nor could there have been without the consent of the mandatories, for what would have been involved was a new and different party and therefore, in effect, something in the nature of novation of the obligation. It is well established in law that a novation which involves the acceptance of a new and different party, needs consent in order to be good as such;—and, moreover, consent unequivocably and unambiguously expressed, or at least evidenced by unequivocal acts or conduct. It is in the light of this requirement that the question of consent must be viewed.

5. Question de l'acceptation de l'obligation de rendre compte et du rôle de surveillance de l'Organisation des Nations Unies

a) *Principes généraux*

i) Défaut de base réelle de consentement

51. A strictement parler, la question du consentement peut être réglée en une phrase: dès lors qu'il est clair qu'à l'époque l'ONU n'avait accepté et ne souhaitait assumer aucune fonction relativement aux mandats en tant que tels et que son objectif était en fait l'élimination totale du système des mandats, il s'ensuit qu'il n'y avait pas lieu pour les mandataires de consentir à quoi que ce soit se rapportant aux mandats, à moins d'être disposés à entamer des négociations en vue de conclure des accords de tutelle, ce qu'ils n'étaient pas obligés de faire. Comme M. Read l'a dit (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 171) à propos d'événements survenus à une date plus tardive encore (novembre 1946-mai 1948), on pouvait se demander « si l'Assemblée générale était désireuse *à aucun moment* de souscrire à un accord qui n'impliquait pas un accord de tutelle » (les italiques sont de nous). Dans ces conditions, il n'y avait aucune raison de consentir à des arrangements impliquant l'exercice par l'ONU d'une surveillance sur les mandats *en tant que tels*. Il aurait fallu que le « consentement » du mandataire prît la forme d'une demande ou d'une démarche positive, qui aurait immanquablement appelé la réplique, que, si le mandataire désirait se soumettre à la surveillance de l'ONU ou était disposé à l'accepter, il lui suffisait de négocier un accord de tutelle.

ii) Il y a eu novation

52. Plusieurs allusions ont été faites à ce principe qui, je crois, n'a jamais été invoqué en tant que tel au cours des précédentes procédures devant la Cour, sauf implicitement par lord McNair et M. Read en 1950. Comme nous l'avons vu aux paragraphes 41 et 42 ci-dessus, la SdN avait déclaré que ses fonctions relatives aux mandats avaient « pris fin » et que le système « inauguré par la Société des Nations » avait « ainsi pris fin ». Aucune fonction n'avait été transmise à l'ONU au sujet des mandats en tant que tels; cela n'aurait d'ailleurs pu se faire sans le consentement des mandataires, vu qu'une des parties aurait changé, ce qui supposait en pratique une novation dans le caractère de l'obligation. Il est constant en droit qu'une novation impliquant la reconnaissance d'une partie nouvelle et différente n'est valable que s'il y a consentement, et même un consentement sans équivoque ni ambiguïté ou du moins manifesté par des actes ou une conduite non équivoques. C'est par rapport à cette exigence qu'il convient d'examiner la question du consentement.

(iii) "Statements of Intention" and their legal effect

53. Given what has been said in the preceding paragraph concerning what would be needed in the present context in order to afford adequate evidence of consent, there is no need here to consider in detail the many so-called statements of intention made on behalf of South Africa and other mandatories in 1945 and 1946, indicative of their general attitude as to the future of their mandates, from which implications have been sought to be drawn in the sense of an acceptance or recognition of a United Nations function in respect of mandates as such—i.e., mandates not converted into trusteeships,—for hardly any of them is free from ambiguity. I therefore agree with Lord McNair's verdict in 1950 (*I.C.J. Reports 1950*, p. 161) that there were "also many statements to the effect that the Union Government will continue to administer the Territory 'in the spirit of the Mandate'. These statements are in the aggregate contradictory and inconsistent;" and, he continued, he did not "find in them adequate evidence that the Union Government has either assented to an implied succession by the United Nations . . . or has entered into a new obligation . . .". I would however go further, and say that the various statements made, not only on behalf of South Africa but on behalf of the other mandatories (see next paragraph), taken broadly in the mass (many of them are given at various places from pp. 616-639 of the 1962 volume of the Court's Reports) show the following common characteristics: *(a)* they are statements of general attitude, insufficient, and not purporting, to convey any definite undertaking; *(b)* if there was any undertaking, it was to continue to *administer* the mandated territories concerned in accordance with the mandates,—and the administration of a mandate is of course a separate thing from reporting *about* that process [31]; and *(c)* they none of them implied any recognition of the existence of a United Nations function relative to mandates, or any undertakings towards that Organization. I shall now consider the three episodes or complexes of episodes that have chiefly been relied on as indicative of South African recognition of accountability to the United Nations but which, in my view, do not justify that conclusion.

[31] There was an inherent ambiguity in all those phrases whereby the mandatories said that they would continue to observe the mandates according to their terms, or to observe all the obligations of the mandates; because so far as the reporting obligation was concerned, this was, under the mandates, an obligation to report to the League Council, still in being up to 18 April 1946. Up to that date therefore, any mandatory was entitled to interpret its declaration in that sense, and after that date to interpret it as being no longer possible of execution on the basis of the mandate itself. What is quite certain is that, at the time, no one, whether mandatory or not, read these declarations as involving an undertaking then and there to report to the Assembly of the United Nations.

iii) Les « déclarations d'intention » et leur effet juridique

53. Etant donné ce que j'ai dit au paragraphe précédent au sujet des conditions qui auraient été requises dans le contexte actuel pour faire la preuve du consentement, je n'ai pas à examiner en détail les nombreuses « déclarations d'intention » qui ont été faites par l'Afrique du Sud et d'autres mandataires en 1945 et en 1946 pour manifester leur attitude générale quant à l'avenir de leurs mandats et dont on a cherché à déduire l'acceptation ou la reconnaissance d'une fonction conférée à l'ONU en ce qui concerne les mandats en tant que tels — ceux du moins qui n'avaient pas été remplacés par des accords de tutelle —, car parmi ces « déclarations d'intention » il n'en est virtuellement aucune qui soit exempte d'ambiguïté. Je fais donc mienne la conclusion formulée par lord McNair en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 161):

> « On trouve également de nombreuses déclarations selon lesquelles le Gouvernement de l'Union continuera à administrer le Territoire « dans l'esprit du Mandat ». Ces déclarations sont, dans l'ensemble, contradictoires et peu compatibles les unes avec les autres; je n'y trouve aucune preuve suffisante, démontrant que le Gouvernement de l'Union ait ou bien accepté la succession, par implication, des Nations Unies ... ou qu'[il] ait contracté ... une nouvelle obligation. »

J'irai cependant plus loin et je dirai que, considérées dans leur ensemble les déclarations faites non seulement au nom de l'Afrique du Sud mais aussi au nom des autres mandataires (mentionnées au paragraphe suivant et reprises pour une bonne part dans *C.I.J. Recueil 1962*, p. 616-639 *passim*) présentaient les caractéristiques communes suivantes: *a)* il s'agissait de prises de position générales insuffisantes pour établir un engagement précis et n'y prétendant pas; *b)* à supposer que des engagements aient été pris, ils consistaient à continuer à *administrer* des territoires sous mandat conformément aux mandats, et administrer est évidemment tout autre chose que de présenter des rapports *concernant* l'administration [31]; *c)* aucune de ces déclarations n'a reconnu une fonction en matière de mandats à l'ONU et n'a visé un engagement quelconque envers cette organisation. J'en viens maintenant aux trois épisodes ou séries d'épisodes qui ont été principalement invoqués comme indiquant que l'Afrique du Sud s'était reconnu des responsabilités à l'égard des Nations Unies, mais qui ne me semblent pas justifier cette conclusion.

[31] Il y avait une ambiguïté intrinsèque dans toutes les phrases par lesquelles les mandataires déclaraient qu'ils continueraient à observer les termes des accords de mandat ou à respecter toutes les obligations qui y étaient prévues; en effet, aux termes des mandats, l'obligation de faire rapport visait le Conseil de la SdN, lequel a existé jusqu'au 18 avril 1946. Tout mandataire pouvait donc interpréter sa déclaration en ce sens jusqu'à cette date et l'interpréter ensuite comme n'admettant plus aucune possibilité d'exécution sur la base du mandat lui-même. Ce qui est certain, c'est qu'à l'époque personne, mandataire ou non, n'a interprété ces déclarations comme des engagements formels de faire rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies.

(b) *Particular Episodes*

(i) The final League of Nations Resolution of 18 April 1946

54. Features *(a)*, *(b)* and *(c)*, as set out in the preceding paragraph, strongly characterized the Geneva proceedings ending in the final League of Nations Resolution of 18 April 1946[32], on paragraphs 3 and 4 of which such heavy reliance was placed both in the 1950 and 1962 proceedings before the Court, and again now. Its effect has already been considered (paragraphs 41-43 above) in the related but separate context of the attitude of the States concerned on the question "mandates or trusteeships?" The question now is what if any undertakings for mandatories were implied by its paragraph 4 which is the operative one in the present connexion. This classic of ambiguity (text in footnote 32) consists essentially of a *recital* describing a situation. Since it merely "takes note" of something—namely the "expressed intentions of the [mandatories]", it does not of itself impose any obligations, so that the question is what these "expressed intentions" themselves were, and whether they amounted to binding undertakings, and if so to what effect. The statement made on behalf on South Africa is quoted in the next succeeding paragraph, and a summary of the key phrases used by the other mandatories will be found in footnote 2 on page 528 of the 1962 volume of the Court's Reports. Their vague and indeterminate character is immediately apparent[33]. As summed up and described in paragraph 4 of the League resolution of 18 April 1946, the intentions expressed had nothing to do with the acceptance of United Nations supervision. They were, simply, "to administer [the territories] for the well-being and development of the peoples concerned". The further words "in accordance with the obligations contained in the respective mandates" at once involve the ambiguities to which attention has been drawn in paragraph 53 and footnote 31 above. These words *need* mean, and were almost certainly intended by

[32] The full text of this resolution is given in footnote 1 on pp. 538-539 of the 1962 volume of the Court's Reports. It can be seen at a glance that only paragraphs 3 and 4 are relevant in the present context. The terms of paragraph 3 have in effect been cited in paragraph 41 above. Paragraph 4 was as follows:

> "4. Takes note of the expressed intentions of the members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them for the well-being and development of the peoples concerned in accordance with the obligations contained in the respective mandates until other arrangements have been agreed between the United Nations and the respective mandatory powers."

[33] On the question whether, in consequence of this, the mandatories were regarded as having entered into any definite agreement about the mandates, a detail worth noting is that whereas the various arrangements made between the League and the United Nations for the transfer of funds, buildings, archives, library, etc., were all registered under Article 102 of the Charter, nothing was registered in respect of mandates.

b) *Evénements particuliers*

i) Résolution finale de la Société des Nations adoptée le 18 avril 1946

54. Ce qui vient d'être énoncé aux points *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe précédent a fortement marqué les débats de Genève ayant précédé l'adoption de la résolution finale de la SdN en date du 18 avril 1946 [32], dont on a abondamment invoqué les paragraphes 3 et 4 au cours des affaires portées devant la Cour en 1950 et en 1962 et dans la présente affaire. Les effets de cette résolution ont déjà été étudiés (voir par. 41-43 ci-dessus) sous l'angle connexe, mais distinct, de l'attitude des Etats intéressés au choix entre le système des mandats et le régime de tutelle. Il s'agit maintenant de savoir si le paragraphe 4, qui est la clause pertinente dans le présent contexte, suppose une obligation à la charge des mandataires. Cette disposition, qui est devenue un classique de l'ambiguïté (voir texte à la note 32), consiste essentiellement à décrire une situation. Se bornant à « noter » quelque chose, à savoir « que [les mandataires] ... ont exprimé leur intention », elle n'impose en soi aucune obligation, de sorte qu'il s'agit de savoir quelles « intentions » ont été exprimées et de préciser si ces intentions équivalaient à des promesses formelles, dont le contenu, à supposer qu'elles aient été faites, reste à déterminer. La déclaration de l'Afrique du Sud est citée au paragraphe suivant et l'on trouvera un résumé de l'essentiel des déclarations des autres mandataires dans *C.I.J. Recueil 1962*, page 528, note 2. Leur caractère vague et indéterminé saute aux yeux [33]. Telles qu'elles sont résumées et décrites dans le paragraphe 4 de la résolution de la SdN du 18 avril 1946, les intentions exprimées ne concernaient en rien l'acceptation de la surveillance des Nations Unies. Elles étaient simplement d'« administrer [les territoires], en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés ». Le membre de phrase suivant: « conformément aux obligations contenues dans les divers mandats » entraîne immédiatement les

[32] Le texte de cette résolution est repris *in extenso* dans *C.I.J. Recueil 1962*, p. 538-539, note 1. Il est évident que seuls les paragraphes 3 et 4 sont pertinents ici. Le libellé du paragraphe 3 est repris en substance au paragraphe 41 ci-dessus. Le paragraphe 4 était rédigé comme suit:

> « 4. Note que les Membres de la Société administrant actuellement des territoires sous mandat ont exprimé leur intention de continuer à les administrer, en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés, conformément aux obligations contenues dans les divers mandats, jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires. »

[33] Sur la question de savoir si, par suite de ces déclarations, les mandataires ont été considérés comme ayant souscrit à un accord précis relatif aux mandats, un point de détail qui mérite d'être noté est que, si les divers accords conclus entre la SdN et l'ONU pour le transfert de fonds, de locaux, d'archives, de bibliothèques, etc., ont tous été enregistrés en vertu de l'article 102 de la Charte, rien n'a été enregistré en ce qui concerne les mandats.

the mandatories to specify, no more than the obligations relative to administering "for the well-being and development . . .", etc.,—for, as has already been noticed, reporting and supervision is *about* administration, not administration itself.

55. It is not upon flimsy and dubious foundations of this kind that binding undertakings (especially when dependent on unilateral declarations) can be predicated, more particularly where, as has beeen seen, a novation of an undertaking is involved, needing, in law, unambiguous consent. It is therefore instructive to see what, on this occasion, the "expressed intentions" of South Africa were, as stated by its delegate at Geneva on 9 April 1946 (*League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 194, pp. 32-33). These were that, pending consideration of the South African desire, on the basis of the expressed wishes of the population, to incorporate SW. Africa in the territory of the Union (as it then was), the latter would in the meantime—

> ". . . continue to administer the territory scrupulously *in accordance with the obligations of the mandate, for the advancement and promotion of the interests of the inhabitants, as she has done during the past six years when meetings of the Mandates Commission could not be held.*
>
> The disappearance of [the] organs of the League concerned with the supervision of mandates, primarily the Mandates Commission and the League Council, will necessarily preclude complete compliance with the letter of the mandate. The Union Government will nevertheless regard the dissolution of the League as in no way diminishing its obligations under the mandate, which it will continue to discharge with . . . full and proper appreciation of its responsibilities until such time as other arrangements are agreed upon concerning the future status of the territory"—(my italics).

For those who enjoy parlour games, an interesting hour could be spent in trying to decide exactly what this statement, equally a classic of ambiguity, amounted to as regards any South African acceptance of *United Nations* supervision,—for that, of course, is the point. The italicized passage clearly excludes the idea,—presaging as it does the continuation of a situation that had already lasted six years, in which no reports had been rendered, because there was no active *League* authority to which they could be rendered. The remainder of the statement, and in particular the phrase "as in no way diminishing its obligations under the mandate", involves precisely those ambiguities and uncertainties to which attention has already been drawn (footnote 31). To me it seems the very prototype of the non-committal, so far as concerns any recognition of accountability

équivoques signalées au paragraphe 53 et dans la note 31 ci-dessus. Ce qu'il signifie *nécessairement* — et c'était presque certainement le sens que leur attribuaient les mandataires — ne va pas au-delà d'une obligation d'administrer les territoires « en vue du bien-être et du développement » etc., car, comme nous avons déjà eu l'occasion de le noter, l'envoi de rapports et l'acceptation d'une surveillance *concernant* l'administration de territoires ne coïncident pas avec la notion d'administration elle-même.

55. Ce n'est pas sur des fondations si précaires et si incertaines, surtout quand il s'agit de déclarations unilatérales, que l'on peut établir que des engagements de caractère obligatoire ont été pris, d'autant plus que, comme nous l'avons vu, l'engagement en cause aurait fait l'objet d'une novation exigeant en droit un consentement dénué d'ambiguïté. Il est donc intéressant de voir quelles ont été les « intentions exprimées » le 9 avril 1946 au nom de l'Afrique du Sud par son représentant à Genève (SdN, *Journal Officiel*, supplément spécial n° 194, p. 32-33). Ces intentions étaient que, en attendant l'examen du désir manifesté par l'Afrique du Sud, sur la base des vœux exprimés par les habitants, d'incorporer le Sud-Ouest africain dans le territoire de l'Union (comme on disait à l'époque), celle-ci continuerait dans l'intervalle

> « à administrer [le territoire] *en se conformant scrupuleusement aux obligations du Mandat, afin d'assurer le progrès, et de sauvegarder les intérêts de ses habitants, comme elle l'a fait pendant les six années durant lesquelles la Commission des mandats n'a pu se réunir.*
>
> La disparition des organes de la Société des Nations qui s'occupent du contrôle des mandats, à savoir, en premier lieu, la Commission des mandats et le Conseil de la Société empêchera évidemment de se conformer entièrement à la lettre du Mandat. Le Gouvernement de l'Union se fera cependant un devoir de considérer que la disparition de la Société des Nations ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat; il continuera à s'en acquitter en pleine conscience et avec le juste sentiment de ses responsabilités, jusqu'au moment où d'autres arrangements auront été conclus quant au statut futur de ce territoire. » (Les italiques sont de nous.)

Les amateurs de jeux de société pourraient passer une heure agréable à essayer de déterminer exactement ce que cette déclaration, autre modèle d'ambiguïté, signifie quant à l'acceptation par l'Afrique du Sud de la surveillance de l'*Organisation des Nations Unies*, car c'est cela que l'on veut établir. Le passage cité en italiques exclut clairement toute idée de ce genre, puisqu'il laisse présager le maintien d'une situation qui avait déjà duré six années au cours desquelles aucun rapport n'avait été présenté, faute d'organe actif de la *Société des Nations* à qui adresser des rapports. Le reste de la déclaration, et notamment l'expression « ne diminue en rien les obligations qui découlent du Mandat », implique précisément les ambiguïtés et les incertitudes sur lesquelles j'ai déjà attiré l'attention (note 31). Il me semble qu'il s'agit ici du prototype de ce qui n'engage à

to the United Nations, and I am unable to find in it any indication whatever of such recognition. I realize that on this matter, as on most others my view and the reasoning of the Court are operating on different wavelengths. Seeing in the South African statement a recognition of the existence of a continuing obligation towards the peoples of the mandated territory—the reasoning of the Court then makes the great leap;—*because* there was that degree of recognition there was also, and *therefore* a recognition of accountability to the United Nations. The lack of all rigour in this reasoning is evident. It involves exactly the same ellipses and telescopings of two distinct questions that characterized the reasoning of the Court in 1950, as already discussed in paragraphs 20-22 above. Nobody can have taken this declaration in that sense at the time, because everybody knew that United Nations supervision was to be exercised solely through the trusteeship system, and that there was no obligation to bring mandated territories within that system. This, to me, is one of the most decisive points in the whole case.

(ii) Question of the incorporation of SW. Africa as part of South Africa itself

56. The approach made by South Africa to the United Nations in November 1946 for the incorporation in its own territory of SW. Africa on the basis of the expressed wishes of the inhabitants who had been consulted, constitutes the only episode which can plausibly be represented as a recognition—not indeed of accountability to the United Nations on a specifically mandates basis (nor, as will be seen, was it taken by the Assembly in that sense)—but of the existence, on a political basis, of a United Nations interest in matters having a "colonial" aspect. It was also a convenient way of obtaining a large measure of general international recognition for such an incorporation [34]. This last aspect of the matter—that what was being sought through the United Nations was "international" recognition—had already been mentioned in another part of the statement cited in the preceding paragraph above, made on behalf of South Africa at Geneva earlier in the year, in which it was announced that at the next session of the United Nations Assembly there would be formulated "the case for according South West Africa a status under which it would be *internationally recognized* as an integral part of the Union [of South Africa]"—my italics.

57. This was not the first mention of the matter. The possibility of

[34] This would of course be far from being the first historical example of seeking a *political* recognition of the incorporation of territory without there being any obligation to do so.

rien en ce qui concerne la reconnaissance d'une responsabilité à l'égard de l'ONU et, pour ma part, je n'arrive pas à y découvrir la moindre indication d'une telle reconnaissance. Je me rends compte que, sur ce point comme sur la plupart des autres, ma pensée et le raisonnement de la Cour se situent sur des longueurs d'onde différentes. Voyant dans la déclaration de l'Afrique du Sud une reconnaissance de la persistance d'une obligation à l'égard des populations du territoire sous Mandat, la Cour fait alors un bond énorme dans son raisonnement: *puisqu*'une obligation était reconnue dans cette mesure, l'obligation de faire rapport à l'ONU l'était *donc* aussi. Il tombe sous le sens que ce raisonnement est dépourvu de toute rigueur logique. Il suppose les mêmes ellipses et télescopages de deux questions distinctes qui caractérisaient déjà le raisonnement de la Cour en 1950, comme je l'ai dit aux paragraphes 20-22 ci-dessus. Lorsque cette déclaration a été faite, personne n'aurait pu la comprendre en ce sens, parce que chacun savait que la surveillance de l'ONU devait s'exercer uniquement dans le cadre du régime de tutelle et qu'il n'était pas obligatoire d'appliquer ce régime aux territoires sous mandat. Pour moi c'est un des éléments les plus décisifs de toute l'affaire.

ii) Question de l'incorporation du Sud-Ouest africain à l'Afrique du Sud

56. Un seul épisode pourrait être plausiblement interprété comme une reconnaissance, non point d'une responsabilité à l'égard de l'ONU dérivant directement du mandat (et, comme nous le verrons, l'Assemblée générale elle-même ne l'a pas entendu ainsi), mais de l'existence, sur le plan politique, de l'intérêt que l'ONU prenait à toutes les questions présentant un aspect « colonial »: c'est quand l'Afrique du Sud s'adressa à l'ONU en novembre 1946 en vue d'incorporer le Sud-Ouest africain dans son propre territoire conformément aux vœux des habitants qui avaient été consultés. C'était un moyen commode d'obtenir qu'une telle incorporation soit reconnue sur le plan international [34]. Ce dernier aspect de la question, à savoir que ce qu'on cherchait à obtenir de l'ONU était la reconnaissance « internationale », avait déjà été mentionné dans un autre passage de la déclaration, citée au paragraphe précédent, qui avait été présentée au nom de l'Afrique du Sud à Genève à une date antérieure de la même année: il avait été annoncé alors que l'Afrique du Sud exposerait à la prochaine session de l'Assemblée générale des Nations Unies « les raisons pour lesquelles il conviendrait d'accorder au Sud-Ouest africain un statut aux termes duquel ce territoire serait *reconnu internationalement* comme formant partie intégrante de l'Union [sud-africaine] » (les italiques sont de nous).

57. Ce n'était pas la première fois qu'on abordait la question. La

[34] Ce ne serait évidemment pas le premier exemple historique d'une tentative visant à obtenir la reconnaissance *politique* de l'incorporation d'un territoire, sans qu'il y ait d'obligation à cet égard.

incorporation had been foreshadowed in the most explicit terms as far back as 11 May 1945 in the long and detailed statement then made by the representative of South Africa in Committee II/4 of the San Francisco Conference, which there is every reason to believe [35] ended with a remark to the effect that the matter was being mentioned—

> "... so that South Africa *may not afterwards be held to have acquiesced in the continuance of the Mandate* or the inclusion of the territory in any form of trusteeship under the new International Organisation"—(my italics).

From this, it was already clear that any definite approach to the United Nation son incorporation, if and when made, would be a political one, on a voluntary basis, not in recognition of accountability.

58. When however the matter was raised in the Fourth Committee of the United Nations Assembly in November 1946 by Field-Marshal Smuts in person, it became clear that the probable reaction of the Committee would be a demand that the territory should be placed under trusteeship. Accordingly Field-Marshal Smuts later made a further statement in the course of which he said that:

> "It would not be possible for the Union Government *as a former mandatory* to submit a trusteeship agreement in conflict with the clearly expressed wishes of the inhabitants. The Assembly should recognize that the implementation of the wishes of the population was the course prescribed by the Charter and dictated by the interests of the inhabitants themselves. If, however, the Assembly did not agree that the clear wishes of the inhabitants should be implemented, the Union Government could take no other course than to abide by the declaration it had made to the last Assembly of the League of Nations to the effect that it would continue to administer the territory as heretofore as an integral part of the Union, and to do so *in the spirit of the principles* laid down in the mandate"—(my italics).

Two things may be noted about this statement: *First* the speaker referred to South Africa as a "former" mandatory. Whether or not it was correct to speak of South Africa as not still being a mandatory is not the point. The point is that such a remark is quite inconsistent with any recognition

[35] The full text of this statement, which was only given summarily in the San Francisco records, appears in paragraph 4, Chapter VIII, of the South African written pleading in the present case. The text and provenance of the final observation, the inherently probable authenticity of which has never been challenged, appears in footnote 1 on page 9 of that pleading. The matter is also referred to in paragraph (5) on page 533 of the joint dissenting Opinion of 1962.

possibilité d'incorporation avait déjà été très clairement évoquée dès le 11 mai 1945 dans la déclaration longue et détaillée faite par le représentant de l'Afrique du Sud au comité II/4 de la conférence de San Francisco. Il y a tout lieu de croire [35] que cette déclaration se terminait par une remarque suivant laquelle, si cette possibilité avait été mentionnée, c'était

> « afin que l'Union sud-africaine *ne puisse pas être considérée plus tard comme ayant accepté que le Mandat continue* ou que le territoire soit compris dans un système de tutelle quelconque établi par une nouvelle organisation internationale » (les italiques sont de nous).

On voit qu'il était déjà évident à l'époque que, si jamais il devait être question de soumettre à l'ONU une proposition concrète d'incorporation, ce serait là une initiative d'ordre politique prise de plein gré et non en raison d'une obligation reconnue de rendre compte.

58. Cependant, lorsque la question a été évoquée à la Quatrième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies en novembre 1946 par le maréchal Smuts en personne, il est apparu que la réaction probable de la commission serait d'insister pour que le territoire soit mis sous tutelle. C'est pourquoi le maréchal Smuts a fait une nouvelle déclaration, où il disait notamment:

> « *Comme ancienne Puissance mandataire*, le Gouvernement de l'Union ne peut pas soumettre un accord de tutelle en opposition avec les vœux clairement exprimés des habitants. L'Assemblée doit reconnaître que la réalisation des vœux de la population est une solution conforme à la Charte, et dictée aussi par l'intérêt des habitants eux-mêmes. Toutefois, l'Assemblée n'est pas d'avis que les vœux des habitants doivent être suivis, le Gouvernement de l'Union peut adopter d'autre voie que de s'en tenir à la déclaration qu'il a faite devant la dernière Assemblée de la Société des Nations, à savoir qu'il continuera, comme jusqu'ici, à administrer le territoire comme partie intégrante de l'Union, cela *dans l'esprit des principes* énoncés dans le Mandat. » (Les italiques sont de nous.)

Deux choses sont à noter. *Primo*, l'orateur a qualifié l'Afrique du Sud d'« ancien » mandataire. Peu importe qu'il fût exact ou non de dire qu'à ce moment l'Afrique du Sud avait perdu la qualité de Mandataire. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'une telle observation était tout à fait incompatible

---

[35] La déclaration, dont les comptes rendus officiels de la conférence de San Francisco ne contiennent qu'un résumé, est citée *in extenso* au paragraphe 4 du chapitre VIII de l'exposé écrit présenté par l'Afrique du Sud dans la présente instance. Le texte et la provenance de la dernière phrase, dont l'authenticité intrinsèquement probable n'a jamais été contestée, sont indiqués à la note 1 de la page 9 de cet exposé écrit. Il est également fait mention de cette question à la page 533, paragraphe 5, de l'opinion dissidente commune de 1962.

of accountability in respect of the mandate. *Secondly*, when at the end of this passage, the speaker stated his Government's intention to continue to administer the territory "in the spirit" of the "principles" laid down in the Mandate—(and it would be difficult to find a phrase less recognizatory of obligation)—he did not mention, and was clearly not intending to include reporting of the kind indicated in the Mandate. Instead, he went on to state an intention to report on the non-self-governing territory basis of Article 73 *(e)* of the Charter (the effect of which will be considered in the next succeeding subsection); and what he said was that his Government would "in accordance with" (not, be it noted, Article 6 of the Mandate, but) "Article 73, paragraph *(e)*, of the Charter" transmit reports to the Secretary-General "for information purposes",—this last phrase being the language of Article 73 *(e)* itself. He then concluded by saying that there was—

> "... nothing in the relevant clauses of the Charter, nor was it in the minds of those who drafted these clauses[36], to support the contention that the Union Government could be compelled to enter into a trusteeship agreement even against its own view or those of the people concerned".

And what was the reaction of the Assembly in its ensuing resolution 65 (I)?—was it to demand the submission of reports and the acceptance of supervision under Article 6 of the Mandate? Not at all,—it was to recommend that SW. Africa be placed under *the trusteeship system*. Clearly, no more than the Mandatory was the Assembly contemplating the exercise of any functions in respect of the territory on a mandates basis.

(iii) The Mandatory's offer to furnish Article 73 (e) *type information*

59. In the case of SW. Africa the Mandatory had no intention either of negotiating a trusteeship agreement or of submitting to United Nations supervision of the territory on a mandates basis;—and here again, it is not the ethics of this attitude that constitutes the relevant point, but the evidence it affords of lack of *consent* to any accountability to the United Nations. Nothing could make this—or the absence of all common ground —clearer than the next episode, starting with the statement made on behalf of South Africa in the Fourth Committee of the Assembly, on 27 September 1947, relative to the South African proposal, originally made in November 1946 (see previous paragraph), to transmit information of the same type as was required by Article 73 *(e)* of the Charter in respect of so-called "non-self-governing territories". Such information,

[36] Amongst whom of course was the Field-Marshal himself.

avec la reconnaissance d'une obligation de rendre compte de l'administration du Mandat en tant que tel. *Secundo*, lorsque à la fin de ce passage l'orateur a indiqué l'intention de son gouvernement de continuer à administrer le territoire *dans l'esprit des principes* stipulés dans le Mandat (on aurait de la peine à trouver une formule qui donne moins l'impression de reconnaître une obligation), il n'a pas mentionné et il n'envisageait certainement pas la présentation de rapports du genre prévu par le Mandat. En revanche, il a fait état d'une intention de soumettre des rapports conformément aux dispositions de l'article 73 *e)* de la Charte relatives aux territoires non autonomes (dispositions dont j'examinerai les effets sous la rubrique suivante). Il a dit à ce sujet que son gouvernement communiquerait au Secrétaire général, « conformément à l'article 73 *e)* de la Charte » et non point, notons-le, conformément à l'article 6 du Mandat, des rapports « à titre d'information » (expression tirée du texte même de l'article 73 *e)*) et il a conclu en ces termes:

> « Il n'y a rien dans les clauses pertinentes de la Charte, ni dans l'esprit de ceux qui les ont rédigées [36], qui soit de nature à appuyer l'assertion que le Gouvernement de l'Union pourrait être contraint à conclure un accord de tutelle, même contre ses propres vues et celles des populations intéressées. »

Or, quelle fut la réaction de l'Assemblée générale, exprimée par sa résolution 65 (I)? A-t-elle insisté pour qu'on lui envoie des rapports et pour qu'on se soumette à la surveillance prévue à l'article 6 du Mandat? Point du tout: elle a recommandé que le Sud-Ouest africain soit placé *sous le régime de tutelle*. Il est évident que l'Assemblée générale n'envisageait pas plus que le Mandataire lui-même qu'elle pût exercer des fonctions relatives au territoire dans le cadre du système des mandats.

iii) Offre du Mandataire de fournir des renseignements du type prévu par l'article 73 e)

59. Dans le cas du Sud-Ouest africain, le Mandataire n'avait nullement l'intention de négocier un accord de tutelle ni d'accepter que l'ONU assure la surveillance du territoire en vertu du système des mandats; là encore ce n'est pas l'aspect moral de l'attitude du Mandataire qui est pertinent, mais le fait qu'elle démontre l'absence de *consentement* à toute obligation de rendre compte à l'ONU. Rien ne saurait mieux confirmer ce défaut de consentement — ou l'absence de tout point d'accord — que l'épisode qui a suivi, amorcé par une déclaration faite au nom de l'Afrique du Sud à la Quatrième Commission de l'Assemblée générale le 27 septembre 1947 au sujet de la proposition formulée par l'Afrique du Sud dès novembre 1946 (voir paragraphe précédent) et tendant à présenter des renseignements du type requis par l'article 73 *e)* de la Charte pour les

[36] Au nombre desquels se trouvait évidemment le maréchal lui-même.

given about colonies, protectorates, etc., *does not imply accountability*, and is not in the formal and technical sense "reporting". The Report of the Fourth Committee on this occasion (dated 27 October 1947) describes the statement of the South African representative as follows:

> "It was the assumption of his Government, he said, that the report [i.e., the information to be transmitted] would not be considered by the Trusteeship Council and would not be dealt with as if a trusteeship agreement had in fact been concluded. He further explained that as the League of Nations had ceased to exist, the right to submit petitions could no longer be exercised, since that right presupposes a jurisdiction which would only exist where there is a right of control and supervision, *and in the view of the Union of South Africa no such jurisdiction was vested in the United Nations with regard to South West Africa*"—(my italics).

What was said of petitions was *a fortiori* applicable in respect of reports of the kind contemplated by Article 6 of the Mandate. The italicized words constituted a *general* denial of United Nations jurisdiction.

60. There were further offers to furnish information on the same basis in the period 1947/1948, and one or two reports were actually transmitted. But all along the line statements were made on behalf of South Africa indicating clearly that this was done voluntarily and without admission of obligation. Thus at a Plenary Meeting of the Assembly on 1 November 1947 the representative of South Africa said that:

> ". . . the Union of South Africa has expressed its readiness to submit annual reports for the information of the United Nations. That undertaking stands. Although these reports, if accepted, will be rendered *on the basis that the United Nations has no supervisory jurisdiction in respect of this territory* they will serve to keep the United Nations informed in much the same way as they will be kept informed in relation to Non-Self-Governing Territories under Article 73 *(e)* of the Charter"—(my italics).

And in a letter of 31 May 1948 to the Secretary-General an explicit restatement was given of the whole South African position as follows (UN doct., T/175, 3 June 1948, pp. 51-52):

> ". . . the transmission to the United Nations for information on South West Africa, in the form of an annual report or any other form, *is on a voluntary basis and is for purposes of information only. They* [the Government] *have on several occasions made it clear that they recognise no obligation to transmit this information to the United*

territoires dits « non autonomes ». De tels renseignements, fournis pour les colonies, protectorats, etc., *n'impliquent pas d'obligation de rendre compte* et ne constituent pas des « rapports » au sens propre et technique de ce mot. Le rapport pertinent de la Quatrième Commission en date du 27 octobre 1947 résume ainsi la déclaration du représentant sud-africain:

> « Son gouvernement présumait, a-t-il dit, que ce rapport [c'est-à-dire les renseignements à transmettre] ne serait pas examiné par le Conseil de tutelle et ne serait pas traité comme si un accord de tutelle avait été effectivement conclu. Il a expliqué en outre que, du fait de la disparition de la Société des Nations, le droit de présenter des pétitions n'existait plus; ce droit suppose en effet l'existence d'une juridiction dont l'existence est subordonnée à celle d'un droit de contrôle ou de surveillance; *or, de l'avis de l'Union sud-africaine, l'Organisation des Nations Unies n'est pas investie d'un droit de cette nature à l'égard du Sud-Ouest africain.* » (Les italiques sont de nous.)

Ce qui était dit à propos des pétitions était applicable à fortiori aux rapports du type prévu par l'article 6 du Mandat. Les mots en italiques équivalent à une déclaration *générale* rejetant la juridiction de l'ONU.

60. De nouvelles offres d'envoi de renseignements au même titre ont été formulées au cours de la période 1947-1948 et un ou deux rapports ont été effectivement communiqués. Mais des déclarations ont été constamment faites au nom de l'Afrique du Sud pour indiquer clairement que ces rapports étaient fournis de plein gré, sans que l'existence d'une obligation fût reconnue. C'est ainsi qu'au cours d'une séance plénière de l'Assemblée générale tenue le 1er novembre 1947 le représentant de l'Afrique du Sud a dit:

> « le Gouvernement de l'Union sud-africaine a déclaré qu'il était prêt à soumettre, pour information, à l'Organisation des Nations Unies, des rapports annuels. Cet engagement tient toujours. Bien que ces rapports, s'ils sont acceptés, doivent être remis à l'Organisation des Nations Unies *en partant de l'idée que celle-ci n'est pas compétente pour exercer un contrôle sur le territoire* dont il s'agit, ils serviront cependant à tenir l'Organisation informée de la même façon qu'elle l'est sur ce qui se passe dans les territoires non autonomes, conformément à l'article 73 *e)* de la Charte. » (Les italiques sont de nous.)

Dans une lettre du 31 mai 1948, le Secrétaire général a explicitement rappelé quelle était dans son ensemble la position de l'Afrique du Sud (Nations Unies, doc. T/175, 3 juin 1948, p. 51-52):

> « lorsqu'il [le Gouvernement de l'Afrique du Sud] transmet à l'Organisation des Nations Unies des renseignements sur le Sud-Ouest africain, sous forme d'un rapport annuel ou sous toute autre forme, *il agit de son propre gré et aux seules fins d'information. A plusieurs reprises, il a indiqué clairement qu'il ne se considère pas comme tenu*

Nations, but in view of *the wide-spread interest* in the administration of the Territory, and *in accordance with normal democratic practice*, they are willing and anxious *to make available to the world*[37] such facts and figures as are readily at their disposal . . . The Union Government desire to recall that in offering to submit a report on South West Africa for the information of the United Nations, they did so on the basis of the provisions of Article 73 *(e)* of the Charter. This Article calls for 'statistical and other information of a technical nature' and makes no reference to information on questions of policy. In these circumstances the Union Government do not consider that information on matters of policy, particularly future policy, should be included in a report (or in any supplement to the report) which is intended to be a factual and statistical account of the administration of the Territory over the period of a calendar year. Nevertheless, the Union Government are anxious to be as helpful and as co-operative as possible and have, therefore, on this occasion replied in full to the questions dealing with various aspects of policy. The Union Government do not, however, regard this as creating a precedent. Furthermore, the rendering of replies on policy should not be construed as a commitment as to future policy *or as implying any measure of accountability to the United Nations on the part of the Union Government*. In this connexion the Union Government have noted that their declared intention to administer the Territory in the spirit of the mandate *has been construed in some quarters as implying a measure of international accountability*. This construction the Union Government cannot accept *and they would again recall that the League of Nations at its final session in April 1946, explicitly refrained from transferring its functions in respect of mandates to the United Nations*"[38]—(my italics).

And then again in the Fourth Committee of the Assembly in November 1948 (Official Record of the 76th Meeting, p. 288), it was stated that:

". . . the Union could not admit the right of the Trusteeship Council to use the report for purposes for which it had not been intended: *still less could the Trusteeship Council assume for itself the power claimed in its resolution, i.e.*, 'to determine whether the Union of South Africa is adequately discharging its responsibilities *under the*

[37] The use of such expressions as "wide-spread interest" and "make available to the world" confirms the view taken in paragraph 56 above as to the basis of the South African approach to the United Nations on the subject of incorporation.

[38] See on this matter paragraph 42 above, and Lord McNair's pronouncement in the same sense two years later, as there quoted.

de transmettre ces renseignements à l'Organisation des Nations Unies, mais que, en raison du *grand intérêt* porté à l'administration du Territoire, et *conformément à la pratique démocratique normale*, il est désireux et soucieux *de porter à la connaissance du monde* [37] les faits et les chiffres dont il dispose ... Le Gouvernement de l'Union désire rappeler qu'en offrant de présenter un rapport sur le Sud-Ouest africain pour l'information des Nations Unies, il s'est conformé aux dispositions de l'article 73 *e)* de la Charte. Cet article demande que soient communiqués au Secrétaire général « des renseignements statistiques et autres de nature technique » et ne mentionne pas les renseignements relatifs à des questions de politique. Dans ces conditions, le Gouvernement de l'Union n'estime pas que des renseignements relatifs à des questions de politique, particulièrement de politique future, doivent figurer dans un rapport (ou dans un supplément au rapport) qui ne saurait, par définition, constituer qu'un exposé de données statistiques et de faits relatifs à l'administration du Territoire pendant une année civile. Néanmoins, soucieux d'apporter une aide et une collaboration aussi grandes que possible, il a, en la circonstance, répondu de façon complète aux questions relatives à divers aspects de sa politique. Pourtant, il ne considère pas que, ce faisant, il crée un précédent. En outre, du fait que le Gouvernement de l'Union répond à des questions d'ordre politique, il ne faut pas conclure qu'il s'engage à pratiquer telle ou telle politique dans l'avenir, *ou à rendre à un degré quelconque des comptes à l'Organisation des Nations Unies*. A cet égard, le Gouvernement de l'Union a constaté *qu'on a parfois voulu déduire* de son intention déclarée d'administrer le Territoire dans l'esprit du Mandat *qu'il était disposé à rendre des comptes sur le plan international*. Il ne peut accepter cette interprétation *et il désire rappeler, une fois de plus, que la Société des Nations, à la dernière session, tenue en avril 1946, s'est explicitement abstenue de transférer ses fonctions, en ce qui concerne les Mandats, à l'Organisation des Nations Unies* [38]. » (Les italiques sont de nous.)

A la Quatrième Commission de l'Assemblée générale, il a été réitéré en novembre 1948 (procès-verbaux officiels, 76e séance, p. 288) que

« le Gouvernement de l'Union ne saurait admettre que le Conseil de tutelle puisse utiliser le rapport à des fins autres que celles qui avaient été prévues. *Il est encore moins admissible que le Conseil de tutelle puisse s'arroger le droit, ainsi qu'il le fait dans sa résolution*, « de se prononcer sur la question de savoir si l'Union sud-africaine s'acquitte

[37] L'emploi d'expressions telles que « grand intérêt » et « porter à la connaissance du monde » confirme l'interprétation donnée au paragraphe 56 du fondement de la position adoptée par l'Afrique du Sud à l'égard de l'ONU en ce qui concerne l'incorporation du territoire.

[38] Voir à ce sujet par. 42 ci-dessus et, dans le même sens, les déclarations faites deux ans plus tard par lord McNair et citées dans le même paragraphe.

terms of the mandate . . .' Furthermore, that power was claimed in respect of a territory which was not a trust territory and in respect of which no trusteeship agreement existed. The South African delegation considered that in so doing the Council had exceeded its powers"— (my italics).

Since however the Assembly persisted in dealing with the reports through the Trusteeship Council, they were subsequently discontinued. It is of course evident that the "parties", so to speak, were completely at loggerheads. But no less clear is it *(a)* that the Assembly would agree to nothing, except on a trusteeship basis, and *(b)* that South Africa would agree to nothing that involved recognition of an obligation of accountability to the United Nations. In consequence there was no agreement, no consent.

(c) *Conclusions as to consent*

61. Whatever may be thought of the South African attitude from a wider standpoint than that of law, there can surely be no doubt as to what, *in* law, the character of that attitude was. In the face of the statements above set-out, it is impossible to contend that there was any recognition, or acceptance, of accountability to the United Nations as a *duty* arising for the Mandatory upon the dissolution of the League. There was in fact an express rejection of it. Consequently, in a situation in which, for the reasons given in paragraphs 51 and 52 above, nothing short of positive expressions of recognition or acceptance would have sufficed, there were in fact repeated positive denials and rejections. This being so, all attempts to *imply* it must fail in principle on *a priori* grounds; for implications are valid only in situations of relative indeterminacy where, if there are no very positive indications "for", there are also no very positive ones "against". Where however, as here, there are positive indications "against", mere *implications* "for" cannot prevail. Recognition of accountability could be attributable to South Africa only on the basis of conduct not otherwise explicable. In fact, it was both otherwise explicable, and repeatedly explained.

* * *

62. An important point of international legal order is here involved. If, whenever in situations of this kind a State voluntarily, and for reasons of policy, brings some matter before an international body, it is

de façon adéquate de ses responsabilités, à elle imparties *par les termes du Mandat* ... ». On a invoqué ce droit au sujet d'un territoire qui n'est pas placé sous le régime de tutelle et qui ne fait pas l'objet d'un accord de tutelle. La délégation de l'Union sud-africaine estime que le Conseil de tutelle a outrepassé ses pouvoirs. » (Les italiques sont de nous.)

Mais, comme l'Assemblée générale a persisté à traiter de ces rapports par l'intermédiaire du Conseil de tutelle, l'Afrique du Sud a cessé par la suite d'en envoyer. Il est bien évident qu'il s'agissait d'un véritable dialogue de sourds entre ce qu'on peut appeler les « parties ». Mais il est non moins évident *a)* que l'Assemblée générale refusait de consentir à quoi que ce fût hors du cadre d'un accord de tutelle; *b)* que l'Afrique du Sud n'était pas disposée à admettre quoi que ce fût qui impliquât la reconnaissance d'une obligation de rendre compte à l'ONU. Il n'y avait donc ni accord ni consentement.

c) *Conclusions relatives au consentement*

61. Quoi qu'on puisse penser de l'attitude de l'Afrique du Sud d'un point de vue plus large que celui du droit, on ne saurait avoir le moindre doute quant à la signification qu'elle revêtait *en droit*. A lire les déclarations précitées, il est impossible de soutenir qu'il soit intervenu, après la dissolution de la Société des Nations, une reconnaissance ou une acceptation quelconque d'un *devoir* de rendre compte à l'Organisation des Nations Unies incombant au Mandataire. De fait, l'Afrique du Sud a expressément nié l'existence d'un tel devoir. Par conséquent, dans une situation où, pour les raisons indiquées aux paragraphes 51 et 52 ci-dessus, une affirmation formelle de reconnaissance ou d'acceptation de cette obligation aurait été nécessaire, on ne constate en fait qu'une série de refus et de rejets catégoriques. Cela étant, toute tentative d'en affirmer l'existence par *implication* doit échouer à priori, car des déductions de ce genre ne sont admissibles que dans des situations relativement indéterminées où, s'il n'y a pas d'indications très positives *pour*, il n'y en a pas non plus de très nettes *contre*. Mais, dans un cas comme celui-ci où les indications *contre* sont certaines, on ne saurait se prononcer *pour* par simple implication. Pour qu'on puisse dire que l'Afrique du Sud a reconnu une obligation de rendre compte, il faudrait que son comportement ne soit pas autrement explicable. Or, l'attitude de l'Afrique du Sud l'était parfaitement et fut maintes fois expliquée.

* * *

62. Une considération importante, relative à l'ordre juridique international, est en jeu. Si, dans des situations de ce genre, l'Etat qui a, volontairement et pour des motifs de politique générale, porté une

thereby to be held to have tacitly admitted an *obligation* to do so (as it has quite erroneously been sought to maintain in connexion with the United Kingdom's reference of the Palestine question to the United Nations in 1948), then there must be an end of all freedom of political action, within the law, and of all confidence between international organizations and their member States.

63. Exactly the same is applicable to attempts to read binding undertakings into the language of what are really only statements of policy, as the declarations made at one time or another by the various mandatories essentially were. Clearly in the formative period of the United Nations and the dissolution of the League, the question of mandates was a matter of general interest. They were bound to be discussed,—the mandatories were bound to make known in a general way what their views and attitudes were. Clearly some conclusion had to be reached about their future. *But equally clearly, if not more so, is the fact that the conclusion reached as to their future was that they ought to be placed under the trusteeship system, and that the United Nations should not have anything to do with them as mandates. In other words United Nations supervision was to be exercised through the trusteeship not the mandates system.* At the same time no legal obligation was created under the Charter for mandatories to convert their mandates into trusteeships. Therefore it is not now legally possible (SW. Africa not having been placed under trusteeship and there having been no legal obligation so to place it) to contend that the United Nations is entitled *none the less* to exercise supervision on a mandates basis. Such a contention constitutes a prime example of a process to which I will not give a name, but which should not form part of any self-respecting legal technique.

6. General conclusion on Section A

64. Since for all these reasons the United Nations as an Organization (including therefore both the General Assembly and the Security Council) never became invested with the powers and functions of the Council of the former League in respect of mandates, in any of the possible ways indicated in paragraph 11 above, I must hold that it was incompetent to revoke South Africa's mandate, irrespective of whether the League Council itself would have had that power. It is nevertheless material to enquire whether the latter did have it,—for if not, then *cadit quaestio* even if the United Nations had inherited. To this part of the subject I now accordingly turn.

question devant un organisme international, devait être considéré comme ayant ainsi tacitement reconnu qu'il était *obligé* de le faire (comme on a cherché à le soutenir, bien à tort, à propos du fait que le Royaume-Uni a référé la question de la Palestine à l'ONU en 1948), cela sonnerait le glas de toute liberté d'action politique dans le cadre du droit et de toute confiance entre les organisations internationales et les Etats qui en sont membres.

63. Il en va exactement de même pour les tentatives visant à découvrir des engagements formels dans le texte de simples déclarations de politique générale du genre de celles que les mandataires ont faites à diverses occasions. Il est clair qu'à l'époque de la formation de l'ONU et de la dissolution de la SdN la question des mandats était d'intérêt général. Il fallait bien qu'on en discute et que les mandataires fassent savoir d'une façon générale quels étaient leurs points de vue et leurs positions à ce sujet. De toute évidence, il fallait prendre une décision sur leur avenir. *Mais il est non moins évident, sinon plus, que la conclusion à laquelle on a abouti touchant l'avenir des mandats a été qu'ils devaient être placés sous le régime de tutelle et que l'ONU ne devait absolument pas s'en occuper en tant que mandats. En d'autres termes, la surveillance de l'ONU devait s'exercer dans le cadre du régime de tutelle et non dans celui du système des mandats.* En même temps, la Charte n'imposait aux mandataires aucune obligation de transformer leurs territoires sous mandat en territoires sous tutelle. Il n'est donc plus juridiquement possible aujourd'hui (le Sud-Ouest africain n'ayant pas été placé sous tutelle et aucune obligation de ce faire n'ayant existé) d'affirmer que l'Organisation des Nations Unies est *néanmoins* habilitée à exercer une surveillance au titre des mandats. Le soutenir serait recourir à un procédé que je ne qualifierai pas mais qui est fort peu recommandable dans toute technique juridique digne de ce nom.

6. Conclusion générale de la section A

64. Considérant, pour tous les motifs indiqués, que les Nations Unies en tant qu'organisation (et il s'agit donc ici aussi bien de l'Assemblée générale que du Conseil de sécurité) n'ont jamais été investies des pouvoirs et fonctions du Conseil de l'ancienne Société des Nations relativement aux mandats par aucun des moyens possibles décrits au paragraphe 11 ci-dessus, je dois conclure que cette organisation n'avait pas compétence pour révoquer le Mandat de l'Afrique du Sud, que le Conseil de la SdN ait eu lui-même ce pouvoir ou non. Il importe néanmoins de se demander si ce dernier possédait effectivement un tel pouvoir car, s'il ne le possédait pas, la question ne se pose pas, même si l'ONU avait recueilli la succession de la SdN. Partant, c'est cet aspect du problème que je vais examiner.

SECTION B

EVEN IF THE UNITED NATIONS BECAME INVESTED WITH THE POWERS OF THE FORMER COUNCIL OF THE LEAGUE OF NATIONS, THESE DID NOT INCLUDE ANY POWER OF UNILATERAL REVOCATION OF A MANDATE

1. Lack of competence of the United Nations to exercise any other or greater supervisory powers in respect of mandates than were possessed by the League of Nations

65. On the assumption—or postulate as it really has to be—that, contrary to the conclusion reached in the preceding section (Section A), the United Nations did inherit—or did otherwise become invested with—a supervisory function in respect of those mandates which remained mandates and were not converted into United Nations trusteeships;—it then becomes necessary to enquire what was the nature and scope (or content) of that function, as it was exercised, or exercisable, by the Council of the League of Nations. Such an enquiry is rendered necessary because of an elementary yet fundamental principle of law. In so far as (if at all) the United Nations could legitimately exercise any supervisory powers, these were perforce *derived* powers—powers inherited or taken over from the League Council [39]. They could not therefore exceed those of the Council,—for *derived* powers cannot be other or greater than those they derive from. There could not have been transferred or passed on from the League what the League itself did not have,—for *nemo dare potest quod ipse non habet*, or (the corollary) *nemo accipere potest id quod ipse donator nunquam habuit*. This incontestable legal principle was recognized and applied by the Court in 1950, and was the basis of its finding (*I.C.J. Reports 1950*, at p. 138) that:

> "The degree of supervision to be exercised by the General Assembly should not therefore exceed that which applied under the Mandates System, and should conform as far as possible to the procedure followed in this respect by the Council of the League of Nations."

This finding was specifically affirmed in the later *Voting Procedure* and *Oral Petitions* cases (1955 and 1956), both of which indeed turned on whether the way in which the Assembly was proposing or wanting to interpret and conduct its supervisory role in certain respects, would be

[39] It goes without saying that even if, contrary to the conclusion reached in the previous section, South Africa consented or can be deemed to have consented, to any exercise of supervisory powers by the United Nations, it can never in any circumstances have consented, or be deemed to have consented, to the exercise of *more* extensive powers than those of the League.

SECTION B

A SUPPOSER QUE LES POUVOIRS DU CONSEIL DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS AIENT ÉTÉ DÉVOLUS À L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, ILS NE COMPRENAIENT PAS LE POUVOIR DE RÉVOQUER UNILATÉRALEMENT UN MANDAT

1. L'Organisation des Nations Unies n'est pas compétente pour exercer à propos des mandats des pouvoirs de surveillance autres ou plus grands que ceux que possédait la Société des Nations

65. Si l'on part de l'hypothèse ou de ce qu'il faut bien appeler le postulat que, contrairement à la conclusion à laquelle j'ai abouti dans la section précédente (section A), l'ONU a effectivement hérité — ou obtenu d'une autre façon — une fonction de surveillance sur les mandats qui subsistaient comme tels, sans avoir été transformés en tutelles des Nations Unies, il faut se demander quelles étaient la nature et la portée (ou le contenu) de cette fonction, telle qu'elle avait été ou aurait pu être exercée par le Conseil de la Société des Nations, et cela à cause d'un principe élémentaire mais fondamental de droit. Dans la mesure incertaine où l'Organisation des Nations Unies pourrait légitimement exercer des pouvoirs de surveillance, ce serait nécessairement des pouvoirs *dérivés*, hérités ou repris du Conseil de la Société des Nations [39], et qui ne pourraient dépasser ceux qu'avait le Conseil, des pouvoirs *dérivés* ne pouvant être autres ni plus grands que ceux dont ils dérivent. Il n'est pas possible que la SdN ait légué ou dévolu quelque chose qu'elle ne possédait pas elle-même; *nemo dare potest quod ipse non habet*, ou (le corollaire) *nemo accipere potest id quod ipse donator nunquam habuit*. Ce principe juridique incontestable a été reconnu et appliqué par la Cour en 1950, et c'est sur lui qu'elle s'est fondée pour conclure (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 138):

> « Le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait donc dépasser celui qui a été appliqué sous le régime des Mandats et devrait être conforme, autant que possible, à la procédure suivie en la matière par le Conseil de la Société des Nations. »

Cette conclusion a été formellement réaffirmée par la suite dans les affaires concernant la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* et l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest afri-*

[39] Il va sans dire que même si, contrairement à la conclusion que j'ai formulée dans la section précédente, le Mandataire avait consenti ou pouvait être considéré comme ayant consenti à tout exercice d'un pouvoir de surveillance par l'ONU, il n'aurait pu en aucun cas consentir, ou être réputé avoir consenti, à l'exercice de pouvoirs plus étendus que ceux de la SdN.

consistent with the principle thus enunciated. Furthermore, in the second of these cases the Court gave renewed expression to the principle. Referring to its original (1950) Opinion, it said (*I.C.J. Reports 1956*, at p. 27):

> "In that Opinion the Court . . . made it clear that the obligations of the Mandatory were those which obtained under the Mandates System. Those obligations could not be extended beyond those to which the Mandatory had been subject by virtue of the provisions of Article 22 of the Covenant and of the Mandate for South West Africa under the Mandates System. The Court stated therefore that the degree of supervision to be exercised by the General Assembly should not exceed that which applied under the Mandates System [and that] the degree of supervision should conform as far as possible to the procedure followed by the Council of the League . . ."

66. The correctness of this view has never been challenged, and seems on principle unchallengeable. It follows inevitably therefore that if the League possessed no power of unilateral revocation of a mandate [40] the United Nations could not have become subrogated to any such power. It equally follows on the procedural side—(and here there is an important connexion)—that if, under the mandates system as conducted by the League, the position was that the supervisory body, the League Council, could not bind a mandatory without its consent, then neither could the organs of the United Nations do so, whether it was the General Assembly or the Security Council that was purporting so to act. In short, let the Assembly—or for that matter the Security Council—be deemed to have all the powers it might be thought that either organ has, or should have,—these still could not, in law, be exercised in the field of *mandates* [41] to any other or greater effect than the League Council could have done. (Both organs are of course also subject to *Charter* limitations on their powers which will be considered in main Section C below.)

---

[40] The "indefinite" article—"a" not "the" mandate is here employed of set purpose,—for whatever the position was as regards the League's powers of revoking a mandate, it was the same for all mandates, not merely that for SW. Africa. The view that the latter could unilaterally be revoked entails that the various Australian, Belgian, French, Japanese, New Zealand and United Kingdom mandates equally could be.

[41] What the Security Council might be able to do not on a mandates but on a peace-keeping basis is considered separately in paragraphs 110-116 below.

cain (1955 et 1956); l'une et l'autre portaient sur le point de savoir si la manière dont l'Assemblée entendait interpréter et exercer sa fonction de surveillance à certains égards était conforme au principe ainsi formulé. En outre, dans la deuxième de ces affaires, la Cour a de nouveau énoncé ce principe. Se référant à son avis initial de 1950, elle a dit (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 27):

> « Dans cet avis, la Cour ... a clairement énoncé que les obligations du Mandataire étaient celles qui prévalaient sous le régime des Mandats. Ces obligations ne pouvaient être accrues de manière à dépasser celles auxquelles le Mandataire avait été soumis sous le régime des Mandats en vertu de l'article 22 du Pacte et du Mandat sur le Sud-Ouest africain. La Cour a donc déclaré que le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait dépasser celui qui a été appliqué sous le régime des Mandats ... [et] que le degré de surveillance devrait se conformer autant que possible à la procédure suivie à cet égard par le Conseil de la Société des Nations. »

66. Le bien-fondé de cette affirmation n'a jamais été contesté, et il paraît en principe incontestable. Il s'ensuit nécessairement que, si la Société des Nations n'avait aucun pouvoir de révocation unilatérale à l'égard d'un mandat [40], l'Organisation des Nations Unies ne pouvait pas avoir hérité un tel pouvoir. Il s'ensuit également sur le plan de la procédure — et c'est là une considération importante — que si, dans le système des mandats tel qu'il était géré par la Société des Nations, l'organisme de surveillance, à savoir le Conseil de la SdN, ne pouvait lier le mandataire sans son consentement, les organes des Nations Unies ne le pouvaient pas non plus, que ce soit l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité. Bref, quand bien même on admettrait que l'Assemblée générale, voire le Conseil de sécurité, a tous les pouvoirs qu'elle est supposée posséder ou devoir posséder, il n'en resterait pas moins qu'en droit ces pouvoirs ne sauraient avoir à l'égard des *mandats* [41] un effet autre ou plus grand que ceux du Conseil de la SdN (et bien entendu, les pouvoirs des deux organes sont aussi limités par la *Charte*, comme on le verra à la section C ci-après).

---

[40] L'article « indéfini » « un », et non pas l'article défini « le » mandat, est utilisé ici à dessein, car quel qu'ait été le pouvoir de la SdN de révoquer un mandat, ce pouvoir était le même pour tous les mandats, et ne valait pas seulement pour le Sud-Ouest africain. Si l'on admettait que le Mandat pour le Sud-Ouest africain pouvait être révoqué unilatéralement, il faudrait supposer que les divers mandats de l'Australie, de la Belgique, de la France, du Japon, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni auraient pu l'être aussi.

[41] Ce que le Conseil de sécurité pourrait faire non pas au titre des mandats mais au titre du maintien de la paix est examiné séparément dans les paragraphes 110-116 ci-après.

2. *The League had no power of unilateral revocation, express or implied*

(a) *Presumption against the existence of such a power*

67. The case for deeming League of Nations mandates to have been subject to a power of unilateral revocation by the Council of the League does not rest on any provision of the mandates themselves, or of the League Covenant. (These indeed, as will be seen presently, imply the exact opposite.) The claim is one which, as noted earlier, is and can only be advanced on the assumption of fundamental breaches of the mandate concerned, such as, if the case were one of a private law contract for instance, could justify the other party in treating it as terminated [42]. The claim therefore rests entirely on the contention that, in the case of institutions such as the League mandates were, there must exist an inherent power of revocability in the event of fundamental breach, even if no such power is expressed;—that indeed there is no need to express it. This is in fact the Court's thesis.

* * *

68. In support of this view, comparisons are drawn with the position in regard to private law contracts and ordinary international treaties and agreements, as to which it may be said that fundamental breaches by one party will release the other from its own obligations [43], and thus, in effect, put an end to the treaty or contract. The analogy is however misleading on this particular question, where the contractual situation is different from the institutional,—so that what may be true in the one case

---

[42] Note the intentional use of the phrase "in treating it as terminated" and not "in putting an end to it". There is an important conceptual difference. Strictly speaking, all that one party alleging fundamental breaches by the other can do, is to declare that it no longer considers itself bound to continue performing *its own* part of the contract, which it will regard as terminated. But whether the contract *has*, in the objective sense, come to an end, is another matter and does not necessarily follow (certainly not from the unilateral declaration of that party)—or there would be an all too easy way out of inconvenient contracts.

[43] The question at once arises who or what would, in the case of mandates, be the other party, and what would be its obligations from which it could claim release because of the mandatory's breaches? In the case of a mandate what obligations are there other than the mandatory's? How and by whom is the existence of fundamental breaches to be established with the effect that would attach to a judgment (not opinion) of a competent court of law (not a lay political organ)?

2. La Société des Nations n'avait aucun pouvoir de révocation unilatérale, exprès ou implicite

a) *Présomption contre l'existence d'un tel pouvoir*

67. L'argument qui permettrait de considérer que les mandats de la Société des Nations étaient soumis à un pouvoir de révocation unilatérale du Conseil de la SdN ne repose sur aucune disposition des mandats eux-mêmes ni du Pacte. En fait, comme on le verra par la suite, ces derniers impliquent exactement le contraire. Cet argument, comme on l'a déjà signalé, est avancé et ne peut être avancé que dans l'hypothèse de violations fondamentales du mandat qui, s'il s'agissait d'un contrat de droit privé par exemple, pourrait autoriser l'autre partie à le considérer comme résolu [42]. L'argument repose donc entièrement sur cette idée que, dans le cas d'institutions comme les mandats de la Société des Nations, il doit exister un pouvoir inhérent de révocation en cas de violation fondamentale, même si ce pouvoir n'est pas spécifié en toutes lettres; en somme il ne serait même pas besoin de le spécifier. C'est là en fait la thèse de la Cour.

* * *

68. A l'appui de cette thèse, on établit un rapprochement avec les contrats de droit privé et les traités et accords internationaux ordinaires, à propos desquels on peut dire qu'une violation fondamentale commise par l'une des parties libère l'autre de ses obligations [43] et qu'elle a ainsi pour effet de mettre un terme au traité ou au contrat. L'analogie est néanmoins trompeuse sur ce point particulier où la situation contractuelle est différente de la situation institutionnelle, de sorte que ce qui peut être vrai dans un cas ne saurait être transposé et appliqué purement et

---

[42] On notera l'emploi intentionnel de l'expression « à le considérer comme résolu » et non pas « à y mettre un terme ». Il y a entre ces deux expressions une importante différence théorique. A proprement parler, tout ce que peut faire une partie qui allègue des violations fondamentales de l'autre partie est de déclarer qu'elle ne se considère plus tenue de continuer à remplir *ses propres obligations* en vertu du contrat, qu'elle considère comme n'existant plus. Mais autre chose est de savoir si le contrat a *effectivement* et objectivement pris fin; ce n'est pas une conséquence nécessaire, et en tout état de cause elle ne saurait découler de la déclaration unilatérale d'une partie, sinon il serait trop facile de se dégager d'un contrat gênant.

[43] La question se pose immédiatement de savoir qui serait l'autre partie dans le cas des mandats et de quelles obligations cette autre partie pourrait prétendre se libérer pour cause de violation commise par le mandataire. Dans un mandat, quelles obligations y a-t-il à part celles du mandataire? Comment et par qui serait constatée l'existence de violations fondamentales de manière que cette constatation ait l'effet d'un jugement (et non d'un avis) rendu par un tribunal compétent (et non pas par un organe politique ordinaire)?

cannot simply be translated and applied to the other without inadmissible distortions (see footnotes 42 and 43).

69. There is no doubt a genuine difficulty here, inasmuch as a régime like that of the mandates system seems to have a foot both in the institutional and the contractual field. But it is necessary to adhere to at least a minimum of consistency. If, on the basis of contractual principles, fundamental breaches justify unilateral revocation, then equally is it the case that contractual principles require that a new party to a contract cannot be imposed on an existing one without the latter's consent (novation). Since in the present case one of the alleged fundamental breaches [44] is precisely the evident non-acceptance of this new party, and of any duty of accountability to it (such an acceptance being *ex hypothesi*, on contractual principles, *not* obligatory), a total inconsistency is revealed as lying at the root of the whole Opinion of the Court in one of its most essential aspects.

70. If, in order to escape this dilemma—and it is not the only one [45]—a shift is made into the international institutional field, what is at once apparent is that the entities involved are not private persons or corporate entities, but sovereign States. Where a sovereign State is concerned, and where also it is not merely a question of pronouncing on the legal position, but of ousting that State from an administrative role which it is physically in the exercise of, it is not possible to rely on any theory of implied or inherent powers. It would be necessary that these should have been given concrete expression in whatever are the governing instruments. If it is really desired or intended, in the case of a sovereign State accepting a mission in the nature of a mandate, to make the assignment revocable upon the unilateral pronouncement of another entity, irrespective of the will of the State concerned [46], it would be essential to make express provision for the exercise of such a power.

71. Nor would that be all,—for provision would also need to be made as to how it was to be exercised,—since clearly, *upon* its exercise a host of legal and practical questions would at once arise, requiring speedy solution, and possibly demonstrating the existence of potential problems more serious than those supposed to be solved by the revocation. To

[44] Alleged breaches that have not in any event been properly established—see paragraphs 2-5 at the start of the present Opinion.

[45] For instance, according to ordinary contractual principles, and subject to qualifications not here relevant, the death or extinction of one of the parties to a contract normally puts an end to it and releases the other party from any further obligations except such as have already accrued due but remain undischarged. Applied to mandates this would have meant their termination upon the extinction of the League of Nations, and the discharge from all further obligations of the mandatories, who would have remained in a situation of physical occupation from which they could not in practice have been dislodged.

[46] If it be objected that no State would willingly or knowingly accept such conditions, I can only agree,—but this in fact reinforces and points up the whole of my argument. The obvious absurdity of the whole idea at once emerges.

simplement dans l'autre sans distorsions inadmissibles (voir notes 42 et 43).

69. Sans doute il existe ici une difficulté dans la mesure où un régime comme celui des mandats paraît relever à la fois du domaine institutionnel et du domaine contractuel. Mais un minimum de logique s'impose. Si, sur la base de principes contractuels, on estime que des violations fondamentales justifient une révocation unilatérale, on doit admettre aussi qu'en vertu des principes contractuels un nouveau cocontractant ne peut être imposé à une partie à un contrat sans son consentement (novation). Puisque en l'espèce l'une des violations fondamentales alléguées [44] est précisément la non-acceptation évidente du nouveau cocontractant, le rejet de toute obligation consistant à lui rendre compte (l'acceptation d'un nouveau cocontractant étant par définition *non* obligatoire, d'après les principes contractuels), on voit que sur l'un des points essentiels tout l'avis de la Cour repose sur un illogisme complet.

70. Si, pour échapper à ce dilemme, qui n'est pas le seul [45], on passe au domaine institutionnel, on voit tout de suite que les entités en cause ne sont ni des particuliers ni des personnes morales de droit privé mais des Etats souverains. Lorsqu'un Etat souverain est en cause et lorsqu'il ne s'agit pas simplement de se prononcer sur la situation juridique, mais d'écarter cet Etat d'un rôle administratif qui est effectivement le sien, on ne saurait se fonder sur une théorie de pouvoirs implicites ou inhérents. Il faut que ces pouvoirs s'expriment concrètement dans les instruments pertinents, quels qu'ils soient. Si l'on tient vraiment à ce que la mission d'un Etat souverain acceptant une charge telle qu'un mandat soit révocable sur déclaration unilatérale d'une autre entité, quelle que soit la volonté de l'Etat intéressé [46], il serait indispensable de stipuler expressément cette possibilité.

71. Cela ne suffirait d'ailleurs pas, car il faudrait également prévoir comment ce pouvoir serait exercé; en effet, il est bien évident que, *dès* son exercice, il se poserait une multitude de questions juridiques et pratiques exigeant une solution rapide, questions qui pourraient même révéler des problèmes potentiellement plus graves que ceux que la révocation

[44] Les violations ainsi alléguées n'ont d'ailleurs pas été prouvées comme il convient — voir par. 2 à 5 au début de la présente opinion.

[45] C'est ainsi que, d'après les principes ordinaires du droit des contrats et sous des réserves qui ne sont pas pertinentes ici, la mort ou la disparition de l'une des parties met normalement fin au contrat et dégage l'autre partie de toutes les obligations qu'imposait encore le contrat, sauf celles qui étaient déjà nées et n'avaient pas été exécutées. Dans le cas des mandats, il en aurait résulté que la dissolution de la Société des Nations aurait entraîné leur extinction, que les mandataires auraient été dégagés de toutes autres obligations et qu'ils seraient restés comme occupants dans le territoire, dont il n'aurait pas été possible en pratique de les évincer.

[46] Si l'on objecte qu'aucun Etat n'accepterait ces conditions de bon gré ou sciemment, je ne peux qu'en tomber d'accord, mais cela ne fait que renforcer et mettre en relief l'ensemble de mon argumentation. L'absurdité de l'idée même apparaît immédiatement.

leave such matters in the air—to depend on the chance operation of unexpressed principles or rules—is an irresponsible course, and not the way things are done. If the possibility of changes of mandatory had really been contemplated, the normal method would have been to provide for a review after an initial period of years, or at stated intervals,—and even this would not imply any general or unconstrained power of revocation, but rather an ordered process of periodical re-examination in which the mandatory itself would certainly participate.

* * *

72. In consequence, within a jurisprudential system involving sovereign independent States and the major international organizations whose membership they make up, there must be a natural presumption *against* the existence of any such drastic thing as a power of unilaterally displacing a State from a position or status which it holds [47]. No implication based on supposed inherency of right—but only concrete expression in some form—could suffice to overcome this presumption,—for what is in question here is not a simple finding that international obligations are considered to have been infringed, but something going much further and involving action—or purported action—of an executive character on the objective plane. *It is as if the King of Ruritania were declared not only to be in breach of Ruritania's international obligations but also, on that account, be no longer King of Ruritania.* The analogy is not claimed to be exact, but it will serve to make the point,—namely that infringements of a mandate might cause the mandatory concerned to be in breach of its international obligations but could not cause it thereby to cease to be the mandatory or become liable to be deposed as such, at the fiat of some other authority, *unless* the governing instruments so provided or clearly implied. In the present case they not only do not do so but, as will be seen, indicate the contrary.

(b) *Positive indications negativing the notion of revocability*:—
(1) based on the terms of the relevant instruments and certain applicable principles of interpretation

(i) Essentially non-peremptory character of the mandates system

73. This point will be more fully dealt with in connexion with the basic voting rule of the League which, with certain exceptions not applicable

[47] It is not that sovereign States are above the law, but that the law itself takes account of the fact that they are not private citizens or private law entities.

serait censée résoudre. Laisser ces questions en suspens, s'en remettre au jeu fortuit de principes ou de règles non exprimés, c'est se montrer irresponsable, ce n'est pas ainsi qu'on agit. Si l'on avait envisagé véritablement la possibilité d'un changement de mandataire, la méthode normale eût été de prévoir un réexamen après une période initiale ou à intervalles fixes et cette formule même n'impliquerait aucun pouvoir général ou illimité de révocation, mais plutôt un processus méthodique de revision périodique auquel le mandataire lui-même participerait certainement.

* * *

72. En conséquence, dans un système juridique auquel participent des Etats indépendants et souverains et les grandes organisations internationales dont ils sont membres, il doit forcément y avoir une présomption naturelle *contre* l'existence d'un pouvoir aussi radical que celui d'évincer unilatéralement un Etat d'une certaine situation ou de le priver d'un certain statut [47]. Aucune déduction fondée sur le caractère prétendument inhérent d'un droit ne pourrait suffire à faire tomber cette présomption; seule une expression concrète sous une forme ou sous une autre pourrait le faire, car ce qui est en cause ici ce n'est pas la simple constatation que des obligations internationales ont été violées, c'est quelque chose qui va beaucoup plus loin et qui suppose une action, ou un projet d'action, ayant objectivement un caractère exécutif. *C'est comme si l'on déclarait que le roi de Ruritanie non seulement a violé les obligations internationales de la Ruritanie mais aussi que, pour cette raison, il n'est plus roi de Ruritanie.* Je ne prétends pas que l'analogie soit exacte, mais elle fera mieux comprendre mon argument qui est celui-ci: si, lorsque le mandataire enfreint le mandat, on peut en conclure qu'il a violé ses obligations internationales, on ne saurait par contre en déduire qu'il cesse d'être mandataire ou peut être déposé, par le décret d'une autre autorité, *à moins que* les instruments pertinents ne le prévoient ou ne l'impliquent clairement. En l'occurrence, non seulement ce n'est pas le cas, mais, comme on va le voir, les indications sont en sens contraire.

b) *Indications positives démentant la notion de révocabilité et 1) fondées sur les termes des instruments pertinents et sur certains principes d'interprétation applicables*

i) Caractère essentiellement non absolu du système des mandats

73. Cette question sera traitée plus à fond dans le cadre de l'examen de la règle fondamentale de vote de la Société des Nations qui, à part

[47] Ce n'est pas à dire que les Etats souverains sont au-dessus du droit; mais le droit tient compte du fait qu'il ne s'agit pas de particuliers ou de personnes morales de droit privé.

in the case of mandates, was that of unanimity including the vote of the interested party, and therefore of the mandatory concerned. It is mentioned here by way of introduction as being an essential piece of background knowledge,—for since it was the case that mandatories could not in the last resort become bound by the decisions of the League Council unless they agreed with them, or at least tacitly acquiesced in, or did not oppose them [48], the system was necessarily non-peremptory in character;—and in relation to such a system there is obviously an element of total unreality in speaking of a power of unilateral revocation,—for any decision to revoke would itself, in order to be valid, have required the concurrence of the mandatory [49]. It could not therefore have been unilateral. Any other view involves an inherent logical contradiction.

(ii) Limited scope of the so-called supervisory function as exercised by the League Council

74. As was mentioned early in this Opinion (paragraph 14 above), no supervisory role in respect of mandates was, *in terms*, conferred upon the League Council, or any other organ of the League, either by the relevant mandate itself or by Article 22 of the League Covenant, which established the mandates system as a régime, and indicated its character in considerable detail—but not in this particular respect. The supervisory role or function was left to emerge entirely—or virtually so—as a kind of deduction from, or corollary of the obligation of the mandatory concerned to furnish annual reports to the Council. It is therefore to the character of *that* obligation to which regard must be had in order to establish what kind and scope of supervision could legitimately be inferred as flowing from it.

Applicable principle of interpretation

Where a right or power has not been the subject of a specific grant, but exists only as the corollary or counterpart of a corres-

[48] In fact, strictly speaking, there could not, without the concurrence of the mandatory, *be* a decision as such: there could only be something in the nature of a (non-binding) recommendation. But the mandatory could refrain from exercising its vote.

[49] The principle *nemo iudex esse potest in sua propria causa* clearly cannot apply so as to defeat the voting rules laid down in the constitutions of international organizations;—or else, to take an obvious example, the five permanent Members of the United Nations Security Council would be unable to exercise their "veto" in regard to any matter involving their own interests;—whereas one of the objects of giving them the veto was, precisely (apart from the specific exception contained in Article 27, paragraph 3, of the Charter, as also the analogous one in the League Covenant—see paragraph 80 below), to enable them to protect those interests.

quelques exceptions ne s'appliquant pas au cas des mandats, prévoyait l'unanimité des voix, y compris celle de la partie intéressée, donc du mandataire en cause. J'évoque cette question ici, à titre d'introduction, car elle constitue un élément essentiel à une bonne compréhension des antécédents historiques: en effet, puisqu'en dernier ressort les mandataires ne pouvaient pas être liés par les décisions du Conseil de la SdN, sauf s'ils les approuvaient ou du moins s'ils y acquiesçaient tacitement ou ne s'y opposaient pas [48], le système était forcément dépourvu de tout caractère absolu; et dans un tel système il est manifestement chimérique de parler d'un pouvoir de révocation unilatérale, car la validité d'une décision de révocation aurait elle-même dépendu de l'assentiment du mandataire [49]. Elle n'aurait donc pas pu être unilatérale. Toute autre conception recèle une contradiction logique.

ii) Portée limitée de la prétendue fonction de surveillance exercée par le Conseil de la Société des Nations

74. Comme il est indiqué au début de la présente opinion (par. 14 ci-dessus), aucune fonction de surveillance à l'égard des mandats n'avait été *expressément* conférée au Conseil de la SdN ni à aucun autre organe de la Société, et cela aussi bien dans l'acte de mandat qu'en vertu de l'article 22 du Pacte de la SdN, qui instituait le régime nouveau du « système des mandats » et en précisait la nature avec force détails — mais pas sur ce point particulier. Le rôle ou la fonction de surveillance devait se dégager exclusivement — ou presque exclusivement — par voie de déduction ou comme un corollaire de l'obligation qu'avait le mandataire d'envoyer des rapports annuels au Conseil. C'est donc la nature de cette obligation-là qu'il faut examiner pour préciser le genre et la portée de la surveillance qu'on pouvait légitimement considérer comme une conséquence de cette obligation.

Principe d'interprétation applicable

Lorsqu'un droit ou un pouvoir n'a pas fait l'objet d'une attribution spécifique mais n'existe que comme corollaire ou

[48] En fait, à strictement parler, sans l'assentiment du mandataire aucune décision, au sens propre, n'était possible, mais seulement quelque chose comme une recommandation (non obligatoire). Le mandataire pouvait cependant s'abstenir de voter.

[49] Le principe *nemo judex esse potest in sua propria causa* ne peut évidemment avoir pour effet de paralyser la règle de vote prévue dans les constitutions des organisations internationales; sinon, pour prendre un exemple évident, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies seraient empêchés d'exercer leur veto pour toute question mettant en jeu leurs propres intérêts; or, l'une des raisons pour lesquelles le droit de veto leur a été accordé était précisément (à part l'exception particulière prévue à l'art. 27, par. 3, de la Charte — voir l'exception analogue du Pacte de la SdN, par. 80 ci-dessous) de leur permettre de protéger ces intérêts.

ponding obligation, this right or power is necessarily defined by the nature of the obligation in question, and limited in its scope to what is required to give due effect to such correlation.

75. All the various mandates (with one exception not here pertinent [50], and subject to minor differences of language) dealt with the reporting obligation in the same way. Citing that for SW. Africa, it was provided (Article 6) that the Mandatory was to render to the Council of the League "an annual report to the satisfaction of the Council [51] containing full information with regard to the territory and indicating the measures taken to carry out the obligations assumed . . .". This was a reflection and expansion of paragraph 7 of Article 22 of the Covenant, which provided for an annual report to the Council "in reference to the territory committed to [the Mandatory's] charge". The only other relevant clause was paragraph 9 of Article 22, which provided for the setting up of what became the Permanent Mandates Commission, "to receive and examine the annual reports of the Mandatories and to advise the Council on all matters relating to the observance of the mandates". Later, by special arrangement, written petitions from the inhabitants of the mandated territories, forwarded through the mandatories, could also be received and examined.

* * *

76. It is clear therefore that the sole real *specific* function of the Council was (via the Permanent Mandates Commission) to "receive and examine" these reports and petitions. The Council could require that the reports should be to its satisfaction, namely "contain full information" about the mandated territory, and "indicate the measures taken" by the mandatory, etc. It would also be a natural corollary that the Council could comment on these reports, indicate to the mandatory what measures it thought wrong or inadequate, suggest other measures, etc.,—but in no case with any binding effect unless the mandatory agreed. The Council could exhort, seek to persuade and even importune; but it could not

[50] That of Iraq, which was differently handled—see joint dissenting Opinion, *I.C.J. Reports 1962*, p. 498, n. 1.

[51] The phrase "to the satisfaction of the Council" cannot have related to the measures reported on, for the mandatory only had to render one annual report, and could not know, at the reporting stage, what view the Council would take as to those measures. Nor did the mandatory subsequently revise its *report*, though it might revise its measures. The object of the report was, precisely, to inform the Council about these;—and, considered *as* a piece of reporting, the report was necessarily satisfactory if it contained full and accurate information as to what was being done, so that the Council, having thus been put in possession of all the facts, would, on the basis of the report, be able to indicate to the mandatory whether it approved of the measures concerned or what other or additional measures it advocated.

contrepartie d'une obligation correspondante, le droit ou le pouvoir en question se définit nécessairement d'après la nature de cette obligation et sa portée est limitée à ce qui est nécessaire pour maintenir cette corrélation.

75. Chacun des mandats (à une exception près qui n'est pas pertinente ici [50] et sous réserve de légères divergences rédactionnelles) envisageait de la même façon l'obligation de rendre compte. Pour citer le Mandat pour le Sud-Ouest africain, celui-ci stipulait (art. 6) que le Mandataire devrait fournir au Conseil de la Société des Nations « un rapport annuel satisfaisant le Conseil [51] et contenant toute information intéressant le territoire et indiquant les mesures prises pour assurer les engagements pris... ». Cette clause reprenait sous une forme plus détaillée l'article 22, paragraphe 7, du Pacte, qui prévoyait l'envoi au Conseil d'un rapport annuel « concernant les territoires dont [le Mandataire] a la charge ». La seule autre disposition pertinente était l'article 22, paragraphe 9, relatif à la création de ce qui devait devenir la Commission permanente des mandats, « chargée de recevoir et d'examiner les rapports annuels des Mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats ». Ultérieurement, par arrangement spécial, la Commission a pu également recevoir et examiner des pétitions écrites des habitants des territoires sous mandat transmises par les mandataires.

* * *

76. Il est donc clair que la seule véritable fonction *spécifique* du Conseil était de « recevoir et examiner » ces rapports et ces pétitions par l'intermédiaire de la Commission permanente des mandats. Le Conseil pouvait exiger que les rapports lui donnent satisfaction, c'est-à-dire qu'ils contiennent « toute information intéressant le territoire » et indiquent « les mesures prises » par le mandataire, etc. Il serait également naturel de considérer que, comme corollaire, le Conseil pouvait commenter les rapports, indiquer au mandataire quelles mesures lui paraissaient mauvaises ou insuffisantes, lui en suggérer d'autres, etc. (mais en aucun cas avec effet obligatoire, si le mandataire n'était pas d'accord).

[50] Celle de l'Irak, dont le cas a été traité différemment — voir opinion dissidente commune, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 498, note 1.

[51] Les mots « satisfaisant le Conseil » n'auraient pas pu se rapporter aux mesures dont il était rendu compte, car le mandataire ne devait envoyer qu'un seul rapport annuel et ne pouvait donc pas savoir, au moment où il présentait le rapport, si ces mesures satisferaient le Conseil. D'autre part le mandataire, s'il pouvait reconsidérer les mesures qu'il avait prises, ne revisait pas son *rapport*. Le rapport avait précisément pour objet d'informer le Conseil de ces mesures; envisagé comme un moyen d'information, le rapport ne pouvait être que « satisfaisant » du moment qu'il contenait des renseignements complets et exacts sur les mesures prises, de façon que le Conseil, ayant été saisi de tous les faits, soit à même, sur la base de ce rapport, de faire savoir au mandataire s'il approuvait les mesures en question, ou de lui indiquer les autres mesures ou les mesures complémentaires qu'il préconisait.

require or compel,—and it is not possible, from an obligation which, on its language, is no more than an obligation to render reports of a specified kind, to derive a further and quite different obligation to act in accordance with the wishes of the authority reported to. This would need to be separately provided for, and it is quite certain that none of the various mandatories ever understood the reporting obligation in any such sense as that, and equally certain that they never would have undertaken it if they had.

77. In other words, the supervisory function, as it was contemplated for League purposes, was really a very limited one—a view the principle of which was endorsed by Sir Hersch Lauterpacht in the *Voting Procedure* case when, speaking of United Nations trusteeships (but of course the same thing applies *a fortiori* to the case of mandates) he said this (*I.C.J. Reports 1955*, p. 116):

> "... *there is no legal obligation, on the part of the Administering Authority, to give effect to a recommendation of the General Assembly to adopt or depart from a particular course of legislation or any particular administrative measure.* The legal obligation resting upon the Administering Authority is to administer the Trust Territory in accordance with the principles of the Charter and the provisions of the Trusteeship Agreement, *but not necessarily in accordance with any specific recommendation of the General Assembly or of the Trusteeship Council*"—(my italics).

* * *

78. Such then was the real and quite limited nature of the supervisory function to which the General Assembly became subrogated, if it became subrogated to any function at all in respect of mandates. It was, as the term implies, strictly a right of "supervision"; it was not a right of *control*—it did not comprise any executive power;—and therefore clearly could not have comprised a power of so essentially executive a character as that of revocation. Between a function of supervision (but not of control) and a power to *revoke* a mandate and, so to speak, evict the mandatory—and to do this unilaterally without the latter's consent—there exists a gulf so wide as to be unbridgeable. It would involve a power different not only (and greatly) in degree, but in kind. This is a consideration which, in the absence of express provision for revocation, makes it impossible to imply such a power,—and indeed excludes the whole notion of it, as being something that could not have fallen within the League Council's very limited supervisory role, and accordingly cannot fall within that of the United Nations Assembly—assuming the latter to have any supervisory role.

Le Conseil pouvait exhorter, user de persuasion et même importuner; mais il ne pouvait ni exiger ni contraindre — or, d'une obligation qui, par son libellé, n'est rien de plus qu'une obligation d'envoyer des rapports d'un type déterminé, il n'est pas possible de déduire l'obligation supplémentaire et toute différente d'agir selon les vœux de l'autorité qui reçoit les rapports. Cette dernière aurait dû être prévue à part; or il est bien certain qu'aucun des mandataires n'a jamais entendu de cette manière l'obligation de faire rapport, et non moins certain que s'il l'avait comprise ainsi, il n'y aurait jamais souscrit.

77. En d'autres termes, la fonction de surveillance, telle qu'elle était envisagée aux fins de la Société des Nations, était en réalité une fonction très limitée — et sir Hersch Lauterpacht a reconnu qu'il en était en principe ainsi dans l'affaire de la *Procédure de vote*, quand, à propos du régime de tutelle institué par les Nations Unies (mais évidemment il en va à fortiori de même pour les mandats), il a déclaré (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 116):

> « *Il n'y a ... pas d'obligation juridique de la part de l'autorité administrante d'adopter ou d'abroger une mesure législative ou administrative particulière, dans le but de donner effet à une recommandation de l'Assemblée générale.* L'obligation juridique incombant à l'autorité administrante est d'administrer le territoire sous Tutelle conformément aux principes de la Charte et aux dispositions de l'accord de Tutelle *mais pas nécessairement suivant telle recommandation particulière de l'Assemblée générale ou du Conseil de Tutelle.* » (Les italiques sont de nous.)

* * *

78. Tel était donc le caractère véritable et très limité de la fonction de surveillance à laquelle l'Assemblée générale a été subrogée, si tant est qu'elle ait pu recueillir par subrogation des fonctions quelconques en ce qui concerne les mandats. Comme le terme l'implique, il s'agissait strictement d'un droit de « surveillance »; ce n'était pas un droit de *contrôle* — il ne supposait aucun pouvoir exécutif et, de toute évidence, il n'aurait pu inclure un pouvoir de nature si foncièrement exécutive que celui de révoquer. Entre une fonction de surveillance (mais non de contrôle) et le pouvoir de *révoquer* un mandat et pour ainsi dire d'expulser le mandataire — et de le faire unilatéralement sans le consentement de ce dernier — il y a un abîme infranchissable. La différence (et elle est énorme) n'est pas seulement de degré, elle est aussi de nature. Voilà donc une considération qui, en l'absence d'une disposition prévoyant expressément la révocation, interdit de conclure à l'existence implicite d'un tel pouvoir et exclut même toute idée de révocation, celle-ci n'ayant pas pu faire partie du rôle de surveillance très limité dévolu au Conseil et ne pouvant donc entrer dans les attributions de l'Assemblée générale des Nations Unies, à supposer que celle-ci possède des fonctions de surveillance quelconques.

(iii) The League Council's voting rule

79. The views just expressed are more than confirmed by the League Council's voting rule, as embodied in paragraph 5 of Article 4 of the Covenant in combination with paragraph 1 of Article 5 (texts in footnote 52). The effect, in the case of all matters involving mandates, was to enable the mandatories, if not already members of the Council (as several invariably were), to attend if they wished, and to exercise a vote which might operate as a veto. No exception was provided for the possibility of a revocation, and no such exception can be implied from the fact that mandatories did not always attend the Council when invited to do so, or might abstain on the vote, or that certain devices might be employed on occasion to avoid direct confrontations between them and the other members of the Council. The fact that there may be no recorded case of the actual use of this veto does not alter the legal position,—it merely shows how well the system worked *in the hands of reasonable people.* None of this however can alter the fact that mandatories always had the right to attend and exercise their votes. The existence of this voting situation was confirmed by the Court not only in its Judgment of 1966 *but also in that of 1962* (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 44-45; and *I.C.J. Reports 1962*, pp. 336-337) [53]. It is obvious that a situation in which the League Council could not impose its views on the mandatories without their consent, is with difficulty reconcilable with one in which it

[52] *Article 4, paragraph 5*: "Any Member of the League not represented on the Council shall be invited to send a *Representative to sit as a member* [italics mine] at any meeting of the Council during the consideration of matters specially affecting the interests of that Member of the League."

Article 5, paragraph 1: "*Except where otherwise expressly provided* in this Covenant . . . decisions at any meeting of the . . . Council shall require the agreement of all the Members of the League *represented at the meeting*"—(italics mine).

[53] e.g. (pp. 336-337):

> ". . . approval meant the unanimous agreement of all the representatives [at the Council meeting] including that of the Mandatory who, under Article 4, paragraph 5, of the Covenant, was entitled to send a representative to such a meeting to take part in the discussion and to vote".

And again (p. 337):

> "Under the unanimity rule (Articles 4 and 5 of the Covenant), the Council could not impose its own view on the Mandatory."

It may seem surprising at first sight that the Court, in its 1962 composition, was so ready to admit, and even to stress, the existence of this situation. The explanation is that it was basing itself in the absence of effective "administrative supervision" in the League system as one ground for postulating the existence of "judicial supervision" in the form of a right, on the part of any Member of the League dissatisfied with the conduct of a mandate, to have recourse to the former Permanant Court and, since then, to the International Court of Justice as set up under the United Nations Charter. It follows that although the present (1971) Opinion of the Court is wholly in line with the type of *conclusion* reached by the Court in 1962, it is wholly at variance with the 1962 *reasoning* just described; for that reasoning must, in logic, lead to the result indicated above at the end of paragraph 79.

iii) La règle de vote du Conseil de la Société des Nations

79. Ce qui précède trouve une confirmation plus que suffisante dans le régime de vote du Conseil, qui faisait l'objet de l'article 4, paragraphe 5, du Pacte, à rapprocher de l'article 5, paragraphe 1 (les textes sont reproduits dans la note [52]), dont l'effet, pour toutes les questions intéressant les mandats, était de permettre aux mandataires, s'ils n'étaient déjà membres du Conseil (et certains l'ont été invariablement), de participer aux débats et d'y exercer un droit de vote qui pouvait jouer comme un veto. Aucune exception n'était prévue dans l'éventualité d'une révocation et l'on ne peut arguer du fait que les mandataires n'assistaient pas toujours aux réunions du Conseil quand ils y étaient invités ou s'abstenaient parfois de voter, ou que certains procédés pouvaient être utilisés afin d'éviter une confrontation directe entre eux et les autres membres du Conseil, pour conclure qu'une telle exception existait. Qu'on n'ait jamais enregistré un cas d'emploi effectif du veto ne change rien à la situation juridique et fait simplement ressortir que le système fonctionnait bien, confié à des *gens raisonnables*. Cela n'empêchait nullement que les mandataires conservaient bel et bien le droit de participer aux séances et de prendre part au vote. Cette situation en ce qui concerne les votes a été confirmée par la Cour, non seulement dans son arrêt de 1966 *mais aussi dans celui de 1962* (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 44-45; et *C.I.J. Recueil 1962*, p. 336-337) [53]. Il est évident qu'une situation qui se

[52] *Article 4, paragraphe 5:* « Tout Membre de la Société qui n'est pas représenté au Conseil est invité à y envoyer *siéger un Représentant* [les italiques sont de nous] lorsqu'une question qui l'intéresse particulièrement est portée devant le Conseil. »

Article 5, paragraphe 1: « *Sauf disposition expressément contraire* du présent Pacte ... les décisions ... du Conseil sont prises à l'unanimité des Membres de la Société *représentés à la réunion.* » (Les italiques sont de nous.)

[53] Par exemple (p. 336-337):

> « l'approbation exigeait l'unanimité de tous les représentants [au Conseil], y compris celui du Mandataire qui, en vertu de l'article 4, paragraphe 5, du Pacte, était habilité à envoyer siéger un représentant pour prendre part à la discussion et voter ».

Et encore (p. 337):

> « En vertu de la règle de l'unanimité (art. 4 et 5 du Pacte), le Conseil ne pouvait imposer ses vues au Mandataire. »

A première vue il peut paraître surprenant que la Cour, telle qu'elle était composée en 1962, ait été si prompte à admettre, et même à souligner, l'existence de cette situation. Cela tient au fait qu'elle faisait de l'absence d'une « surveillance administrative » effective dans le système de la Société des Nations l'une des raisons qui permettaient de postuler l'existence d'une « surveillance judiciaire », se traduisant par le droit que posséderait tout Membre de la Société des Nations qui désapprouvait la façon dont le mandat était géré d'en référer à l'ancienne Cour permanente et, plus tard, à la Cour internationale de Justice instituée en vertu de la Charte des Nations Unies. Il s'ensuit que, si le présent avis de la Cour (1971) est en tout point conforme au genre de *conclusion* à laquelle la Cour était parvenue en 1962, il est tout à fait contraire au raisonnement formulé en 1962, qui vient d'être rappelé, car logiquement ce raisonnement doit aboutir au résultat indiqué à la fin du paragraphe 79.

could unilaterally revoke their mandates without their consent;—and therefore, *a fortiori*, with the idea that the United Nations possessed such a power.

Applicable Principle of Interpretation

> Where a provision [such as the League Council's voting rule] is so worded that it can only have one effect, any intended exceptions, in order to be operative, must be stated in terms.

80. This principle of interpretation is, as it happens, well illustrated, and the view expressed in the preceding paragraph is given the character of a virtual certainty, by the fact that (though not in the sphere of mandates) the League Covenant did specifically provide for certain exceptions to the basic League unanimity rule,—namely, in particular under paragraphs 4, 6, 7 and 10 of Article 15, and paragraph 4 of Article 16, dealing with matters of peace-keeping [54]. This serves to show that those who framed the Covenant fully realized that there were some situations in which to admit the vote of the interested party would be self-defeating —and these they provided for. They do not seem to have thought so in the case of mandates, nor was such a suggestion ever made in the course

---

[54] It has been contended that the power given to the League Council by paragraph 4 of Article 16 of the Covenant to expel a Covenant-breaking member State (though in my opinion relating only to the *peace-keeping* undertakings of the Covenant—see paragraph 1 of this same Article 16) afforded a way by which a mandate could be revoked. Since, according to the express terms of paragraph 4 of Article 16, the concurring vote of the expelled State was not requisite for an expulsion order, a mandatory in breach of its obligations could first be expelled, and then, because it had ceased to be a Member of the League, a decision to revoke its mandate could be taken without it.

This ingenious contention however (about which there may be factual doubts not worth troubling about here) misses the real point;—for if it would not have been possible to get rid of a mandatory without going to these elaborate lengths, what better demonstration could there be that revocability, whether on a basis of inherency or otherwise, simply did not exist within the four corners of the Covenant or the mandates, in respect of any mandatory in the normal situation of still being a Member of the League? That a mandatory might lose its rights if it ceased to be a Member could in practice act as a deterrent, but has no bearing on the juridical issue of what its rights and liabilities were *as* a Member.

Exactly the same principle applies in regard to another contention based on the circumstance that, under Article 26, the Covenant could be *amended* (though only by a vote that had to include the unanimous vote of all the members of the League Council). True, the Covenant could thus be amended;—but in fact it was *not* amended: therefore it is the *un*amended Covenant that governs. It is difficult to know how to deal with this type of argument which, juridically, cannot be taken seriously, except as a clutching at straws.

caractérisait par le fait que le Conseil de la Société des Nations ne pouvait pas imposer ses vues aux mandataires sans leur consentement est difficilement conciliable avec une situation dans laquelle il aurait pu révoquer unilatéralement leurs mandats sans leur consentement, et à fortiori avec l'idée que les Nations Unies posséderaient un tel pouvoir.

Principe d'interprétation applicable

> Quand une disposition [comme la règle de vote du Conseil de la Société des Nations] est libellée de manière à ne pouvoir produire qu'un seul effet, toute dérogation, pour être applicable, doit être expressément prévue.

80. Il se trouve que ce principe d'interprétation est abondamment illustré et les vues exprimées au paragraphe précédent revêtent le caractère d'une quasi-certitude, pour la raison que (bien qu'il ne s'agît pas de mandats), le Pacte de la Société des Nations prévoyait en fait expressément certaines exceptions à la règle fondamentale de l'unanimité, entre autres aux paragraphes 4, 6, 7 et 10 de l'article 15 et au paragraphe 4 de l'article 16, concernant le maintien de la paix [54]. Cela montre que les auteurs du Pacte étaient parfaitement conscients de l'existence de certaines situations dans lesquelles c'eût été une contradiction d'admettre la partie intéressée à voter — et que des dispositions avaient été prises en conséquence. Ils ne semblent pas avoir pensé que cela s'appliquait

---

[54] On a soutenu que le pouvoir conféré au Conseil de la Société des Nations par l'article 16, paragraphe 4, du Pacte, d'exclure un Membre qui aurait enfreint un des engagements du Pacte (quoique à mon avis il doive s'agir uniquement des clauses du Pacte relatives au *maintien de la paix* — voir le paragraphe 1 du même article 16) fournissait un moyen de révoquer un mandat. En effet, puisque selon l'article 16, paragraphe 4, le vote positif de l'Etat frappé d'exclusion n'était pas nécessaire pour l'adoption d'une résolution d'exclusion, un mandataire ayant failli à ses obligations aurait pu d'abord être exclu et, parce qu'il aurait cessé d'être Membre de la Société des Nations, on aurait pu ensuite révoquer son mandat sans se soucier de son avis.

Mais cette ingénieuse interprétation (qui implique peut-être certains problèmes de fait dont il ne vaut pas la peine de se préoccuper ici) passe à côté de la question; en effet s'il était impossible de se débarrasser d'un mandataire sans ces complications extrêmes, cela ne démontre-t-il pas de façon éclatante que la révocabilité, inhérente ou non, n'existait simplement pas dans le cadre strict du Pacte ou des mandats pour tout mandataire se trouvant dans la situation normale, c'est-à dire encore Membre de la Société des Nations? Le risque de perdre ses droits en cessant d'être Membre de la Société des Nations pouvait avoir en pratique un certain effet de dissuasion, mais cela n'a rien à voir avec la définition juridique des droits et obligations d'un Membre de la SdN *en tant que tel.*

Le même principe exactement s'applique à propos d'un autre argument, tiré du fait que, en vertu de l'article 26, le Pacte pouvait être *amendé* (bien qu'uniquement par un vote comprenant les voix unanimes de tous les membres du Conseil de la SdN). Il est vrai que le Pacte pouvait être ainsi amendé; mais il ne l'a pas été en fait: c'est donc le Pacte *non* amendé qui s'applique. On voit mal comment contrer ce genre d'argument qui, juridiquement parlant, ne saurait être pris au sérieux, sauf comme argument de désespoir.

of the League's dealings with mandates. It can only be concluded that terminations or changes of administration were never contemplated, except on a basis of agreement.

(iv) Contemporaneous consideration and rejection of the idea of revocability

81. Nor was it in any way a question of a mere oversight. Earlier proposals for a mandates system, in particular as put forward by President Wilson on behalf of the United States, did contain provision for the replacement of mandatories, or for the substitution of another mandatory,—and these things (contrary to what is implied in the Opinion of the Court) could of course only be done by revoking (or they would amount to a revocation of) the original mandate. Even the possibility of breaches was not overlooked, for the Wilson proposals also provided, as is correctly stated in the Opinion of the Court, for a "right to appeal to the League for the redress or correction of any breach of the mandate". There can however be no point in following the Opinion of the Court into a debate as to the precise period and the precise context in which the idea of revocability was discussed,—because what is beyond doubt is that, whether on the basis of President Wilson's proposal, or of some other proposal, it *was* discussed. The proof of this is something of which the Court's Opinion makes no mention, namely that objections were entertained to the notion of revocability by all the eventual holders of "C" mandates, and by the representatives of governments destined to hold most of the "A" and "B" mandates—in particular by M. Simon on behalf of France and Mr. Balfour (as he then was) on behalf of Great Britain, both of whom pointed out the difficulties, economic and other, that would arise if mandatories did not have complete security of tenure [55]. The idea was accordingly not proceeded with, and the final text of the mandates, and of Article 22 of the Covenant, contained no mention of it. This makes it quite impossible in law to infer that there nevertheless remained some sort of unexpressed intention that a right of revocation should exist, for this would lead to the curious legal proposition that it makes no difference whether a thing is expressed or not. Yet the classic instance of the creation of an irrebuttable presumption

[55] At the meetings of the Council of Ten on 24-28 January 1919, and subsequently. See *Foreign Relations of the United States*: *The Paris Peace Conference*, Vol. III, pp. 747-768. It was Mr. Balfour who pointed out (pp. 763-764) that although plenty of consideration had been given to the League aspect of the matter, very little had been given to the position of the mandatories, and that the system could only work if the latter had security of tenure. M. Simon pointed out (p. 761) that mandatories would have little inducement to develop the mandated territories if their future was uncertain.

au cas des mandats, et personne n'a d'ailleurs prétendu qu'il en fût ainsi tout au long de l'activité de la SdN en matière de mandats. La seule conclusion à en tirer est qu'on n'a jamais envisagé la possibilité de mettre fin au mandat ou de changer d'administration, sauf au moyen d'un accord conclu à cet effet.

iv) Circonstances de l'époque et rejet de la révocabilité

81. D'autre part, il ne s'agit nullement d'une simple omission commise par mégarde. Les propositions antérieures relatives à un système de mandats, notamment celles qui avaient été formulées par le président Wilson au nom des Etats-Unis, prévoyaient la possibilité de remplacer un mandataire par un autre, ce qui, bien entendu (contrairement à ce qu'implique l'avis de la Cour), ne pouvait être réalisé qu'en révoquant (ou revenait à révoquer) le mandat primitif. La possibilité de violations même n'était pas négligée, car ces propositions Wilson prévoyaient aussi, comme l'indique à juste titre l'avis de la Cour, le « droit de faire appel à la Société des Nations pour qu'elle remédie à toute violation du mandat ». Il est cependant inutile de s'engager, à la suite de l'avis de la Cour, dans un débat sur la période précise pendant laquelle l'idée de révocabilité a été discutée et sur le contexte précis dans lequel elle l'a été — il n'y a en effet aucun doute qu'elle a *bien été* discutée, soit sur la base de la proposition du président Wilson soit sur la base d'une autre proposition. La preuve en est un élément que l'avis de la Cour ne mentionne pas, à savoir que la notion de révocabilité inspirait des objections à tous les aspirants aux mandats de la catégorie C et aux représentants des gouvernements qui devaient se voir attribuer la plupart des mandats A et B — en particulier a M. Simon pour la France et à M. Balfour (qui n'était pas encore lord Balfour) pour la Grande-Bretagne, lesquels ont tous deux souligné les difficultés, économiques et autres, qui surgiraient si les mandataires n'étaient pas complètement assurés de leur possession [55]. L'idée n'a donc pas été retenue et le texte définitif des mandats et de l'article 22 du Pacte n'en portait plus aucune trace. Il est donc, en droit, tout à fait impossible de conclure à la persistance d'une sorte d'intention inexprimée de prévoir un droit de révocation, car on aboutirait ainsi à la conclusion curieuse, juridiquement parlant, qu'il n'importe aucunement qu'une chose soit dite ou ne soit pas dite. Or l'exemple classique d'une pré-

[55] Aux réunions du Conseil des Dix tenues le 28 janvier 1919 et à des dates ultérieures. Voir *Foreign Relations of the United States: The Paris Peace Conference*, vol. III, p. 747-768. C'est M. Balfour qui a souligné (p. 763-764) que si la situation de la SdN avait fait l'objet d'un examen approfondi, il n'en était pas de même pour celle des mandataires et que le système ne pouvait fonctionner que si la possession de ces derniers était assurée. M. Simon a insisté (p. 761) sur le fait que les mandataires ne seraient guère encouragés à développer les territoires sous mandat si leur avenir était incertain.

in favour of a given intention is, precisely, where a different course has been proposed but not followed. The motives involved are juridically quite irrelevant, but were in this case clear [56].

Applicable Principle of Interpretation

Where a particular proposal has been considered but rejected, for whatever reason, it is not possible to interpret the instrument or juridical situation to which the proposal related as if the latter had in fact been adopted.

82. The episode described in the preceding paragraph directly illustrates and confirms the view expressed in paragraphs 70-72 above. When Statesmen such as President Wilson thought of making mandates revocable (which could only be in a context of possible breaches) they were not content to rely on any inherent principle of revocability but made a definite proposal which, had it been adopted, would have figured as an article in the eventual governing instrument, or instruments. Since however the idea met with specific objections, it was not proceeded with and does not so figure. Therefore to treat the situation as being exactly the same as if it nevertheless did, is inadmissible and contrary to the stability and objectivity of the international legal order. Again, the process of having it both ways is evident.

(v) The "integral portion" clause

83. Article 22 of the League Covenant drew a clear distinction between the "C" mandated territories and the other ("A" and "B") territories, inasmuch as in its paragraph 6 it described the former as being territories that could "be best administered under the laws of the Mandatory as integral portions of its territory",—and a clause to that effect figured

[56] For sheer audacity, it would be hard to equal the attempts made in the course of the present proceedings to represent M. Simon's statement to the effect that every mandate would be revocable and there could be no guarantee of its continuance (which of course *would* have been the case on the basis of the *earlier* idea which M. Simon was *contesting*), as affording evidence of an intention that mandates should be revocable; and that this was only not proceeded with because of a desire to be "tactful" towards the mandatories,—although it is perfectly clear on the face of the record that M. Simon (and Mr. Balfour) were *objecting* to the idea of revocability,—not on grounds of its want of tact, but for economic and other reasons of a highly concrete character,—i.e., France and Great Britain, no less than the "C" mandatories, were not prepared to accept mandates on such a basis.

somption irréfragable en faveur d'une intention donnée est précisément le cas où une solution contraire a été proposée mais non retenue. Les mobiles en jeu sont sans pertinence juridique, mais en l'espèce ils étaient évidents [56].

Principe d'interprétation applicable

Quand une proposition déterminée a été examinée puis rejetée, pour quelque raison que ce soit, il n'est pas possible d'interpréter l'instrument ou la situation juridique à laquelle cette proposition se rapportait comme si cette dernière avait effectivement été adoptée.

82. L'épisode évoqué au paragraphe précédent illustre et confirme directement l'opinion exprimée aux paragraphes 70 à 72 ci-dessus. Quand des hommes d'Etat tels que le président Wilson ont envisagé de rendre les mandats révocables (ce qui n'était possible que dans la perspective de violations éventuelles) ils ne se sont pas contentés de s'appuyer sur un principe inhérent de révocabilité mais ont fait une proposition précise qui, eût-elle été adoptée, aurait figuré dans l'instrument ou les instruments applicables, dont elle aurait formé l'un des articles. En raison des objections formulées, l'idée n'a cependant pas été retenue et consacrée par les textes. Considérer que la situation se présente exactement comme si elle l'avait été est donc inadmissible et contraire à la stabilité et à l'objectivité de l'ordre juridique international. Là encore, on cherche à gagner sur les deux tableaux.

v) La clause de la « partie intégrante »

83. L'article 22 du Pacte de la Société des Nations faisait une distinction très nette entre les mandats C d'une part et les mandats A et B d'autre part (en effet, le paragraphe 6 de cet article déclare que les territoires sous mandat C « ne sauraient être mieux administrés que sous les lois du Mandataire, comme une partie intégrante de son territoire »), et c'est pourquoi le texte des mandats C contient une disposition dans ce

[56] Il serait difficile de montrer plus d'aplomb qu'on ne l'a fait dans la présente procédure quand on a prétendu trouver dans les propos de M. Simon, qui avait dit que chaque mandat serait révocable et que sa continuité ne pourrait être garantie (ce qui, bien entendu, *eût* été vrai sur la base de l'idée *antérieure* du président Wilson que M. Simon *combattait*), la preuve qu'on avait d'abord voulu que les mandats puissent prendre fin, mais qu'on n'avait pas donné suite à cette intention pour faire montre de tact à l'égard des mandataires. Il est en effet parfaitement clair, d'après les textes dont on dispose, que M. Simon (et M. Balfour) *s'élevaient* contre l'idée que les mandats puissent être révocables, non parce qu'ils voyaient là un manque de tact mais pour des raisons, économiques notamment, d'un caractère des plus concrets — à savoir que la France et la Grande-Bretagne tout autant que les mandataires de la catégorie C, n'étaient pas disposées à accepter des mandats dans ces conditions.

in the "C" mandates accordingly (text in footnote 57). This distinction was not, however, fully maintained; for a similar clause eventually appeared in the "B" mandates as well,—though without warrant for this in the Covenant. But this does not invalidate the point to be made because, as has been seen in the previous sub-section (paragraph 81), the notion of revocability was as inacceptable to the "B" as to the "C" mandatories. The point involved is that the "integral portion" clause came very close in its wording to the language of incorporation—indeed it only just missed it. It did not amount to that of course, for annexation or cession in sovereignty of the mandated territory was something which it was one of the aims of the mandates system to avoid. But this clause did create a situation that was utterly irreconcilable with unilateral *revocability*,—with the idea that at some future date the existing administrative and legal integrations, and applicable laws of the mandatory concerned, could be displaced by the handing over of the territory to another mandatory, to be then administered as an integral portion of *its* territory and subjected to another set of laws;—and of course this process could in theory be repeated indefinitely, if the revocability in principle of mandates once came to be admitted.

84. In consequence, although the mandates did not contain any provision affirmatively ruling out revocability, the "integral portion" clause in the "B" and "C" mandates had in practice much the same effect. Significantly, no such clause figured in any of the "A" mandates which were, from the start (paragraph 4 of Article 22 of the Covenant), regarded as relating to territories whose "existence as independent nations can be provisionally recognized". Naturally the insertion of the "integral portion" clause in the "B" and "C" mandates did not in any way preclude the eventual attainment of self-government or independence by the territories concerned, as indeed happened with most of them some forty years later,—*with the consent of the mandatory concerned*; but that is another matter. What it did preclude was any interim change of régime *without* the consent of the mandatory.

---

[57] In the Mandate for SW. Africa that provision read as follows:

> "The Mandatory shall have full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as an integral portion of the Union of South Africa, and may apply the laws of the Union of South Africa to the territory, subject to such local modifications as circumstances may require."

The phrase "subject to the present Mandate" of course qualifies and describes the word "territory".

sens (reproduite dans la note [57]). Cette distinction n'a cependant pas été maintenue de façon absolue, une clause analogue ayant été en fin de compte insérée dans les mandats B également — quoique cela ne soit pas prévu dans le Pacte. Mais cela n'infirme pas l'argument car, comme nous l'avons vu sous la rubrique précédente (par. 81), la notion de révocabilité avait été rejetée aussi bien par les mandataires B que par les mandataires C. Ce qu'il faut retenir, c'est que, dans son libellé, la clause de la « partie intégrante » se rapprochait beaucoup de la notion d'incorporation au territoire du mandataire — pour un peu, elle se serait confondue avec elle. Evidemment, elle n'allait pas tout à fait jusque-là, puisque précisément l'un des objectifs du système des mandats était d'éviter l'annexion ou la cession de souveraineté sur le territoire sous mandat. Elle créait cependant une situation totalement incompatible avec la notion de *révocabilité* unilatérale, laquelle impliquait qu'à une date future on puisse revenir sur l'intégration administrative et juridique et éliminer la législation du mandataire applicable dans le territoire en confiant celui-ci à un autre mandataire qui l'administrerait comme partie intégrante de *son* territoire et l'assujettirait à d'autre lois; et, bien entendu, ce processus pouvait en théorie se répéter indéfiniment, le principe de la révocabilité du mandat une fois admis.

84. Par conséquent, si aucune disposition des mandats n'excluait positivement la révocabilité, la clause de la « partie intégrante » figurant dans les mandats B et C avait un résultat très voisin dans la pratique. Il est symptomatique qu'aucune clause de ce genre ne figurait dans les mandats de la catégorie A, considérés dès l'origine (Pacte, art. 22, par. 4) comme applicables à des territoires dont l'« existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement ». Assurément la présence de la clause de la « partie intégrante » pour les mandats B et C n'excluait en rien, pour les territoires en cause, la possibilité d'accéder pour finir à l'autodétermination ou à l'indépendance comme il advint d'ailleurs pour la plupart d'entre eux quelque quarante ans plus tard, *avec le consentement du mandataire intéressé*; mais cela est une autre question. Ce que la clause interdisait, c'était un changement intérimaire de régime effectué *sans* le consentement du mandataire.

---

[57] Dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain cette disposition est libelleé comme suit:

> « Le Mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du Mandat. Ce territoire sera administré selon la législation du Mandataire comme partie intégrante de son territoire. Le Mandataire est en conséquence autorisé à appliquer aux régions soumises au mandat la législation de l'Union de l'Afrique du Sud, sous réserve des modifications nécessitées par les conditions locales. »

L'expression « faisant l'objet du Mandat » qualifie et définit le mot « territoire ».

(c) *Positive contra-indications:—(2) based on the circumstances prevailing when the mandates system was established*

85. As is well known, the mandates system represented a compromise between, on the one hand, President Wilson's desire to place all ex-enemy territory outside Europe or Asia Minor (and even some *in* Europe) under direct League of Nations administration,—and, on the other hand, the desire of some of the Allied nations (more particularly as regards the eventual "C" mandates) to obtain a cession to themselves of these territories, which their forces had overrun and occupied during the war [58]. The factor of "geographical contiguity to the territory of the Mandatory", specifically mentioned in paragraph 6 of Article 22 of the Covenant, was of course especially (indeed uniquely) applicable to the case of SW. Africa, and had unquestionably been introduced with that case in mind. The compromise just referred to was accepted only with difficulty by some of the mandatories and, in the case of the "C" mandates only after assurances that the mandates would give them ownership in all but name [59]. Whether this attitude was unethical according to present-day standards (it certainly was not so then) is juridically beside the point. It clearly indicates what the *intentions* of the parties were, and upon what basis the "C" mandates were accepted. This does not of course mean that the mandatories obtained sovereignty. But it does mean that they could never, in the case of these territories contiguous to or very near their own [60], have been willing to accept a system according to which, at the will of the Council of the League, they might at some future date find themselves displaced in favour of another entity—possibly a hostile or unfriendly one—(as is indeed precisely the intention now). No sovereign State at that time—or indeed at any other time—would have accepted the administration of a territory on such terms. To the mandatories, their right of veto in the Council was an essential condition of their acceptance of this compromise,—and that they viewed it as extending to any question involving a possible change in the identity of the mandatory is beyond all possible doubt. Here once more is a consideration that completely negatives the idea of unilateral revocability.

---

[58] Such occupation, being a war-time one, was not in the nature of annexation, and its ultimate outcome had in any case to await the eventual peace settlement.

[59] See Mr. Lloyd George's statement to the Prime Minister of Australia, and the question put by Mr. Hughes of Canada, as given by Slonim in *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. VI, p. 135, citing Scott, "Australia During the War" in *The Official History of Australia in the War of 1914-18*, XI, p. 784.

[60] On the geographical question, see the very forthright remarks made about SW. Africa by Mr. Lloyd George to President Wilson as recorded in the former's *The Truth About the Peace Treaties*, Vol. I, pp. 114 *et seq* and 190-191.

c) *Contre-indications positives 2) résultant des circonstances qui régnaient au moment où le système des mandats a été établi*

85. Comme on le sait, le système des mandats a représenté un compromis entre, d'une part, le désir du président Wilson de placer sous l'administration directe de la Société des Nations tous les territoires ex-ennemis situés hors d'Europe ou d'Asie mineure (et même quelques territoires situés *en* Europe) et, d'autre part, le désir de certaines des nations alliées (plus particulièrement en ce qui concerne les futurs mandats C) d'obtenir que les territoires qu'elles avaient envahis et occupés militairement pendant la guerre leur soient cédés [58]. Le facteur de la «contiguïté géographique au territoire du mandataire», expressément mentionné à l'article 22, paragraphe 6, du Pacte, était bien entendu applicable spécialement, et même uniquement, au Sud-Ouest africain et avait sans aucun doute été introduit à son sujet. Le compromis dont je viens de parler ne fut accepté qu'avec difficulté par certains des mandataires intéressés et, pour ce qui est des mandats C, uniquement quand l'assurance eut été donnée que les mandats correspondaient, au nom près, à un titre de propriété [59]. Que cette attitude ait été contraire à l'éthique actuelle (elle ne l'était certainement pas à celle de l'époque) est juridiquement hors de propos. Elle montre clairement quelles étaient les *intentions* des parties et sur quelle base les mandats C ont été acceptés. Bien sûr, cela ne veut pas dire que les mandataires obtenaient la souveraineté, mais cela veut dire que, pour les territoires contigus au leur ou très proches de celui-ci [60], ils n'auraient jamais accepté un système dans lequel, selon le bon plaisir du Conseil de la SdN, ils auraient pu être évincés par la suite au profit d'une autre entité, éventuellement hostile ou inamicale (ce que l'on cherche précisément à faire aujourd'hui). Aucun Etat souverain à l'époque — ou en fait à toute autre époque — n'aurait accepté d'administrer un territoire dans ces conditions. Pour les mandataires, le droit de veto au Conseil était une condition essentielle de l'acceptation du compromis et il ne fait aucun doute que, dans leur esprit, il s'appliquait à toute question pouvant éventuellement entraîner un changement de mandataire. C'est là un autre élément qui réduit à néant l'idée d'un pouvoir unilatéral de révocation.

---

[58] Cette occupation, étant une occupation de temps de guerre, n'avait pas le caractère d'une annexion et son aboutissement final devait de toute façon attendre le règlement de paix à venir.

[59] Voir la déclaration de M. Lloyd George au premier ministre d'Australie et la question de M. Hughes (Canada) rappelées par Slonim dans *Canadian Yearbook of International Law*, vol. VI, p. 135, citant Scott, «Australia During the War» dans *The Official History of Australia in the War of 1914-18*, XI, p. 784.

[60] Sur la question géographique, voir la remarque très nette de M. Lloyd George au président Wilson au sujet du Sud-Ouest africain, qui est rappelée dans Lloyd George, *The Truth About the Peace Treaties*, vol. I, p. 114 et suiv. et p. 190-191.

3. General conclusion

86. Taking these various factors together, as they have been stated in the preceding paragraphs, the conclusion must be that no presumptions or unexpressed implications of revocability are applicable in the present case, and that in any event they would be overwhelmingly negatived by the strongest possible contra-indications.

87. *Test of this conclusion*—a good test of this conclusion is to enquire what happened as regards those former mandated territories that were eventually placed under the United Nations trusteeship system. Here was an opportunity for the Assembly to introduce an express power of unilateral revocation into the various trusteeship agreements entered into under Article 79 of the Charter. This however was not done, for one very simple reason, namely that not a single administering authority, in respect of any single trusteeship, would have been prepared to agree to the inclusion of such a power—any more than, as a mandatory, it had been prepared to agree to it in the time of the League. The point involved is of exactly the same order (though in a different but related context [61]) as that to which attention was drawn in paragraphs 93-95 of the 1966 Judgment of the Court [61], where is was stated (*I.C.J. Reports 1966*, p. 49) that there was *one* test that could be applied in order to ascertain what had really been intended, namely,

> ". . . by enquiring what the States who were members of the League when the mandates system was instituted did when, as Members of the United Nations, they joined in setting up the trusteeship system that was to replace the mandates system. In effect . . . they did exactly the same as had been done before . . .".

And so it was over revocation. No more than before was any provision for it made. Is it really to ascribe this to a belief that it was not necessary because all international mandates and trusts were inherently subject to unilateral revocation, irrespective of the consent of the administering authority?—or would it be more reasonable to suppose that it was because no such thing was intended? If no such thing was intended in the case of the *trust* territories (all of them formerly mandated territories), this was

[61] The 1966 Judgment of the Court found that the compulsory adjudication articles of the mandates only applied to disputes concerning clauses about the economic and other *individual* interests of members of the League, and not to clauses concerning the conduct of the mandates themselves, which was a matter vested collectively in the League as an entity. This view was confirmed by the fact that, in the trusteeship agreements relating to former mandated territories, a compulsory adjudication article figured only in those trusteeships which included clauses of the former kind, but not in those which were confined to the latter type of clause.

3. Conclusion générale

86. Si l'on considère tous les facteurs examinés dans les paragraphes précédents, force est de conclure qu'aucune présomption ou implication non exprimée de révocabilité n'est applicable en l'espèce et qu'en tout cas les plus fortes contre-indications écarteraient totalement toute présomption ou implication de cet ordre.

87. *Vérification de cette conclusion.* — Un bon moyen de s'assurer du bien-fondé de cette conclusion consiste à examiner ce qu'il est advenu des anciens territoires sous mandat placés sous la tutelle des Nations Unies. L'Assemblée avait l'occasion d'introduire un pouvoir spécifique de révocation unilatérale dans les divers accords de tutelle conclus en application de l'article 79 de la Charte. Mais cela n'a pas été fait, pour la raison très simple que pas une des puissances administrantes n'aurait été plus disposée à consentir à l'inclusion d'un tel pouvoir dans un accord de tutelle qu'elle n'avait été disposée à y consentir en tant que mandataire à l'époque de la Société des Nations. La question qui se pose ici est exactement du même ordre (quoique se situant dans un contexte différent, mais connexe) [61] que celle qui est signalée aux paragraphes 93 à 95 de l'arrêt de la Cour rendu en 1966 [61], où il est dit (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 49) qu'il y avait *un* critère *applicable* pour déterminer l'intention véritable, à savoir:

> « rechercher ce que les Etats qui étaient Membres de la Société des Nations au moment de l'institution du système des Mandats ont fait, lorsque, devenus Membres de l'Organisation des Nations Unies, ils ont participé à l'établissement du régime de tutelle destiné à remplacer le système des Mandats. Or ... ils ont fait exactement la même chose qu'auparavant... »

C'est bien ce qui s'est passé en ce qui concerne la révocation. Non plus qu'auparavant, aucune disposition n'a été prévue à ce sujet. Est-ce vraiment parce qu'on a estimé inutiles de telles dispositions pour la raison que tous les mandats et accords de tutelle internationaux étaient intrinsèquement sujets à révocation unilatérale, que l'autorité administrante y consente ou non? Ne serait-il pas plus raisonnable de supposer que cela tenait à ce qu'on n'a rien envisagé de semblable? Si l'on n'a rien envisagé de tel

[61] Selon l'arrêt rendu par la Cour en 1966, les articles des mandats qui prévoient une procédure obligatoire de règlement judiciaire ne s'appliquent qu'aux différends concernant les clauses sur les intérêts économiques et autres intérêts individuels des Membres de la Société des Nations mais non les clauses relatives à la gestion des mandats eux-mêmes, matière confiée à la SdN agissant pour la collectivité de ses Membres. Cette manière de voir est confirmée par le fait que, dans les accords de tutelle portant sur d'anciens territoires sous mandat, la juridiction obligatoire n'est prévue que dans les accords comportant des clauses du premier type et non dans ceux qui ne contenaient que des clauses du second type.

because no such thing had been intended, or had ever been instituted, in the case of the mandated territories themselves, *as mandates*. The former mandatories were simply perpetuating in this respect the same system as before *(and the Assembly tacitly agreed to this under the various trusteeship agreements)*. This previous system of course applied, and continues to apply, to the mandated territory of SW. Africa.

* * *

88. Since the conclusion reached is that League of Nations mandates would not have been subject to unilateral revocation by the Council of the League or—what comes to the same thing—that the concurrence of the mandatory concerned would have been required for any change of mandatory, or for the termination of the mandate on a basis of self-government or independence;—and since the United Nations cannot have any greater powers in the matter than had the League, it follows that the Assembly can have had no competence to revoke South Africa's mandate, even if it had become subrogated to the League Council's supervisory role—for that role did not comprise any power of unilateral revocation.

* * *

89. There are however other reasons, resulting from the United Nations Charter itself, why the organs of the United Nations had no competence to revoke the Mandate, whether or not they would otherwise have had it; and these will now be considered in the next main section (Section C).

SECTION C

LIMITATIONS ON THE COMPETENCE AND POWERS OF THE ORGANS OF THE UNITED NATIONS UNDER THE CHARTER

90. In the two preceding main sections it has been held, *first* (Section A) that the United Nations as an Organization never became invested with any supervisory function in respect of mandates not voluntarily converted into trusteeships, and never became subrogated to the sphere of competence of the former League of Nations in respect of mandates; and *secondly* (Section B) that since in any event that competence did not include any power of unilateral revocation of a mandate, or of terminating it without the consent of the mandatory concerned, the United Nations would equally have had no competence to exercise such a power even if it had,

dans le cas des *territoires sous tutelle* (qui étaient tous d'anciens territoires sous mandat), c'est qu'on n'avait jamais rien envisagé, et encore moins établi de tel, pour les territoires sous mandat eux-mêmes en tant que *mandats*. Les anciens mandataires ne faisaient que perpétuer à cet égard le système antérieur *(et l'Assemblée y a tacitement consenti par la voie des divers accords de tutelle)*. Bien entendu ce système antérieur s'appliquait et continue à s'appliquer au territoire sous Mandat du Sud-Ouest africain.

* * *

88. Dès lors que la conclusion à laquelle on aboutit est que les mandats de la Société des Nations n'auraient pu être unilatéralement révoqués par le Conseil de la Société — ou, ce qui revient au même — que le consentement du mandataire intéressé aurait été requis pour tout changement de mandataire ou pour l'extinction du mandat par accession du territoire à l'autonomie ou à l'indépendance, et puisque l'Organisation des Nations Unies ne saurait en la matière avoir des pouvoirs plus étendus que ceux de la SdN, il s'ensuit que l'Assemblée générale ne pouvait avoir compétence pour révoquer le mandat de l'Afrique du Sud, même si elle a été subrogée au Conseil de la Société des Nations dans son rôle de surveillance, car ce rôle ne comprenait aucun pouvoir de révocation unilatérale.

* * *

89. D'autres arguments tirés de la Charte des Nations Unies elle-même expliquent pourquoi les organes des Nations Unies n'étaient pas habilités à révoquer le Mandat, quand bien même ils auraient eu par ailleurs la compétence voulue; ce sont ces arguments qui seront examinés dans la section suivante (section C).

SECTION C

LIMITES DE LA COMPÉTENCE ET DES POUVOIRS QUE LES ORGANES DES NATIONS UNIES TIENNENT DE LA CHARTE

90. Dans les deux grandes sections qui précèdent je fais valoir, *primo* (section A) que les Nations Unies, en tant qu'organisation, n'ont jamais été ni chargées d'une fonction de surveillance pour les mandats qui n'ont pas été convertis volontairement en accords de tutelle ni subrogées à l'ancienne Société des Nations dans sa compétence en matière de mandats; et *secundo* (section B) que puisque en tout cas cette compétence ne comprenait ni le pouvoir de révoquer unilatéralement un mandat ni celui d'y mettre fin sans le consentement du mandataire intéressé, les Nations Unies, même si elles avaient été, en principe, subrogées au rôle

in principle, become subrogated to the role of the League in respect of mandates. But in addition to the limitations thus arising, both from general rules of law and from the provisions of the relevant governing instruments, there is also the question of the limitations imposed upon the competence and sphere of authority of the organs of the United Nations by the constitution of the latter, as embodied in its Charter. Since these organs (in the present context the General Assembly and the Security Council) are the creations of the Charter, they are necessarily subject to such limitations, and can prima facie, take valid action only upon that basis.

1. Competence and Powers of the General Assembly under the Charter

91. So far as the Assembly is concerned, there arises at the outset an important preliminary question, namely whether it was competent to act as (in effect) a court of law to pronounce, as judge in its own cause, on charges in respect of which it was itself the complainant. In my opinion it was not; and this suffices in itself to render Resolution 2145, by which the Assembly purported to revoke the Mandate for SW. Africa, invalid and inoperative. However, in order not to break the thread of the present argument, I deal with the matter in the first section of the Annex to this Opinion.

(i) The Assembly lacks any general competence to take action of an executive character

92. In contrast with the former League of Nations, in which both main bodies, except in certain specified cases, acted by unanimity, the basic structure adopted in the drafting of the United Nations Charter consisted in the establishment of a careful balance between a small organ—the Security Council, acting within a comparatively limited field, but able, in that field, to take binding decisions for certain purposes;—and a larger organ, the General Assembly, with a wide field of competence, but in general, only empowered to discuss and recommend;—this distinction being fundamental. The powers of the Security Council will be considered at a later stage. As to the Assembly, the list appended below in footnote 62 indicates the general character of what it was empowered to do. From

[62] The list shows that the Assembly is either limited to making recommendations, or that where it can do more, it is as a result of a specific power conferred by the express terms of some provision of the Charter. In other words the Assembly has no inherent or residual power to do more than recommend.

(a) The recommendatory functions are described as follows:—

[The General Assembly]
Article 10: "may discuss . . . and . . . make recommendations";
Article 11, paragraph 1: "may consider . . . and . . . make recommendations";

de la SdN à l'égard des mandats, ne seraient pas non plus compétentes pour exercer un tel pouvoir. Mais, outre les limitations découlant ainsi des règles générales de droit, d'une part, et des dispositions des instruments régissant la matière, d'autre part, il se pose aussi la question des limitations imposées à la compétence et à l'autorité des organes des Nations Unies par la constitution de cette organisation telle qu'elle est établie par la Charte. Comme ces organes (en l'espèce l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité) sont des créations de la Charte, ils sont nécessairement soumis à ces limitations et, jusqu'à preuve du contraire, ne peuvent agir valablement que sur cette base.

1. Compétence et pouvoirs de l'Assemblée générale en vertu de la Charte

91. Pour ce qui concerne l'Assemblée une importante question préliminaire se pose, celle de savoir si l'Assemblée était compétente pour s'ériger en tribunal (ce qu'elle a fait) et pour se prononcer comme juge en sa propre cause sur des accusations qu'elle avait elle-même portées. A mon avis elle ne l'était pas; et cela suffit, en soi, pour rendre la résolution 2145, par laquelle l'Assemblée a prétendu révoquer le mandat sur le Sud-Ouest africain, nulle et sans effet. Toutefois, pour ne pas rompre le fil du raisonnement, je traite de cette question dans la première section de l'annexe à la présente opinion.

i) L'Assemblée n'a pas de compétence générale pour prendre des mesures de caractère exécutif

92. Si dans l'ancienne Société des Nations, les deux organes principaux agissaient, sauf dans certains cas expressément prévus, à l'unanimité, la structure de base qui a été adoptée lors de l'élaboration de la Charte des Nations Unies repose sur un équilibre minutieux entre un organe à composition restreinte — le Conseil de sécurité, agissant dans un domaine relativement limité mais capable dans ce domaine de prendre à certaines fins des décisions obligatoires — et un organe plus nombreux, l'Assemblée générale, dont la compétence est plus vaste mais qui, en général, n'a que des pouvoirs de discussion et de recommandation; cette distinction est fondamentale. J'aborderai ultérieurement la question des pouvoirs du Conseil de sécurité. Quant à l'Assemblée, la note [62] ci-des-

[62] La liste qui suit montre ceci: ou bien l'Assemblée générale doit se borner à formuler des recommandations ou bien, là où elle peut faire plus, c'est en vertu d'un pouvoir spécifique qui lui est reconnu en termes exprès par une des dispositions de la Charte. Autrement dit, l'Assemblée n'a aucun pouvoir intrinsèque ou résiduel lui permettant de faire autre chose que des recommandations:

a) Les pouvoirs qu'a l'Assemblée générale de formuler des recommandations sont exprimés comme suit:

[L'Assemblée générale]
Article 10: « peut discuter ... et ... formuler ... des recommandations »;
Article 11, paragraphe 1: « peut étudier ... et ... faire ... des recommandations »;

what this list reveals (seen against the whole conceptual background of the Charter), there arises an irrebuttable presumption that except in the few cases (see section *(d)* of the list) in which executive or operative powers are specifically conferred on the Assembly, it does not, so far as the Charter is concerned, have them. In consequence, anything else it does outside those specific powers, whatever it may be and however the relevant resolution is worded, *can* only operate as a recommendation. It should hardly be necessary to point out the fallacy of an argument which would attribute to the Assembly a residual power to take executive action at large, because it has a *specific* power so to do under certain particular articles (4, 5, 6 and 17). On the contrary, the correct inference is the reverse one—that where no such power has been specifically given, it does not exist.

93. It follows ineluctably from the above, that the Assembly has no *implied* powers except such as are mentioned in *(e)* of footnote 62. *All* its powers, whether they be executive or only recommendatory, are precisely formulated in the Charter and there is no residuum. Naturally any organ must be deemed to have the powers necessary to enable it to perform the specific functions it is invested with. This is what the Court had in mind when, in the *Injuries to United Nations Servants* (Count Bernadotte) case (*I.C.J. Reports 1949*, p. 182), it said that the United Nations:

Article 11, paragraph 2: "may discuss . . . and . . . make recommendations";
Article 11, paragraph 3: "may call . . . attention . . . to";
Article 12, paragraph 1: "shall not make any recommendation . . . unless [so requested]";
Article 13: "shall initiate studies and make recommendations";
Article 14: "may recommend measures";
Article 15: "shall receive and consider [reports]";
Article 16: "shall perform such functions . . . as are assigned to it [by Chapters XII and XIII of the Charter]";
Article 105, paragraph 3: "may make recommendations".

(b) The peace-keeping functions conferred upon the Assembly by Article 35 are, by its third paragraph, specifically stated to be "subject to the provisions of Articles 11 and 12" (as to which, see above).

(c) As regards Chapters XII and XIII of the Charter (trusteeships), the only provisions which refer to the Assembly are:

Article 85, which (without any indication of what the functions in question are) provides that the non-strategic area functions of the United Nations "with regard to *trusteeship agreements*" (italics added) "including the approval of the terms of" such agreements, "shall be exercised by the . . . Assembly".

Article 87, under which the Assembly may "consider reports" ("submitted by the administering authority"); "accept petitions and examine them" ("in consultation with [that] authority"); "provide for periodic visits" to trust

sous donne une idée générale de ses pouvoirs. La liste qui y figure (compte tenu de la conception générale qui a inspiré la Charte) fait apparaître une présomption irréfragable selon laquelle, sauf dans quelques cas (voir alinéa *d)* de la liste) où des pouvoirs d'action ou d'exécution lui sont spécifiquement conférés, l'Assemblée ne possède d'après la Charte aucun pouvoir de cet ordre. En conséquence, quoi que l'Assemblée puisse faire d'autre en dehors de ces pouvoirs spécifiques, et quels que soient les termes de la résolution pertinente, la décision qu'elle prend ne peut avoir que la valeur d'une recommandation. Il est à peine nécessaire d'attirer l'attention sur le caractère fallacieux de l'argument selon lequel l'Assemblée aurait un pouvoir résiduel lui permettant de prendre des mesures d'exécution dans toutes sortes de domaines parce qu'un pouvoir *spécifique* dans ce sens lui est reconnu par certains articles particuliers (art. 4, 5, 6 et 17). C'est la déduction contraire qui est exacte: lorsqu'un pouvoir de ce genre n'est pas spécifiquement prévu, il n'existe pas.

93. Il suit inéluctablement de ce qui précède que l'Assemblée générale ne possède d'autres *pouvoirs implicites* que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa *e)* de la note 62. *Tous* les pouvoirs de l'Assemblée, qu'ils soient exécutifs ou qu'ils aient le caractère de recommandations, sont expressément définis dans la Charte, et il n'y a pas de pouvoir résiduel. Evidemment, il faut présumer que tout organisme a les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour remplir les fonctions spécifiques dont il est chargé. C'est à cela que la Cour a songé lorsque, dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (comte Bernadotte), elle a affirmé que l'Organisation des Nations Unies

---

Article 11, paragraphe 2: « peut discuter ... et ... faire ... des recommandations »;
Article 11, paragraphe 3: « peut attirer l'attention ... sur »;
Article 12, paragraphe 1: « ne doit faire aucune recommandation ... à moins [qu'on] ne le lui demande »;
Article 13: « provoque des études et fait des recommandations »;
Article 14: « peut recommander les mesures »;
Article 15: « reçoit et étudie [les rapports...] »;
Article 16: « remplit ... les fonctions qui lui sont dévolues [en vertu des chapitres XII et XIII de la Charte] »;
Article 105, paragraphe 3: « peut faire des recommandations ».

b) Les pouvoirs conférés à l'Assemblée par l'article 35 en ce qui concerne le maintien de la paix sont définis, au paragraphe 3, comme étant « soumis aux dispositions des articles 11 et 12 » (pour ces articles, voir plus haut).

c) Dans les chapitres XII et XIII de la Charte (tutelle), les seules dispositions qui intéressent l'Assemblée sont les suivantes:

L'article 85 qui dispose (sans préciser la nature des fonctions en question) que, pour les zones non stratégiques, les fonctions de l'Organisation des Nations Unies « en ce qui concerne les *accords* de tutelle » (les italiques sont de nous) « y compris l'approbation des termes » de ces accords « sont exercés par l'Assemblée générale ».

L'article 87, en vertu duquel l'Assemblée peut « examiner les rapports » (« soumis par l'autorité chargée de l'administration »); « recevoir des pétitions et les examiner » (« en consultation avec ladite autorité »); « faire procéder à des visites

"... must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties".

This is acceptable if it is read as being related and confined to existing and specified duties; but it would be quite another matter, by a process of implication, to seek to bring about an *extension* of functions, such as would result for the Assembly if it were deemed (outside of Articles 4, 5, 6 and 17) to have a non-specified power, not only to discuss and recommend, but to take executive action, and to bind.

94. In the same way, whereas the practice of an organization, or of a particular organ of it, can modify the manner of exercise of one of its functions (as for instance in the case of the veto in the Security Council which is not deemed to be involved by a mere abstention), such practice cannot, in principle, modify or add to the function itself. Without in any absolute sense denying that, through a sufficiently steady and long-continued course of conduct, a new tacit *agreement* may arise having a modificatory effect, the presumption is against it,—especially in the case of an organization whose constituent instrument provides for its own amendment, and prescribes with some particularity what the means of effecting this are to be. There is a close analogy here with the principle enunciated by the Court in the *North Sea Continental Shelf* case (*I.C.J. Reports 1969*, p. 25) that when a convention has in terms provided for a

---

territories ("at times agreed upon with the [same] authority"); and "take these and other actions *in conformity with the terms of the trusteeship agreements*" (italics added).

None of this invests the Assembly with any binding or executive powers except in so far as might specifically be conferred upon it by the express terms of the trusteeship agreements. These did not in fact any of them do so (see footnote 64 below).

(d) In the result, the only provisions of the Charter which confer executive or quasi-executive powers on the Assembly are:

Articles 4, 5 and 6, which enable the Assembly to admit a new Member, or suspend or expel an existing one,—in each case only upon the recommendation of the Security Council; and *Article 17*, under paragraph 1 of which the Assembly is to "consider and approve" the budget of the Organization, with the corollary (paragraph 2) that the expenses of the Organization are to be borne by the Members "as apportioned by the Assembly". Under paragraph 3, the Assembly is to "consider and approve" financial arrangements with the specialized agencies, but is only to "examine" their budgets "with a view to making recommendations" to them.

(e) The Assembly naturally has those purely domestic, internal, and procedural executive powers without which such a body could not function, e.g., to elect its own officers; fix the dates and times of its meetings; determine its agenda; appoint standing committees and *ad hoc* ones; establish staff regulations; decide to hold a diplomatic conference under United Nations auspices, etc., etc.

« doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 182).

Cette proposition est acceptable si on la rattache et si on la limite à des fonctions existantes et définies; mais ce serait tout autre chose de chercher à en déduire, par implication, une *extension* de fonctions, comme ce serait le cas si l'on estimait que l'Assemblée a des pouvoirs non spécifiés (à part ceux que prévoient les articles 4, 5, 6 et 17) lui permettant non seulement de discuter et de recommander, mais de prendre des mesures d'exécution et des mesures ayant force obligatoire.

94. De même, alors que la pratique d'une organisation ou d'un de ses organes peut modifier la façon dont s'exerce l'une de ses fonctions (comme c'est le cas notamment au Conseil de sécurité pour le veto, qu'une simple abstention n'est pas censée faire jouer) cette pratique ne peut pas, en principe, modifier ou élargir la fonction elle-même. Sans nier absolument qu'une ligne de conduite suivie de manière suffisamment régulière et prolongée puisse donner naissance à un nouvel *accord* tacite entraînant une modification, c'est la présomption contraire qui joue, surtout dans le cas d'une organisation dont l'acte constitutif prévoit son propre amendement et en spécifie les modalités. Il y a ici une analogie étroite avec le principe énoncé par la Cour en l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 25) selon lequel, lorsqu'une convention prévoit expressément la méthode à suivre

---

périodiques » dans les territoires sous tutelle (« à des dates convenues avec [ladite autorité] »; et « prendre ces dispositions et toutes autres *conformément aux termes des accords de tutelle* » (les italiques sont de nous).

Aucune de ces dispositions n'attribue à l'Assemblée des pouvoirs contraignants ou d'ordre exécutif, à l'exception de ceux qui peuvent lui être spécifiquement reconnus par les termes exprès des accords de tutelle. En fait, aucun de ces accords ne lui confère de tels pouvoirs. (Voir note 64 ci-après.)

d) En fin de compte, les seules dispositions de la Charte qui confèrent à l'Assemblée générale des pouvoirs exécutifs ou quasi exécutifs sont les suivantes:

Les articles 4, 5 et 6, qui autorisent l'Assemblée à admettre un nouveau Membre, à suspendre ou à exclure un Membre de l'Organisation, dans chaque cas uniquement sur recommandation du Conseil de sécurité; et *l'article 17*, dont le paragraphe 1 dispose que l'Assemblée générale « examine et approuve » le budget de l'Organisation, avec le corollaire (par. 2) que les dépenses de l'Organisation sont supportées par les Membres « selon la répartition fixée par l'Assemblée générale ». Aux termes du paragraphe 3, l'Assemblée « examine et approuve » les arrangements financiers passés avec les institutions spécialisées, mais « examine » leurs budgets seulement « en vue de leur adresser des recommandations ».

e) L'Assemblée possède évidemment les pouvoirs exécutifs d'ordre purement interne et procédural sans lesquels un tel organisme ne pourrait pas fonctionner, c'est-à-dire qu'elle peut élire son propre bureau, fixer les heures et dates de ses séances, établir son ordre du jour, constituer des commissions permanentes et *ad hoc*, arrêter le statut du personnel, décider de convoquer des conférences diplomatiques sous les auspices des Nations Unies, etc.

particular method whereby some process is to be carried out (in that case it was the method of becoming bound by the convention), it was "not lightly to be presumed that", although this method had not been followed, the same result had "nevertheless somehow [been achieved] in another way"—a principle which, had it been applied by the Court in the present case [63], would have led to a totally different outcome, as can be seen from Sections A and B above.

95. Translating this into the particular field of mandates, it is clear that, just as the Assembly would have no power to make a grant of sovereign independence to a non-self-governing territory under Articles 73 and 74 of the Charter, nor to terminate a trusteeship without the consent of the administering authority (see relevant clauses of the various trusteeship agreements made under Article 79 of the Charter [64]),—so equally, given the actual language of the Charter, does the Assembly have no power to evict a mandatory. Any resolution of the Assembly purporting to do that could therefore only have the status of, and operate as, a non-binding recommendation. The power given to the Assembly by Articles 5 and 6 of the Charter to suspend or expel a member State (upon the recommendation of the Security Council) would of course enable it to suspend or expel a mandatory *from its membership of the United Nations*; but this cannot be extended on a sort of analogical basis to the quite different act of purporting to revoke the mandatory's mandate.

* * *

96. From all of this, only one conclusion is possible, namely that so far as the terms of the Charter itself are concerned, *the Assembly has no power to terminate any kind of administration over any kind of territory.*

* * *

97. It may however be contended that the matter does not end there, for it may be possible for powers other or greater than its normal ones to be conferred upon an international organ *aliunde* or *ab extra*, for some particular purpose—e.g., under a treaty,—and if so, why should it not

[63] This affords an excellent illustration (and many more could be given) of the fact that, owing to the constant changes in the composition of the Court, due to the system of triennial elections created by its Statute, the Court does not always adhere to its own jurisprudence.

[64] The various trusteeship agreements deal differently with the question of the termination, or possible termination of the trust, but the effect is that in no case does the Assembly possess any unilateral power in the matter. If therefore no trusteeship can be terminated without the consent, given in one form or another, of the administering powers, why should it be so unthinkable that a mandate should not be terminable without the consent of the mandatory?

pour accomplir un certain processus (en l'espèce la manière de se lier par la convention), il ne faut pas « présumer à la légère » que, cette méthode prescrite n'ayant pas été adoptée, le même résultat « n'en est pas moins [acquis] d'une autre façon ». Si la Cour s'était inspirée de ce principe en la présente espèce [63], elle aurait abouti à un résultat tout différent, comme le montrent les sections A et B ci-dessus.

95. Pour transposer cela dans le domaine particulier des mandats, il est clair que, de même que l'Assemblée n'a la faculté ni d'accorder l'indépendance souveraine à un territoire non autonome en vertu des articles 73 et 74 de la Charte, ni de mettre fin à un accord de tutelle sans le consentement de l'autorité chargée de l'administration (voir les dispositions pertinentes des divers accords de tutelle conclus en application de l'article 79 de la Charte [64]), de même, étant donné le texte de la Charte, l'Assemblée n'a pas le droit de démettre un mandataire. Toute résolution de l'Assemblée ayant cet objet ne pourrait donc avoir que la valeur et l'effet d'une recommandation non obligatoire. Le pouvoir de suspendre ou d'exclure un Etat Membre (sur recommandation du Conseil de sécurité) que les articles 5 et 6 de la Charte confèrent à l'Assemblée permettrait évidemment à celui-ci de suspendre un mandataire ou de l'exclure *de l'Organisation* mais ce droit ne peut pas être étendu en vertu d'une sorte de raisonnement par analogie à l'acte tout différent qui consiste à révoquer le mandat du mandataire.

* * *

96. De tout cela on ne peut tirer qu'une seule conclusion, à savoir qu'aux termes de la Charte elle-même *l'Assemblée générale n'a pas compétence pour mettre fin à une administration quelconque s'exerçant sur quelque territoire que ce soit.*

* * *

97. On pourrait toutefois soutenir que cela n'épuise pas la question, vu qu'il serait possible qu'un organisme international tienne des pouvoirs autres ou plus larges que les pouvoirs normaux d'une autre source ou de l'extérieur pour une fin particulière — par exemple, aux termes d'un

[63] Ce qui illustre fort bien (on pourrait citer beaucoup d'autres exemples) le fait qu'en raison des constants changements de composition dus au système de renouvellement triennal prévu au Statut, la Cour ne se tient pas toujours à sa propre jurisprudence.

[64] Les divers accords de tutelle traitent diversement de la question de la cessation ou de la cessation éventuelle de la tutelle; il en résulte que l'Assemblée ne possède en aucun cas de pouvoir unilatéral en cette matière. Par conséquent, si un accord de tutelle ne peut pas prendre fin sans le consentement de l'autorité administrante, exprimé sous une forme ou sous une autre, pourquoi serait-il impensable qu'un mandat ne puisse pas prendre fin sans le consentement du mandataire?

exercise them? This contention must now be considered.

(ii) The Assembly can only exercise powers conferred upon it or derived aliunde *or* ab extra *provided it keeps within the limits of its constitutional role under the structure of the Charter*

98. The question here is whether it is legally possible for a body such as the Assembly, in the purported exercise of what may conveniently be called "extra-mural" powers, to act in a manner in which, in the *intra*-mural exercise of its normal functions, it would be precluded by its constitution from doing. To put the matter in its most graphic form, suppose for instance a group of member States of the United Nations—in a particular region perhaps—entered into a treaty under which they conferred on the Assembly, in relation to themselves and for that region, exactly those peace-keeping powers which, under the Charter, the Security Council is empowered to take as regards the member States of the United Nations collectively. Could it then validly be argued that although it would be *ultra vires* for the Assembly so to act under the *Charter*, if Charter action were involved, nevertheless it could in this particular case do so because it had acquired, *aliunde*, the necessary power vis-à-vis the particular States members of the regional group concerned, by reason of the treaty concluded between them investing the Assembly with such power? It is in fact approximately upon the basis of a theory such as this one, that those who (to their credit) feel some difficulty in attributing executive powers to the Assembly, outside those specified in Articles 4, 5, 6 and 17 of the Charter, rely in contending that, although under the Charter the Assembly could not do more than discuss and recommend in the field of mandates, yet it could go further than this if it had derived from the League of Nations the power to do so.

99. It should be realized that the question asked in the preceding paragraph is not merely an academic one: it is closely related to situations that have actually arisen in the history of the United Nations. There have been times when the majority of the member States have been dissatisfied with the functioning of the Security Council, whose action had become paralyzed owing to the attitude of one or more of the Permanent Members. In these circumstances recourse was had to the Assembly, which adopted resolutions containing recommendations that were not, indeed, binding but which could be, and were by most of the States concerned, regarded as authorizing them to adopt courses they might not otherwise have felt justified in following. If such situations were to arise again and continue persistently, it could be but a step from that to attempts to invest the Assembly with a measure of executive power by the process already described, or something analogous to it.

traité. S'il en était ainsi, pourquoi n'exercerait-il pas ces pouvoirs? Il nous faut donc examiner maintenant cet argument.

ii) L'Assemblée ne peut exercer les pouvoirs qui lui sont conférés ou qu'elle tient d'une autre source ou de l'extérieur que si elle reste dans les limites de son rôle constitutionnel tel qu'il résulte de la structure de la Charte

98. Il s'agit ici de savoir s'il est juridiquement possible à un organisme comme l'Assemblée générale, exerçant prétendument ce que l'on pourrait appeler pour la commodité des pouvoirs « externes », d'agir d'une façon que sa constitution lui interdirait dans l'exercice *interne* de ses fonctions normales. Pour poser la question sous sa forme la plus concrète, imaginons qu'un groupe d'Etats Membres des Nations Unies — appartenant par exemple à une région particulière — concluent un traité en vertu duquel ils conféreraient à l'Assemblée, par rapport à eux-mêmes et pour leur région, exactement les mêmes pouvoirs de maintien de la paix que ceux que le Conseil de sécurité tient de la Charte à l'égard des Etats Membres des Nations Unies dans leur ensemble. Pourrait-on alors valablement soutenir que, sans doute, l'Assemblée outrepasserait sûrement ces pouvoirs si elle procédait ainsi sur la base de *la Charte*, les mesures étant prises en application de la Charte, mais qu'elle pourrait néanmoins le faire dans ce cas particulier car elle aurait reçu de l'extérieur le pouvoir nécessaire à l'égard des Etats Membres du groupe régional en question, en raison du traité conclu par eux qui aurait conféré ce pouvoir à l'Assemblée? De fait c'est plus ou moins sur une théorie de ce genre que ceux qui (disons-le à leur crédit) éprouvent quelque difficulté à attribuer à l'Assemblée d'autres pouvoirs exécutifs que ceux des articles 4, 5, 6 et 17 de la Charte s'appuient pour soutenir que si, en vertu de la Charte, l'Assemblée ne peut que discuter et recommander en ce qui concerne les mandats, elle pourrait pourtant aller au-delà si elle tenait de la Société des Nations les pouvoirs nécessaires.

99. Il faut se rendre compte que la question posée au paragraphe précédent n'est pas purement académique. Elle est liée de près à des situations qui se sont effectivement produites dans l'histoire des Nations Unies. A certains moments la majorité des Etats Membres a été mécontente du fonctionnement du Conseil de sécurité, dont l'action était paralysée par l'attitude d'un ou de plusieurs membres permanents. Dans ces circonstances, on a fait appel à l'Assemblée, laquelle a adopté des résolutions contenant des recommandations qui n'étaient pas à vrai dire obligatoires, mais qui pouvaient être et ont été considérées par la plupart des Etats intéressés comme autorisant l'adoption de mesures qu'ils ne se seraient pas sentis justifiés à prendre autrement. Si de telles situations venaient à se reproduire et à se prolonger indéfiniment, il n'y aurait qu'un pas à franchir pour tenter de conférer à l'Assemblée un certain pouvoir exécutif soit par le procédé susmentionné soit par un biais analogue.

* * *

100. It so happens that the principle of the question under discussion arose in the *Voting Procedure* case, and was dealt with both by the Court and by three individual judges in a sense adverse to the contention now being considered. It was Sir Hersch Lauterpacht who gave the most direct general negative; and though he was speaking with reference to the question of the voting rule, the principle involved was exactly the same (*I.C.J. Reports 1955*, at p. 109):

> "... the ... Assembly cannot act in that way. It cannot override a seemingly mandatory provision of the Charter *by the device of accepting a task conferred by a treaty. It might otherwise be possible to alter, through extraneous treaties, the character of the Organization in an important aspect of its activity*"—(my italics).

The passage italicised is precisely applicable to the situation that would arise if the Assembly were deemed able to accept, *ab extra*, functions of an executive character going beyond its basic Charter role of consideration, discussion and recommendation. Even if it may not be outside the scope of the Charter for the Assembly to deal in *some* form with mandated territories not placed under trusteeship—e.g., as being, at the least, non-self-governing territories within the meaning of Article 73—it can only deal with them by way of discussion and recommendation, not executive action.

101. In the *Voting Procedure* case, the Court itself was of the same way of thinking as Sir Hersch. Having regard to the view expressed in its earlier (1950) Opinion to the effect that the degree of supervision in the Assembly should not exceed that of the League Council, and should as far as possible follow the latter's procedure (see paragraph 65 above), it became evident that if the Assembly applied its usual majority, or two-thirds majority, voting rule in the course of its supervision of the mandate, it would *not* be conforming to the procedure of the League Council, which was based on a unanimity rule, including even the vote of the mandatory. Moreover, it was clear that the latter rule (being more favourable to the mandatory by making decisions adverse to its views harder to arrive at) involved in consequence a lesser degree of supervision than the Assembly's voting rule would do. This being so, the question arose whether the Assembly, in order to remain within the limits of the powers derived by it from or through the instrument of mandate, as those powers had been exercised by the League Council, could proceed according to a voting rule which was not that provided for by the

* * *

100. Il se trouve que le *principe* de la question en cause est venu en discussion à propos de l'affaire de la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain* et qu'il a été résolu par la Cour et par trois juges à titre individuel, dans un sens contraire à la thèse considérée ici. C'est sir Hersch Lauterpacht qui a donné la réponse négative la plus nette et, bien qu'il se soit exprimé à propos de la règle de vote, le principe était exactement le même (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 109):

> « l'Assemblée ... ne pourrait s'engager dans cette voie. Elle ne saurait tourner une disposition apparemment impérative de la Charte *en acceptant la mission que lui confie un traité.* S'il en était autrement, il serait possible de modifier, *au moyen de traités extrinsèques, le caractère de l'Organisation dans un secteur important de son activité.* » (Les italiques sont de nous.)

Le passage en italiques s'applique tout à fait à la situation qui se présenterait si l'on considérait que l'Assemblée peut tenir d'une source extérieure des fonctions de caractère exécutif dépassant les nécessités du rôle fondamental que lui réserve la Charte et qui consiste à étudier, discuter et recommander. Même si l'Assemblée ne s'écarte pas des dispositions de la Charte quand elle s'occupe d'une façon ou d'une autre de territoires sous mandat qui n'ont pas été placés sous tutelle, par exemple de territoires qui peuvent être considérés en tout cas comme des territoires non autonomes aux termes de l'article 73, elle ne peut toutefois que discuter et recommander à leur égard et non pas édicter des mesures d'exécution.

101. En l'affaire de la *Procédure de vote*, la Cour elle-même a partagé la manière de penser de sir Hersch Lauterpacht. Vu l'opinion qu'elle avait exprimée dans son avis précédent (1950) selon laquelle le degré de surveillance exercé par l'Assemblée ne devrait pas dépasser celui qu'exerçait le Conseil de la Société des Nations et devrait être autant que possible conforme à la procédure suivie par ce dernier (voir par. 65 ci-dessus), il est apparu que si l'Assemblée appliquait sa règle de vote normale — majorité simple ou majorité des deux tiers — dans l'exercice de sa surveillance du mandat, elle ne se conformerait *pas* à la procédure du Conseil de la SdN, qui était fondée sur la règle de l'unanimité, y compris le vote du mandataire lui-même. De plus, il est évident que cette dernière règle (plus favorable au mandataire puisqu'elle rend plus difficiles des décisions qui iraient à l'encontre de sa façon de voir) impliquait en conséquence un moindre degré de surveillance que ne le permettait la règle de vote de l'Assemblée. Cela étant, la question s'est posée de savoir si, pour ne pas outrepasser les pouvoirs qu'elle aurait acquis en vertu de l'instrument du mandat et pour respecter la façon dont ces pouvoirs avaient été exercés par le Conseil de la SdN, l'Assemblée pouvait suivre une règle de vote différente de celle qui est prévue par la Charte — en d'autres termes, si

Charter—in short could depart from the Charter in this respect [65]. The Court answered this question by a decided negative in the following terms (*I.C.J. Reports 1955*, at p. 75):

> "The constitution of an organ usually prescribes the method of voting by which the organ arrives at its decisions. The voting system is related to the composition and functions of the organ. It forms one of the characteristics of the constitution of the organ. Taking decisions by a two-thirds majority vote or by a simple majority vote is one of the distinguishing features of the General Assembly, while the unanimity rule was one of the distinguishing features of the Council of the League of Nations. These two systems are characteristic of different organs, and one system cannot be substituted for another without constitutional amendment. To transplant upon the General Assembly the unanimity rule of the Council of the League . . . would amount to a disregard of one of the characteristics of the . . . Assembly."

This view was independently concurred in by Judges Basdevant, Klaestad and Lauterpacht. Judge Basdevant said (at p. 82):

> "The majority rule laid down by Article 18 of the Charter and the unanimity rule prescribed by the Covenant of the League of Nations are something other than rules of procedure: they determine an essential characteristic of the organs in question and of their parent international institutions." (For Judge Klaestad's view see paragraph 104 below and paragraph *(a)* of footnote 66.)

102. The criteria thus enunciated by the Court and by Judge Basdevant were, be it noted, formulated precisely in the context of the mandates system. It is therefore legitimate to apply them to the present case; and if this is done in terms of the last two sentences of the foregoing quotation from the 1955 Opinion of the Court, the result is that there "cannot . . . without constitutional amendment" "be substituted" for a system which only allows the Assembly to discuss and recommend, "another" system which would allow it, in addition, to take executive and peremptory action,—and that, to deem the Assembly to be invested with such a power "would amount to a disregard of one of [its] characteristics" within the system of the Charter.

* * *

[65] The *form* in which the question arose in the *Voting Procedure* case was a little different, inasmuch as the issue was not whether the Assembly could act in a way not provided for by the Charter, but whether it *could* do so if this would involve a more stringent supervisory régime than that of the League's system. But the underlying point was the same—i.e., could the Assembly, in the exercise of *ab extra* functions, act by means of a *different* voting rule from that provided by the Charter—*could* it in any event, consistently with the Charter, apply the League unanimity rule?

l'Assemblée pouvait s'écarter de la Charte à cet égard [65]. La Cour a donné à cette question une réponse fermement négative, dans les termes suivants (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 75):

> « La constitution d'un organe prévoit généralement le système de vote par lequel cet organe arrive à ses décisions. Le système de vote est lié à la composition et aux fonctions de cet organe. Il est l'une des caractéristiques de la constitution de l'organe. Prendre des décisions à la majorité des deux tiers ou à la majorité simple est l'un des traits distinctifs de l'Assemblée générale, tandis que la règle de l'unanimité était l'un des traits distinctifs du Conseil de la Société des Nations. Ces deux systèmes caractérisent des organes différents et, sans un amendement constitutionnel, l'on ne peut substituer un système à l'autre. Transposer à l'Assemblée générale la règle de l'unanimité du Conseil de la Société des Nations ... serait méconnaître une des caractéristiques de l'Assemblée générale. »

Cette opinion a été endossée indépendamment par MM. Basdevant, Klaestad et Lauterpacht. M. Basdevant a déclaré (p. 82):

> « La règle de la majorité dans l'article 18 de la Charte et celle de l'unanimité dans le Pacte de la Société des Nations sont autres choses que des règles de procédure; elles déterminent un caractère essentiel de l'organe considéré et de l'institution internationale à laquelle il se rattache. » (En ce qui concerne les vues de M. Klaestad, voir par. 104 ci-après et alinéa *a)* de la note 66.)

102. Les critères ainsi énoncés par la Cour et par M. Basdevant étaient, notons-le, formulés précisément dans le cadre du système des mandats. Il est donc légitime de les appliquer au cas présent; et si on le fait conformément aux deux dernières phrases du passage de l'avis de la Cour de 1955 cité plus haut, il en résulte que « sans un amendement constitutionnel, l'on ne peut substituer [à] un système » qui permet seulement à l'Assemblée de discuter et de recommander un « autre » système qui lui permettrait en outre de prendre des mesures exécutives et obligatoires, et que considérer que l'Assemblée est dotée d'un tel pouvoir « serait méconnaître une [de ses] caractéristiques » dans le système de la Charte.

* * *

[65] La *forme* sous laquelle la question s'est posée en l'affaire de la *Procédure de vote* était un peu différente, car il s'agissait de savoir non pas si l'Assemblée peut agir d'une façon qui n'est pas prévue par la Charte mais si elle *pourrait* agir ainsi au cas où il en résulterait un régime de surveillance plus strict que celui de la Société des Nations. Pourtant le point essentiel était le même: dans l'exercice de fonctions qu'elle tient de l'extérieur, l'Assemblée peut-elle agir selon une *autre* règle de vote que celle que prévoit la Charte — peut-elle, de toute manière, en respectant la Charte, appliquer la règle de l'unanimité qui était celle de la Société des Nations?

103. It must be concluded that even if the League Council's supervisory powers had in principle passed to the Assembly, and had included the right to revoke an existing mandate, such a right could not, constitutionally, be exercised by the Assembly, since this would be inconsistent with the basic philosophy of its role within the general structure of the United Nations.

(iii) Elements confirming the above conclusions

104. *Dilemma of Judges Klaestad and Lauterpacht in the Voting Procedure case*—The problem in the *Voting Procedure* case was that, as has already been mentioned, the fact that decisions could be more easily arrived at under the Assembly's voting rule than under the League's rule of unanimity including the vote of the mandatory, involved for the latter a "greater degree of supervision" than the League's. Yet, as the Court found (see *ante*, paragraph 101), the Assembly could not, conformably with the Charter, depart from its own voting rule. The Court solved this problem by holding that although, in the exercise of its supervisory function, the Assembly must not depart from the substance of the mandate, the procedure by which it carried out that function must be the procedure provided for by the Charter; and that the Court's previous (1950) pronouncement, indicating that the degree of supervision must not be greater than the League's, was intended to apply only to matters of substance, not procedure. Given that the Assembly's voting rule *did* however, in principle, involve a greater degree of supervision than the League rule, by making it possible for decisions to be arrived at without the concurrence of the mandatory, this pronouncement of the Court in the *Voting Procedure* case involved a distinct element of inconsistency. That solution accordingly did not satisfy Judges Klaestad and Lauterpacht who arrived at a different and more logical one, avoiding contradictions and, at the same time, operating to confirm in a very striking manner the views expressed above as to the limits imposed by the Charter on the powers of the Assembly. They pointed out that the decisions reached by that organ in the course of supervising the mandate, not being in the nature of domestic, internal or procedural decisions (see head *(e)* in note 62 above) *could only operate as recommendations*, and could not therefore in any case be binding on the mandatory unless it had at least voted in favour of them [66]. Hence the Assembly's two-thirds rule, though theoretically more burdensome for the mandatory than the League's rule of unanimity including the mandatory's vote, would not in practice be so,

[66] *(a)* Distinguishing between the "domestic" or "internal", and the non-domestic categories of Assembly decisions, Judge Klaestad (*I.C.J. Reports 1955*, at p. 88) stated that in his opinion "recommendations . . . concerning reports and petitions relating to . . . South West Africa belong . . . to the last mentioned category". He continued:

103. Il faut conclure que, même si les pouvoirs de surveillance du Conseil de la SdN étaient dévolus en principe à l'Assemblée, et comprenaient le droit de révoquer un mandat existant, ce droit ne pourrait pas être exercé constitutionnellement par l'Assemblée, car cela serait incompatible avec la conception fondamentale du rôle qui lui est réservé dans le cadre général des Nations Unies.

iii) Facteurs confirmant les conclusions précédentes

104. *Dilemme de MM. Klaestad et Lauterpacht en l'affaire de la Procédure de vote.* — Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, le problème qui se posait dans l'affaire de la *Procédure de vote* tenait à ceci: comme il est plus facile d'arriver à des décisions selon la règle de vote de l'Assemblée générale qu'en suivant la procédure de la Société des Nations où s'appliquait la règle de l'unanimité, y compris le vote du mandataire, celui-ci serait soumis de la part de l'Assemblée à un « degré de surveillance dépassant » celui qu'exerçait la SdN. Pourtant, selon la conclusion de la Cour (voir plus haut par. 101), l'Assemblée ne peut pas déroger à sa propre règle de vote sans enfreindre la Charte. La Cour a résolu ce problème en considérant que si, dans l'exercice de sa fonction de surveillance, l'Assemblée ne doit pas s'écarter du mandat quant au fond, la procédure par laquelle elle remplit cette fonction doit être celle que la Charte prévoit, et en précisant que le prononcé antérieur de la Cour (1950) selon lequel le degré de surveillance ne doit pas être plus considérable qu'à l'époque de la SdN concernait uniquement les questions de fond et non la procédure. Etant donné cependant que la règle de vote de l'Assemblée entraîne en principe un degré de surveillance supérieur à celui qu'exerçait la Société des Nations, puisqu'elle permettrait d'arriver à des décisions sans l'accord du mandataire, cette conclusion de la Cour en l'affaire de la *Procédure de vote* contient un net élément de contradiction. C'est pourquoi cette solution n'a pas satisfait MM. Klaestad et Lauterpacht qui ont abouti à une conclusion différente et plus logique, évitant les contradictions et qui vient confirmer de façon frappante l'opinion exprimée plus haut au sujet des limites que la Charte impose aux pouvoirs de l'Assemblée. Ils ont fait observer que les décisions prises par cet organe en matière de surveillance du Mandat, n'ayant pas un caractère interne ou procédural (voir la note 62 ci-dessus, point *e)*), pouvaient seulement avoir la *valeur de recommandations* et ne pouvaient donc en aucun cas avoir force obligatoire à l'égard du mandataire, sauf (c'est la condition minimum) si celui-ci avait voté pour ces décisions [66]. En conséquence la

[66] *a)* Faisant une distinction entre les décisions de l'Assemblée de caractère « interne » et les autres, M. Kleastad (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 88), a déclaré qu'à son avis « les recommandations ... touchant les rapports et les pétitions relatifs au ... Sud-Ouest africain appartiennent à cette dernière catégorie ». Il a ajouté:

since in neither case could the mandatory be bound without its own concurrence. In this way the balance between the weight of the League Council's supervision and that of the Assembly would be maintained or restored.

"They are not legally binding on the Union . . . in its capacity as Mandatory Power. Only if the Union Government *by a concurrent vote has given its consent to the recommendation* can that Government become legally bound to comply with it. In that respect the legal situation is the same as it was under the supervision of the League. *Only a concurrent vote can create a binding legal obligation for the Union of South Africa*"—(my italics).

(b) Judge Lauterpacht illustrated his view by reference to the trusteeship position, which he regarded as relevant to that of mandates. The passage in question is so striking as to be worth quoting *in extenso*,—and it is of course applicable *a fortiori* to the case of mandates (*loc. cit.*, at p. 116):

"This, in principle, is also the position with respect to the recommendations of the General Assembly in relation to the administration of trust territories. The Trusteeship Agreements do not provide for a legal obligation of the Administering Authority to comply with the decisions of the organs of the United Nations in the matter of trusteeship. *Thus there is no legal obligation, on the part of the Administering Authority to give effect to a recommendation of the General Assembly to adopt or depart from a particular course of legislation or any particular administrative measure.* The legal obligation resting upon the Administering Authority is to administer the Trust Territory in accordance with the principles of the Charter and the provisions of the Trusteeship Agreement, *but not necessarily in accordance with any specific recommendation of the General Assembly or of the Trusteeship Council.* This is so as a matter both of existing law and of sound principles of government. *The Administering Authority, not the General Assembly, bears the direct responsibility for the welfare of the population of the Trust Territory.* There is no sufficient guarantee of the timeliness and practicability of a particular recommendation made by a body acting occasionally amidst a pressure of business, at times deprived of expert advice and information, and not always able to foresee the consequences of a particular measure in relation to the totality of legislation and administration of the trust territory. Recommendations in the sphere of trusteeship have been made by the General Assembly frequently and as a matter of course. *To suggest that any such particular recommendation is binding in the sense that there is a legal obligation to put it into effect is to run counter not only to the paramount rule that the General Assembly has no legal power to legislate or bind its Members by way of recommendations*, but, for reasons stated, also to cogent considerations of good government and administration"—(my italics).

"In fact States administering Trust Territories have often asserted their right not to accept recommendations of the General Assembly or of the Trusteeship Council as approved by the General Assembly. That right has never been seriously challenged. There are numerous examples of express refusal on the part of the Administering Authority to comply with a recommendation." [Follow-

règle de la majorité des deux tiers qui est celle de l'Assemblée, quoique théoriquement plus rigoureuse pour le mandataire que celle de la Société des Nations qui exigeait l'unanimité, y compris la voix du mandataire, ne serait pas plus lourde en pratique, car le mandataire ne pourrait être lié ni dans l'un ni dans l'autre cas sans son propre consentement. De la sorte, l'équilibre serait maintenu ou rétabli entre le degré de surveillance exercé par le Conseil de la SdN et celui qu'exercerait l'Assemblée générale.

« Elles ne sont pas juridiquement obligatoires pour l'Union ... en tant que Puissance mandataire. Le Gouvernement de l'Union ne peut être juridiquement tenu de se conformer à une recommandation *que s'il l'a acceptée par un vote positif.* A cet égard la situation juridique est la même que lorsque la surveillance était exercée par la Société des Nations. *Seul un vote positif peut donner naissance à une obligation juridique liant l'Union sud-africaine.* » (Les italiques sont de nous.)

b) M. Lauterpacht, pour illustrer sa manière de voir, s'est référé à la situation existant en matière de tutelle, qu'il considère comme pertinente par rapport à celle des mandats. Le passage en question mérite d'être cité en entier et s'applique évidemment à fortiori au cas des mandats (*loc. cit.*, p. 116):

« Telle est également, en principe, la position concernant les recommandations de l'Assemblée générale se rapportant à l'administration des territoires sous tutelle. Les accords de tutelle ne prévoient pas pour l'autorité administrante l'obligation juridique de se conformer aux décisions prises par les organes des Nations Unies en matière de tutelle. *Il n'y a donc pas d'obligation juridique de la part de l'autorité administrante d'adopter ou d'abroger une mesure législative ou administrative particulière, dans le but de donner effet à une recommandation de l'Assemblée générale.* L'obligation juridique incombant à l'autorité administrante est d'administrer le territoire sous tutelle conformément aux principes de la Charte et aux dispositions de l'accord de tutelle, *mais pas nécessairement suivant telle recommandation particulière de l'Assemblée générale ou du Conseil de tutelle.* Il en est ainsi à la fois en droit positif et en bon gouvernement. *C'est l'autorité administrante et non l'Assemblée générale qui est directement responsable du bien-être de la population du territoire sous tutelle.* Il n'y a pas de garanties suffisantes d'opportunité et d'applicabilité dans une recommandation particulière émanant d'un corps politique qui agit parfois sous la pression de son travail, qui est parfois privé d'avis et d'informations spécialisés, et qui ne peut toutefois prévoir les conséquences d'une mesure donnée dans le cadre de l'ensemble de la législation et de l'administration du territoire sous tutelle. L'Assemblée générale a fait des recommandations dans le domaine de la tutelle, à maintes reprises, et comme une chose allant de soi. *Prétendre qu'une recommandation particulière est obligatoire, en ce sens qu'il y a obligation légale de lui donner effet, est contraire non seulement à la règle fondamentale que l'Assemblée générale n'a pas le pouvoir législatif et ne peut lier ses membres par des recommandations*, mais encore, pour les raisons déjà indiquées, contraire à des considérations inportantes de bon gouvernement et de bonne administration. » (Les italiques sont de nous.)

« En fait, les Etats qui administrent les territoires sous tutelle ont souvent affirmé leur droit de ne pas accepter les recommandations de l'Assemblée générale ou du Conseil de tutelle approuvées par l'Assemblée générale. Ce droit n'a jamais été sérieusement contesté. Il y a de nombreux exemples de refus catégorique de la part de l'autorité administrante de se conformer à une recom-

105. This conclusion could not be other than correct;—for if the Assembly's decisions bound the mandatory without the latter's consent, whereas the League's did not, there would be imposed a degree of supervision not only far heavier, *but differing totally in kind* from that of the League. To put the matter in another way, if the substitution of the Assembly for the League Council could not be allowed to operate so as to increase the Mandatory's obligations, it correspondingly could not be allowed to operate to increase the supervisory organ's powers, still less to give it a power that the former supervisory organ never had, or could never have exercised except in a certain way and by a certain kind of vote. It follows that such a power could not be exercised by the Assembly either, especially since the latter equally cannot bind the mandatory and cannot go beyond recommendations without exceeding its constitutional Charter powers. In consequence, Resolution 2145, even if it were otherwise valid, could not have any higher status or effect than, or operate except as, a *recommendation* that South Africa's administration should terminate, and not as an actual termination of it. I have to point out in conclusion that the whole of this most important aspect of the matter, resulting from the Court's own jurisprudence as it was enunciated in the 1955 *Voting Procedure* case, is now completely ignored, and not even mentioned, in the present Opinion of the Court;—for the sufficient reason no doubt that there is no satisfactory answer that can be given to it.

106. *The answer given by the Court in 1950 to the question lettered* (c) *put to it in the then advisory proceedings*—This question asked where the competence to modify the international status of SW. Africa lay, upon the assumption that it did not lie with South Africa acting unilaterally. The Court replied (*I.C.J. Reports 1950*, at p. 144):

> "... that the Union of South Africa acting alone has not the competence to modify the international status of the territory of South West Africa, and that the competence to determine and

---

ing upon this (*loc. cit.*, pp. 116-117) Judge Lauterpacht cited, with references, a long list of specific instances.]

(c) With regard to mandates equally, in a passage of quite particular significance in the circumstances of the present case, Sir Hersch Lauterpacht said (*loc. cit.*, at p. 121):

> "This absence of a purely legal machinery and the reliance upon the moral authority of the findings and the reports of the Mandates Commission are in fact the essential feature of the supervision of the Mandates system. Public opinion—and the resulting attitude of the Mandatory Powers—were influenced not so much by the formal resolutions of the Council and Assembly [of the League] as by the reports of the Mandates Commission which was the true organ of supervision ... *yet no legal sanction was attached to non-compliance with or disregard of the recommendations, the hopes and the regrets of the Commission*"—(my italics).

105. Cette conclusion est nécessairement juste, car si les décisions de l'Assemblée liaient le mandataire sans son consentement, alors que celles de la SdN n'avaient pas cet effet, on lui imposerait une surveillance non seulement plus stricte que celle qu'exerçait la SdN mais encore *de nature totalement différente*. En d'autres termes, s'il était hors de question que le remplacement du Conseil de la SdN par l'Assemblée générale se traduise par une aggravation des obligations du mandataire, il était également hors de question qu'il ait eu pour effet d'élargir les pouvoirs de l'organe de surveillance, et, plus encore, de lui conférer un pouvoir que l'ancien organe de surveillance n'avait jamais possédé ou qu'il n'aurait jamais pu exercer sauf d'une certaine façon et conformément à un certain mode de scrutin. Il s'ensuit qu'un tel pouvoir ne pouvait pas davantage être exercé par l'Assemblée, notamment parce que celle-ci non plus ne peut lier le mandataire et ne peut aller au-delà de simples recommandations sans outrepasser les pouvoirs constitutionnels que lui attribue la Charte. Par suite, même si la résolution 2145 était valide par ailleurs, elle ne pourrait avoir d'autre effet ni d'autre portée que celle d'une *recommandation* tendant à mettre fin à l'administration du mandataire, et n'y mettrait pas fin effectivement. Je dois souligner en conclusion que cet aspect extrêmement important de la question, résultant de la jurisprudence de la Cour elle-même, telle qu'elle s'est exprimée en 1955 en l'affaire de la *Procédure de vote*, est à présent totalement laissé de côté dans l'avis de la Cour, qui n'en fait même pas mention — sans aucun doute pour la raison suffisante qu'il n'y a à cela aucune réponse satisfaisante.

106. *La réponse donnée par la Cour en 1950 à la question* c) *dans la procédure consultative de l'époque.* — La question posée tendait à déterminer qui avait compétence pour modifier le statut international du Sud-Ouest africain, étant admis que l'Afrique du Sud ne pouvait agir unilatéralement. La Cour a répondu (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 144)

> « que l'Union sud-africaine agissant seule n'est pas compétente pour modifier le statut international du territoire du Sud-Ouest africain, et que la compétence pour déterminer et modifier ce statut inter-

---

mandation. » [M. Lauterpacht cite ensuite (*loc. cit.*, p. 116-117), avec références à l'appui, une longue liste de cas d'espèce.]

c) De même, à propos des mandats, Lauterpacht affirme dans un passage qui est des plus significatifs eu égard aux circonstances de l'affaire actuelle (*loc. cit.*, p. 121):

> « Ce défaut d'appareil purement juridique, ainsi que le fait de s'en remettre à l'autorité morale des conclusions et rapports de la Commission des mandats, constituaient en fait les caractéristiques essentielles de la surveillance prévue par le régime des mandats. L'opinion publique — et l'attitude adoptée en conséquence par les Puissances mandataires — ont été influencées moins par les résolutions formelles du Conseil et de l'Assemblée [de la SdN] que par les rapports de la Commission des mandats, véritable organe de surveillance ... *Et cependant la non-application ou la méconnaissance des recommandations, des vœux et des regrets de la Commission n'appelaient aucune sanction juridique.* » (Les italiques sont de nous.)

modify the international status of the Territory *rests with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations*"—(my italics).

It is clear that even if the Mandate itself persisted under another authority the *change* of authority (particularly if the new one was the United Nations as such) would unquestionably involve a modification of the international status of the territory, not only by substituting a new administration for the existing one, but by substituting one which could not itself be subjected to any supervision at all, except its own, and which would have to render reports to itself (and so—*quis custodiet ipsos custodes?*) [67]. It therefore follows from what the Court said about modifying the status of the territory, that the competence to effect any substitution of this kind (or any other change of mandatory) would rest "with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations", —which view invests *South Africa* with the initiative, and negatives the existence of any independent right of termination resident in the United Nations acting alone. Even allowing for the fact that the issue at that time was whether the *mandatory* had any unilateral power of modification it is impossible to reconcile the phraseology employed with the idea that the Court in 1950 could have thought the United Nations, or any organ of it, acting *alone*, had such a power. As my colleague Judge Gros points out, both aspects of the matter had been raised in the course of the proceedings.

(iv) Conclusion as to the powers of the Assembly

107. The foregoing considerations lead to the conclusion that even if the Assembly inherited a supervisory role from the League Council, it could exercise it only within the limits of its competence under the Charter namely by way of discussion and recommendation. Such a situation has no room for, and is entirely incompatible with any power to revoke a mandate. In consequence, Assembly Resolution 2145 could have effect only as a recommendation.

[67] Even if the Assembly had "inherited" the supervisory function from the League, this function manifestly cannot include administration,—for the essence of supervision is its exercise by a *separate* body, not being the *administering* authority. The idea of mandates administered direct by the League itself without a mandatory as intermediary, which formed part of President Wilson's original proposals at Versailles, was not adopted, and formed no part of the *League* mandates system which it is claimed that the United Nations inherited.

national *appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies* » (Les italiques sont de nous).

Il est évident que, même si le Mandat lui-même avait subsisté sous une autre autorité, le *changement* d'autorité (notamment si l'autorité nouvelle était l'Organisation des Nations Unies en tant que telle) aurait indubitablement impliqué une modification du statut international du territoire, non seulement du fait qu'une nouvelle administration aurait remplacé l'administration existante, mais encore du fait que la nouvelle administration n'aurait pu être assujettie elle-même à une surveillance quelconque, si ce n'était la sienne propre, et qu'elle aurait dû s'adresser des rapports à elle-même (et *quis custodiet ipsos custodes?*) [67]. Il résulte donc de ce que la Cour a dit à propos de la modification du statut du territoire que la compétence pour procéder à toute substitution de ce genre (ou à tout autre changement de mandataire) appartiendrait « à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies » — opinion qui confère l'initiative à l'*Afrique du Sud* et exclut que l'Organisation des Nations Unies agissant seule possède un droit propre de mettre fin au mandat. Même si l'on tient compte du fait que la question, à l'époque, était de savoir si le *mandataire* possédait un pouvoir unilatéral de modification du statut du territoire, il est impossible de concilier les termes utilisés avec l'idée que la Cour aurait pu penser en 1950 que l'Organisation des Nations Unies agissant *seule*, ou l'un quelconque de ses organes agissant seul, aurait eu ce pouvoir. Comme mon collègue M. Gros le rappelle, les deux aspects de la question avaient été débattus au cours de la procédure.

iv) Conclusion quant aux pouvoirs de l'Assemblée

107. Les considérations qui précèdent amènent à conclure que même si l'Assemblée a succédé au Conseil de la Société des Nations dans son rôle de surveillance, elle ne peut l'exercer que dans les limites de sa compétence en vertu de la Charte, c'est-à-dire sous forme de discussions ou de recommandations. Cette situation ne laisse pas place à un pouvoir de révocation du mandat, car elle est totalement incompatible avec un tel pouvoir. Il s'ensuit que la résolution 2145 de l'Assemblée ne pouvait avoir qu'un effet de recommandation.

---

[67] Même si l'Assemblée avait « hérité » la fonction de surveillance de la SdN, cette fonction ne peut manifestement inclure l'administration, car il est de la nature même de la surveillance qu'elle soit exercée par un organisme *distinct* de l'autorité chargée de l'administration. La notion de mandats administrés directement par la SdN elle-même sans l'intermédiaire d'un mandataire, qui faisait partie des propositions initiales présentées à Versailles par le président Wilson, n'a pas été retenue et n'est pas un élément du système des mandats de la SdN, que, nous dit-on, les Nations Unies auraient hérité.

2. Competence and powers of the Security Council relative to mandates

(i) Consequential character of the Security Council's resolutions in the present case

108. It is strictly superfluous to consider what (if any) were the Security Council's powers in relation to mandates, because it is quite clear that the Council never took any independent action to terminate South Africa's mandate. All its resolutions were consequential, proceeding on the basis of a supposed termination already effected or declared by the Assembly. Without the Assembly's act, the acts of the Security Council, which were largely in the nature of a sort of attempted enforcement of what the Assembly had declared, would have lacked all *raison d'être*;—while on the other hand, if the Assembly's resolution 2145 lacked *in se* validity and legal effect, no amount of "confirmation" by the Security Council could validate it or lend it such effect, or independently bring about the revocation of a mandate.

(ii) On a mandates basis, the powers of the Security Council are no greater than the Assembly's

109. The words "relative to mandates" have been inserted of set purpose in the title to this subsection,—because it is necessary to distinguish clearly between what the Security Council can do on a *mandates* basis and what it might be able to do on the only other possible basis on which it could act, namely a peace-keeping basis. On a mandates basis the Security Council has no greater powers than the Assembly,—for (see the 1950 Opinion of the Court at p. 137) [68] it was the United Nations as a whole which inherited—or did not inherit—the role of the League of Nations in respect of mandates, together with (if it did) such powers as were comprised in that role. Consequently, as regards any power of revocation, the Security Council stands on exactly the same footing as the Assembly in respect of such questions as whether the United Nations has any supervisory function at all and, if so, whether it includes any power of revocation;—subject however to this one qualification, namely that in 1950 the Court very definitely *(loc. cit.)* indicated the Assembly as the *appropriate* organ to exercise the supervisory function it found the United Nations to be invested with. It must therefore be questioned whether the Security Council has any specific role whatever in respect of mandates as such, similar to that which it has in respect of strategic

[68] Speaking of the final League winding-up resolution of 18 April 1946 (see paragraphs 41 and 42 above) the Court said "This resolution pre-supposes that the supervisory functions exercised by the League would be taken over by *the United Nations*"—(my italics).

2. Compétence et pouvoirs du Conseil de sécurité en ce qui concerne les mandats

i) Caractère accessoire des résolutions du Conseil de sécurité en la présente espèce

108. Il est proprement vain d'examiner quels seraient (le cas échéant) les pouvoirs du Conseil de sécurité au regard des mandats, puisque de toute évidence le Conseil n'a jamais agi isolément pour mettre fin au Mandat de l'Afrique du Sud. Toutes ses résolutions ont été adoptées par voie de conséquence, compte tenu de ce que l'Assemblée avait déjà prétendu mettre fin au Mandat ou le déclarer « terminé ». Sans l'action de l'Assemblée, les actes du Conseil de sécurité, qui s'efforçaient dans une large mesure de mettre en œuvre les déclarations de l'Assemblée, n'auraient eu aucune raison d'être — et si la résolution 2145 de l'Assemblée était par elle-même dépourvue de validité et d'effet juridique, aucune « confirmation » du Conseil de sécurité, si énergique fût-elle, ne pouvait ni la valider ni lui conférer cet effet, ni provoquer indépendamment la révocation d'un mandat.

ii) Pour ce qui est des mandats, les pouvoirs du Conseil ne sont pas plus grands que ceux de l'Assemblée

109. Les mots « en ce qui concerne les mandats » ont été insérés de propos délibéré dans le titre de cette sous-section 2 parce qu'une nette distinction s'impose entre ce que le Conseil de sécurité peut faire à propos des *mandats* et ce qu'il pourrait faire au seul autre titre auquel il soit à même d'agir, celui du maintien de la paix. S'agissant des mandats, le Conseil de sécurité n'a pas de pouvoirs plus larges que l'Assemblée car (voir l'avis de 1950 de la Cour, p. 137 [68]) ce sont les Nations Unies dans leur ensemble qui ont — ou n'ont pas — hérité le rôle de la SdN relativement aux mandats avec (s'il y a eu héritage) les pouvoirs qu'il comporte. Ainsi, pour ce qui concerne un éventuel pouvoir de révocation, le Conseil de sécurité est exactement dans la même situation que l'Assemblée quand il s'agit par exemple de savoir si les Nations Unies ont une fonction de surveillance quelconque et si, ayant cette fonction, le pouvoir de révocation en fait partie; sous cette réserve d'ailleurs qu'en 1950 la Cour a très expressément désigné l'Assemblée *(loc. cit.)* comme l'organe *approprié* pour exercer la fonction de surveillance dont elle a estimé que les Nations Unies étaient chargées. Il est donc douteux que le Conseil de sécurité ait relativement aux mandats un rôle spécifique quelconque, analogue à celui qu'il possède dans le cas des territoires stratégiques sous

[68] A propos de la résolution du 18 avril 1946 qui a dissout la Société des Nations (voir par. 41 et 42 ci-dessus), la Cour s'est exprimée en ces termes: « Cette résolution présuppose que les fonctions de surveillance exercées par la Société des Nations seraient reprises par *les Nations Unies.* » (Les italiques sont de nous.)

trusteeships. If this is so, it would be solely for peace-keeping purposes that the Security Council would be competent to take action in respect of a mandate.

(iii) Wider powers in the field of mandates exercisable only on a peace-keeping basis

110. As regards the alternative basis of Security Council intervention, clearly that organ cannot be precluded from exercising its *normal* peace-keeping functions merely because the threat to the peace, if there is one, has arisen in a mandates context,—*provided* the intervention has a genuinely peace-keeping aim and is not a disguised exercise in mandates supervision. What the Security Council cannot properly do is, in the guise of peace-keeping, to exercise functions in respect of mandates, where those functions do not properly belong to it either as a self-contained organ or as part of the United Nations as a whole. It cannot, in the guise of peace-keeping revoke a mandate any more than it can, in the guise of peace-keeping order transfers or cessions of territory.

111. However, in my opinion, the various Security Council resolutions involved did not, on their language, purport to be in the exercise of the peace-keeping function. There is in fact something like a careful avoidance of phraseology that would be too unambiguous in this respect. That being so, their effect was as indicated in paragraphs 108-109 above. They were not binding on the Mandatory or on other member States of the United Nations. Like those of the Assembly they could only have a recommendatory effect in the present context.

(iv) Proper scope of the Security Council's peace-keeping powers under the Charter

112. This matter, so far as the actual terms of the Charter are concerned is governed by paragraphs 1 and 2 of Article 24 which read as follows:

> "1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.
>
> 2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the purposes and principles of the United Nations. *The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII and XII*"— (my italics).

tutelle. Dans ces conditions, le Conseil de sécurité ne serait compétent pour entreprendre une action intéressant un territoire sous mandat qu'aux seules fins du maintien de la paix.

iii) En ce qui concerne les mandats, des pouvoirs plus larges ne pourraient être exercés qu'en vue du maintien de la paix

110. Quant à l'autre fondement possible d'une intervention du Conseil de sécurité, il est clair que cet organe ne peut pas être empêché d'exercer ses fonctions normales en matière de maintien de la paix simplement parce que la menace contre la paix, à supposer qu'elle existe, serait en rapport avec ces mandats — *à condition* toutefois que l'intervention ait véritablement pour objet le maintien de la paix et ne vise pas à exercer sur les mandats une surveillance déguisée. Ce que le Conseil de sécurité n'a pas le droit de faire, sous couleur de maintenir la paix, c'est d'exercer à propos de mandats des fonctions qui ne sauraient lui appartenir, ni en tant qu'organe ayant un rôle qui lui est propre ni en tant qu'élément faisant partie des Nations Unies. Il ne peut pas plus révoquer un mandat sous prétexte de maintien de la paix qu'il ne peut, sous ce couvert, ordonner des transferts ou des cessions de territoires.

111. Toutefois, d'après moi, les diverses résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, à en juger d'après leur lettre même, ne prétendaient pas se rattacher à la fonction de maintien de la paix. On y trouve en fait un souci d'éviter soigneusement une rédaction qui dissiperait par trop les ambiguïtés sur ce point. Cela étant, ces résolutions ont l'effet indiqué aux paragraphes 108 et 109 ci-dessus. Elles ne lient ni le mandataire ni les autres Etats Membres des Nations Unies. Comme les résolutions de l'Assemblée, elles ne pouvaient avoir, dans le présent contexte, que la valeur de recommandations.

iv) Etendue réelle des pouvoirs du Conseil de sécurité relatifs au maintien de la paix en vertu de la Charte

112. Cette question est régie, du moins en ce qui concerne les termes exprès de la Charte, par les paragraphes 1 et 2 de l'article 24, libellés comme suit:

> « 1. Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité, le Conseil de sécurité agit en leur nom.
>
> 2. Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. *Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux chapitres VI, VII, VIII et XII.* » (Les italiques sont de nous.)

I am unable to agree with the extremely wide interpretation which the Opinion of the Court places on this provision. No doubt it does not limit the *occasions* on which the Security Council can act in the preservation of peace and security, provided the threat said to be involved is not a mere figment or pretext. What it does do is to limit the type of action the Council can take in the discharge of its peace-keeping responsibilities, —for the second paragraph of Article 24 states in terms that the *specific* powers granted to the Security Council for these purposes are laid down in the indicated Chapters (VI, VII, VIII and XII). According to normal canons of interpretation this means that so far as *peace-keeping* is concerned, they are not to be found anywhere else, and are exercisable only as those Chapters allow. It is therefore to them that recourse must be had in order to ascertain what the *specific* peace-keeping powers of the Security Council are, *including the power to bind.* If this is done, it will be found that only when the Council is acting under Chapter VII, or possibly in certain cases under Chapter VIII, will its resolutions be binding on member States. In other cases their effect would be recommendatory or hortatory only. (Peace-keeping action under Chapter XII—strategic trusteeships—does not really seem to me to be a separate case, since it is difficult to see how it could fail to take the form of action under Chapters VI or VII as the case might be.)

113. These limitations apply equally to the effect of Article 25 of the Charter, by reason of the proviso "in accordance with the present Charter". If, under the relevant chapter or article of the Charter, the decision is *not* binding, Article 25 cannot make it so. If the effect of that Article were automatically to make *all* decisions of the Security Council binding, then the words "in accordance with the present Charter" would be quite superfluous. They would add nothing to the preceding and only other phrase in the Article, namely "The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council", which they are clearly intended to qualify. They effectively do so only if the decisions referred to are those which *are* duly binding "in accordance with the present Charter". Otherwise the language used in such parts of the Charter as Chapter VI for instance, indicative of recommendatory functions only, would be in direct contradiction with Article 25—or Article 25 with them.

114. Since, in consequence, the question whether any given resolution of the Security Council is binding or merely recommendatory in effect, must be a matter for objective determination in each individual case, it follows that the Council cannot, merely by *invoking* Article 25 (as it does for instance in its Resolution 269 of 12 August 1969) impart

Je ne puis pas me rallier à l'interprétation extrêmement large que l'avis de la Cour donne à cette disposition. Sans doute, elle ne limite pas les *cas* où le Conseil de sécurité peut agir pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité, étant entendu que la menace invoquée ne doit être ni une simple fiction ni un prétexte. Mais cette disposition a pour effet de circonscrire le genre de mesures que le Conseil peut prendre pour s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vue du maintien de la paix — en effet, le paragraphe 2 de l'article 24 dit expressément que les pouvoirs *spécifiques* conférés à cette fin au Conseil de sécurité sont définis aux chapitres indiqués (VI, VII, VIII et XII). Selon des règles normales d'interprétation, cela signifie qu'en ce qui concerne le *maintien de la paix* ces pouvoirs ne sont spécifiés nulle part ailleurs et ne peuvent s'exercer que conformément aux dispositions de ces chapitres. C'est donc à celles-ci qu'il faut avoir recours si l'on veut déterminer quels sont les pouvoirs *spécifiques* conférés au Conseil de sécurité pour le maintien de la paix, *et notamment le pouvoir qu'il a de prendre une décision obligatoire.* Si l'on se réfère à ces chapitres, on constate que c'est seulement lorsque le Conseil agit en application du chapitre VII, et peut-être dans certains cas en application du chapitre VIII, que ses résolutions auront force obligatoire pour les Etats membres. Dans les autres cas, elles n'auraient valeur que de recommandations ou d'exhortations. (Les mesures visant le maintien de la paix prévues au chapitre XII — concernant les territoires sous tutelle présentant un caractère stratégique — ne me semblent pas vraiment constituer un cas distinct, car il est difficile de voir pourquoi ces mesures ne pourraient pas être prises aux termes des chapitres VI ou VII, selon le cas.)

113. Ces limites s'appliquent également à l'effet de l'article 25 de la Charte, en raison de la clause « conformément à la présente Charte ». Si la décision n'a *pas* un caractère obligatoire en vertu du chapitre ou de l'article pertinent de la Charte, l'article 25 ne saurait lui conférer ce caractère. Si cet article avait pour effet automatique de rendre obligatoires *toutes* les décisions du Conseil de sécurité, les mots « conformément à la présente Charte » seraient tout à fait superflus. Ils n'ajouteraient rien au membre de phrase qui précède — le seul autre que contienne l'article et qu'ils visaient manifestement à qualifier — « Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité ». Ils ne servent à quelque chose que si les décisions dont il s'agit sont celles qui *sont* dûment obligatoires « conformément à la présente Charte ». Sinon les termes employés dans des parties de la Charte comme le chapitre VI par exemple, qui visent des fonctions de recommandation uniquement, contrediraient directement l'article 25 ou seraient contredites par lui.

114. Puisque, en conséquence, la question de savoir si une résolution donnée du Conseil de sécurité a un effet obligatoire ou un effet de recommandation doit forcément être décidée, objectivement dans chaque cas d'espèce, il en découle que le Conseil ne saurait, par le simple fait d'*invoquer* l'article 25 (comme il le fait par exemple dans sa résolution 269

obligatory character to a resolution which would not otherwise possess it according to the terms of the chapter or article of the Charter on the basis of which the Council is, or must be deemed to be, acting.

(v) The Security Council is not competent, even for genuine peace-keeping purposes, to effect definitive changes in territorial sovereignty or administrative rights

115. There is more. *Even when acting under Chapter VII of the Charter itself*, the Security Council has no power to abrogate or alter territorial rights, whether of sovereignty or administration. Even a war-time occupation of a country or territory cannot operate to do that. It must await the peace settlement. This is a principle of international law that is as well-established as any there can be,—and the Security Council is as much subject to it (for the United Nations is itself a subject of international law) as any of its individual member States are. The Security Council might, after making the necessary determinations under Article 39 of the Charter, order the occupation of a country or piece of territory *in order to restore peace and security*, but it could not thereby, or as part of that operation, abrogate or alter territorial rights;—and the right to administer a mandated territory is a territorial right without which the territory could not be governed or the mandate be operated. It was to keep the peace, not to change the world order, that the Security Council was set up.

* * *

116. These limitations on the powers of the Security Council are necessary because of the all too great ease with which any acutely controversial international situation can be represented as involving a latent threat to peace and security, even where it is really too remote genuinely to constitute one. Without these limitations, the functions of the Security Council could be used for purposes never originally intended,—and the present case is a very good illustration of this: for not only was the Security Council not acting under Chapter VII of the Charter (which it obviously could not do—though it remains to be seen by what means and upon what grounds the necessary threat to, or breach of the peace, or act of aggression will be determined to exist);—not only was there no threat to peace and security other than such as might be artificially created as a pretext for the realization of ulterior purposes,—but the whole operation, which will not necessarily end there, had as its object the abrogation of the Mandatory's rights of territorial administration, in order to secure (not eventually but very soon) the transformation of the mandated terri-

du 12 août 1969) conférer un caractère obligatoire à une résolution qui en serait dépourvu d'après les termes du chapitre ou de l'article de la Charte en vertu duquel le Conseil aurait agi ou serait réputé avoir agi.

v) Même quand il s'agit vraiment de maintien de la paix, le Conseil de sécurité n'est pas compétent pour effectuer des changements définitifs de souveraineté territoriale ou de droits d'administration

115. Ce n'est pas tout. *Même quand il agit en vertu du chapitre VII de la Charte* le Conseil de sécurité n'a le pouvoir ni d'abroger ni de modifier des droits territoriaux, qu'il s'agisse de droits de souveraineté ou de droits d'administration. Même une occupation du temps de guerre d'un pays ou d'un territoire ne saurait conférer un tel pouvoir. Il faut attendre le règlement de paix. C'est là un principe de droit international solidement établi s'il en est — et le Conseil de sécurité y est tout aussi soumis (car les Nations Unies sont elles-mêmes un sujet du droit international) que n'importe lequel des Etats Membres. Après avoir fait les constatations qui s'imposent aux termes de l'article 39 de la Charte, le Conseil de sécurité pourrait ordonner l'occupation d'un pays ou d'une partie d'un territoire *aux fins de rétablir la paix et la sécurité* mais il ne saurait, ce faisant, ou dans le cadre de cette opération, abroger ou modifier des droits territoriaux — et le droit d'administrer un territoire sous mandat est un droit territorial sans lequel le territoire ne pourrait être gouverné, ni le mandat appliqué. C'est pour maintenir la paix et non pour modifier l'ordre mondial que le Conseil de sécurité a été créé.

* * *

116. Ces limitations aux pouvoirs du Conseil de sécurité sont nécessaires car il n'est que trop facile de présenter une situation internationale qui fait l'objet de vives controverses comme impliquant une menace latente contre la paix et la sécurité, même si elle est trop éloignée pour paraître authentique. Sans ces limitations, les fonctions du Conseil de sécurité pourraient être utilisées à des fins qui n'ont jamais été prévues à l'origine et la présente affaire nous en fournit un excellent exemple: en effet, non seulement le Conseil de sécurité n'a pas agi en vertu du chapitre VII de la Charte (ce qu'il ne pouvait manifestement pas faire — encore qu'il reste à voir par quels moyens et sur quels motifs on constatera la condition nécessaire de l'existence de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression); non seulement il n'existait aucune menace contre la paix ou la sécurité autre que celle qui pouvait être suscitée artificiellement et comme prétexte à atteindre des objectifs inavoués, mais encore l'opération tout entière, qui ne s'arrêtera pas forcément là, avait pour objet d'abroger les droits d'administration territoriale du

tory into, and its emergence as, the sovereign independent State of "Namibia". This is what is declared in terms, not only in Resolution 2145 itself, but also in the subsequent Assembly Resolution 2248 (S-V) of 1967, specifying June 1968 as the intended date of transfer [69],—and this is par excellence the type of purpose, in promoting which, the Security Council (and *a fortiori* the Assembly) exceeds its competence, and so acts *ultra vires*.

SECTION D

THE LEGAL CONSEQUENCES FOR STATES

1. In general

117. On the basis of the foregoing conclusions, the answer to the question put to the Court in the present proceedings, as to what are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in the mandated territory of SW. Africa, despite Security Council resolution 276 of 1970 is, strictly, that there are no specific legal consequences for States, for there has been no change in the legal position. Since neither the Security Council nor the Assembly has any competence to revoke South Africa's Mandate, the various resolutions of these organs purporting to do so, or to declare it to be at an end, or to confirm its termination, are one and all devoid of legal effect. The result is that the Mandate still subsists, and that South Africa is still the Mandatory. However, from this last conclusion there do follow certain legal consequences both for South Africa and for other States.

2. Consequences for South Africa

118. *For South Africa* there is an obligation

(1) to recognize that the Mandate survived the dissolution of the League, —that it has an international character,—and that in consequence SW. Africa cannot unilaterally be incorporated in the territory of the Republic;
(2) to perform and execute in full all the obligations of the Mandate, whatever these may be.

119. With regard to this last requirement, I have given my reasons for thinking that, the United Nations not being the successor in law to the League of Nations, the Mandatory is not, and never became subject

[69] See further in the Annex, paragraph *15* in section 3.

Mandataire aux fins d'assurer (non pas par la suite mais très bientôt) la transformation du territoire sous mandat en un Etat souverain et indépendant, celui de « la Namibie ». C'est ce qui est dit explicitement, non seulement dans la résolution 2145 elle-même, mais aussi dans la résolution ultérieure 2248 (S-V) adoptée en 1967 par l'Assemblée, qui fixait le mois de juin 1968 comme date du transfert envisagé [69]; et c'est là par excellence le genre d'objectif qui dépasse les compétences du Conseil de sécurité (et à plus forte raison de l'Assemblée) de sorte qu'en cherchant à le favoriser il excède ses pouvoirs.

SECTION D

CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LES ETATS

1. Généralités

117. Vu les conclusions qui précèdent, la réponse à la question posée à la Cour dans la présente procédure sur les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud dans le territoire sous mandat du Sud-Ouest africain, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, est qu'il n'y a pas, à proprement parler, de conséquences juridiques précises pour les Etats, la situation juridique étant inchangée. Ni le Conseil de sécurité ni l'Assemblée générale n'ont compétence pour révoquer le Mandat de l'Afrique du Sud, de sorte que les diverses résolutions par lesquelles ces organes ont prétendu le révoquer, déclarer qu'il avait pris fin ou confirmer qu'il était terminé, sont sans exception aucune dépourvues d'effet juridique. Il en résulte que le Mandat subsiste et que l'Afrique du Sud est toujours Mandataire. Cette dernière conclusion entraîne cependant certaines conséquences juridiques, tant pour l'Afrique du Sud que pour les autres Etats.

2. Conséquences pour l'Afrique du Sud

118. Pour l'*Afrique du Sud*, les conséquences sont qu'elle doit:

1) reconnaître que le Mandat a survécu à la dissolution de la Société des Nations — qu'il a un caractère international — et que par suite le Sud-Ouest africain ne peut pas être unilatéralement incorporé dans le territoire de la République;
2) remplir et exécuter intégralement toutes les obligations découlant du Mandat, quelles qu'elles soient.

119. Sur ce dernier point, j'ai déjà exposé les raisons pour lesquelles j'estime que, l'Organisation des Nations Unies n'étant pas en droit le successeur de la Société des Nations, le Mandataire n'a pas, et n'a jamais

[69] Voir par. *15* de la section 3 de l'annexe ci-après.

to any duty to report to it, or accept its supervision, particularly as regards the Assembly. But as was pointed out earlier in this Opinion (paragraphs 17 and 20), it does not follow that the reporting obligation has lapsed entirely; and it is the fact that it could be carried out by the alternative means indicated in paragraph 16. This being so, the question arises whether the Mandatory has a legal duty to take some such steps as were there indicated. The matter is not free from doubt. The Court in 1950 considered the reporting obligation to be an essential part of the Mandate. Judge Read on the other hand thought that although its absence might "weaken" the Mandate, the latter would not otherwise be affected. Again if the Mandate is viewed as a treaty or contract, the normal effect of the extinction of one of the parties would be to bring the treaty or contract to an end entirely.

120. However, the better view seems to be that the reporting obligation survived, though becoming dormant upon the dissolution of the League, and certainly not transformed into an obligation relative to the United Nations. Nevertheless, if not an absolutely essential element, it is a sufficiently important part of the Mandate to place the Mandatory under an obligation to revive and carry it out, if it is at all possible to do so, by some other means [70]. But the Mandatory would have the right to insist *(a)* on the new supervisory body being acceptable to it in character and composition—(such acceptance not to be unreasonably withheld),—*(b)* on the nature *and implications* (as to degree of supervision) of the reporting obligation being as they are indicated to be in paragraphs 76-78 above,—and *(c)* that, just as with the League Council, the Mandatory would be under no legal obligation to carry out the recommendations of the supervisory body, no more than States administering trust territories are obliged to accept the views of the United Nations Assembly as supervisory organ—(see *supra*, paragraphs 77 and 104 and footnote 66)

121. A further, or rather alternative, course that could be considered incumbent on South Africa, though as a consequence of the Charter not the Mandate, would be to resume the rendering of reports under Article 73 *(e)* of the Charter (see as to this the joint dissenting Opinion of 1962, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 541-548 and paragraph 43 *(b)* above), seeing that on any view SW. Africa is a non-self-governing territory. This resumption must however be on the understanding that the reports are not dealt with by the Trusteeship Council unless South Africa so agrees.

---

[70] *Ex hypothesi* however, it would not be to the United Nations that the Mandatory would be responsible for doing this, or there would merely be the same situation in another form.

eu, le devoir de lui faire rapport ni d'accepter sa surveillance, notamment celle de l'Assemblée générale. Mais, comme il a été signalé précédemment dans cette opinion (par. 17 et 20), cela ne veut pas dire que l'obligation de faire rapport ait entièrement disparu, et le fait est que l'Afrique du Sud pourrait s'en acquitter de la façon indiquée au paragraphe 16. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si le Mandataire est juridiquement tenu de prendre des mesures du genre de celles qui s'y trouvent mentionnées. La question n'est pas sans soulever quelque doute. En 1950, la Cour a considéré que l'obligation de faire rapport était un élément essentiel du Mandat. Au contraire M. Read pensait que son absence pourrait risquer d'« affaiblir » le Mandat, mais que celui-ci ne s'en trouverait pas autrement touché. Et encore, si l'on considère le Mandat comme un traité ou un contrat, la disparition de l'une des parties aurait normalement pour effet d'entraîner l'extinction totale du traité ou du contrat.

120. Quoi qu'il en soit, l'interprétation la plus fondée me paraît être que l'obligation de faire rapport subsiste, bien qu'à l'état latent depuis la dissolution de la Société des Nations, et sans transformation aucune en obligation envers l'Organisation des Nations Unies. Cependant si elle ne constitue pas un élément absolument essentiel du Mandat, cette obligation n'en est pas moins un aspect suffisamment important pour que le Mandataire soit tenu de la faire renaître et de s'en acquitter par un autre moyen [70] si cela apparaît possible. En revanche, le Mandataire serait en droit d'exiger: *a)* que le nouvel organe de surveillance ait un caractère et une composition qu'il jugerait acceptables (sans qu'il puisse se montrer à cet égard déraisonnable); *b)* que la nature et les *incidences* (quant au degré de surveillance) de l'obligation de faire rapport soient celles qui sont indiquées aux paragraphes 76 à 78 ci-dessus; et *c)* que, de même qu'à l'égard du Conseil de la Société des Nations, le Mandataire n'ait pas l'obligation juridique d'appliquer les recommandations de l'organe de surveillance, pas plus que les Etats qui administrent des territoires sous tutelle ne sont obligés d'accepter les avis de l'Assemblée générale des Nations Unies en tant qu'organe de surveillance (voir ci-dessus, par. 77 et 104 et note 66).

121. En plus, ou plutôt à la place de la méthode qui précède, on pourrait considérer comme incombant à l'Afrique du Sud, cette fois sur la base de la Charte et non plus du Mandat, qu'elle reprenne la transmission de rapports en vertu de l'article 73, alinéa *e)*, de la Charte (sur ce point, voir l'opinion dissidente commune de 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 541-548 et le paragraphe 43 *b)* ci-dessus), puisque le Sud-Ouest africain est sans aucun doute un territoire non autonome. Il devrait néanmoins être entendu que cette reprise se ferait à condition que les rapports ne soient pas examinés par le Conseil de tutelle, sauf si l'Afrique du Sud y consent.

---

[70] Par hypothèse cependant, ce ne serait pas à l'égard des Nations Unies que le Mandataire aurait ce devoir, sinon la même situation se répéterait sous une autre forme.

3. For other States

122. *For other States* the "legal consequences" of the fact that South Africa's Mandate has not been validly revoked, and still subsists in law are:

(1) to recognize that the United Nations is not, any more than the Mandatory, competent unilaterally to change the status of the mandated territory;
(2) to respect and abide by the Mandatory's continued right to administer the territory, unless and until any change is brought about by lawful means.

* * *

123. On the foregoing basis it becomes unecessary for me to consider what the legal consequences for States would be if the view taken in the Opinion of the Court were correct; although, since the measures indicated by the Court seem to be based mostly on resolutions of the Security Council that—for the reasons given in paragraphs 112-114 above—I would regard as having only a recommendatory effect, I would be obliged to question the claim of these measures to be in the proper nature of "legal consequences", even if I otherwise agreed with that Opinion. (I also share the views of my colleagues Judges Gros, Petrén, Onyeama and Dillard as to the standing of certain of these measures.)

124. There is however another aspect of the matter to which I attach importance and which I think needs stressing. It was for this reason, that, on 9 March 1971, during the oral proceedings (see Record, C.R. 71/19, p. 23), I put a question to Counsel for the United States of America, then addressing the Court. I do not think I can do better than cite this question and the written answer to it, as received in the Registry of the Court some ten days later (18 March 1971):

> *Question:* In the opinion of the United States Government is there any rule of customary international law which, in general, obliges States to apply sanctions against a State which has acted, or is acting, illegally—such as cutting off diplomatic, consular and commercial relations with the tortfeasor State? If not, in what manner would States become compelled so to act—not merely by way of moral duty or in the exercise of a faculty, but as a matter of positive legal obligations?
>
> *Reply:* It is the opinion of the United States that there is no rule of customary international law imposing on a State a duty to apply sanctions against the State which has acted, or is acting, illegally. However, under the Charter of the United Nations, the Security Council has the power to decide that member States should apply

3. Pour les autres Etats

122. *Pour les autres Etats*, les « conséquences juridiques » du fait que le Mandat de l'Afrique du Sud n'a pas été valablement révoqué et subsiste en droit sont qu'il leur incombe:

1) de reconnaître que l'Organisation des Nations Unies n'est pas compétente, non plus que le Mandataire, pour modifier unilatéralement le statut du territoire sous mandat;
2) de respecter et d'observer le droit qu'a encore le Mandataire d'administrer le territoire, tant qu'un changement n'a pas été opéré par des moyens juridiquement valables.

* * *

123. Sur cette base, je n'ai pas à me demander quelles seraient les conséquences juridiques pour les Etats si la conception dont procède l'avis de la Cour était juste; de toute façon, comme les mesures indiquées par la Cour paraissent s'appuyer surtout sur les résolutions du Conseil de sécurité qui n'ont pour moi d'autre effet que celui de recommandations, pour les raisons données aux paragraphes 112 à 114 ci-dessus, je me verrais dans l'obligation de contester que ces mesures aient véritablement le caractère de « conséquences juridiques », même si par ailleurs je souscrivais à l'avis. (Je partage également les vues de mes collègues MM. Gros, Petrén, Onyeama et Dillard sur la valeur de certaines de ces mesures.)

124. Il y a toutefois un autre aspect auquel j'attache de l'importance et qui me paraît devoir être souligné. C'est d'ailleurs pour cela que, le 9 mars 1971, au cours de la procédure orale, j'ai posé une question au représentant des Etats-Unis d'Amérique, qui présentait alors son exposé oral. Je ne puis faire mieux, me semble-t-il, que de citer le libellé de cette question et la réponse écrite qui est parvenue au Greffe de la Cour une dizaine de jours plus tard, le 18 mars 1971:

> *Question:* Existe-t-il selon le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique une règle de droit international coutumier qui, d'une manière générale, oblige les Etats à appliquer des sanctions contre un Etat qui a agi ou qui agit illégalement — par exemple à rompre les relations diplomatiques, consulaires et commerciales avec l'Etat fautif? Sinon, comment l'obligation d'agir ainsi s'imposerait-elle aux Etats, autrement que comme un simple devoir moral ou simple exercice d'une faculté, en tant qu'obligation juridique positive?
>
> *Réponse:* De l'avis des Etats-Unis, il n'existe pas de règle de droit international coutumier qui oblige les Etats à appliquer des sanctions contre un Etat qui a agi ou qui agit illégalement. Toutefois, en vertu de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité a le pouvoir de décider que les Etats Membres doivent appliquer des sanctions

sanctions against the State which acts in certain illegal ways. Thus, should the Security Council determine that an illegal act by a State constitutes "a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression", it would have a duty under Article 39 to "make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security". Whenever the Security Council makes such a determination and decides that diplomatic, consular and commercial relations shall be cut off in accordance with Article 41 of the Charter, all Members of the United Nations have the duty to apply such measures.

If the latter part of this reply is intended to indicate that it is broadly speaking only in consequence of decisions taken under Chapter VII of the Charter, after a prior determination of the existence of a "threat to the peace, breach of the peace or act of aggression", that a legal duty for member States would arise to take specific measures, I can only agree.

POSTSCRIPTUM

OTHER CONSEQUENCES

125. In the latter part of his separate declaration, the President of the Court has made certain observations which, though closely related to the legal issues involved in this case, have a different character. Taking my cue from him, I should like to do the same. In the period 1945/1946, South Africa could have confronted the United Nations with a *fait accompli* by incorporating SW. Africa in its own territory, as a component province on a par with Cape province, Natal, the Transvaal and the Orange Free State. Had this been done, there would have been no way in which it could have been prevented, or subsequently undone, short of war. Wisely however, though at the same time exercising considerable restraint from its own point of view, South Africa refrained from doing this. If however "incorporation" is something which the United Nations believes it could never accept, there should equally be a reciprocal and corresponding realization of the fact that the conversion of SW. Africa into the sovereign independent State of Namibia (unless it were on a very different basis from anything now apparently contemplated) could only be brought about by means the consequences of which would be incalculable, and which do not need to be specified. Clearly therefore, in a situation in which no useful purpose can be served by launching the irresistible force against the immovable object, statesmanship should seek a *modus vivendi*—while there is yet time.

(Signed) G. G. FITZMAURICE.

contre un Etat qui a certains comportements illicites. Par exemple, si le Conseil de sécurité constate qu'un acte illicite d'un Etat constitue « une menace contre la paix ... une rupture de la paix ou ... un acte d'agression », il a le devoir, en vertu de l'article 39, de faire « des recommandations ou [décider] quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ». Quand le Conseil de sécurité fait une telle constatation et décide que les relations diplomatiques, consulaires et commerciales doivent être rompues conformément à l'article 41 de la Charte, tous les Membres des Nations Unies ont le devoir d'appliquer ces mesures.

Si la dernière partie de cette réponse veut dire que c'est, grosso modo, uniquement quand des décisions sont adoptées en vertu du chapitre VII de la Charte, l'existence d'une « menace contre la paix, d'une rupture de paix ou d'un acte d'agression » ayant été préalablement constatée, que les Etats Membres auraient l'obligation juridique de prendre des mesures positives, je ne peux que me ranger à cet avis.

POST-SCRIPTUM

AUTRES CONSÉQUENCES

125. Dans la dernière partie de sa déclaration, le Président de la Cour a présenté certaines observations qui, tout en étant liées de près aux problèmes juridiques en cause dans la présente affaire, ont un caractère différent. Prenant exemple sur lui, je formulerai aussi quelques remarques. Pendant la période 1945-1946, l'Afrique du Sud aurait pu mettre les Nations Unies devant le fait accompli, en incorporant le Sud-Ouest africain à son territoire pour le transformer en une province comme celle du Cap, comme le Natal, le Transvaal ou l'Etat libre d'Orange. Si elle l'avait fait, il n'y aurait eu aucun moyen sauf la guerre de s'y opposer ou de revenir sur la transformation effectuée. Faisant preuve de sagesse mais en se contraignant aussi de son point de vue à beaucoup de modération, l'Afrique du Sud s'est abstenue de se comporter de la sorte. Mais si l'« incorporation » est une mesure que les Nations Unies estiment ne jamais pouvoir accepter, il convient qu'il soit également et réciproquement compris que la conversion du Sud-Ouest africain en un Etat de Namibie souverain et indépendant (sauf si elle se produit sur une base très différente de ce que l'on paraît actuellement envisager) ne peut être obtenue que par des moyens aux conséquences incalculables, qu'il est inutile de préciser. Cela étant, lorsqu'on se trouve dans une situation où il ne sert à rien de lancer une force irrésistible contre un objet immobile, l'homme d'Etat doit chercher un *modus vivendi*, pendant qu'il en est encore temps.

(Signé) G. G. FITZMAURICE.

ANNEX

PRELIMINARY AND INCIDENTAL MATTERS [1]

1. Incompetence of the United Nations Assembly to act as a court of law

1. When, by its Resolution 2145 of 1966, the Assembly purported to declare the termination of South Africa's mandate, on the basis of alleged fundamental breaches of it, and to declare this not merely as a matter of opinion but as an *executive* act having the intended operational effect of bringing the Mandate to an end—or registering its termination—and of rendering any further administration of the mandated territory by South Africa illegal,—it was making pronouncements of an essentially juridical character which the Assembly, not being a judicial organ, and not having previously referred the matter to any such organ, was not competent to make.

2. There is nothing unusual in the view here expressed. On the contrary it represents the normal state of affairs, which is that the organ competent to perform an act, in the executive sense, is not the organ competent to decide whether the conditions justifying its performance are present. In all other fields a separation of functions is the rule. Thus the legislature is alone competent to enact a law,—the executive or administration alone competent to apply or enforce it,—the judiciary alone competent to interpret it and decide whether its application or enforcement is justified in the particular case. In the institutional field, the justification for the act of some organ or body may turn upon considerations of a political or technical character, or of professional conduct or discipline, and if so, the political, technical or professional organ or body concerned will, in principle, be competent to make the necessary determinations. But where the matter turns, and turns exclusively, on considerations of a legal character, a political organ, even if it is competent to take any resulting action, is not itself competent to make the necessary legal determinations on which the justification for such action must rest. This can only be done by a legal organ competent to make such determinations.

[1] Relegation to this Annex does not in any way involve that the matters dealt with in it are regarded as of secondary importance;—quite the reverse—they involve issues as salient in their way as any in the case. But to have dealt with them at the earlier stage to which they really belong would have held up or interrupted the development of the main argument which I wished to put first.

ANNEXE

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES ET QUESTIONS INCIDENTES [1]

1. L'Assemblée générale des Nations Unies est incompétente pour agir comme tribunal

1. Quand, par sa résolution 2145 de 1966, l'Assemblée générale a prétendu déclarer terminé le Mandat de l'Afrique du Sud, au motif que celle-ci aurait commis des violations fondamentales de ce Mandat, cette déclaration représentant non pas simplement l'expression d'une opinion mais un acte de nature *exécutive* qui devait avoir pour effet pratique de mettre fin au Mandat ou de consacrer son extinction, et de rendre désormais illégale l'administration du territoire sous Mandat par l'Afrique du Sud, elle a émis des prononcés d'un caractère essentiellement juridique qu'elle n'avait pas compétence pour formuler, faute d'être un organe judiciaire et de n'avoir pas au préalable renvoyé la question à un organe judiciaire.

2. Il n'y a rien d'inhabituel dans l'opinion exprimée ici. Au contraire, elle représente l'état de choses normal, à savoir que l'organe compétent pour accomplir concrètement un acte dans le cadre de ses responsabilités exécutives n'est pas l'organe compétent pour décider si les conditions justifiant son accomplissement sont réunies. Dans tous les autres domaines, une division similaire des fonctions est chose courante. Ainsi le pouvoir législatif est seul compétent pour promulguer une loi, le pouvoir exécutif ou l'administration seuls compétents pour l'appliquer ou la mettre en vigueur, le pouvoir judiciaire seul compétent pour l'interpréter et décider si son application ou sa mise en vigueur sont justifiées dans un cas donné. Dans le domaine des institutions, la justification de l'acte accompli par un organe quelconque peut tenir à des considérations d'ordre politique ou technique, ou à des considérations de comportement professionnel ou de discipline, et, le cas échéant, l'organe ou institution politique, technique ou professionnel intéressé sera, en principe, habilité à faire les constatations nécessaires. Mais lorsque la question dépend, et dépend exclusivement, de considérations d'ordre juridique, un organe politique n'a pas lui-même le pouvoir de procéder aux constatations juridiques qui doivent

[1] Le fait que certaines questions sont traitées dans la présente annexe ne veut nullement dire que je les considère comme d'importance secondaire; bien au contraire, elles posent des problèmes qui, d'une certaine façon, présentent la même prééminence que n'importe quel autre aspect de l'affaire. Mais si je les avais traitées auparavant, à la place qui est véritablement la leur, j'aurais ralenti ou interrompu le développement de l'argument principal, que je tenais à exposer le premier.

3. It must be added that besides being *ultra vires* under this head, the Assembly's action was arbitrary and high-handed, inasmuch as it acted as judge in its own cause relative to charges in respect of which it was itself the complainant, and without affording to the "defendant" any of the facilities or safeguards that are a normal part of the judicial process.

4. It has been contended that the competence of the Assembly to make determinations of a legal character is shown by the fact that Article 6 of the Charter confers upon it the right (upon the recommendation of the Security Council) to expel a member State "which has persistently violated the principles contained in ... the Charter". This however merely means that the framers of the Charter did confer this particular specific power on the Assembly, in express terms, without indicating whether or not it was one that should only be exercised after a prior determination of the alleged violations by a competent juridical organ. To argue from the power thus specifically conferred by Article 6, that the Assembly must therefore be deemed to possess a *general* power under the Charter to make legal determinations, is clearly fallacious.

5. The contention that Resolution 2145 did not actually terminate South Africa's mandate, but merely registered its termination by South Africa itself, through its breaches of it, i.e., that the Resolution was merely declaratory not executive, is clearly nothing but an expedient directed to avoiding the difficulty;—for even as only declaratory, the resolution amounted to a finding that there had been breaches of the Mandate,—otherwise there would have been no basis even for a declaratory resolution. It is moreover a strange and novel juridical doctrine that, by infringing an obligation, the latter can be brought to an end,—but doubtless a welcome one to those who are looking for an easy way out of an inconvenient undertaking.

6. No less of an expedient is the plea that South Africa had itself "disavowed the Mandate" ever since 1946. South Africa's attitude has always been that, as a matter of *law*, either the Mandate was so bound up with the League of Nations that it could not survive the latter's dissolution, or else, that if it did, it did not survive in the form claimed in the United Nations. Whether this view was correct or not it was in no sense equivalent to a "disavowal" of the Mandate. To deny the existence of an obligation is *ex hypothesi* not the same as to repudiate it [2]. Nor can any such deduction legitimately be drawn from the failure to render reports to, and accept the supervision of the Assembly, based as this was on the

[2] For this reason the justification for the revocation of the Mandate which the Court finds in Article 60, paragraph 3 *(a)*, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties is quite misplaced.

justifier son action, même s'il a compétence pour prendre les mesures qui en découlent. Seul possède ce pouvoir un organe juridique compétent pour procéder à ces constatations.

3. Il faut ajouter qu'outre qu'elle constitue un excès de pouvoir sur ce point, l'action de l'Assemblée a été parfaitement arbitraire dans la mesure où l'Assemblée était à la fois juge et partie au regard d'accusations qu'elle avait portées elle-même, sans donner au « défendeur » aucun des moyens et des garanties que comporte normalement le processus judiciaire.

4. On a affirmé que l'aptitude de l'Assemblée à faire des constatations de caractère juridique ressort du fait que l'article 6 de la Charte lui confère le droit d'exclure, sur recommandation du Conseil de sécurité, un Etat Membre ayant « enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la ... Charte ». Cela signifie seulement que les auteurs de la Charte ont conféré à l'Assemblée, en termes exprès, le pouvoir *spécifique* dont il s'agit, sans préciser si ce pouvoir ne pouvait être exercé qu'une fois les prétendues violations constatées par un organe juridique compétent. Déduire du pouvoir spécifiquement conféré par l'article 6 que l'Assemblée est censée tenir nécessairement de la Charte un pouvoir *général* de faire des constatations juridiques, c'est nettement fallacieux.

5. La thèse selon laquelle la résolution 2145 n'a pas effectivement mis fin au Mandat de l'Afrique du Sud, mais s'est bornée à noter que l'Afrique du Sud y avait mis fin elle-même, en raison des violations commises par elle, autrement dit la thèse selon laquelle cette résolution était purement déclaratoire et non pas exécutoire, n'est manifestement qu'un expédient visant à éluder la difficulté; en effet, même si elle n'est que déclaratoire, la résolution constatait en réalité que des violations du Mandat avaient eu lieu, car à défaut rien ne justifiait l'adoption d'une résolution même simplement déclaratoire. En outre, c'est une doctrine étrange et inédite que celle qui consiste à prétendre qu'en enfreignant une obligation on peut mettre un terme à celle-ci, mais ceux qui cherchent un moyen facile de se soustraire à un engagement embarrassant l'accueilleront certainement avec satisfaction.

6. L'argument selon lequel l'Afrique du Sud elle-même avait « dénoncé le Mandat » dès 1946 est lui aussi un expédient. L'attitude de l'Afrique du Sud a été que, sur le plan *juridique*, ou bien le Mandat était à tel point lié à la Société des Nations qu'il ne pouvait survivre à la dissolution de celle-ci, ou bien que, s'il avait survécu, ce ne pouvait être sous la forme que prétendaient les Nations Unies. Que ce point de vue ait été juridiquement fondé ou non, cela n'équivalait aucunement à une « dénonciation » du Mandat. Par hypothèse, nier l'existence d'une obligation et la dénoncer sont deux choses différentes [2]. On ne peut pas non plus tirer légitimement cette déduction du refus de faire rapport à l'Assemblée générale et

[2] C'est pourquoi la justification de la révocation du Mandat que la Cour découvre dans l'article 60, paragraphe 3 *a)*, de la convention de Vienne sur le droit des traités (1969) est tout à fait hors de propos.

contention (considered correct by an important body of professional opinion) that no legal obligation to that effect existed. If this were not so, no party to a dispute could argue its case without being told that, by doing so, it had "disavowed" its obligations.

* * *

7. It has also been argued that the Assembly had "vainly" tried to obtain the necessary findings from the Court via the contentious proceedings brought by Ethiopia and Liberia in the period 1960-1966. But this would be tantamount *(a)* to saying that because the Assembly did not get the judgment it wanted in 1966, it was therefore justified in taking the law into its own hands, which, however, would in no way serve to validate Resolution 2145;—*(b)* to admitting that the 1966 Judgment was right in seeing the then Applicants in the light of agents of the United Nations and not, as they represented themselves to be, litigants in contentious proceedings sustaining an interest of their own;—and *(c)* recognizing that, as was strongly hinted in paragraphs 46-48 (especially the latter) of the 1966 Judgment, the correct course would have been for the Assembly as an organ to have asked the Court for an advisory opinion on the question of breaches of the Mandate, in relation to which the objection as to legal interest would not have been relevant. It was still open to the Court to do this, for instance in 1967. It cannot therefore do other than give a wrong impression if it is said that the Assembly in 1966 had no other course open to it but to adopt Resolution 2145 without having previously sought legal advice on this basis.

* * *

8. These various purported justifications for the Assembly making legal determinations, though not itself a competent legal organ, and without any reference to such an organ, or even to an *ad hoc* body of jurists (such as was the settled practice of the League Council in all important cases), are clearly illusory. In the result, the conclusion must be that the Assembly's act was *ultra vires* and hence that Resolution 2145 was invalid, even if it had not been otherwise ineffective in law to terminate South Africa's mandate.

2. The Court's right to examine the assumptions underlying any Request for an Advisory Opinion

9. Although the Court has to some extent gone into the question of the validity and effect of Assembly Resolution 2145, it has not adequately

d'accepter sa surveillance, qui se fondait sur l'argument — tenu pour justifié par un fort courant d'opinion — qu'il n'existait aucune obligation juridique à cet effet. S'il n'en était pas ainsi, aucune partie à un différend ne pourrait faire valoir ses moyens sans s'entendre dire que, ce faisant, elle a « dénoncé » ses obligations juridiques.

* * *

7. On a dit aussi que l'Assemblée avait « en vain » tenté d'obtenir de la Cour les constatations nécessaires à la faveur de la procédure contentieuse introduite par l'Ethiopie et le Libéria (1960-1966). Mais cet argument revient à: *a)* confirmer que, n'ayant pas obtenu l'arrêt qu'elle souhaitait en 1966, l'Assemblée était fondée à se faire justice elle-même, ce qui ne contribuerait d'ailleurs pas à rendre valable la résolution 2145; *b)* admettre que l'arrêt de 1966 a eu raison de voir dans les demandeurs des agents des Nations Unies et non pas, comme ils le prétendaient, des parties à une procédure contentieuse défendant un intérêt propre; et *c)* reconnaître que, comme l'arrêt de 1966 l'a nettement donné à entendre dans ses paragraphes 46 à 48 (et surtout ce dernier), l'Assemblée en tant qu'organe aurait normalement dû solliciter de la Cour un avis consultatif sur la question des violations du Mandat, au regard de laquelle l'objection tirée de l'intérêt juridique n'aurait pas été pertinente. La Cour aurait encore pu le faire, en 1967 par exemple. On ne peut donc que donner une fausse impression si l'on dit qu'en 1966 l'Assemblée n'avait pas d'autre possibilité que d'adopter la résolution 2145 (XXI) sans avoir au préalable demandé un avis juridique à cet égard.

* * *

8. Toutes ces prétendues justifications du pouvoir qu'aurait l'Assemblée de faire des constatations juridiques, bien qu'elle ne soit pas elle-même un organe juridique compétent, et de les faire sans avoir à se référer à un tel organe ou même à un groupe *ad hoc* de juristes (comme c'était la pratique habituelle du Conseil de la SdN dans toutes les affaires importantes) sont parfaitement illusoires. En définitive il faut conclure que l'action de l'Assemblée a constitué un excès de pouvoir et, par suite, que la résolution 2145 était sans valeur juridique, abstraction faite des autres raisons de droit qui empêchaient qu'elle mît fin au Mandat de l'Afrique du Sud.

2. Droit pour la Cour d'examiner les prémisses de toute demande d'avis consultatif

9. Bien que la Cour se soit, jusqu'à un certain point, penchée sur la question de la validité et de l'effet de la résolution 2145 de l'Assemblée

examined the question of its right to do so having regard to the way in which the Request for an Advisory Opinion in the present case was worded. The matter is however so important for the whole status and judicial function of the Court that it becomes necessary to consider it.

10. The Court could not properly have based itself on the literal wording of the Request, in order to regard its task in the present proceedings as being confined solely to indicating what, on the assumptions contained in the Request, and without any prior examination of their validity, are the legal consequences for States of South Africa's continued presence in SW. Africa,—those assumptions being that the Mandate for that territory had been lawfully terminated and hence that this presence was illegal [3]. The Court cannot do so for the simple but sufficient reason that the question whether the Mandate is or is not legally at an end goes to the root of the whole situation that has led to the Request being made. If the Mandate is still, as a matter of law, in existence, then the question put to the Court simply does not arise and no answer could be given. Alternatively the question would be a purely hypothetical one, an answer to which would, in those circumstances, serve no purpose, so that the situation would, on a different level, resemble that which, in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, p. 15), caused the Court to hold (at p. 38) that it could not "adjudicate upon the merits of the claim" because *inter alia*, the circumstances were such as would "render any adjudication devoid of purpose". It has constantly been emphasized in past advisory cases—(and this was also confirmed in the contentious case just mentioned, in which occasion arose to consider the advisory practice)—that in advisory, no less than in contentious proceedings, the Court must still act as a court of law (and not, for instance, as a mere body of legal advisers),—that "the Court's authority to give advisory opinions must be exercised as a judicial function" (*ibid.*, at p. 30),—and that, to use the wording of one of the most quoted dicta of the Permanent Court in the *Eastern Carelia* case, *P.C.I.J., Series B, No. 5* (1923) at page 29, the Court "being a Court of Justice, [it] cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding [its] activity as a Court".

11. So much is this the case that the original tendency in the past was to question whether the mere giving of *advice*, even in solemn form such as by means of an advisory opinion of the Court, was compatible with the judicial function at all [4]. The Court has not of course taken this view but,

[3] The fact that certain representatives of member States in the Security Council said that they understood the Request in this sense, and even that they only agreed to it on that basis, cannot of course in any way bind the Court. Neither representatives of States, nor such organs as the Security Council itself, possess any competence to restrict the Court as to what it shall take account of in delivering a legal opinion.

[4] See the discussion in Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, pp. 510-511.

générale, elle n'a pas examiné comme il eût convenu la question du droit qu'elle avait de le faire, étant donné la façon dont la demande d'avis consultatif était formulée dans la présente affaire. Or la question est si importante pour la position et la fonction judiciaire de la Cour qu'il est nécessaire de l'étudier ici.

10. La Cour n'aurait pu légitimement s'en tenir à la lettre de la requête et considérer que sa seule tâche en la présente instance était d'indiquer les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud au Sud-Ouest africain, en tenant pour acquise, sans autre examen, la validité des postulats dont procède la requête — à savoir qu'il a été valablement mis fin au Mandat pour ce territoire et que la présence sud-africaine est par conséquent illégale [3]. La Cour ne peut agir ainsi pour la raison simple mais suffisante que la question de savoir si le Mandat a juridiquement pris fin ou non est à la racine même de la situation qui a conduit à la présentation de la requête. Si, en droit, le Mandat est encore en vigueur, la question qui a été posée à la Cour est sans objet et il ne peut y être répondu; ou bien elle est purement hypothétique et, dans ces conditions, il ne servirait à rien d'y répondre; la situation, à un niveau différent, ressemblerait donc à celle qui, dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 15), a conduit la Cour à dire qu'elle ne pouvait « statuer au fond sur la demande », notamment parce que les circonstances étaient telles qu'elles rendaient « toute décision judiciaire sans objet » (*ibid.*, p. 38). Il a constamment été souligné dans les affaires consultatives antérieures — et cela a été confirmé également dans l'affaire contentieuse susvisée, où l'occasion s'est présentée d'examiner la pratique suivie en matière consultative — que sur le plan consultatif comme au contentieux la Cour doit toujours agir comme un tribunal (et non, par exemple, comme un simple groupe de conseillers juridiques); on a rappelé que « le pouvoir conféré à la Cour de rendre des avis consultatifs doit s'exercer dans le cadre de la fonction judiciaire » (*ibid.*, p. 30) et que, pour reprendre l'une des formules les plus souvent citées de la Cour permanente dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, la Cour, « étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs » (*C.P.J.I. série B n° 5*, p. 29).

11. C'est tellement vrai qu'à l'origine on a eu tendance à mettre en doute que le fait de donner ce qui n'était qu'un *avis*, même sous une forme solennelle, comme c'est le cas, par exemple, pour les avis consultatifs de la Cour, soit compatible avec la fonction judiciaire [4]. Telle n'a évidemment

[3] La Cour ne saurait évidemment être liée en quoi que ce soit par le fait que certains représentants d'Etats Membres au Conseil de sécurité ont déclaré interpréter la requête en ce sens et même ne l'approuver qu'à cette condition. Ni les représentants des Etats ni des organes comme le Conseil de sécurité lui-même, n'ont compétence pour dire à la Cour à quels éléments elle devra se limiter en vue de rendre un avis juridique.

[4] Voir Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 510 et 511.

to cite a very high authority and former judge of the Permanent Court [5]:

> "... the Court ... has conceived of its advisory jurisdiction as a judicial function, and in its exercise of this jurisdiction it has kept within the limits which characterize judicial action. It has acted *not as an 'academy of jurists' but as a responsible 'magistrature'* "—(my italics).

The words italicized in the passage just quoted contain the key to the question. If an organ such as the General Assembly or Security Council of the United Nations likes to refer some question to a body of legal experts, whether a standing one or set up *ad hoc* for the purpose, which that body is instructed to answer on the basis of certain specified assumptions that are to be taken as read, it will be acting perfectly properly if it proceeds accordingly, because it is not a court of law and is not discharging or attempting to discharge any *judicial* function: it is indeed bound by its instructions, which the organ concerned is entitled to give it. But the Court, which is itself one of the six original main organs of the United Nations, and not inferior in status to the others, is not bound to take instruction from any of them, in particular as to how it is to view and interpret its tasks as a court of law, which it is and must always remain, whatever the nature and context of the task concerned;—and whereas a body of experts may well, as a sort of technical exercise, give answers on the basis of certain underlying assumptions irrespective of their validity or otherwise, a court cannot act in this way: it is bound to look carefully at what it is being asked to do, and to consider whether the doing of it would be compatible with its status and function as a court.

12. This faculty constitutes in truth the foundation of the admitted right of the Court, deriving from the language of Article 65, paragraph 1, of its Statute, and consecrated in its jurisprudence, to refuse entirely to comply with a request for an advisory opinion if it thinks that, for sufficient reasons, it would be improper or inadvisable for it to do so;—and if the Court can thus refuse entirely, *a fortiori* can it, and must it, insist on undertaking a preliminary examination of the assumptions on which any request is based, particularly where, as in the present case, those assumptions are of such a character that, unless they are well-founded, the question asked has no meaning or could admit of only one reply. Otherwise put, for a court to give answers that *can only* have significance and relevance if a certain legal situation is presumed to exist, but without enquiring whether it does (in law) exist, amounts to no more than indulging in an interesting parlour game, which is not what courts of law are for. In the present case, if the Court had lent itself to such a course, it would not have been engaging in a judicial activity,—it would have to

[5] Hudson, *op. cit.*, p. 511.

pas été l'opinion de la Cour; au contraire, pour citer un auteur qui fait autorité et a été juge à la Cour permanente [5]:

> « la Cour ... a conçu sa compétence en matière consultative, comme une fonction judiciaire et, dans l'exercice de cette compétence, elle s'est tenue dans les limites propres à l'action judiciaire. Elle a agi *non pas comme une « académie de juristes » mais comme une « magistrature » responsable.* » (Les italiques sont de nous.)

Les mots mis en italiques dans le passage qui vient d'être cité contiennent la clé du problème. S'il plaît à un organe comme l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies de renvoyer telle ou telle question à un groupe d'experts juridiques, permanent ou créé pour l'occasion, en le priant d'y répondre à partir de certains postulats précis qu'il doit tenir pour acquis, il est parfaitement normal que ce groupe agisse en conséquence parce qu'il n'est pas un tribunal et n'exerce pas ou n'essaie pas d'exercer une fonction *judiciaire*: il est certainement tenu de respecter les instructions que l'organe intéressé est habilité à lui donner. Mais la Cour, qui est elle-même l'un des six principaux organes originaires des Nations Unies et n'a pas un statut inférieur aux autres, n'est tenue de recevoir d'instructions d'aucun d'entre eux, surtout sur la manière dont elle doit considérer et interpréter ses fonctions de tribunal, car elle est et doit toujours rester un tribunal, quels que soient la nature et le contexte de la tâche particulière qui l'occupe. Si un groupe d'experts peut fort bien, se livrant à une sorte d'exercice technique, donner des réponses en se fondant sur certaines hypothèses préétablies, indépendamment de leur validité, un tribunal ne peut agir ainsi: il est tenu d'examiner soigneusement ce qu'on lui demande de faire et de juger si cela serait compatible avec son statut et sa fonction de tribunal.

12. Cette faculté constitue en vérité le fondement du droit reconnu de la Cour, qui découle de l'article 65, paragraphe 1, de son Statut et est consacré par sa jurisprudence, de refuser purement et simplement de donner suite à une demande d'avis consultatif si elle estime, pour des raisons suffisantes, qu'il ne serait ni séant ni opportun de le faire; or, si la Cour peut purement et simplement refuser de donner suite, à fortiori peut-elle et doit-elle insister pour entreprendre un examen préliminaire des postulats dont procède la demande, en particulier quand ces postulats sont, comme en la présente instance, tels que, s'ils ne sont pas fondés, la question posée n'a pas de sens ou ne peut appeler qu'une seule réponse. Autrement dit, le fait, pour un tribunal, de donner des réponses qui *peuvent seulement* avoir un sens et de la pertinence si une situation juridique donnée est présumée exister, sans examiner si elle existe (en droit), reviendrait simplement à se livrer à un intéressant jeu de société, ce qui n'est pas le rôle d'un tribunal. Dans la présente affaire, si la Cour avait agi de la sorte, elle aurait non pas exercé une activité

[5] Hudson, *op. cit.*, p. 511.

abnegate its true function as a court-of-law and would indeed have acted as if, in the words used by Judge Hudson, it were "an academy of jurists".

3. Should the Court have complied with the Request in this case

13. There can be no doubt that the question put to the Court was a legal one, such as it had the power to answer if it considered it proper to do so,—more especially if (as it must be) the question is regarded as relating not only to the legal *consequences* of the General Assembly Resolution 2145 but also to the validity of that Resolution itself, and its effect upon the Mandate for South West Africa.

14. On the other hand, had the Court considered that the form of the question addressed to it precluded it from following any but the first course (i.e., dealing with the "consequences" alone), and excluded, or was intended to exclude, any consideration by it of the validity and effect of the act from which those consequences are supposed to flow—i.e., Assembly Resolution 2145—then this would have been a ground for declining to comply with the Request since, for the reasons given in the preceding section of this Annex, it is unacceptable for any organ making such a request to seek to limit the factors which the Court, as a court of law, considers it necessary to take into account in complying with it, or to prescribe the basis upon which the question contained in it must be answered. A further element is that the Court, not being formally obliged to comply with the Request at all (even though it might otherwise be right for it to do so), is necessarily the master, and the only master, of the basis upon which it will do so, if in fact it decides to comply.

15. Subject to what has just been said, I agree with the conclusion of the Court that it should comply with the Request, though not with some of the reasoning on which that conclusion is based [6]. I take this view even though I have no doubt that the present proceedings represent an attempt to use the Court for a purely political end, namely as a step towards the setting up of the territory of South West Africa as a new sovereign independent State, to be called "Namibia", irrespective of what the consequences of this might be at the present juncture. This aim is made perfectly clear by operative paragraphs 1, 2 and 6 of Resolution 2145

[6] In particular as regards the question of the existence in this case of a "dispute" or "legal question pending" between States—as to which see section 4 below. But the "pendency" of a dispute or legal question is not *per se* a ground on which the Court must refuse to give an advisory opinion to the requesting organ. Where the Court was to blame, was in not applying the contentious procedure to the present advisory proceedings, as it had the power to do—(again see section 4 below).

judiciaire, mais renoncé à sa véritable fonction en tant que tribunal et elle se serait bel et bien comportée comme une « académie de juristes » — pour reprendre la formule du juge Hudson.

3. La Cour devait-elle donner suite à la demande d'avis consultatif en l'espèce?

13. Il ne fait pas de doute que la question posée à la Cour était une question juridique à laquelle la Cour avait le pouvoir de répondre si elle le jugeait opportun, plus particulièrement si la question est considérée (ce qu'elle doit être) comme ayant trait non seulement aux *conséquences* juridiques de la résolution 2145 de l'Assemblée générale, mais aussi à la validité même de cette résolution et à ses effets sur le Mandat pour le Sud-Ouest africain.

14. En revanche, si la Cour avait considéré que la forme sous laquelle la question lui était posée l'empêchait de suivre une autre méthode que celle qui consiste à traiter seulement des « conséquences », et excluait ou visait à exclure tout examen par la Cour de la validité et de l'effet de l'acte dont ces conséquences sont censées découler — la résolution 2145 de l'Assemblée générale —, la Cour aurait eu un motif pour ne pas donner suite à la requête; en effet, pour les raisons exposées dans la section qui précède, il est inacceptable qu'un organe qui formule une requête semblable cherche à limiter les facteurs dont la Cour, en tant que tribunal, juge nécessaire de tenir compte afin de répondre, ou à prescrire sur quelle base elle devra répondre. En outre, la Cour, n'étant pas formellement obligée de donner suite à la requête (même si par ailleurs il était approprié qu'elle le fît), est nécessairement maîtresse, et seule maîtresse, de choisir la base sur laquelle elle le fera, si elle décide effectivement d'y donner suite.

15. Sous réserve de ce qui vient d'être dit, je souscris à la conclusion de la Cour suivant laquelle il convient de donner suite à la requête mais non à certains des motifs dont cette conclusion découle [6]. Je le fais, bien que je ne doute pas que la présente procédure soit une tentative d'utiliser la Cour à des fins purement politiques, autrement dit comme un moyen de parvenir à la transformation du territoire du Sud-Ouest africain en un nouvel Etat indépendant et souverain, appelé « Namibie », sans se soucier de ce que pourraient être les conséquences dans la conjoncture présente. Que ce soit là l'objectif ressort avec une clarté parfaite des para-

[6] En particulier pour ce qui est de l'existence d'un « litige » ou d'une « question juridique pendante » entre Etats — voir à ce propos la section 4 ci-après. Qu'un litige, ou une question juridique, soit « pendant » ne constitue pas en soi un motif qui oblige la Cour à refuser de donner un avis consultatif à l'organe requérant. Ce qu'on peut reprocher à la Cour, c'est de ne pas avoir appliqué la procédure contentieuse à la présente instance consultative comme elle avait le pouvoir de le faire (voir la section 4).

itself, which is reproduced here *in extenso*:

"*The General Assembly*,

Reaffirming the inalienable right of the people of South West Africa to freedom and independence in accordance with the Charter of the United Nations, General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 and earlier Assembly resolutions concerning the Mandated Territory of South West Africa,

Recalling the advisory opinion of the International Court of Justice of 11 July 1950, accepted by the General Assembly in its resolution 449 A (V) of 13 December 1950, and the advisory opinions of 7 June 1955 and 1 June 1956 as well as the judgement of 21 December 1962, which have established the fact that South Africa continues to have obligations under the Mandate which was entrusted to it on 17 December 1920 and that the United Nations as the successor to the League of Nations has supervisory powers in respect of South West Africa,

Gravely concerned at the situation in the Mandated Territory, which has seriously deteriorated following the judgement of the International Court of Justice of 18 July 1966,

Having studied the reports of the various committees which had been established to exercise the supervisory functions of the United Nations over the administration of the Mandated Territory of South West Africa,

Convinced that the administration of the Mandated Territory by South Africa has been conducted in a manner contrary to the Mandate, the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights,

Reaffirming its resolution 2074 (XX) of 17 December 1965, in particular paragraph 4 thereof which condemned the policies of apartheid and racial discrimination practised by the Government of South Africa in South West Africa as constituting a crime against humanity,

Emphasizing that the problem of South West Africa is an issue falling within the terms of General Assembly resolution 1514 (XV),

Considering that all the efforts of the United Nations to induce the Government of South Africa to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the well-being and security of the indigenous inhabitants have been of no avail,

Mindful of the obligations of the United Nations towards the people of South West Africa,

Noting with deep concern the explosive situation which exists in the southern region of Africa,

graphes 1, 2 et 6 de la résolution 2145 elle-même, que je reproduis *in extenso* ci-après:

« *L'Assemblée générale,*

Réaffirmant le droit inaliénable du peuple du Sud-Ouest africain à la liberté et à l'indépendance conformément à la Charte des Nations Unies, à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1960, et aux résolutions antérieures de l'Assemblée concernant le Territoire sous mandat du Sud-Ouest africain,

Rappelant l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 11 juillet 1950, qui a été accepté par l'Assemblée générale dans sa résolution 449 A (V) du 13 décembre 1950, et les avis consultatifs du 7 juin 1955 et du 1er juin 1956, ainsi que l'arrêt du 21 décembre 1962, lesquels ont établi que l'Afrique du Sud continue d'avoir des obligations en vertu du Mandat qui lui a été confié le 17 décembre 1920 et que l'Organisation des Nations Unies en tant que successeur de la Société des Nations a des pouvoirs de contrôle sur le Sud-Ouest africain,

Gravement préoccupée par la situation qui règne dans le Territoire sous mandat et qui s'est gravement détériorée depuis l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 juillet 1966,

Ayant étudié les rapports des divers comités qui ont été créés pour exercer les fonctions de contrôle de l'Organisation des Nations Unies sur l'administration du Territoire sous mandat du Sud-Ouest africain,

Convaincue que l'administration du Territoire sous mandat par l'Afrique du Sud a été assurée d'une manière contraire au Mandat, à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration universelle des droits de l'homme,

Réaffirmant sa résolution 2074 (XX) du 17 décembre 1965, notamment le paragraphe 4 par lequel elle a condamné la politique d'apartheid et de discrimination raciale pratiquée par le Gouvernement sud-africain au Sud-Ouest africain comme constituant un crime contre l'humanité,

Soulignant que le problème du Sud-Ouest africain est une question qui relève des dispositions de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale,

Considérant que tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies pour amener le Gouvernement sud-africain à respecter ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire sous mandat et à assurer le bien-être et la sécurité des autochtones du pays ont été inutiles,

Consciente des obligations de l'Organisation des Nations Unies vis-à-vis du peuple du Sud-Ouest africain,

Notant avec une profonde inquiétude la situation explosive qui existe dans la région méridionale de l'Afrique,

Affirming its right to take appropriate action in the matter, including the right to revert to itself the administration of the Mandated Territory,

1. *Reaffirms* that the provisions of General Assembly resolution 1514 (XV) are fully applicable to the people of the Mandated Territory of South West Africa and that, therefore, the people of South West Africa have the inalienable right to self-determination, freedom and independence in accordance with the Charter of the United Nations;

2. *Reaffirms further* that South West Africa is a territory having international status and that it shall maintain this status until it achieves independence;

3. *Declares* that South Africa has failed to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the moral and material well-being and security of the indigenous inhabitants of South West Africa and has, in fact, disavowed the Mandate;

4. *Decides* that the Mandate conferred upon His Britannic Majesty to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa is therefore terminated, that South Africa has no other right to administer the Territory and that henceforth South West Africa comes under the direct responsibility of the United Nations;

5. *Resolves* that in these circumstances the United Nations must discharge those responsibilities with respect to South West Africa;

6. *Establishes* an *Ad Hoc* Committee for South West Africa—composed of fourteen Member States to be designated by the President of the General Assembly—to recommend practical means by which South West Africa should be administered, so as to enable the people of the Territory to exercise the right of self-determination and to achieve independence, and to report to the General Assembly at a special session as soon as possible and in any event not later than April 1967;

7. *Calls upon* the Government of South Africa forthwith to refrain and desist from any action, constitutional, administrative, political or otherwise, which will in any manner whatsoever alter or tend to alter the present international status of South West Africa;

8. *Calls the attention* of the Security Council to the present resolution;

9. *Requests* all States to extend their whole-hearted co-operation and to render assistance in the implementation of the present resolution;

10. *Requests* the Secretary-General to provide all the assistance

Affirmant son droit de prendre des mesures appropriées à cet égard, y compris le droit de reprendre l'administration du Territoire sous mandat,

1. *Réaffirme* que les dispositions de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale sont pleinement applicables au peuple du Territoire sous mandat du Sud-Ouest africain et que, par conséquent, le peuple du Sud-Ouest africain a le droit inaliénable à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance, conformément à la Charte des Nations Unies;

2. *Réaffirme en outre* que le Sud-Ouest africain est un territoire qui a un statut international et qu'il devra conserver ce statut jusqu'à ce qu'il accède à l'indépendance;

3. *Déclare* que l'Afrique du Sud a failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire sous mandat, n'a pas assuré le bien-être moral et matériel et la sécurité des autochtones du Sud-Ouest africain et a, en fait, dénoncé le Mandat;

4. *Décide* que le Mandat confié à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Union sud-africaine est donc terminé, que l'Afrique du Sud n'a aucun autre droit d'administrer le Territoire et que désormais le Sud-Ouest africain relève directement de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies;

5. *Conclut* que, dans ces conditions, l'Organisation des Nations Unies doit s'acquitter de cette responsabilité à l'égard du Sud-Ouest africain;

6. *Crée* un Comité spécial pour le Sud-Ouest africain — composé de quatorze Etats Membres qui seront désignés par le Président de l'Assemblée générale — chargé de recommander des dispositions d'ordre pratique pour l'administration du Sud-Ouest africain, afin de permettre au peuple du Territoire d'exercer son droit à l'autodétermination et d'accéder à l'indépendance, et de faire rapport à l'Assemblée générale réunie en session extraordinaire, aussi rapidement que possible et, quoi qu'il advienne, au plus tard en avril 1967;

7. *Invite* le Gouvernement sud-africain à s'abstenir et à se désister immédiatement de toute action, constitutionnelle, administrative, politique ou autre, qui de quelque manière que ce soit modifierait ou tendrait à modifier le statut international actuel du Sud-Ouest africain;

8. *Appelle l'attention* du Conseil de sécurité sur la présente résolution;

9. *Prie* tous les Etats de prêter sans réserve leur concours et d'aider à l'exécution de la présente résolution;

10. *Prie* le Secrétaire général de fournir toute l'assistance né-

necessary to implement the present resolution and to enable the *Ad Hoc* Committee for South West Africa to perform its duties.

1454th plenary meeting,
27 October 1966."

If there could be any doubt it would be resolved by the two following more recent and conclusive pieces of evidence:

(a) General Assembly Resolution 2248 (S-V) of 19 May 1967, after reaffirming Resolution 2145 and appointing a "Council for South West Africa" which later became known as the "Council for Namibia", ended as follows:

> "*Decides* that South West Africa shall become independent on a date to be fixed in accordance with the wishes of the people and that the Council shall do all in its power to enable independence to be attained by June 1968."

(b) On 29 January 1971, when the whole matter was already *sub judice* before the Court and the oral proceedings had actually started [7], the United Nations "Council for Namibia" issued a statement commenting on the South African proposal for holding a plebiscite in SW. Africa under the joint supervision of the Court and the Government of the Republic, and finishing as follows:

> "Furthermore, the issue at stake is the independence of Namibia, and not whether the Government of South Africa or the United Nations should administer the Territory. The United Nations decisions in this matter are aimed at achieving the independence of Namibia, and not its administration by the United Nations, except for a brief transitional period."

16. Despite the revealing character of these statements, and despite its obvious political background and motivation, the question put to the Court is, in itself, essentially a legal one. Moreover, in fact, most advisory proceedings have a political background. It could hardly be otherwise, as the Court pointed out in the *Certain Expenses* case with reference to interpretations of the Charter (*I.C.J. Reports 1962*, p. 155, *in fine*). But as the Court equally pointed out in that case (echoing a similar dictum

[7] A sitting *in camera* was held on 27 January 1971 to hear the South African request for the appointment of a judge *ad hoc*. The public hearings started on February 8.

cessaire pour l'exécution de la présente résolution et pour mettre le Comité spécial pour le Sud-Ouest africain en mesure de s'acquitter de sa tâche.

1454e séance plénière,
27 octobre 1966. »

Si le moindre doute était possible, il serait levé par les deux faits suivants, survenus plus récemment, et qui constituent des preuves concluantes:

a) La résolution 2248 (S-V) du 19 mai 1967, par laquelle l'Assemblée générale a réaffirmé la résolution 2145 et nommé un « Conseil pour le Sud-Ouest africain », appelé par la suite « Conseil pour la Namibie », se termine sur ces mots:

> « *Décide* que le Sud-Ouest africain deviendra indépendant à une date qui sera fixée conformément aux vœux de la population et que le Conseil fera tout en son pouvoir pour que le Territoire accède à l'indépendance au plus tard en juin 1968. »

b) Le 29 janvier 1971, alors que l'affaire était déjà en instance devant la Cour et que la procédure orale était entamée[7], le Conseil des Nations Unies pour la Namibie a publié une déclaration au sujet de la proposition de l'Afrique du Sud d'organiser un plébiscite dans le Sud-Ouest africain sous la surveillance conjointe de la Cour et du Gouvernement de la République, déclaration qui se termine par ces mots:

> « En outre la question en jeu est celle de l'indépendance de la Namibie et non celle de savoir si l'administration du Territoire sera assurée par le Gouvernement sud-africain ou par l'Organisation des Nations Unies. Dans cette affaire, les décisions des Nations Unies visent à réaliser l'indépendance de la Namibie, et non pas à faire administrer le territoire par les Nations Unies, sauf pendant une brève période de transition. » *[Traduction du Greffe.]*

16. Malgré ces déclarations et ce qu'elles ont de révélateur et malgré les antécédents ou les motifs politiques de la question posée à la Cour, celle-ci a en soi un caractère essentiellement juridique. D'ailleurs, la plupart des procédures consultatives ont en fait un arrière-plan politique. Il pourrait difficilement en être autrement, comme la Cour l'a souligné dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* à propos des interprétations de la Charte (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 155, *in fine*). Mais,

[7] Une audience à huis clos a été tenue le 27 janvier 1971 pour entendre la demande de l'Afrique du Sud concernant la désignation d'un juge *ad hoc*. Les audiences publiques ont commencé le 8 février.

made on a previous occasion [8]), such a background does not of itself impart a political character to the *question* the Court is asked to answer, and this is the important consideration. It would seem therefore that the political background of a question would only justify a refusal to answer where this background loomed so large as to impart a political character to the question also. In spite of doubts as to whether something of the kind has not occurred in the present case [9], the legal character of the questions themselves remains.

4. *The question of the appointment of a South African judge* ad hoc

(a) *The relevant provisions of the Court's Statute and Rules*

17. The Court's rejection of the South African request to be allowed to appoint a judge *ad hoc* in the present case was embodied in the Order of the Court of 29 January 1971 to which my colleagues Judges Gros, Petrén and I appended a joint dissenting declaration reserving our right to give reasons for this at a later stage. In my opinion this rejection was wrong in law, and also unjustified as a matter of equity and fair dealing,—for it was obvious, and could not indeed be denied by the Court, that South Africa had a direct, distinctive and concrete special interest to protect in this case, quite different in kind from the general and common interest that other States had as Members of the United Nations. In short, South Africa had, and was alone in having, precisely the same type of interest in the whole matter that a litigant defendant has,—and should therefore have been granted the same right that any litigant before the Court possesses, namely that, if there is not already a judge of its own nationality amongst the regular judges of the Court, it can, under Article 31 of the Statute of the Court, appoint a judge *ad hoc* to sit for the purposes of the case [10].

18. The Court's refusal to allow this was thrown into particular relief

---

[8] See for instance the first *Admissions of New Members* case (*I.C.J. Reports 1947/1948*, at p. 61).

[9] The present case might well be regarded as being at the least a borderline one, for the political nature of the background is unusually prominent. Yet the two main questions involved, namely whether the Mandate has been validly terminated or not and, if it has, what are the legal consequences for States, are in themselves questions of law. The doubt arises from the way in which the request is framed, suggesting that the Court is to answer the second question only, and postulating the first as already settled. It is above all this which imparts a political twist to the whole Request.

[10] There would naturally have been no objection to the appointment also of one judge *ad hoc* to represent the common interest of what was in effect "the other side", —and see further notes 14 and 15 below.

ainsi que la Cour l'a également signalé dans cette affaire, faisant écho à une opinion analogue exprimée dans une affaire précédente [8], cela ne suffit pas à donner un caractère politique à la *question* posée à la Cour, et c'est cela qui importe. Il semblerait donc que, pour qu'il soit justifié de refuser de répondre à une question, il faudrait que les antécédents politiques de cette question pèsent d'un poids tel que la question revête elle-même un caractère politique. Bien que, dans la présente affaire, on puisse se demander si ce n'est pas un peu le cas [9], les questions proprement dites conservent un caractère juridique.

4. *La question de la nomination d'un juge* ad hoc *sud-africain*

a) *Les dispositions applicables du Statut et du Règlement*

17. La requête par laquelle l'Afrique du Sud demandait à être autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans la présente affaire a été rejetée par la Cour, par l'ordonnance du 29 janvier 1971, à laquelle mes collègues MM. Gros, Petrén, ainsi que moi-même avons joint une déclaration commune dissidente où nous nous réservions le droit de donner les raisons de notre attitude à un stade ultérieur. A mon avis ce rejet était mal fondé en droit et injustifié en équité et en simple justice — car il était évident, et la Cour ne pouvait le contester, que l'Afrique du Sud avait en cette affaire un intérêt direct, distinct et concret à protéger, qui était tout différent par sa nature de l'intérêt général et commun des autres Etats comme Membres des Nations Unies. En bref, l'Afrique du Sud avait et était seule à avoir en l'espèce le type d'intérêt que possède un défendeur dans une action contentieuse et elle aurait dû par conséquent se voir reconnaître le droit de toute partie en cause devant la Cour: celui de nommer un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire, conformément à l'article 31 du Statut, s'il n'y a déjà parmi les juges titulaires un juge de sa nationalité [10].

18. Le refus de la Cour a pris un relief particulier du fait du rejet

---

[8] Voir par exemple l'affaire des *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61).

[9] La présente affaire pourrait bien être considérée comme se situant au moins à la limite, car les arrière-plans politiques y sont particulièrement visibles. Pourtant les deux principales questions en jeu, celles de savoir s'il a été valablement mis fin au Mandat et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats, sont en elles-mêmes des questions de droit. Le doute tient à la façon dont la requête est formulée, car elle donnerait à penser que la Cour ne doit répondre qu'à la deuxième question, la première étant présumée réglée. C'est surtout cet aspect qui donne à l'ensemble de la requête une coloration politique.

[10] Bien entendu il n'y aurait pas eu d'objection à ce que soit désigné également un juge *ad hoc* pour représenter ce qu'il faut considérer en pratique comme les autres parties faisant cause commune — voir également les notes 14 et 15 ci-après.

by the almost simultaneous rejection, in the three Orders of the Court dated 26 January 1971, of the South African challenge concerning the propriety of three regular judges of the Court sitting in the case,—a matter on which, as to the third of these Orders, I wish to associate myself with the views expressed in the early part of his dissenting opinion in the present case by my colleague Judge Gros. In the light of the explanations as to this, given in the Opinion of the Court, it has now to be concluded that, outside the literal terms of Article 17, paragraph 2, of the Statute, no previous connexion with the subject-matter of a case, however close, can prevent a judge from sitting, unless he himself elects as a matter of conscience not to do so.

* * *

19. On the question of a judge *ad hoc*, the immediately relevant provision is Article 83 of the Court's Rules, which reads as follows:

> "If the advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, Article 31 of the Statute shall apply, as also the provisions of these Rules concerning the application of that Article."

If this provision was the only relevant one, it would be a reasonable inference from it that a judge *ad hoc* could not be allowed unless the case had the character specified. In the present one it was obvious that a legal question was involved,—or the Court would have lacked all power to comply with the Request for an advisory opinion (see Article 96, paragraph 1, of the United Nations Charter and Article 65, paragraph 1, of the Court's Statute). But could it be said to be a question "actually pending between two or more States"? I shall give my reasons later on for thinking that it was of this kind. But for the purposes of my principal ground for holding that the South African request should have been allowed, it is not strictly necessary for me to determine whether the legal questions concerned were "pending"; and if pending, "actually pending"; and if actually pending, then actually pending "between two or more States", and if so which ones, etc., etc.;—for in my view the matter is not exclusively governed by the provisions of Article 83 of the Rules, which I consider do not exhaust the Court's power to allow the appointment of a judge *ad hoc*.

* * *

20. The contrary view is based on a misreading of the true intention and effect of Rule 83 when considered in relation to Article 68 of the Statute which reads as follows:

presque simultané, dans les trois ordonnances en date du 26 janvier 1971, des objections soulevées par l'Afrique du Sud quant à la régularité de la participation de trois juges titulaires à la présente affaire — et c'est un sujet sur lequel, s'agissant de la troisième de ces ordonnances, je tiens à m'associer aux vues exprimées par mon collègue M. Gros au début de son opinion dissidente. Il faut conclure des explications données à ce sujet dans l'avis de la Cour que, désormais, en dehors des termes littéraux de l'article 17, paragraphe 2, du Statut, le fait d'avoir été mêlé, même de très près, à ce qui constitue l'objet d'une affaire, ne peut empêcher un juge de siéger dans cette affaire à moins que sa conscience le pousse à se déporter de lui-même.

* * *

19. Sur la question des juges *ad hoc*, la disposition directement pertinente est l'article 83 du Règlement de la Cour, qui est ainsi libellé:

> « Si l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, l'article 31 du Statut est applicable, ainsi que les dispositions du présent Règlement qui pourvoient à l'application de cet article. »

Si cette disposition était la seule applicable, il serait raisonnable d'en déduire qu'un juge *ad hoc* ne peut être autorisé que si l'affaire est du type visé. En l'espèce, il est évident qu'une question juridique était en jeu, sinon rien n'aurait permis à la Cour de donner suite à la requête pour avis consultatif (voir art. 96, par. 1, de la Charte des Nations Unies et art. 65, par. 1, du Statut de la Cour). Mais pouvait-on y voir une question « actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats »? J'exposerai plus loin les raisons que j'ai de répondre par l'affirmative. Cependant, pour les besoins de mon principal argument en faveur de l'idée qu'il aurait fallu donner suite à la demande de l'Afrique du Sud, il ne m'est pas nécessaire, à proprement parler, de déterminer si les questions juridiques en cause étaient « pendantes » et, dans l'affirmative, si elles l'étaient « actuellement »; si, l'étant « actuellement », elles l'étaient « entre deux ou plusieurs Etats » et, dans ce cas, lesquels, et ainsi de suite; car, selon moi, le problème n'est pas régi exclusivement par les dispositions de l'article 83 du Règlement, qui, à mon avis, n'épuise pas la question du pouvoir que possède la Cour d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc*.

* * *

20. Il me semble que la thèse contraire repose sur une mauvaise interprétation de l'intention et des effets véritables de l'article 83 considéré conjointement avec l'article 68 du Statut suivant lequel:

> "In the exercise of its advisory functions, the Court shall . . . [11] be guided by the provisions of the present statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable."

This provision of course covers Article 31 of the Statute, and hence confers on the Court a general power to apply that Article by allowing the appointment of a judge *ad hoc* if requested. Furthermore, the provisions of the Rules are subordinated to those of the Statute. The Court has no power to make Rules that conflict with its Statute: hence any rule that did so conflict would be *pro tanto* invalid, and the Statute would prevail.

21. However, I can see no conflict between Rule 83 and Article 68 of the Statute. They deal with different aspects of the matter. The *latter* (Article 68), despite its quasi-mandatory form, confers what is in effect a power or discretion on the Court to assimilate requests for advisory opinions to contentious cases, either in whole or in part. Rule 83 on the other hand contains what amounts to a direction by the Court to itself as to how it is to exercise this discretion in certain specified circumstances. If those circumstances are found to obtain, then the Rule obliges the Court to allow the appointment of a judge *ad hoc*. But this in no way means, nor was ever intended to mean, that by making Rule 83 the Court parted with the residual discretion it has under Article 68 of the Statute, and that in *no other* circumstances than those specified in Rule 83 could the Court allow such an appointment. The object of the Rule was *not* to specify the only class of case in which the Court could so act, but to indicate the *one* class in which it *must* do so, and to ensure that, at least in the type of case contemplated in the Rule, the Court's discretion should be exercised in a positive way, in the sense of applying Article 31 of the Statute. This was entirely without prejudice to the possibility that there might be other cases than those indicated in the Rule, as to which the Court might feel that, though not *obliged* to apply Article 31, it ought nevertheless for one reason or another to do so. This view is borne out by the language of Article 82, paragraph 1, of the Rules, which relates to the application in advisory proceedings of *any* of the contentious procedure provisions, not merely those of Article 31. After recapitulating the general language of Article 68, it goes on to say that "for this purpose" (i.e., in order to determine the sphere of application—if any—of the contentious procedure), the Court is "above all" to consider "whether the request . . . relates to a legal question actually pending between two or

[11] The omitted word is "further", which is quite otiose in the context since there is no other paragraph, or article of the Statute dealing with the matter to which this one could be "further".

« Dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera ...[11] des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ».

L'une de ces dispositions, bien entendu, est l'article 31 du Statut, de sorte que l'article 68 du Règlement confère à la Cour le pouvoir général d'appliquer ledit article et d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* si une demande est présentée à cet effet. De plus, les dispositions du Règlement sont subordonnées à celles du Statut. La Cour ne pouvant adopter un Règlement incompatible avec son Statut, toute règle de procédure contraire au Statut serait, par le fait même, dépourvue de validité et le Statut prévaudrait.

21. Je ne vois pas pour ma part qu'il y ait contradiction entre l'article 83 du Règlement de la Cour et l'article 68 de son Statut. Ces deux textes traitent d'aspects différents. Le deuxième (l'article 68 du Statut) malgré une formulation presque impérative, donne en fait à la Cour une sorte de pouvoir discrétionnaire lui permettant d'assimiler, en tout ou en partie, les procédures consultatives à des affaires contentieuses. L'article 83 du Règlement, lui, contient une sorte de directive que la Cour se donne à elle-même quant à la manière dont elle doit exercer ce pouvoir discrétionnaire dans certaines circonstances bien définies. En vertu du Règlement, la Cour doit autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* si elle constate que ces circonstances sont réunies. Mais ce n'est nullement à dire et, en rédigeant l'article 83, la Cour n'a jamais voulu dire qu'elle renonçait au pouvoir discrétionnaire résiduel qu'elle tient de l'article 68 du Statut et que, désormais, elle ne pouvait plus autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* en dehors des circonstances prévues à l'article 83 de son Règlement. Cet article ne vise *pas* à spécifier la seule catégorie d'affaire dans laquelle la Cour peut agir ainsi; son objet est d'indiquer *un* type d'affaire dans lequel elle *doit* agir ainsi et de faire en sorte que, là au moins, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'une façon positive, en ce sens qu'elle applique l'article 31 du Statut. Cela n'empêche aucunement qu'il puisse y avoir d'autres affaires que les affaires visées à l'article 83 du Règlement, dans lesquelles la Cour, sans être *obligée* d'appliquer l'article 31 du Statut, pourrait estimer pour une raison quelconque qu'elle doit néanmoins appliquer cet article. Cette manière de voir est confirmée par l'article 82, paragraphe 1, du Règlement qui concerne l'application aux procédures consultatives de toutes les dispositions relatives à la procédure contentieuse et non pas seulement de l'article 31. Après avoir reproduit, d'une manière générale, les termes de l'article 68 du Statut, l'article 82 ajoute qu'« à cet effet » (c'est-à-dire pour déterminer le domaine d'application

[11] L'expression omise est « en outre », qui est sans aucun objet dans ce contexte, car on chercherait vainement dans le Statut un autre paragraphe ou un autre article traitant de ce sujet que l'article 68 compléterait.

more States". This wording clearly makes the test of legal pendency a primary, but equally clearly not a conclusive factor.

* * *

22. It has been contended that although the foregoing description of the relationship between the various provisions concerned might otherwise be correct, it must nevertheless break down on the actual wording of Article 31 itself, particularly its second and third paragraphs which, it has been claimed, not only clearly contemplate the case of "parties" to an actual litigation but are virtually incapable of functioning in any other circumstances, so that at the very least the requirements of Rule 83 constitute a minimum and *sine qua non*, in the absence of which no application of Article 31 is possible. I have difficulty in following the logic of this view which, if it were correct, would go far in practice to clawing back almost everything supposed to have been conferred by Rule 83, and rendering that provision a piece of useless verbiage,—for even where the case is indubitably one of a legal question actually pending between two or more States, it would be rare in advisory proceedings to find a situation such that Article 31 could be applied to it integrally as that provision stands, and without gloss or adaptation. It is in fact manifest that the provisions of the Statute and Rules concerning contentious cases were quite naturally and inevitably drafted with litigations and parties to litigations in mind. Hence these provisions are bound to be—as they are—full of passages and expressions that are not literally applicable to cases where there is no actual litigation and no parties technically in the posture of litigants,—in short to the vast majority of the cases in which there are advisory proceedings. Consequently the power given to the Court by Article 68 of the Statute to be guided by the contentious procedure would be largely nullified in practice unless it were deemed to include a power to adapt and tailor this procedure to the advisory situation. The very words "shall be guided by" indicate that such a process is contemplated.

23. In the present case in particular, no difficulty could have arisen, for the sufficient reason that, apart from South Africa, no other State presenting written or oral statements asked to be allowed to appoint a judge *ad hoc*, although they in fact had the opportunity of doing so [12], —and moreover representatives of four such States actually attended

[12] The Court does not normally invite the appointment of a judge *ad hoc*. The matter is entirely facultative, and there have been cases where, even in a litigation, and although neither or none of the parties had a judge of its nationality on the Court, no designation of a judge *ad hoc* has been made.

éventuel de la procédure contentieuse), la Cour recherche « avant tout » « si la demande ... a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats ». Bien évidemment cette rédaction fait de la notion de question juridique pendante le critère principal mais non pas, c'est tout aussi évident, un critère décisif en lui-même.

* * *

22. On a soutenu que, bien que cette analyse des rapports entre les diverses dispositions applicables puisse être à d'autres égards correcte, elle achoppe nécessairement sur les termes de l'article 31 lui-même, et particulièrement sur ses deuxième et troisième paragraphes qui, a-t-on prétendu, non seulement visent à l'évidence le cas de « parties » à un procès en cours, mais encore sont virtuellement inopérants en toute autre circonstance, si bien qu'à tout prendre les exigences de l'article 83 constituent un minimum et un *sine qua non* en l'absence duquel aucune application de l'article 31 n'est possible. J'ai quelque difficulté à suivre la logique de ce raisonnement mais, s'il était fondé, il irait assez loin, en pratique, dans la voie qui consisterait à reprendre presque tout ce que l'article 83 du Règlement est censé accorder, de sorte que ses dispositions seraient parfaitement vides de sens — car même si l'affaire concerne, sans doute possible, une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, il est rare, en matière consultative, de rencontrer une situation telle que l'article 31 puisse s'appliquer intégralement, sans glose ni adaptation. De fait, il est manifeste que les dispositions du Statut et du Règlement qui concernent les affaires contentieuses sont tout naturellement et inévitablement rédigées dans la perspective d'un litige et de parties à un litige. Il suit de là que ces dispositions ne peuvent manquer d'être — et sont en fait — truffées de passages et d'expressions qui ne sont pas littéralement applicables aux affaires dans lesquelles il n'y a ni vrai litige ni partie se trouvant techniquement dans la situation d'un plaideur — en bref à la vaste majorité des affaires consultatives. Aussi le pouvoir que l'article 68 du Statut donne à la Cour de s'inspirer de la procédure contentieuse serait-il réduit quasiment à rien dans la pratique, s'il n'était réputé inclure celui d'y apporter les retouches et adaptations nécessaires en matière consultative. Les mots « s'inspirera », en eux-mêmes, montrent bien qu'on a envisagé qu'il en serait ainsi.

23. Dans la présente espèce en particulier, aucune difficulté n'aurait pu surgir, pour cette raison suffisante que, en dehors de l'Afrique du Sud, aucun des autres Etats ayant présenté des exposés écrits ou oraux n'a demandé la permission de désigner un juge *ad hoc*, et cela bien qu'ils aient eu la possibilité de le faire[12]; de plus les représentants de quatre de

[12] La Cour, normalement, ne fait rien pour provoquer la désignation d'un juge *ad hoc*. La matière est purement facultative et il y a eu des affaires, même contentieuses, où aucun juge *ad hoc* n'a été désigné, bien que l'une des parties ou les deux parties n'aient pas eu de juge de leur nationalité sur le siège.

the separate and preliminary oral hearing held *(in camera* [13]*)* on this matter, but none of them intervened either to oppose the application or to make a similar one. Had any two or more such applications been received, in addition to South Africa's, the Court would have had to consider, under Article 3, paragraph 2, of its Rules, whether the States concerned, or any group of them, not already comprising between them a judge of the nationality of one of them amongst the regular judges of the Court, were "in the same interest" [14], in which event only one *ad hoc* judge *per* such group could have been allowed [15].

24. Reference is made in the Opinion of the Court to the Permanent Court's Order of 31 October 1935 in the *Danzig Legislative Decrees* case (Annex 1 to *Series A/B, No. 65,* at pp. 69-71). That case however has no relevance to the present one; for in 1935 no provision corresponding to what is now Article 68 of the Statute figured in the Statute as it then stood. The latter, in fact, contained no provisions at all about the advisory jurisdiction, which rested entirely on Article 14 of the Covenant of the League and the Court's own Rules. It was therefore inevitable that the Court should feel it had no discretion as to the appointment of a judge *ad hoc* unless the matter fell strictly within the terms of those Rules. Hence the *Legislative Decrees* case constitutes no precedent, either for the view that the Court lacks a discretion *now*, or for a refusal to exercise that discretion (which the Permanent Court, not then having one, could not in any event have exercised). The situation being in consequence quite different, it becomes evident that if, under Article 68, of the Statute—which takes precedence of the Rules, there is (as is unquestionably the case) a discretion to "be guided by the provisions of the . . . Statute which apply in contentious cases" (including therefore Article 31) there must be a discretion to allow the appointment of a judge *ad hoc*—one of the most important parts of the contentious process. No (manifestly non-existent) doctrine of the Court's inability to regulate its own composition could operate to prevent this.

* * *

[13] See Article 46 of the Statute. The hearing takes place before the full Court and in the main Court-room as if for a public sitting, but press and public are excluded. The decision to sit in private despite South Africa's strong representations to the contrary, was in my view mistaken and unwise (as was indeed subsequently impliedly admitted by the decision to publish the verbatim record of the sitting).

[14] Which, in advisory proceedings could be read as meaning the adoption of broadly the same view on the main legal questions involved. Any State asking to appoint a judge *ad hoc,* which had signified its intention to take part in the oral proceedings, but had not previously presented any written statement, could have been requested to furnish a brief indication of its principal views or contentions.

[15] In the present proceedings all the States which intervened, either at the written or the oral stage of the proceedings (apart from South Africa), could be said to be in the same (legal) interest, except France,—but there was already a French judge among the regular judges of the Court.

ces Etats ont effectivement assisté à l'audience préliminaire (à huis clos [13]) qui a porté sur ce sujet, mais aucun n'est intervenu pour s'opposer à la requête ou pour présenter une requête analogue. Si elle avait été saisie de deux ou plusieurs requêtes semblables, en plus de celle de l'Afrique du Sud, la Cour aurait eu à rechercher, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de son Règlement, si les Etats intéressés, ou tel ou tel groupement de ces Etats, ne comptant pas de juge de leur nationalité parmi les juges titulaires, faisaient ou non « cause commune » [14], auquel cas elle n'aurait pu autoriser qu'un seul juge par groupe d'Etats [15].

24. L'avis de la Cour se réfère à l'ordonnance de la Cour permanente rendue le 31 octobre 1935 en l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre* (*C.P.J.I. série A/B n° 65*, ann. 1, p. 69-71). Or cette affaire n'offre aucune pertinence au regard de la présente espèce; en effet, en 1935, aucune disposition correspondant à l'actuel article 68 du Statut ne figurait dans le Statut en vigueur. En fait, celui-ci ne contenait aucune disposition relative à la compétence consultative, qui reposait entièrement sur l'article 14 du Pacte de la Société des Nations et le Règlement de la Cour. Il était donc inévitable que la Cour estimât n'avoir aucun pouvoir discrétionnaire quant à la désignation d'un juge *ad hoc*, sauf si la question relevait strictement des termes du Règlement. C'est pourquoi l'affaire concernant la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois* ne constitue un précédent ni à l'appui de la thèse selon laquelle la Cour n'a plus *maintenant* de pouvoir discrétionnaire ni à l'appui du refus d'exercer ce pouvoir (que la Cour permanente, elle, ne pouvait pas exercer de toute manière puisqu'elle ne le possédait pas). La situation étant par suite très différente, il est évident que si, en vertu de l'article 68 du Statut — qui l'emporte sur le Règlement — la Cour peut (ce qui ne fait aucun doute) s'inspirer « des dispositions du ... Statut qui s'appliquent en matière contentieuse » (y compris donc de l'article 31), elle a forcément le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc*, puisque c'est un des éléments les plus importants de la procédure contentieuse.

* * *

[13] Voir l'article 46 du Statut. Le débat se déroule devant la Cour siégeant au complet et dans la grande salle de justice comme s'il s'agissait d'une audience publique mais ni la presse ni le public ne sont admis. La décision de siéger à huis clos malgré les instances pressantes de l'Afrique du Sud a été selon moi erronée et malavisée (ainsi que la Cour l'a implicitement admis par la suite en décidant de publier le compte rendu *in extenso* de la séance).

[14] Ce qui, en matière consultative, peut être compris comme signifiant que les intéressés ont des positions plus ou moins identiques sur les principales questions juridiques en cause. Tout Etat demandant la désignation d'un juge *ad hoc* qui aurait fait connaître son intention de participer à la procédure orale mais n'aurait pas présenté préalablement d'exposé écrit aurait pu être prié de fournir de brèves indications sur ses thèses principales.

[15] En l'espèce, tous les Etats qui sont intervenus dans la phase écrite ou dans la phase orale (en dehors de l'Afrique du Sud) pourraient être considérés comme faisant cause commune, à l'exception de la France, mais il y a déjà un juge français parmi les juges titulaires de la Cour.

25. In the light of these various considerations, it is clear that the Court in no way lacked the power to grant the South African request, but was simply unwilling to do so. In this I think the Court was not justified, particularly in view of the fact that the request was unopposed which, to my mind, indicated a tacit recognition by the other intervening States of the contentious features of the case. The present proceedings, though advisory in form, had all the characteristics of a contentious case as to the substance of the issues involved [16], no less than had the actual litigation between South Africa and certain other States which terminated five years ago, and of which these advisory proceedings have been but a continuation in a different form. Even if, therefore, the Court did not consider the matter to come under Article 83 of its Rules, in such a way as to *oblige* it to allow a judge *ad hoc* to be appointed, it should have exercised its residual discretionary powers to the same effect.

(b) *The existence of a dispute or legal question pending between States*

26. The above expression of view has proceeded upon the assumption that, in order to determine whether the Court *could* grant the South African request, and should do so, it was unnecessary to decide whether the case fell within the strict terms of Rule 83. In fact, however, I consider that it does, and that any other conclusion is unrealistic and can only be reached by a closing of the eyes to the true position. It really involves something that gets very near to equating the words "a legal question actually pending between two or more States" in Rule 83, with circumstances in which two or more States are in a condition of actual or immediately impending litigation. But, as I have already pointed out, such an interpretation would virtually nullify the intended effect of Rule 83 by restricting its scope to situations that seldom take that precise form in advisory proceedings.

27. The nub of the whole difficulty lies in the word "pending"; but if this is taken on its normal dictionary acceptation [17] of "remaining undecided" or "not yet decided", and "not terminated" or "remaining unsettled",—or in short "still outstanding",—then it is evident that there is a whole series of legal questions in issue (or in dispute) between South Africa on the one hand and a number of other States, and that these questions are, in this sense, outstanding and unresolved, inasmuch as the view held on one side as to their correct solution differs *in toto*

---

[16] In consequence of which the Court found itself obliged in practice, and in a manner virtually unprecedented in previous advisory proceedings, to conduct the oral hearing as if a litigation were in progress.

[17] As given in up-to-date publications such as *Chambers Twentieth Century Dictionary* and the *New Penguin English Dictionary*.

25. A la lumière de ces diverses considérations, il apparaît que la Cour n'était nullement démunie du pouvoir d'acquiescer à la requête de l'Afrique du Sud mais que, tout simplement, elle n'était pas disposée à le faire. Sur ce point, je pense que la Cour a été dans l'erreur, d'autant que la requête n'avait suscité aucune opposition ce qui, pour moi, montre que les autres Etats participants reconnaissaient tacitement l'aspect contentieux de l'affaire. La procédure, bien que consultative sur le plan formel, a présenté toutes les caractéristiques d'un procès quant au fond des problèmes débattus[16], à l'égal de l'affaire contentieuse entre l'Afrique du Sud et certains autres Etats qui a pris fin il y a cinq ans et dont la présente instance consultative n'est que la continuation sous une forme différente. Aussi, même si la Cour ne considérait pas que l'affaire relevait de l'article 83 de son Règlement, de façon à l'obliger de permettre la désignation d'un juge *ad hoc*, elle aurait dû exercer, pour aboutir au même résultat, son pouvoir discrétionnaire résiduel.

b) *L'existence d'un différend ou d'une question juridique pendante entre Etats*

26. Les vues qui précèdent reposent sur l'hypothèse que, pour déterminer si la Cour *pouvait* et devait faire droit à la requête de l'Afrique du Sud, il était inutile de décider si l'affaire relevait strictement des termes de l'article 83 du Règlement. Pour ma part, je considère que c'est le cas et que toute autre conclusion manquerait de réalisme et équivaudrait à refuser délibérément de voir la situation comme elle est. En effet, elle reviendrait presque à assimiler la situation décrite par les mots « une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats » qui figurent à l'article 83, à celle de deux ou plusieurs Etats s'opposant dans un procès déjà entamé ou sur le point de l'être. J'ai déjà dit que cette interprétation réduirait pratiquement à néant l'effet qu'on a voulu donner à l'article 83, en limitant sa portée à des situations qui se présentent rarement sous cette forme précise en matière consultative.

27. Le nœud du problème réside dans le mot « pendante »; mais si l'on prend ce terme dans l'acception normale qu'en donnent les dictionnaires [17], à savoir « non encore décidé » *(remaining undecided* ou *not yet decided)*, et « non terminé » ou « non encore tranché » *(not terminated, remaining unsettled)*, bref « en souffrance », il est évident qu'il existe toute une série de questions juridiques en jeu ou en contestation entre l'Afrique du Sud d'une part et plusieurs autres Etats d'autre part, et qu'en ce sens ces questions sont en souffrance et non résolues, dans la mesure où l'opinion

[16] En conséquence de quoi la Cour s'est trouvée obligée en pratique, et d'une manière virtuellement sans précédent en matière consultative, de laisser se dérouler la procédure orale comme si un procès était en cours.

[17] Définitions données, pour l'anglais, dans des éditions récentes du *Chambers Twentieth Century Dictionary* et du nouveau *Penguin English Dictionary*.

from that taken on the other. Would it be possible for instance to find a more concrete and fundamental issue of this kind than one which turns on whether the Mandate for SW. Africa has been legally terminated or is still in existence; whether South Africa is *functus officio* in SW. Africa or is still entitled to administer that territory, and whether South Africa's continued presence there is an illegal usurpation or is in the legitimate exercise of a constitutional authority? It would surely be difficult to think of a more sharply controversial situation than one in which, depending on the answers to be given to these questions, South Africa is on the one side being called upon to quit the territory, while she herself asserts her right to remain there,—in which it is maintained on the one side that the whole matter has been settled by the General Assembly resolution 2145 of 1966, and on the other that this resolution was *ultra vires* and devoid of legal effect,—and therefore settled nothing. The case in fact falls exactly within the definition of a dispute which, following my former colleague Judge Morelli, I gave in my separate opinion in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, at p. 109), when I said that the essential requirement was that:

> "... the one party [or parties] should be making, or should have made, a complaint, claim or protest about an act, omission or course of conduct, present or past of the other party, which the latter refutes, rejects or denies the validity of, either expressly, or else implicitly by persisting in the acts, omissions or conduct complained of, or by failing to take the action, or make the reparation, demanded".

If this does not describe the situation as it has long existed, and now exists, between the United Nations or many of its member States, and South Africa, I do not know what does.

* * *

28. Nevertheless it may be suggested that these issues, concrete and unresolved as they are, and hence, in the natural and ordinary sense, "pending" and "actually pending", are not, within the primarily intended meaning of the words, pending "between two or more States", because they lie too much at large between South Africa and either the United Nations as an entity, or a group of its Members rather than as individual States. In other circumstances there might be a good deal to be said in favour of this view. But the Assembly resolution purporting to terminate the Mandate has led to a situation in which, as it was one of its objects, this resolution is being made the basis of *individual* action taken outside the United Nations by a number of States in their relations with South

qu'une partie se fait de la manière correcte de les résoudre diffère totalement de celle des autres parties. Peut-on concevoir en la matière questions plus concrètes et plus fondamentales que celles qui consistent par exemple à déterminer s'il a été mis fin légalement au Mandat pour l'Afrique du Sud ou si ce mandat existe encore, si l'Afrique du Sud est déchue de ses fonctions dans le Sud-Ouest africain ou si elle a encore quelque titre à administrer ce territoire, et si le fait qu'elle y maintient sa présence constitue une usurpation illégale ou bien l'exercice légitime d'une autorité constitutionnelle? Quelle situation pourrait être plus radicalement litigieuse que celle où, suivant les réponses données à ces questions, l'Afrique du Sud est invitée à quitter le territoire alors qu'elle-même affirme son droit d'y rester, où l'on soutient d'un côté que la résolution 2145 (1966) de l'Assemblée générale a réglé le problème, de l'autre que cette résolution constituait un abus de pouvoir, qu'elle est dépourvue d'effet juridique et par conséquent qu'elle n'a rien résolu? En fait, l'affaire répond exactement à la définition du différend que, suivant l'exemple de mon ancien collègue M. Morelli, j'ai donnée dans mon opinion individuelle en l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 109), où j'ai dit que la condition essentielle était que:

> « l'une des Parties [ou les parties] formule ou ait formulé, à propos d'une action, d'une omission ou d'un comportement présentés ou passés de l'autre Partie, un grief, une prétention ou une protestation que ladite Partie conteste, rejette ou dont elle dénie la validité, soit expressément, soit implicitement en persistant dans l'action, l'omission ou le comportement incriminés, ou bien en ne prenant pas la mesure demandée, ou encore en n'accordant pas la réparation souhaitée ».

Si cette définition ne décrit pas la situation qui existe depuis longtemps entre l'Organisation des Nations Unies, ou nombre de ses Etats Membres, et l'Afrique du Sud, je ne vois pas ce qui pourrait le faire.

* * *

28. On dira peut-être que ces problèmes, bien que concrets et non résolus et, par conséquent, « pendants » et « actuellement pendants », au sens naturel et ordinaire, ne sont pas, au sens premier qu'on a voulu donner à ces mots, pendants « entre deux ou plusieurs Etats », parce qu'ils se posent d'une façon trop générale entre l'Afrique du Sud d'une part, et d'autre part l'Organisation des Nations Unies en tant qu'entité ou un groupe de ses Membres, et non pas des Etats pris individuellement. En d'autres circonstances les arguments en faveur de cette manière de voir ne manqueraient peut-être pas. Mais la résolution par laquelle l'Assemblée générale a entendu mettre fin au Mandat a entraîné, et c'était d'ailleurs bien l'un de ses buts, une situation dans laquelle plu-

Africa over SW. Africa, as described in some detail by Counsel for South Africa at the preliminary oral hearing held on 27 January 1971 [18].

29. One example must (but will) suffice—namely the situation which has arisen over the application to South West Africa of the 1965 Montreux International Telecommunication Convention. When becoming a party to this Convention, South Africa gave notice in proper form applying it to SW. Africa also. Thereupon a number of States [19] addressed official communications to the Secretariat of the International Telecommunication Union, which were all to the same effect, namely that *precisely by reason of Assembly resolution 2145* purporting to terminate the Mandate, South Africa no longer had the right to administer or speak for SW. Africa, and that, in consequence, the application of the Convention to that territory was invalid and of no effect. The Administrative Council of the Union then, in May 1967, circularized the member States with a request for their views on the matter, which was put to them in the form whether South Africa's right to represent SW. Africa "should be withdrawn". To this South Africa, on 23 May 1967, sent a full and reasoned reply affirming its continuing right to represent SW. Africa. Nevertheless at the next session of the Union a majority voted in favour of the "withdrawal". There now in consequence exists a clear-cut and concrete dispute, not only between South Africa and a majority of the members of the Union as such, but also individually between South Africa and those specific members who initiated and raised the issue in the first place. The subject-matter of this dispute is whether or not the 1965 Convention is or is not applicable to SW. Africa;—and this dispute, or legal question (to use the language of Rule 83), not only is actually pending between South Africa and those States, and continues so to be, *but also constituted one of the alleged possible "legal consequences" of the purported termination of the Mandate which the Court might have to consider in the present proceedings.*

* * *

30. For these reasons, were it necessary to hold (as in my view it is not) that the Court had no residual power outside Rule 83 to allow the appointment of a South African judge *ad hoc*, I should take the view

[18] Typescript of verbatim record, C.R. (H.C.) 71/1 (Rev.), pp. 19-28.

[19] These were, in the order named in the record (see preceding note), the Federal Republic of Cameroon, Yugoslavia, Tanzania, United Arab Republic, Soviet Union, Ukrainian S.S.R., Byelorussian S.S.R. and Poland.

sieurs Etats, s'appuyant précisément sur cette résolution, ont pris des mesures *individuelles* en dehors de l'Organisation des Nations Unies dans leurs relations avec l'Afrique du Sud pour ce qui concerne le Sud-Ouest africain — l'on trouve des détails à ce sujet dans l'exposé fait par le conseil de l'Afrique du Sud à l'audience préliminaire du 27 janvier 1971 [18].

29. Il devrait suffire — et il suffira — de donner ici un seul exemple, celui du problème de l'application au Sud-Ouest africain de la convention internationale des télécommunications de Montreux (1965). Lorsqu'elle a adhéré à cette convention, l'Afrique du Sud en a donné notification en bonne et due forme, par écrit, et a fait savoir que la convention s'appliquerait aussi au Sud-Ouest africain. A la suite de quoi plusieurs Etats [19] ont adressé au secrétariat de l'UIT des communications officielles qui allaient toutes dans le même sens, à savoir que *précisément en raison de la résolution 2145 de l'Assemblée générale*, qui était censée mettre fin au Mandat, l'Afrique du Sud n'avait plus le droit d'administrer le Sud-Ouest africain ni de parler en son nom, et qu'en conséquence l'application de la convention à ce territoire était sans valeur et sans effet. En mai 1967, le conseil d'administration de l'UIT envoyait aux Etats membres une circulaire sollicitant leur avis sur la question, et leur demandait s'il fallait retirer à l'Afrique du Sud le droit de représenter le Sud-Ouest africain. Le 23 mai 1967, l'Afrique du Sud a envoyé une réponse détaillée et circonstanciée affirmant le maintien de son droit de représenter le Sud-Ouest africain. Néanmoins, à la session suivante de l'UIT, la majorité s'est prononcée pour le « retrait ». Voilà donc un différend évident et concret, non seulement entre l'Afrique du Sud et la majorité des membres de l'UIT en tant que tels, mais aussi individuellement entre l'Afrique du Sud et ceux des membres qui ont pris l'initiative de soulever le problème. L'objet de ce différend est de savoir si la convention de 1965 est ou n'est pas applicable au Sud-Ouest africain; or ce différend, ou question juridique, pour reprendre les termes de l'article 83 du Règlement de la Cour, non seulement est actuellement pendant entre l'Afrique du Sud et ces Etats, et continuera à l'être, *mais il constitue une des « conséquences juridiques » possibles de la prétendue extinction du Mandat que la Cour pourrait avoir à examiner dans la présente affaire.*

* * *

30. Pour toutes ces raisons, s'il était nécessaire de démontrer, ce qui a mon avis ne l'est pas, que la Cour n'a besoin d'aucun pouvoir résiduel en dehors de ceux que lui confère l'article 83 du Règlement pour autoriser

[18] C.R. (H.C.) (Rev.), p. 19 à 28.

[19] Ces Etats sont les suivants, dans l'ordre de leur énumération au compte rendu (voir la note précédente): République fédérale du Cameroun, Yougoslavie, Tanzanie, République arabe unie, Union soviétique, R.S.S. d'Ukraine, R.S.S. de Biélorussie et Pologne.

that the conditions specified in the Rule were fully satisfied and that it was applicable so as to oblige the Court to grant the request, as justice and equity in any event called for, in the exercise of its undoubted discretionary power. In fact, if ever there was a case for allowing the appointment of a judge *ad hoc* in advisory proceedings, that case was this one.

* * *

31. On the basis of the foregoing views two somewhat serious consequences would ensue. The first is that, in refusing to allow the appointment of a judge *ad hoc*, the Court in effect decided that the proceedings did not involve any dispute, and thus prejudged the substance of a number of issues raised by South Africa which turned on the existence or otherwise of a dispute,—although no argument had yet been heard on these issues, nor was until after the Order embodying the Court's decision on the matter had been issued. This created a situation in which, in most national legal systems, the case would, on appeal, have been sent back for a re-trial. Similarly the Court virtually precluded itself from going into any question of fact; for disputed issues of fact are difficult to deal with except on the basis of a contentious procedure involving recognition of the existence of a dispute. This again was in advance of having heard the South African argument on the question of the admission of further factual evidence,—although the Court was, from the start, under written notice of the South African view that such further evidence was relevant and important. These views are not affected by the fact that, as the Opinion of the Court correctly observes, a decision on the question of a judge *ad hoc*, being a matter of the composition of the Court, had to be taken in advance of everything else,—although this situation may well point to a somewhat serious flaw in the present Rules. It cannot however affect the fact that, having rejected the request for the appointment of a judge *ad hoc*—and *on the very ground* that there was no dispute or legal question pending (for if the Court had thought there was, Rule 83 would have obliged it to grant the request)—the Court was thenceforward precluded in practice, in connexion with anything arising later in the case, from coming to a different conclusion as to the existence of a dispute or legal question pending. Had the Court, without prejudging these matters, simply exercised its discretion in the sense of allowing the appointment (as in my view it should in any case have done), no difficulty would have arisen. But it should at least, and *at that stage*, have heard full argument on the question, in the course of ordinary public hearings.

32. Secondly, the failure to allow the appointment of a judge *ad hoc*, coupled with the views expressed by my colleague Judge Gros, which I share, concerning the third of the three Orders of the Court referred

la désignation d'un juge *ad hoc* sud-africain, je dirais que les conditions spécifiées dans cet article étaient pleinement remplies et que l'article était applicable, de sorte que la Cour aurait dû faire droit à la requête, comme d'ailleurs la justice et l'équité auraient dû l'inciter à le faire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire incontesté. En vérité, s'il y a jamais eu une affaire consultative où il était justifié d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc*, c'est bien celle-ci.

* * *

31. Les considérations qui précèdent comportent deux conséquences assez graves. La première est qu'en refusant l'autorisation de désigner un juge *ad hoc*, la Cour a décidé en réalité que l'affaire n'impliquait aucun différend, préjugeant ainsi le fond de plusieurs questions soulevées par l'Afrique du Sud et qui dépendaient de l'existence ou de l'inexistence d'un différend, alors qu'aucune argumentation n'avait encore été présentée sur ces points qui n'ont été débattus qu'après la publication de l'ordonnance par laquelle la Cour s'est prononcée. Il en est résulté une situation telle que, dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, l'affaire serait, en appel, renvoyée pour un nouveau jugement. De même, la Cour s'est virtuellement interdit d'examiner toute question de fait; en effet, il est difficile d'aborder des points de fait litigieux hors du cadre d'une procédure contentieuse supposant que l'existence d'un différend a été reconnue. Là encore la Cour a agi avant d'avoir entendu l'Afrique du Sud au sujet de la présentation de nouvelles preuves sur les faits, bien que l'Afrique du Sud lui eût fait savoir par écrit, dès le début, que ce complément de preuve lui paraissait pertinent et important. La situation n'est modifiée en rien par le fait que, comme l'avis de la Cour le souligne à juste titre, la question du juge *ad hoc*, intéressant la composition de la Cour, doit être réglée avant toute chose — bien que cela indique peut-être un défaut grave du Règlement actuel. Il reste qu'ayant rejeté la demande de désignation d'un juge *ad hoc* — *précisément pour la raison* qu'il n'y avait ni différend ni question juridique pendante (car si la Cour avait pensé le contraire, l'article 83 du Règlement l'aurait obligée à consentir à la demande) — la Cour se voyait désormais empêchée en pratique, à propos de toute question ultérieure, d'en venir à une conclusion différente quant à l'existence d'un litige ou d'une question pendante. Si la Cour, sans rien préjuger, s'était bornée à exercer son pouvoir discrétionnaire en autorisant la désignation (comme elle aurait dû le faire de toute façon d'après moi), aucune difficulté ne se serait présentée par la suite. Mais elle aurait au moins dû, *à ce stade*, permettre que la question soit pleinement débattue au cours d'audiences publiques normales.

32. La deuxième conséquence est que, si l'on y ajoute ce que mon collègue M. Gros, dont je partage les vues, a fait observer à propos de la dernière des trois ordonnances de la Cour visées au paragraphe 18 de

to in paragraph 18 of this Annex, arouses in me a number of misgivings, as to which it will suffice here to say that I associate myself entirely with what is stated at the end of paragraph 17 of Judge Gros' Opinion.

(Initialled) G.F.

la présente annexe, le refus d'autoriser la désignation d'un juge *ad hoc* crée chez moi des inquiétudes à propos desquelles il me suffira de dire ici que je m'associe entièrement aux observations faites à la fin du paragraphe 17 de l'opinion dissidente de M. Gros.

(Paraphé) G. F.

SYNOPTICAL TABLE

MAIN SECTIONS

		Paragraphs
PART I: Introductory Considerations		1-10
PART II: Substance		11-123
SECTION A:	Non-subrogation of the United Nations to the powers of the League of Nations in respect of Mandates	11-64
SECTION B:	In any case the powers of the League did not include any power of unilateral revocation	65-89
SECTION C:	Charter limitations on the competence and powers of the Principal United Nations Organs	90-116
SECTION D:	"The legal consequences for States"	117-124
POSTSCRIPTUM:	Other consequences	125
ANNEX: Preliminary and Incidental Matters		*1-32*

DETAILS

PART I: Introductory considerations	1-10
1. The real issues in the case	1-9
2. Arrangement, and statement of principal conclusions	10
PART II: Substance	11-125
SECTION A: Non-subrogation of the United Nations to the powers of the League of Nations in respect of Mandates	11-64
1. United Nations not the successor in law of the League—Possible methods of succession: by arrangement, by implication, by consent (novation).	11-13
2. Absence of any automatic succession by implication	14-19
(i) The supervisory function as the corollary of the obligation to report	14

TABLE SYNOPTIQUE

GRANDES SECTIONS

Paragraphes

PREMIÈRE PARTIE: Considérations introductives 1-10

DEUXIÈME PARTIE: Fond 11-123

SECTION A: Non-subrogation de l'Organisation des Nations Unies à la Société des Nations dans ses pouvoirs relatifs aux mandats. 11-64

SECTION B: En tout cas le pouvoir de révocation unilatérale n'entrait pas dans les pouvoirs de la SdN. 65-89

SECTION C: Limites de la compétence et des pouvoirs que les organes principaux des Nations Unies tiennent de la Charte 90-116

SECTION D: «Conséquences juridiques pour les Etats» . 117-124

POST-SCRIPTUM: Autres conséquences. 125

ANNEXE: Questions préliminaires et questions incidentes . . . *1-32*

DÉTAIL

PREMIÈRE PARTIE: Considérations introductives 1-10

1. Véritables problèmes se posant en l'espèce 1-9
2. Ordre et énoncé des conclusions principales 10

DEUXIÈME PARTIE: Fond 11-125

SECTION A: Non-subrogation de l'Organisation des Nations Unies à la Société des Nations dans ses pouvoirs relatifs aux mandats 11-64

1. L'Organisation des Nations Unies n'est pas en droit le successeur de la Société des Nations — Méthodes possibles de succession: par voie d'accord, implicitement, par voie de consentement (novation). 11-13
2. Absence de succession automatique et implicite 14-19

i) La fonction de surveillance comme corollaire de l'obligation de faire rapport 14

Paragraphs

(ii) Distinction between the reporting obligation *in se* and the right to claim performance of it 15

(iii) Reporting obligation capable of implementation otherwise than by reporting to an organ of the United Nations 16

(iv) No automatic conversion of the reporting obligation into a duty owed to the Assembly of the United Nations, a new and different entity—Statement of differences 17-18

(v) Conclusion as to implied succession 19

3. Arguments in opposition to this conclusion 20-34

(a) The Court's Opinion of 11 July 1950 21-22

(b) Question of implications said to be derivable from the Charter. 23-32

(i) In general 23

(ii) Article 10 24-25

(iii) Article 80 26-32

(c) The "organized world community" argument . . . 33-34

4. Political rejection in the United Nations (1945-1946) of any continuity with the League of Nations 35-50

(a) In general and in principle 35-38

(i) Attitude toward the League. 35-36

(ii) Assembly resolution XIV of 12 February 1946 37-38

(b) In particular as regards mandates 39-44

(i) Settled policy of preference for, and reliance on, the trusteeship system 39-40

(ii) The final League resolution on mandates (18 April 1946) 41-44

The "Chinese" draft . . . . . 43*(a)*

The reference to Chapter XI of the Charter 43*(b)*

(c) Reasons for the United Nations attitude on mandates—its significance 45-46

(d) Conclusion as to the legal effects of this attitude . 47-50

5. The issue of consent—No recognition by the Mandatory of any accountability to the United Nations 51-64

Paragraphes

ii) Distinction entre l'obligation de faire rapport proprement dite et le droit d'exiger l'exécution de cette obligation. 15
iii) L'obligation de faire rapport pouvait être remplie autrement qu'en faisant rapport à un organe de l'ONU 16
vi) L'obligation de faire rapport ne s'est pas automatiquement transformée en un devoir envers l'Assemblée générale des Nations Unies, entité nouvelle et différente. Indication des différences 17-18
v) Conclusion concernant une succession implicite . . 19

3. Arguments contraires concernant cette conclusion. . . 20-34

a) Avis consultatif de la Cour du 11 juillet 1950 . . . 21-22
b) Question des déductions que l'on prétend pouvoir tirer de la Charte 23-32
i) En général 23
ii) Article 10 24-25
iii) Article 80 26-32
c) L'argument de la « communauté mondiale organisée » 33-34

4. Rejet politique, aux Nations Unies (en 1945-1946), de toute continuité avec la Société des Nations 35-50

a) En général et en principe 35-38
i) Attitude à l'égard de la Société des Nations . . 35-36
ii) Résolution XIV de l'Assemblée générale en date du 12 février 1946. 37-38
b) En ce qui concerne les mandats en particulier . . . 39-44
i) Politique établie tendant à donner la préférence au régime de tutelle et à s'appuyer sur ce régime. 39-40
ii) Résolution finale de la Société des Nations sur les mandats (18 avril 1946). 41-44
Le projet « chinois » . . . . . 43*a)*
La référence au chapitre XI de la Charte. . . 43*b)*
c) Motifs expliquant l'attitude des Nations Unies sur les mandats — Importance de cette attitude 45-46
d) Conclusions relatives aux effets juridiques de cette attitude. 47-50

5. Question du consentement. Le Mandataire ne reconnaît aucune obligation de rendre compte à l'Organisation des Nations Unies. 51-64

Paragraphs

(a) General principles 51-53
(i) Absence of any basis of consensus 51
(ii) A *novation* was involved 52
(iii) Legal effect of "Statements of Intention" . . . 53
(b) Particular episodes 54-62
(i) The final League of Nations resolution of 11 April 1946 54-55
(ii) The question of the incorporation of SW. Africa as part of South Africa itself 56-58
(iii) The Mandatory's offer to render reports under Article 73 *(e)* of the Charter 59-60
(c) Conclusions as to consent 61-63
6. General conclusion on Section A. No supervisory function ever became vested in the United Nations . . 64

SECTION B: In any case the powers of the League did not include any power of unilateral revocation . . . 65-89
1. The United Nations could not exercise any other or greater powers than had been possessed by the League 65-66
2. The League had no power of unilateral revocation of a mandate, either express or implied 67-85
(a) Presumption against the existence of such a power 67-72
(b) Positive contra-indications:—(1) based on the terms of the relevant instruments and received principles of interpretation. 73-84
(i) Essentially non-peremptory character of the mandates system 73
(ii) Limited scope of the supervisory function as exercised by the League Council. 74-78
(iii) The League's voting rule of unanimity including the vote of the mandatory 79-80
(iv) Contemporaneous consideration and rejection of notion of revocability 81-82
(v) The administration as an "integral portion" clause of the mandate 83-84
(c) Positive contra-indications:—(2) based on the circumstances prevailing when the mandates system was established 85
3. General conclusion on Section B. The mandates were not intended to be unilaterally revocable. 86-89
Test of this conclusion 87

Paragraphes

a) Principes généraux 51-53
i) Défaut de base réelle de consentement 51
ii) Il y a eu novation 52
iii) Effet juridique des « déclarations d'intention » . . 53
b) Evénements particuliers 54-62
i) Résolution finale de la Société des Nations du 18 avril 1946 54-55
ii) Question de l'incorporation du Sud-Ouest africain à l'Afrique du Sud 56-58
iii) Offre du Mandataire de fournir des rapports en vertu de l'article 73 *e)* de la Charte 59-60
c) Conclusions relatives au consentement 61-63

6. Conclusion générale de la section A. Aucune fonction de surveillance n'a jamais été dévolue à l'Organisation des Nations Unies 64

SECTION B: En tout cas, le pouvoir de révocation unilatérale n'entrait pas dans les pouvoirs de la SdN. . . . 65-89

1. L'ONU ne pouvait exercer des pouvoirs autres ou plus grands que ceux que possédait la SdN 65-66
2. La SdN n'avait aucun pouvoir de révocation unilatérale, exprès ou implicite 67-85

a) Présomption contre l'existence d'un tel pouvoir . . 67-72
b) Indications positives contraires 1) fondées sur les termes des instruments pertinents et des principes admis d'interprétation 73-84
i) Caractère essentiellement non absolu du système des mandats 73
ii) Portée limitée de la fonction de surveillance exercée par le Conseil de la Société des Nations . . 74-78
iii) Règle de vote à la Société des Nations — Unanimité y compris le vote du mandataire 79-80
iv) Examen contemporain et rejet de la notion de révocabilité 81-82
v) Clause du mandat concernant l'administration comme « partie intégrante » 83-84
c) Indications positives contraires 2) résultant des circonstances qui régnaient au moment où le système des mandats a été établi 85

3. Conclusion générale de la section B. Les mandats n'étaient pas censés être unilatéralement révocables . . 86-89
Vérification de cette conclusion 87

Paragraphs

SECTION C: Charter limitations on the competence and powers of the Principal United Nations Organs 90-116

1. In the case of the Assembly 91-107

(i) Absence in principle of executive powers—Non-binding and purely recommendatory character of its resolutions 92-96

(ii) Powers acquired *ab extra* or *aliunde* only exercisable within the limits of the Assembly's Charter competence 97-103

(iii) Factors confirming these conclusions. 104-106

The Klaestad-Lauterpacht views in the *Voting Procedure* case 104-105

The Court's answer to question *(c)* in the 1950 advisory proceedings. 106

(iv) Conclusion as to the powers of the Assembly—It cannot in the field of mandates do more than make recommendations—It has no competence to revoke 107

2. In the case of the Security Council 108-116

(i) Consequential character of the Security Council's resolutions in the present case 108

(ii) The Security Council does not possess any other or greater powers than the Assembly in the field of mandates as such 109

(iii) No competence to exercise greater powers in the guise of peace-keeping, unless there is a genuine threat to peace and security. 110-111

(iv) Proper scope of the Security Council's peace-keeping functions under the Charter—Effect of Articles 24 and 25. 112-114

(v) The Security Council cannot, even for peace-keeping purposes, effect changes in territorial sovereignty or rights of territorial administration 115-116

SECTION D: "The legal consequences for States" 117-124

1. In general 117
2. For South Africa 118-121
3. For other States 122-124

POSTSCRIPTUM: Other consequences 125

Paragraphes

SECTION C: Limites de la compétence et des pouvoirs que les organes des Nations Unies tiennent de la Charte 90-116

1. L'Assemblée générale 91-107

i) Ses pouvoirs n'ont pas en principe un caractère exécutif — Ses résolutions sont de simples recommandations non obligatoires. 92-96

ii) Elle ne peut exercer les pouvoirs qu'elle tient d'une autre source ou de l'extérieur que si elle reste dans les limites de la compétence que la Charte lui confère . 97-103

iii) Facteurs confirmant ces conclusions 104-106

Opinions Klaestad-Lauterpacht dans l'affaire de la *Procédure de vote* 104-105

Réponse donnée par la Cour à la question *c)* dans la procédure consultative de 1950 106

iv) Conclusion quant aux pouvoirs de l'Assemblée. Elle ne peut prendre que des recommandations dans le domaine des mandats. Elle n'a pas compétence pour procéder à une révocation. 107

2. Le Conseil de sécurité 108-116

i) Caractère accessoire des résolutions du Conseil de sécurité en la présente espèce 108

ii) Le Conseil de sécurité ne possède pas de pouvoirs autres ou plus grands que ceux de l'Assemblée en matière de mandats 109

iii) Le Conseil de sécurité n'a pas compétence pour exercer des pouvoirs plus grands, sous le prétexte du maintien de la paix, à moins qu'il n'existe une menace véritable contre la paix et la sécurité. . . . 110-111

iv) Etendue réelle des pouvoirs du Conseil de sécurité relatifs au maintien de la paix en vertu de la Charte — Effet des articles 24 et 25. 112-114

v) Le Conseil de sécurité ne peut, même aux fins du maintien de la paix, effectuer des changements touchant à la souveraineté territoriale ou à des droits d'administration territoriale 115-116

SECTION D: « Conséquences juridiques pour les Etats » . . . 117-124

1. Généralités. 117
2. Pour l'Afrique du Sud. 118-121
3. Pour les autres Etats 122-124

POST-SCRIPTUM: Autres conséquences. 125

Paragraphs

ANNEX: Preliminary and incidental matters *1-32*

1. Incompetence of the United Nations Assembly to act as a court of law *1-8*
2. The Court's right to examine the assumptions underlying any Request for an Advisory Opinion *9-12*
3. Should the Court have refused to comply with the Request in the present case? *13-16*
4. The question of the appointment of a South African judge *ad hoc*. *17-32*

   (a) The relevant provisions of the Court's Statute and Rules *17-25*

   (b) The question of whether there was a dispute *26-32*

Paragraphes

ANNEXE: Questions préliminaires et questions incidentes . . . *1-32*

1. L'Assemblée des Nations Unies est incompétente pour agir comme tribunal. *1-8*
2. Droit pour la Cour d'examiner les prémisses de toute demande d'avis consultatif *9-12*
3. La Cour devrait-elle donner suite à la demande d'avis consultatif en l'espèce?. *13-16*
4. La question de la nomination d'un juge *ad hoc* sud-africain *17-32*

a) Les dispositions applicables du Statut et du Règlement *17-25*

b) Question de savoir s'il existait un différend *26-32*

OPINION DISSIDENTE DE M. GROS

Je regrette de ne pouvoir me rallier à l'avis de la Cour, tant en ce qui concerne certains problèmes de caractère préliminaire que sur le fond et j'indiquerai les motifs de ce désaccord.

1. La Cour a rendu quatre ordonnances, de manière préliminaire, sur des questions concernant la composition de la Cour; ayant voté contre deux de ces ordonnances, je dois exposer les raisons de ce vote. Il s'agit en premier lieu d'une ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971 visant l'article 48 du Statut et rejetant une objection soulevée contre un membre de la Cour, par dix voix contre quatre, sans indication de motifs. La deuxième ordonnance sur laquelle je ferai des observations est celle du 29 janvier 1971, visant les articles 31 et 68 du Statut et l'article 83 du Règlement et rejetant une demande de désignation de juge *ad hoc* par le Gouvernement sud-africain, par dix voix contre cinq, sans indication de motifs et accompagnée de deux déclarations communes, l'une de trois juges, l'autre de deux juges.

2. La Cour a dit: « c'est à la Cour elle-même et non aux Parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Même si l'un des gouvernements représentés dans la procédure n'avait pas soulevé le problème tranché par l'ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971, l'application de son Statut eût obligé la Cour à l'examiner. Le respect des dispositions de son propre Statut est une obligation rigoureuse, comme le souligne la décision de la Cour en 1963.

3. A la séance du Conseil de sécurité du 4 mars 1968 (S/PV. 1395), le représentant du Pakistan, parlant au nom des coauteurs du projet de résolution S/8429 concernant la Namibie, qui devint la résolution 246 (1968) du Conseil de sécurité, a déclaré:

> « Les sept coauteurs reconnaissant avec gratitude la coopération constructive qui leur a été accordée par les ambassadeurs ... et ... l'importante contribution qu'ils ont fournie à l'élaboration de ce projet de résolution. » (P. 33-35.)

La première personne mentionnée est devenue depuis membre de la Cour; or, la résolution 246 (1968) du 14 mars 1968, dans son préambule, tient compte de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale « par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a mis fin au Mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain et a assumé la responsabilité directe au *(sic)* Territoire jusqu'à son indépendance » (S/PV. 1397 du 14 mars 1968, p. 6-10). Les procès-verbaux contiennent également des résu-

DISSENTING OPINION OF JUDGE GROS

[Translation]

To my regret, I am unable to concur in the Advisory Opinion, whether in regard to the substance or in regard to certain problems of a preliminary character, and I propose to explain my disagreement below.

1. By way of preliminary decision, the Court made four Orders on questions concerning its composition, and as I voted against two of them I should give my reasons for doing so. The first concerned is Order No. 3 of 26 January 1971, which, having regard to Article 48 of the Statute, rejected by 10 votes to 4 an objection raised against a Member of the Court, but gave no reasons. The second Order on which I have to comment is that of 29 January 1971, which, having regard to Articles 31 and 68 of the Statute and Article 83 of the Rules of Court, rejected by 10 votes to 5 a request by the Government of South Africa for the appointment of a judge *ad hoc*; it likewise gave no reasons, and it was accompanied by two joint declarations, one made by three and the other by two Members of the Court.

2. The Court has said: "The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity" (*I.C.J. Reports 1963*, p. 29). Even if one of the Governments represented in the proceedings had not raised the problem decided by Order No. 3 of 26 January 1971, the Court would have been obliged to examine it in the application of its Statute. The observance of the provisions of its own Statute is a strict obligation, as the Court's 1963 decision emphasizes.

3. At the meeting of the Security Council on 4 March 1968, the representative of Pakistan, speaking on behalf of the co-sponsors of draft resolution S/8429 on Namibia, which was to become Security Council resolution 246 (1968), stated:

> "The seven co-sponsors acknowledge with gratitude the constructive co-operation extended to them by Mr. . . . and Mr. . . . and the great contribution which they made to the formulation of the draft resolution" (S/PV. 1395, p. 32).

The first person mentioned has since become a Member of the Court; now, resolution 246 (1968) of 14 March 1968, in its preamble, takes into account the General Assembly resolution, 2145 (XXI), "by which the General Assembly of the United Nations terminated the Mandate of South Africa over South West Africa and assumed direct responsibility for the territory until its independence" (14 March 1968, S/PV. 1397, pp. 6-10). The records likewise contain summaries of several speeches,

més de plusieurs interventions de cette même personne, certaines fort développées, sur le problème de fond aujourd'hui réglé par la Cour (voir S/PV. 1387, p. 61 à 67; S/PV. 1395, p. 43 et 47; S/PV. 1397, p. 16-20).

4. Tels sont les faits. La pratique de la Cour était, jusqu'alors, d'examiner dans chaque cas de ce genre si l'article 17 du Statut était applicable et de rechercher s'il s'agissait d'une participation active d'un juge, avant son élection, dans une question dont la Cour était saisie (cf. Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale*, 1934, p. 76, qui cite une décision de la Cour, à sa vingtième session, retenant qu'un juge n'avait pas pris une « part active » au traitement de l'affaire par le Conseil de la SdN). C'est en application de ce principe qu'un juge décida de ne pas siéger dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co.*, ayant représenté son pays au Conseil de sécurité lorsque celui-ci avait été saisi de la réclamation du Royaume-Uni contre l'Iran, et que la Cour s'est déclarée d'accord sur cette décision (*C.I.J. Annuaire 1963-1964*, p. 100).

La lecture des procès-verbaux cités au paragraphe 3 ci-dessus ne laisse aucun doute sur le caractère et le fond des positions prises par le représentant aujourd'hui juge quant à la révocation du mandat du fait de la résolution 2145 (XXI); or cette résolution est la question fondamentale de la présente affaire puisqu'il s'agit d'en déterminer les conséquences juridiques. Il faut donc constater que la pratique a été changée par l'ordonnance n° 3 du 26 janvier 1971 et que le critère de la participation active n'est plus retenu par la Cour.

Dans la présente affaire il s'agit en effet, non pas de participation à la rédaction d'un texte conventionnel de portée générale mais de l'expression d'opinion sur le statut international du mandat après et en fonction de la révocation prononcé dans la résolution 2145 (XXI), ce qui est le point de droit à la base de la présente affaire. Ainsi le représentant au Conseil de sécurité s'est prononcé sur le fond de l'affaire après la date critique d'octobre 1966. Il n'y a donc aucun rapport avec des précédents cités dans l'avis (par. 9) où des juges avaient contribué à la rédaction de traités internationaux applicables dans des affaires nées bien ultérieurement et auxquelles ils n'avaient pris aucune part.

La décision de la Cour contredit le principe formellement exprimé dans l'article 17 du Statut selon lequel le juge ne doit pas prendre part au règlement d'une affaire dans laquelle il est antérieurement intervenu à un autre titre. Cet article applique d'ailleurs un principe généralement admis de l'organisation judiciaire qui répond à un souci évident de bonne justice. La nouvelle interprétation qui lui a été donnée n'est donc pas justifiable.

5. Je dois exposer maintenant les raisons pour lesquelles j'estime que

some of them lengthy, which that same person made on the substantive problem now decided by the Court (see S/PV. 1387, pp. 61-66; S/PV. 1395, pp. 41 and 43-45; S/PV. 1397, pp. 16-20).

4. Such are the facts. Hitherto it has been the practice of the Court to determine in each case of this kind whether Article 17 of the Statute was applicable and to ascertain whether there had been any active participation on the part of a Member, before his election, in a question laid before the Court (cf. Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale*, 1934, p. 76, citing a decision of the Permanent Court, taken at its twentieth session in which the material point was that a Member had not played an "active part" in the treatment of the question by the Council of the League). It was in application of that principle that one Member of the Court decided not to sit in the case concerning the *Anglo-Iranian Oil Company* because he had represented his country in the Security Council when it had been considering a matter arising out of the claim of the United Kingdom against Iran, and that the Court expressed its agreement with that decision (*I.C.J. Yearbook 1963-1964*, p. 100).

No reader of the records I have cited in paragraph 3 can be left in any doubt as to the character and substance of the positions adopted by the then representative, now a judge, on the question of the revocation of the Mandate by the effect of resolution 2145 (XXI). Yet that resolution is the fundamental problem of the present proceedings, inasmuch as they are concerned with the determination of its legal consequences. It must therefore be noted that Order No. 3 of 26 January 1971 marked a change in practice, and that the Court has discarded the criterion of active participation.

It was indeed, in the present case, no participation in the drafting of a general convention that had to be considered, but the expression of opinion on the international status of the Mandate after and in function of the declaration of revocation by resolution 2145 (XXI), which is the underlying legal point of the proceedings. Thus we see that the representative in the Security Council pronounced upon the substance of the case after the critical date of October 1966. There is therefore no comparison with certain precedents cited in the Advisory Opinion (para. 9), which are instances of judges having contributed to the drafting of international treaties applicable in cases which arose much later and in which they had taken no part.

The Court's decision contradicts the principle, to which Article 17 of the Statute lends formal expression, that a Member must not participate in the decision of any case in which he has previously taken part in some other capacity. This Article, moreover, is an application of a generally accepted principle of judicial organization deriving from an obvious concern for justice. The new interpretation which has been placed upon it cannot, therefore, be justified.

5. I have now to explain why I consider that Article 68 of the Statute

l'article 68 du Statut et les articles 82 et 83 du Règlement auraient dû être appliqués d'une manière différente de celle que la Cour a adoptée dans son ordonnance du 29 janvier 1971.

L'ordonnance du 29 janvier 1971 rejetant la demande de juge *ad hoc* fut rendue après une audience à huis clos tenue le 27 janvier, où les observations du Gouvernement sud-africain furent entendues. Avec mes collègues sir Gerald Fitzmaurice et M. Petrén, j'avais réservé le droit d'exposer les raisons de notre dissentiment qui, touchant le fond sous certains aspects, ne pouvaient être indiquées au moment où était publiée l'ordonnance qui n'en avait pas tenu compte. La Cour a définitivement, le 29 janvier 1971, matérialisé son interprétation des articles pertinents du Statut et du Règlement par le refus de juge *ad hoc*, question sur laquelle il n'était plus dès lors possible de revenir, mais sans faire connaître de motivation pour l'ordonnance de rejet. Il est nécessaire, s'agissant d'une interprétation de règles obligatoires pour la Cour, d'en examiner les motifs.

Un refus de juge *ad hoc* n'est justifié que si les conditions juridiques mises à l'exercice de la faculté de demander une telle désignation ne sont pas réunies. La Cour n'a pas en effet, en cette matière, une liberté de choix et l'article 83 du Règlement est formel; s'il y a, dans une procédure, d'avis consultatif, « question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats », la Cour doit appliquer l'article 31 du Statut concernant la désignation d'un juge *ad hoc* demandé par un Etat non représenté sur le siège. Et la Cour devait « avant tout » (art. 82) se prononcer sur ce problème juridique, ce qui n'a pas été fait, la question n'ayant pas été traitée comme une question préliminaire à débattre et à trancher dans la pleine connaissance de tous ses éléments, y compris ceux qui se rattachaient à des questions de fond. Il suffira de rappeler que la notion de question préliminaire n'est pas nouvelle dans la procédure consultative et qu'il eût été naturel, vu les circonstances particulières de l'affaire, d'adopter sur ce point une approche analogue à celle de la procédure contentieuse, recommandée par l'article 68 du Statut. C'est un point que la Cour a rencontré notamment dans l'avis sur les *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requête contre l'Unesco (C.I.J. Recueil 1956*, p. 77); l'objection à la juridiction de la Cour soulevée par la Pologne dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Mémoires*, p. 153, par. 2) avait un caractère préliminaire comme celle de la Tchécoslovaquie dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (*C.I.J. Mémoires*, p. 204), où le Gouvernement tchécoslovaque invoque précisément l'article 68 du Statut et l'article 82 du Règlement pour demander à la Cour d'appliquer la procédure des exceptions préliminaires. (Voir l'ordonnance de la Cour permanente de Justice internationale en date du 20 juillet 1931 sur la désignation de juges *ad hoc* dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, décidant de façon préliminaire sur l'application de l'article 71 du Règlement de la Cour permanente (actuellement art. 82)

and Articles 82 and 83 of the Rules ought to have been given a different application from the one chosen by the Court in adopting the Order of 29 January 1971.

The Order of 29 January 1971 rejecting the request for a judge *ad hoc* was made after a closed hearing, held on 27 January, at which the observations of the South African Government were heard. Judge Sir Gerald Fitzmaurice, Judge Petrén and I reserved the right to make known the reasons for our dissent, which, inasmuch as they concerned the substance from certain aspects, could not be disclosed at the moment when the Order which discounted them was issued. The Court gave definitive shape to its interpretation of the relevant articles of the Statute and Rules by refusing the appointment of a judge *ad hoc*—a question which it thus made irreversible—without, however, disclosing any reasons for the Order embodying the decision. In that this was an interpretation of rules which are binding on the Court, it is necessary to examine the reasons for it.

The refusal of a judge *ad hoc* is justified only if the legal conditions for the exercise of the faculty to request such an appointment have not been satisfied. The Court has not, in effect, any freedom of choice in the matter for Article 83 of the Rules expressly provides that if "a legal question actually pending between two or more States" is involved in proceedings on a request for advisory opinion, the Court is to apply Article 31 of the Statute, which concerns the appointment of a judge *ad hoc* on the application of a State not represented on the Bench. Furthermore, the Court ought to have pronounced upon this legal problem "*avant tout*" ["above all"] (Rules, Art. 82), but this it failed to do, not treating the question as a preliminary one to be thrashed out in full cognizance of all the factors concerned, including those related to questions of substance. Needless to say, the idea of a preliminary question is nothing new in advisory procedure, and it would have been natural, in view of the particular circumstances of the case, to adopt on this point an approach analogous to that of contentious procedure, as is recommended by Article 68 of the Statute. This is a point with which the Court had to deal, for example, in connection with its Advisory Opinion on *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco (I.C.J. Reports 1956)*; Poland's objection to the Court's jurisdiction in *International Status of South West Africa* (*Pleadings*, p. 153, in para. 2) was of a preliminary nature, as was also that raised in *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* by the Government of Czechoslovakia, which specifically relied on Article 68 of the Statute and Article 82 of the Rules in requesting the Court to apply preliminary objection procedure (*Pleadings*, p. 204). (Note also the Permanent Court's Order of 20 July 1931 on the appointment of judges *ad hoc* in *Customs Régime between Germany and Austria*, ruling by way of preliminary decision on the applicability of Article 71 of its Rules (Art. 82 in those of the present Court) and Article 31 of the

et de l'article 31 du Statut, *C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 89; ainsi que l'avis consultatif sur la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre, 1935, C.P.J.I. série A/B n°* 65, p. 69, et l'explication qu'en donne mon collègue sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion dissidente, annexe, par. 24). Aucun retard n'eût résulté d'un examen préliminaire complet de la question, le délibéré pouvant se faire en quelques séances et le délai qui eût séparé l'ordonnance de la plaidoirie sur ce point, qui fut de deux jours, n'eût guère été prolongé. Traiter le problème par ce rejet non motivé et sans l'examen adéquat est confondre la notion de préliminaire et celle de *prima facie.* Une question préliminaire est l'objet d'un examen complet et d'une décision finale; un examen *prima facie* n'est jamais approfondi, par définition, et n'est l'objet que d'une décision provisoire. Les articles 82 et 83 entraînent des décisions irrévocables, comme on le voit dans la présente affaire.

6. Le fait que la Cour n'ait pas avant tout recherché s'il y avait ou non question juridique pendante constitue un refus d'application d'une disposition formelle du Règlement sur un problème de composition de la Cour. Ce n'est pas une réponse de soutenir (par. 36 de l'avis) que, de toute manière, la décision de refus de juge *ad hoc* réservait la question de compétence de la Cour sur les points de fond; ce que l'article 82 interdit de faire, en exigeant l'examen « avant tout » du point de droit, est de fixer la composition de la Cour autrement que l'article 83 le prévoit et ce n'est qu'en tranchant le point de droit par un examen juridique et une motivation adéquate qu'il peut s'ensuivre un refus de juge *ad hoc*; non pas l'inverse.

7. La manière dont le problème a été tranché constitue donc, à mon sens, une violation du système général établi dans le Statut et le Règlement, quel que soit l'avis qu'on puisse avoir sur la notion de question juridique actuellement pendante. Mais je considère, en plus, que la présente affaire porte sur une question juridique actuellement pendante (voir par. 37-45 *infra*), ce qui aurait dû ouvrir une délibération sur la désignation d'un juge *ad hoc* — ou éventuellement de plusieurs.

L'avis affirme l'existence d'une obligation juridique à l'égard d'Etats qui n'ont jamais cessé d'affirmer que cette obligation n'existait pas. L'existence ou l'inexistence d'obligations juridiques *pour les Etats* est la question posée à la Cour; ce fut l'objet même de vives contestations dans les débats à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité, d'après le dossier de cette affaire (cf. par. 20-21 *infra*). D'après les déclarations des Etats on constate qu'il y avait opposition de vues et forte hésitation sur le droit applicable.

8. La Cour considère, dans l'avis, que la question n'est pas un différend entre des Etats ni même entre l'Organisation et un Etat. C'est une vue purement formelle des faits de la cause qui ne me paraît pas conforme aux réalités. S'il est vrai qu'un avis est donné à l'organe qui a qualité pour le demander et non pas aux Etats (*Interprétation des traités de paix, pre-*

Statute: *P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 89; see also the Advisory Opinion on the *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, 1935, P.C.I.J. Series A/B, No. 65*, p. 69, and the explanation of it given by my colleague Judge Sir Gerald Fitzmaurice in his dissenting opinion, Annex, para. 24.) A thorough preliminary examination would not have resulted in any delay, as the deliberation would only have required a few meetings and the interval separating the Order from the oral argument on that point, which was two days, would scarcely have been lengthened. To deal with the problem by a rejection not giving reasons, and without adequate examination, is to confuse the preliminary with the prima facie. A preliminary question is the subject of exhaustive treatment and final decision; a prima facie examination can never, by definition, be thoroughgoing, and can never lead but to a provisional decision. Articles 82 and 83 entail irrevocable decisions, as has been seen in the present proceedings.

6. The fact that the Court did not *avant tout* consider whether the request related to a pending legal question constitutes a refusal to apply a categorical provision of the Rules touching a problem with regard to the Court's composition. It is no reply to argue (para. 36 of the Opinion) that, in any case, the decision to refuse a judge *ad hoc* left the question of the Court's competence on the points of substance open; what Article 82 prohibits, in requiring an examination *avant tout* of the point of law, is to fix the composition of the Court otherwise than as provided by Article 83, and it is only subsequent to that point's being decided for sound reasons after a thorough legal examination that any refusal of a judge *ad hoc* may ensue—and not the reverse.

7. The manner in which the problem was decided therefore constitutes, in my judgment, a violation of the general system laid down in the Statute and Rules, whatever view one may hold of the idea of a legal question actually pending. Moreover, I consider that the present proceedings are in fact related to a legal question actually pending (see paras. 37-45 below), and this ought to have occasioned a deliberation as to the appointment of a judge *ad hoc* or, possibly, judges *ad hoc* in the plural.

The Advisory Opinion affirms the existence of a legal obligation on the part of States which have never ceased to affirm that that obligation did not exist. The existence or non-existence of legal obligations *for States* is the question put to the Court; it was even the subject of lively controversy during the discussions in the General Assembly and the Security Council, according to the documentation in the present proceedings (cf. paras. 20 et seq. below). Judging by the declarations made on behalf of States, there was a conflict of views and much hesitation as to the law applicable.

8. The Court finds in its Opinion that the question is not a dispute between States, nor even one between the Organization and a State. That is a purely formal view of the facts of the case which does not, to my mind, correspond to realities. While it is true that an advisory opinion is given to the organ entitled to request it, and not to States (*Interpretation of*

mière phase, C.I.J. Recueil 1950, p. 71), la présente demande d'avis a été rédigée de telle manière qu'on demandait un avis sur « les conséquences juridiques pour les Etats » et dans la réponse qu'elle apporte la Cour n'a pas cherché à modifier cette formule, malgré son ambiguïté par rapport à la règle indiquée par la Cour dans l'avis ci-dessus rappelé. Le déroulement du débat oral devant la Cour comme le texte de l'avis de la Cour placent l'Afrique du Sud dans la position de défendeur d'une manière difficile à distinguer d'une procédure contentieuse. (Voir par. 133, sous-par. 1, et les par. 118 et 129 rédigés comme des prononcés judiciaires en forme de décision.)

9. La Cour a dit dans son arrêt du 21 décembre 1962:

> « La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 328.)

Il suffit de mettre, à la place de « différend », « question juridique actuellement pendante » pour établir que la Cour avait l'obligation d'approfondir la question au-delà de la seule affirmation que les questions litigieuses mettent bien en cause des Etats mais qu'il s'agit comme dans les avis de 1950, 1955 et 1956, de divergences de vues sur des points de droit, comme dans presque toutes les procédures consultatives (par. 34).

10. Plutôt que des généralisations, il faut appliquer à la présente affaire le critère adopté par la Cour en 1950 lorsqu'elle a déclaré que l'application des dispositions du Statut relatives à la procédure contentieuse à une procédure consultative « dépend des circonstances particulières à chaque espèce et que la Cour possède à cet égard un large pouvoir d'appréciation » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72).

Quelles sont donc les circonstances particulières de l'espèce qui auraient pu déterminer la Cour à exercer ce « large pouvoir d'appréciation »? La demande d'avis porte sur un problème de fond sur lequel s'opposent l'Afrique du Sud et d'autres Etats; le fait que, parmi ces autres Etats, il y ait des nuances sur certains points est sans pertinence, la question juridique fondamentale pour tous, sans exception, étant la révocation du mandat, opposée en tant que décision obligatoire à l'Afrique du Sud par certains Etats, objet d'hésitations et de doutes pour d'autres; le but de la demande d'avis est de faire connaître à la communauté internationale quelle est la situation juridique actuelle du territoire de la Namibie (Sud-Ouest africain), donc de déterminer le contenu d'un certain statut international. C'est une autre façon de poser à nouveau la question portée devant la Cour en 1950: « Quel est le statut international du territoire? » Telle aurait pu être la demande, en précisant « après la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ».

Or toute réponse qui donne connaissance — aux Etats — de l'étendue de leurs obligations à la suite de la résolution 2145 (XXI) règle non seulement l'opposition de vues qui existe entre le titulaire du mandat

Peace Treaties, First Phase, I.C.J. Reports 1950, p. 71), the present request has been so framed as to seek an opinion on "the legal consequences for States", a formulation which the Court in its reply has not sought to modify despite its ambiguity in relation to the rule stressed by the Court in *Interpretation of Peace Treaties*. The course taken by the oral proceedings before the Court, as also the text of the Court's present Opinion, have placed South Africa in the position of respondent in a manner difficult to distinguish from contentious proceedings. (See paras. 133, 118 and 129, which are framed like judicial pronouncements in the form of decisions.)

9. The Court observed in its Judgment of 21 December 1962:

> "A mere assertion is not sufficient to prove the existence of a dispute any more than a mere denial of the existence of the dispute proves its non-existence" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 328).

One need only substitute "legal question actually pending" for "dispute" to establish that the Court had an obligation to treat the matter in depth and take it beyond the mere assertion that, while questions did lie in dispute between States, this represented, as in the case of the 1950, 1955 and 1956 Opinions, a divergence of views on points of law, as in nearly all advisory proceedings (para. 34).

10. Rather than generalizations, it is necessary to apply to the present proceedings the test adopted by the Court in 1950, when it stated that the application of the provisions of the Statute which apply in contentious cases "depends on the particular circumstances of each case and that the Court possesses a large amount of discretion in the matter" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 72).

What then are the particular circumstances of the case which might have led the Court to exercise that "large amount of discretion"? The request for an advisory opinion relates to a substantive problem over which South Africa and other States are opposed; the existence of slight divergences of view on some points among those other States is immaterial, the basic legal question for all of them without exception being that of the revocation of the Mandate with which, as a binding decision, certain States confront South Africa, but which gives rise to doubts and hesitations on the part of others; the purpose of the Advisory Opinion is to apprise the international community of the present legal position of the Territory of Namibia (South West Africa), and thus to determine the purport of a certain international status. It is another way of putting afresh the question laid before the Court in 1950: "What is the international status of the territory?" That, with the addition of "since General Assembly resolution 2145 (XXI)", could in fact have been the request.

However, any reply purporting to apprise *States* of the extent of their obligations subsequent to resolution 2145 (XXI) must connote not only the disposal of the conflict of views between the holder of the revoked

révoqué et les Etats qui ont provoqué, puis prononcé cette révocation, mais elle tend à imposer certaine conduite à tous les Etats.

11. Il ne suffit pas que le problème soit qualifié de « situation » pour que les difficultés cessent. Comme la Cour l'a dit pour le différend, « la simple affirmation ne suffit pas ». En droit, la qualification « situation » par le Conseil de sécurité est sans effet pour la Cour. Sans contester que l'affaire de la Namibie soit et demeure pour le Conseil de sécurité une situation, la Cour devait rechercher, pour décider de sa propre compétence si, en dehors de ce qu'en a pensé le Conseil de sécurité, la demande d'avis du 29 juillet 1970 porte sur une question juridique actuellement pendante entre Etats, ou non, au sens du Règlement de la Cour (ce que la Cour avait fait dans son avis sur l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, C.I.J. Recueil 1950*, p. 72-74). Toute autre thèse ferait des organes politiques des Nations Unies l'interprète, sans appel, du Règlement de la Cour.

12. La Cour était en présence d'une question juridique, à forte configuration politique, ce qui est fréquent mais ne suffit pas pour écarter l'argument que le débat est fondamentalement juridique. L'objet du différend est l'opposition de vues entre les Etats qui, par les procédures ouvertes aux Nations Unies, ont poursuivi et ont obtenu la révocation du mandat de l'Afrique du Sud sur le territoire du Sud-Ouest africain, d'une part, et l'Afrique du Sud, d'autre part, qui s'oppose à cette révocation et aux effets qu'elle pourrait avoir. La manière dont la demande d'avis a été formulée ajoute à cette question fondamentale celle des effets pour tous les Etats, c'est-à-dire même pour des Etats qui n'ont pas pris une part active au développement de l'action au sein des Nations Unies; mais il s'agit là de conséquences, comme le dit la demande, non de la question juridique essentielle. Ceci apparaît de manière frappante dans la procédure écrite et orale où le Gouvernement sud-africain a agi en défendeur, répondant à des demandes et à de véritables conclusions présentées par d'autres gouvernements (à l'exception de l'exposé écrit du Gouvernement français qui s'apparente à une intervention d'*amicus curiae*).

13. Il existe une « opposition de thèses juridiques et d'intérêts entre le défendeur et les autres Membres des Nations Unies... » disait la Cour en 1962 (affaires du *Sud-Ouest africain*, arrêt du 21 décembre 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 345) et cette constatation n'est pas modifiée dans l'arrêt de 1966 qui n'a pas rejeté les requêtes par le motif qu'il n'y aurait pas de différend, mais uniquement sur la question de l'intérêt juridique des demandeurs en matière de dispositions du mandat « relatives à la gestion ». Il est donc impossible d'en déduire un refus de la Cour de se prononcer en aucun cas sur des violations du mandat (on pourrait, au contraire, remarquer l'allusion faite dans l'arrêt de 1966, paragraphes 11 et 12, à l'article 5 du mandat pour le Sud-Ouest africain et au droit pour chaque Etat Membre de la Société des Nations d'agir pour en obtenir le respect,

Mandate and the States which instigated and eventually pronounced the revocation, but also the imposition on all States of a certain line of conduct.

11. It is not enough to describe the problem as a "situation" for the difficulties to cease. As the Court said in respect of disputes, "a mere assertion is not sufficient". From the viewpoint of law the description "situation" used by the Security Council has no effect so far as the Court is concerned. Without denying that the Namibia affair is and remains for the Security Council a situation, the Court, in order to determine its own competence, had to enquire whether, quite apart from what the Security Council may have thought, the request of 29 July 1970 did or did not relate to a legal question actually pending between States, within the meaning of the Rules of Court (as the Court did in its Opinion on the *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, I.C.J. Reports 1950,* pp. 72-74). Any other view would confer on the political organs of the United Nations the right to interpret, subject to no appeal, the Rules of Court.

12. The Court was faced with a legal question with pronounced political features, which is often the case, but which is not enough to overrule the argument that the issue is, at bottom, a legal one. The subject of the dispute is the conflict of views between, on the one hand, those States which, through the procedures available to the United Nations, have sought and procured the revocation of South Africa's Mandate for the Territory of South West Africa and, on the other hand, South Africa, which attacks that revocation and such effects as it might have. The way in which the request was framed adds to this basic question that of the effects for all States, that is to say even for States which have not taken any active part in the development of the action proceeded with in the United Nations; but this relates to consequences, as the request itself says, and not to the essential legal question. All this emerges strikingly from the written and oral proceedings, in which the Government of South Africa behaved like a respondent, replying to veritable claims and submissions presented by other Governments (with the exception of the French Government, whose written statement is more in the nature of an intervention by an *amicus curiae*).

13. There is, said the Court in 1962, a "conflict of legal views and interests—between the respondent on the one hand, and the other Members of the United Nations . . . on the other hand" (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962,* p. 345); and this observation was not modified in the Judgment of 1966, which dismissed the Applications not on the ground that there was no dispute, but solely in regard to the question whether the Applicants had a legal interest in the carrying-out of the "conduct" clauses of the Mandate. It is therefore impossible to deduce therefrom any refusal on the part of the Court to pronounce in any circumstances on whether there had been breaches of the Mandate (on the contrary, one might note the allusion in paras. 11 and 12 of the 1966 Judgment to Article 5 of the

ce qui reconnaît un intérêt juridique à prouver certaines violations du mandat). L'avis répond, comme cela est montré par son contenu, au souci exprimé, dans les débats au Conseil de sécurité précédant la demande d'avis, de prouver que le mandat a été légalement révoqué, c'est-à-dire, selon l'avis, une question juridique remontant aux origines du mandat, apparue en tout cas devant la Cour dès 1950 comme nous le verrons plus loin (*infra*, par. 25).

La Cour aurait pu être encouragée à admettre l'existence d'un véritable différend entre Etats par la constatation que l'Assemblée générale elle-même s'est prononcée dans sa résolution 1565 (XV) du 18 décembre 1960 sur « le différend qui oppose *l'Ethiopie, le Libéria et d'autres Etats Membres à l'Union sud-africaine* » (c'est moi qui souligne). Ne suffit-il pas en reprenant cette constatation de se demander, selon la formule de la Cour dans l'avis du 30 mars 1950 sur l'*Interprétation des traités de paix*, si la position juridique des Parties « ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 72)? Dans le même sens, M. Koretsky disait dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, à bien des égards comparable, que c'était « une espèce d'arrêt, comme si [la Cour] était saisie d'un cas concret » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 254).

14. Le fait qu'un organe politique des Nations Unies se saisit d'une situation ne peut avoir pour effet juridique la disparition d'un différend entre deux ou plusieurs Etats intéressés au maintien ou à la modification de la situation. Ce sont deux plans différents et parallèles; l'un est la manifestation d'un intérêt politiques des Nations Unies à faciliter le règlement d'une situation d'intérêt général pour la communauté des Etats, l'autre est la constatation de l'existence entre certains Etats d'intérêts juridiques opposés qui leur donnent une place particulière dans l'appréciation de la situation d'intérêt général. Naturellement le fait qu'il y ait une opposition de vues juridiques ne dessaisit jamais le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale des droits qu'ils tiennent de la Charte de prendre en considération la situation telle qu'elle se présente. Mais, de la même manière, il est impossible d'admettre que la seule évocation d'une situation générale par les organes politiques des Nations Unies fasse disparaître l'élément-différend entre Etats, s'il en existe un à la base de cette situation générale, alors précisément que ce cas est prévu par le Règlement de la Cour. C'est pourquoi, dans chaque cas, se pose la question de savoir si l'on est en présence ou non d'un véritable différend. Sinon l'article 82 et l'article 83 du Règlement sont dépourvus de sens, alors que leur but est d'assurer les Etats que, si un avis est demandé à propos d'une question juridique les opposant, ils bénéficieront du droit de

Mandate for South West Africa and to the right of every League member to take action to secure its observance, which connotes recognition of a legal interest in the proving of certain breaches of the Mandate). The Advisory Opinion, as is apparent from its contents, meets the concern, expressed during the discussions in the Security Council preceding its request, for proof that the Mandate was lawfully revoked; and this, by the Opinion's own admission, comprises a legal question rooted in the very origins of the Mandate, one which at all events, as we shall see below (para. 25), made its appearance before the Court as long ago as 1950.

The Court might perhaps have been encouraged to admit the existence of a genuine dispute between States if it had taken note of the fact that the General Assembly itself, in its resolution 1565 (XV) of 18 December 1960, made a pronouncement on "the dispute which has arisen between *Ethiopia, Liberia and other member States, on the one hand, and the Union of South Africa on the other*" (my emphasis). Need one do more than recall this fact and raise the question as to whether, in the words of the Court's Advisory Opinion of 30 March 1950 on the *Interpretation of Peace Treaties*, "the legal position of the parties . . . cannot be in any way compromised by the answers that the Court may give to the question put to it" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 72)? Judge Koretsky had a similar point in mind when, in what was in many respects a comparable case, he observed that the Court, in its Advisory Opinion, would be giving "some kind of judgment as if it had before it a concrete case" (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, dissenting opinion, *I.C.J. Reports 1962*, p. 254).

14. The fact that a political organ of the United Nations places a situation on its agenda cannot have the legal effect of the disappearance of a dispute between two or more States interested in the maintenance or modification of the situation. These are two different and parallel planes; one is the manifestation of the United Nations' political interest in facilitating settlement of a situation of general concern for the community of States, the other is the determination of the existence as between certain States of opposed legal interests which give them a special position in the appraisal of the situation of general concern. Naturally, the fact that there is a divergence of views on the law does not rob the Security Council or the General Assembly of the rights they derive from the Charter to consider the situation as it presents itself. But in the same way it is impossible to admit that the mere calling-in of a general situation by the political organs of the United Nations could bring about the disappearance of the element of a dispute between States if there exists such an element underlying the general situation, when such a case is in fact provided for in the Rules of Court. This is why, in each case, the question arises of whether one is or is not confronted with what is really a dispute. Articles 82 and 83 of the Rules of Court would otherwise have no meaning, whereas their purpose is to reassure States that, if an advisory opinion be requested in relation to a legal question over which they are divided,

présenter leurs vues dans les mêmes conditions et avec les mêmes garanties que dans une procédure contentieuse, notamment quant à la composition de la Cour.

15. En conclusion sur ce point, dire comme le fait l'avis, qu'il n'y a pas de différend et que l'application des articles 82 et 83 du Règlement ne se pose pas, c'est supposer que la Cour a pu résoudre, dès le premier jour du procès, la question de fond, c'est-à-dire l'existence de la compétence des Nations Unies pour révoquer le mandat, en tant qu'organisation internationale. Or, le moins qu'on ait pu dire, le jour de l'ordonnance du 29 janvier 1971, avant tout débat et délibéré sur le fond, est que cela était encore un point à établir. C'est une question si importante pour toute la suite de l'examen de l'affaire que la Cour devait la trancher « avant tout », ce qu'elle n'a pas fait. L'argument selon lequel ce serait l'ordonnance du 29 janvier 1971 qui a établi qu'il n'y avait pas de question juridique pendante entre l'Afrique du Sud et d'autres Etats mais simplement un avis à donner à un organe politique sur les conséquences et les incidences de ses décisions revient à dire que, avant tout débat oral sur le fond, la Cour a pu judiciairement décider le problème de fond sur lequel la demande d'avis porte. Refuser le juge *ad hoc* demandé par l'Afrique du Sud avant d'avoir élucidé cette question de fond c'était irrémédiablement préjuger celle-ci. Les questions d'existence, de consistance d'un différend, de parties intéressées, tout a été résolu *in limine litis* par le seul effet du rejet de la demande de juge *ad hoc*, car il était désormais impossible de revenir en arrière et de modifier ce refus, même dans l'hypothèse où l'examen du fond aurait amené la Cour à conclure qu'il y avait bien une question juridique pendante entre plusieurs Etats. Le fait que la Cour ait confirmé la décision de refus de juge *ad hoc* dans l'étude du fond ne la relève pas du grief de ne pas avoir étudié le point de droit « avant tout ».

16. J'ajouterai que, même si la Cour n'avait pas admis, après examen préliminaire et complet du point de droit, que l'article 83 lui faisait obligation d'accepter la demande de désignation de juge *ad hoc*, l'article 68 du Statut lui en laissait la faculté et je me réfère à la déclaration de mes collègues M. Onyeama et M. Dillard à ce sujet sur l'ordonnance du 29 janvier 1971. Lorsqu'il s'agit de décider si un Etat a légalement été déchu d'un titre juridique et de déterminer les conséquences juridiques de cette révocation, la Cour a intérêt à appliquer la disposition de son Statut qui prévoit le rapprochement de la procédure consultative et de la procédure contentieuse. La thèse soutenue au paragraphe 39 de l'avis selon laquelle la seule hypothèse où la Cour peut accepter un juge *ad hoc* dans une procédure consultative est celle de l'article 83 du Règlement ne me semble pas acceptable (cf. l'argumentation de sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, annexe, par. *25*, et de M. Onyeama, opinion individuelle).

they will enjoy the right to present their views in the same way and with the same safeguards as in contentious procedure, more particularly where the composition of the Court is concerned.

15. To conclude in regard to this point, to say, as the Opinion does, that there is no dispute, and that the question of the application of Articles 82 and 83 of the Rules does not arise, is to suppose that the Court was, on the very first day of the proceedings, able to resolve the substantive question, namely the existence of a power in the United Nations, as an international organization, to revoke the Mandate. But on the day the Order of 29 January 1971 was made, before any discussion or deliberation of the substantive issues, the least that can be said is that this was still a point which remained to be proved. This is a question which was so important for all the subsequent examination of the case that the Court ought to have resolved it "*avant tout*", but this it failed to do. The argument that it was the Order of 29 January 1971 which established that there was no legal question pending between South Africa and other States, but merely an opinion to be given to a political organ on the consequences and repercussions of its decisions, is equivalent to an assertion that, before any oral proceedings on the substance of the case, the Court could have judicially decided the substantive problem to which the request for an advisory opinion related. To refuse the judge *ad hoc* applied for by South Africa before settling this basic question was to prejudge it irremediably. The questions whether a dispute existed, what it consisted of and who the parties might be were all disposed of *in limine litis* by the mere effect of the dismissal of the application for a judge *ad hoc*, for it was thereafter impossible to go back and modify that refusal, even if the examination of the substantive issues had eventually led the Court to conclude that there was in fact a legal question pending between States. The fact that the Court has confirmed the decision to refuse a judge *ad hoc* in its consideration of the substance does not exonerate it from the charge of having failed to consider the point of law "*avant tout*".

16. I would add that, even if the Court, after thorough preliminary examination of the point of law, had decided that Article 83 did not oblige it to accept the application for the appointment of a judge *ad hoc*, Article 68 of the Statute left it the power to do so, and on this point I would refer to the declaration of my colleagues Judges Onyeama and Dillard appended to the Order of 29 January 1971. When it is a matter of deciding whether a legal title has lawfully been withdrawn from a State and determining the legal consequences of that revocation, it is in the compelling interest of the Court that it should apply that clause of its Statute which provides for the closer approximation of advisory to contentious procedure. I am unable to accept the contention in paragraph 39 of the Opinion, to the effect that the circumstances contemplated in Article 83 of the Rules are the only ones in which the Court may agree to the appointment of a judge *ad hoc* in advisory proceedings (cf. the reasoning of Judge Sir Gerald Fitzmaurice in paragraph 25 of the Annex

17. Les deux décisions de la Cour concernant sa composition affectent la règle, constamment suivie, selon laquelle la Cour, lorsqu'elle donne un avis, exerce une fonction judiciaire (*Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, C.I.J. Recueil 1960*, p. 153: « en tant que corps judiciaire, la Cour doit dans l'exercice de sa fonction consultative rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire »; formule reprise dans l'affaire du *Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, p. 30). Il est certain en effet que, si les arrêts et les avis constituent deux formes de décision pour la Cour, ils sont toujours l'expression de la conviction du juge sur des règles de droit international. Il n'y a pas deux façons de dire le droit. Pour les motifs exposés dans les paragraphes précédents, les ordonnances du 26 janvier 1971 n° 3 et du 29 janvier 1971 ne me paraissent pas remplir les exigences d'une bonne administration de la justice que les dispositions statutaires et réglementaires ont pour but d'assurer.

* * *

18. Un autre revirement de jurisprudence de la Cour est notable dans la manière dont la Cour hésite à examiner la légalité de l'acte juridique qui a provoqué la question sur laquelle il lui est demandé de se prononcer, à savoir la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale. Dans les paragraphes 88 et 89 de l'avis, la Cour déclare que la demande d'avis ne porte pas sur la validité de la résolution 2145 (XXI) ou des résolutions du Conseil de sécurité, ni sur leur conformité avec la Charte. Ce n'était pas l'habitude de la Cour de tenir pour acquises les prémisses d'une situation juridique dont on lui demandait de dire les conséquences; dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a déclaré:

> « Le rejet de l'amendement français ne constitue pas une injonction pour la Cour d'avoir à écarter l'examen de la question de savoir si certaines dépenses ont été « décidées conformément aux dispositions de la Charte », si la Cour croit opportun de l'aborder. On ne doit pas supposer que l'Assemblée générale ait ainsi entendu lier ou gêner la Cour dans l'exercice de ses fonctions judiciaires; la Cour doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 157.)

La situation est semblable dans les deux affaires; dans *Certaines dépenses des Nations Unies*, comme dans l'affaire actuelle, on s'était demandé s'il convenait de préciser que la Cour devait examiner l'ensemble de la situation juridique et notamment la validité d'actes de l'Assemblée générale.

to his dissenting opinion, and that of Judge Onyeama in his separate opinion).

17. The two decisions of the Court concerning its composition affect the constantly followed rule that the Court, when it gives an advisory opinion, is exercising a judicial function (*Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1960*, p. 153: "The Court as a judicial body is . . . bound in the exercise of its advisory function to remain faithful to the requirements of its judicial character"; a formula reiterated in *Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963*, p. 30). For it is certain that while advisory judgments and advisory opinions are for the Court two different forms of decision, they are always the expression of its confirmed view as a tribunal on rules of international law. There are no two ways of declaring the law. For the reasons I have set down in the foregoing paragraphs, Order No. 3 of 26 January 1971 and the Order of 29 January 1971 do not appear to me to satisfy the requirements of that good administration of justice which it is the purpose of the Statute and Rules to secure.

* * *

18. Another deviation from the line of the Court's case-law is to be observed in the way in which the Court has hesitated to examine the lawfulness of the legal step which gave rise to the question upon which the Court is asked to pronounce, i.e., General Assembly resolution 2145 (XXI). In paragraphs 88 and 89 of the Opinion the Court declares that the question of the validity or the conformity with the Charter of resolution 2145 (XXI), or of the Security Council resolutions, did not form the subject of the request for advisory opinion. It used not to be the Court's habit to take for granted the premises of a legal situation the consequences of which it has been asked to state; in the case concerning *Certain Expenses of the United Nations* it declared that:

> "The rejection of the French amendment does not constitute a directive to the Court to exclude from its consideration the question whether certain expenditure were 'decided on in conformity with the Charter', if the Court found such consideration appropriate. It is not assumed that the General Assembly would seek to hamper or fetter the Court in the discharge of its judicial functions; the Court must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 157.)

The situation in the two cases is parallel; in *Certain Expenses of the United Nations*, as in the present case, there was some question as to the desirability of stating that the Court should examine the whole of the legal situation and in particular the validity of the acts of the General

Mais, à la différence de l'affaire actuelle, et bien que la thèse de l'examen le plus large ait été rejetée par l'Assemblée générale avec un amendement français présenté à cet effet, la Cour avait alors estimé de sa compétence et de son devoir de faire cet examen, pour remplir pleinement sa tâche de juge. Comment, en effet, un juge peut-il déduire une obligation d'une situation quelconque sans avoir d'abord éclairci la question de la légalité des origines de cette situation? Entre le prononcé de la Cour en 1962 et le présent avis il y a changement d'attitude.

19. Dans la présente affaire où la Cour a fondé son avis sur une interprétation des articles 24 et 25 de la Charte sur les pouvoirs du Conseil de sécurité aussi bien que sur une interprétation de la nature juridique des pouvoirs de l'Assemblée générale, il eût semblé particulièrement opportun d'exercer sans ambiguïté le pouvoir de la Cour d'interpréter la Charte que l'Assemblée générale elle-même lui a formellement reconnu dans la résolution 171 (II) du 14 novembre 1947. Cette résolution recommande le renvoi à la Cour des points de droit «relatifs à l'interprétation de la Charte».

20. Je dois donc indiquer brièvement les raisons pour lesquelles je suis en désaccord avec la Cour en ce qui concerne la nature juridique de la résolution 2145 (XXI) et ses effets.

C'est le contenu de la résolution 2145 (XXI) qui détermine la portée de cet acte; il comporte divers énoncés:

a) sur le droit du peuple du Sud-Ouest africain à la liberté et à l'indépendance, fondé sur la Charte, la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale et ses résolutions antérieures concernant le territoire (par. 1 et 7 du préambule, par. 1 de la résolution 2145 (XXI));

b) sur le rappel des obligations du mandat et des pouvoirs de contrôle des Nations Unies, en tant que successeur de la SdN (par. 2 du préambule, par. 2 de la résolution);

c) sur l'administration du territoire considérée comme contraire au mandat, à la Charte et à la Déclaration des droits de l'homme (par. 5 du préambule, par. 3 de la résolution);

d) sur la condamnation de l'*apartheid* et de la discrimination raciale comme crime contre l'humanité (par. 6 du préambule);

e) sur le droit de reprendre l'administration du territoire sous mandat (par. 11 du préambule, par. 4, 5, 6 et 7 de la résolution).

21. Il est important également de rappeler que la quasi-unanimité invoquée fréquemment comme un argument en faveur de certains effets juridiques à reconnaître à la résolution 2145 (XXI) recouvre de sérieuses divergences de vues.

Assembly. But, unlike what has occurred in the present case, and although the General Assembly eschewed placing the Court's terms of reference on the broadest basis when it rejected the amendment of France submitted for that purpose, the Court nevertheless, on that occasion, found that it had competence and was bound to conduct that thorough examination in order to acquit itself fully of its judicative task. How indeed can a court deduce any obligation from a given situation without first having tested the lawfulness of the origins of that situation? Between the Court's decision in 1962 and the present Opinion a change of attitude is manifest.

19. In the present case, in which the Court has based its Opinion on an interpretation of Articles 24 and 25 of the Charter as to the powers of the Security Council, and on an interpretation of the legal nature of the powers of the General Assembly, it would have seemed particularly appropriate to have exercised unambiguously the Court's power to interpret the Charter, which the General Assembly itself, in resolution 171 (II) of 14 November 1947, formally recognized that it possesses. That resolution recommends the reference to the Court of points of law "relating to the interpretation of the Charter".

20. I must therefore briefly indicate the reasons why I disagree with the Court with regard to the legal nature of resolution 2145 (XXI) and its effects.

It is the content of resolution 2145 (XXI) which determines the scope of that decision; it contains various declarations:

(a) as to the right of the peoples of South West Africa to freedom and independence, based on the Charter, General Assembly resolution 1514 (XV), and its previous resolutions concerning the Territory (first and seventh paragraphs of the preamble, para. 1 of resolution 2145 (XXI));

(b) recalling the obligations under the Mandate and the supervisory powers of the United Nations as the successor to the League of Nations (second paragraph of preamble, para. 2 of the resolution);

(c) as to the administration of the Territory in a manner regarded as contrary to the Mandate, the Charter, and the Universal Declaration of Human Rights (fifth paragraph of preamble, para. 3 of resolution);

(d) as to condemnation of *apartheid* and racial discrimination as constituting a crime against humanity (sixth paragraph of preamble);

(e) as to the right to take over the administration of the mandated territory (eleventh paragraph of preamble; paras. 4, 5, 6 and 7 of resolution).

21. It is also important to recall that underneath the quasi-unanimity which is often urged in favour of resolution 2145 (XXI) having certain legal effects there lie serious differences of view.

a) L'URSS et neuf autres Etats (Albanie, Biélorussie, Cuba, Hongrie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Ukraine, Yougoslavie) ont exprimé des réserves (voir second exposé écrit du Secrétaire général, par. 30-39) sur la constitution d'un organisme des Nations Unies pour administrer le territoire de la Namibie, qui est l'un des objets essentiels de la résolution 2145 (XXI) (cf. dernier par. du préambule et par. 4 et 5 de la résolution).

b) L'Australie et le Japon ont fait état des problèmes juridiques complexes en cause et rappelé la nécessité pour l'Assemblée générale de « s'en tenir strictement aux limites que lui tracent la Charte et le droit international » (même exposé écrit, par. 49 pour l'Australie et par. 57 pour le Japon).

c) Le Canada a dit que « l'Assemblée générale n'était pas appelée à trancher sur le plan juridique la question de savoir si, d'une façon ou d'une autre, le Gouvernement sud-africain avait failli aux obligations découlant du mandat... » (*eod. loc.*, par. 50), alors que, on l'a vu au paragraphe 20 ci-dessus, les paragraphes 5 et 6 du préambule et le paragraphe 3 de la résolution se prononcent formellement sur ce sujet.

d) La Belgique a expliqué que « l'adhésion de la délégation belge [à la résolution 2145 (XXI)] n'impliquait pas pour autant qu'elle l'approuvait sans nuances ni réserves ». La délégation belge eût préféré que « le point de droit relatif à la compétence de l'Assemblée générale eût été clarifié avec toute la précision souhaitable » (*eod. loc.*, par. 40).

Le Brésil a de même déclaré que la décision de révocation du mandat et de prise d'une responsabilité directe des Nations Unies pour le territoire « reposerait sur des bases juridiques contestables » et il a « exprimé un certain nombre de réserves ». Par exemple: « l'Assemblée générale n'avait pas le droit de décider de révoquer le Mandat » (*eod. loc.*, par. 60).

e) L'Italie et les Pays-Bas ont formellement réservé leur position sur le paragraphe 4 concernant ce point essentiel de la résolution 2145 (XXI) qu'est la prise de responsabilité directe de l'ONU en Namibie (*eod. loc.*, par. 45 et 46). La Nouvelle-Zélande a réservé sa position sur les modalités d'exécution.

f) Israël a estimé que « l'aspect politique de la question du Sud-Ouest africain l'emportait sur les éventuels problèmes juridiques et que le respect le plus scrupuleux des subtilités juridiques pouvait en l'occurrence céder le pas à la sagesse politique de la majorité de l'Assemblée générale » (*eod. loc.*, par. 51).

g) On sait que deux Etats ont voté contre la résolution 2145 (XXI) et que trois se sont abstenus en manifestant dans chaque cas leurs réserves formelles.

(a) The Soviet Union and nine other States (Albania, Byelorussia, Cuba, Czechoslovakia, Hungary, Poland, Romania, Ukraine, Yugoslavia) expressed reservations (see Secretary-General's second written statement, paras. 30 to 39) with regard to the setting-up of a United Nations organism for the administration of the Territory of Namibia, which is one of the essential objects of resolution 2145 (XXI) (cf. last paragraph of preamble and paras. 4 and 5 of the resolution).

(b) Australia and Japan drew attention to the complexity of the legal problems involved and reminded the General Assembly that it "must keep strictly within the framework of the Charter and of international law" (*ibid.*, Australia: para. 49; Japan: para. 57).

(c) Canada said that "the General Assembly was not called upon to make a juridical judgment as to whether in one respect or another the government in charge of the Mandate had been delinquent in carrying out the Mandate entrusted to it . . ." (*ibid.*, para. 50), whereas, as we have seen in paragraph 20 above, the fifth and sixth paragraphs of the preamble and paragraph 3 of the resolution make formal declarations on that subject.

(d) The representative of Belgium explained "that his delegation's support of the text [resolution 2145 (XXI)] for which he had voted did not, in any way, imply that the delegation approved it without doubts or reservations. His delegation would have preferred the point of law of the General Assembly's competence to be clarified as fully as possible" (*ibid.*, para. 40).

In the same way, Brazil declared that the decision for the Mandate to be revoked and the United Nations to take over direct responsibility for the Territory "would be based on doubtful juridical grounds" and "expressed a series of reservations". For example: "it was not . . . legitimate for the General Assembly to decide to revoke the Mandate" (*ibid.*, para. 60).

(e) Italy and the Netherlands formally reserved their position with regard to paragraph 4, concerning an essential point of resolution 2145 (XXI): the assumption by the United Nations of direct responsibility for Namibia (*ibid.*, paras. 45 et seq.). New Zealand reserved its position with regard to the methods of implementation.

(f) Israel considered "that the political aspect of the question of South West Africa outweighed the possible legal problems, and that even the most scrupulous concern for legal niceties might at this juncture cede its place to the political wisdom of the majority of the General Assembly" (*ibid.*, para. 51).

(g) It will be recalled that two States voted against resolution 2145 (XXI) and that three abstained, while all indicating definite reservations.

22. Ainsi, ce sont vingt-quatre Etats qui, d'une manière ou d'une autre, ont formulé opposition, réserve ou doute. Le fait que dix-neuf de ces Etats aient voté pour la résolution 2145 (XXI) n'enlève rien à la portée de leurs observations et réserves faites sur ce texte car, en le votant, ces Etats ne les retiraient pas; leur vote avait donc la signification d'une acceptation d'une solution politique dont certains caractères demeuraient, pour chacun d'eux, l'objet des opinions exprimées. Ce n'est donc pas dans une quasi-unanimité d'intentions que la résolution 2145 (XXI) fut votée, mais à une très forte majorité, visiblement dominée par le sentiment qu'on ne faisait pas du droit.

Le Secrétaire général a exposé à la Cour que la notion de réserve était inapplicable au vote des actes des organes des Nations Unies (audience du 8 mars 1971). Comme l'avis ne s'est pas prononcé sur ce point, il suffira de rappeler que la pratique est constante et qu'elle a été rendue nécessaire par la nécessité pour des Etats qui veulent se désolidariser d'une certaine action de manifester clairement leur attitude (sur l'utilité et le sens de ces réserves, voir l'opinion de M. Koretsky dans *Certaines dépenses des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1962*, p. 279). Le refus de cette pratique et de ses effets aurait pour conséquence de présenter les organes politiques des Nations Unies comme des organes de décision, semblables à ceux d'un Etat ou d'un super-Etat, ce que les Nations Unies ne sont pas, comme la Cour l'a déclaré dans une formule souvent citée. Si, en effet, une minorité d'Etats qui ne sont pas d'accord avec un acte proposé devaient être liés, quels que soient leur vote et leurs réserves, l'Assemblée générale serait un parlement fédéral. Quant au Conseil de sécurité, l'affirmation de l'inexistence du droit de réserve ou d'abstention serait, pour les membres permanents, un simple encouragement à l'exercice du veto. Toute la souplesse permise par l'énoncé de réserves et par l'abstention serait retirée dans la vie quotidienne des Nations Unies, comme le disait M. Koretsky:

> « L'abstention au cours du vote de résolutions relatives à telles ou telles mesures proposées par l'Organisation doit plutôt être considérée comme l'expression d'un désir de ne pas participer à l'exécution de ces mesures (ni éventuellement à leur financement) en même temps que de ne pas empêcher leur mise en œuvre par ceux qui ont voté pour. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 279.)

23. La résolution 2145 (XXI) est une recommandation de l'Assemblée générale concernant un territoire sous mandat. Sauf exception, les recommandations n'ont pas de force obligatoire à l'égard des Etats Membres de l'Organisation. C'est donc, soit dans le droit des mandats, soit dans la Charte qu'il faut découvrir la justification de l'exception.

24. Reprenons en premier lieu la question de la révocation dans

22. Thus there were 24 States which, in one way or another, expressed opposition, reservations or doubt. The fact that 19 of these States voted for resolution 2145 (XXI) does not in any way diminish the effect of the observations and reservations they made upon the text, for in voting for it the States in question did not withdraw them; thus their votes signified acceptance of a political solution of which some features remained, for each of them, the subject of the opinions expressed. Resolution 2145 (XXI), therefore, was not voted with quasi-unanimity of intention; it was voted by a large majority, clearly under the strong impression that law was not being made.

It was argued before the Court on behalf of the Secretary-General that the concept of reservations was not applicable to the voting of decisions in organs of the United Nations (hearing of 8 March 1971). As the Opinion makes no pronouncement on that point, suffice it to recall that the practice is a constant one, necessitated through the need to provide States wishing to dissociate themselves from a course of action with a means of making their attitude manifest (on the usefulness and meaning of such reservations, see the opinion of Judge Koretsky in *Certain Expenses of the United Nations, I.C.J. Reports 1962*, p. 279). The consequence of the rejection of this practice and its effects would be to treat the political organs of the United Nations as organs of decision similar to those of a State or of a super-State, which, as the Court once declared in an oft-quoted phrase, is what the United Nations is not. For if a minority of States which are not in agreement with a proposed decision are to be bound, however they vote, and whatever their reservations may be, the General Assembly would be a federal parliament. As for the Security Council, to affirm the non-existence of the rights of making reservations and of abstention would, for the permanent members, be a simple encouragement to use the veto. The everyday operation of the United Nations would be deprived of all the flexibility made possible by statements of reservation and by abstention; as Judge Koretsky put it:

> "Abstention from the vote on the resolutions on these or those measures proposed by the Organization should rather be considered as an expression of unwillingness to participate in these measures (and eventually in their financing as well) and as unwillingness to hamper the implementation of those measures by those who voted 'in favour' of them." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 279.)

23. Resolution 2145 (XXI) is a recommendation of the General Assembly concerning a mandated territory. With certain exceptions, recommendations have no binding force on member States of the Organization. It is therefore either in the law of mandates or in the Charter that justification for an exception must be discovered.

24. First, let us re-examine the question of revocation under the man-

le système des mandats tel qu'il fut établi à l'origine. Le statut international du territoire sous mandat a été défini par l'avis de la Cour en 1950 et «il est conforme aux principes d'une saine interprétation que la Cour protège la mise en œuvre de son avis du 11 juillet 1950, non seulement dans ses clauses individuelles mais encore par rapport à son but principal» (opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht, avis du 1er juin 1956, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 45). C'est dans cet esprit qu'il faut rechercher si le pouvoir de révocation du mandat a été considéré comme un élément du statut international défini par la Cour, soit dans l'avis de 1950 qui constitue le plus large exposé des principes en la matière, soit dans la procédure et les débats annexes à cet avis.

25. Il faut rappeler le texte de la demande d'avis faite dans la résolution du 6 décembre 1949 de l'Assemblée générale, sur le point *c)*:

> «L'Union sud-africaine a-t-elle compétence pour modifier le statut international du Territoire du Sud-Ouest africain ou, dans le cas d'une réponse négative, qui a compétence pour déterminer et modifier le statut international du Territoire?»

La question était posée de façon assez générale pour que, soit dans l'avis, soit dans les opinions, le problème de la modification unilatérale du statut par les Nations Unies ait pu être évoqué; «déterminer et modifier le statut» est la compétence la plus large, puisqu'elle permet à la fois de définir et délimiter les obligations actuelles, et aussi de les «modifier». Il est donc important de constater que le seul prononcé de la Cour, en termes identiques dans la motivation et dans la réponse à la demande d'avis sur le point *c)*, a été:

> «que la compétence pour déterminer et modifier le statut international du territoire du Sud-Ouest africain appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies».

Si la conclusion de la Cour répondait, à l'époque, à une prétention du mandataire de modifier unilatéralement le statut, la formule de l'avis est absolue et elle ne comporte aucune indication visant des exceptions pour le cas de révocation unilatérale du mandat, ou de modification partielle, moins importante, du statut par les Nations Unies. Il faut reconnaître que ni la Cour, ni aucun juge participant à la procédure de 1950 n'ont envisagé l'existence d'un pouvoir de révocation appartenant aux Nations Unies en cas de violation des obligations du mandataire.

Ce n'est pas, cependant, que le problème n'ait pas été soulevé devant la Cour à l'époque. Le mémoire du Gouvernement des Etats-Unis avait abordé la question (*Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J.*

dates system as it was originally established. The international status of the mandated territory was defined by the Court's Opinion of 1950, and "it is in accordance with sound principles of interpretation that the Court should safeguard the operation of its Opinion of 11 July 1950 not merely with regard to its individual clauses but in relation to its major purpose" (separate opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht annexed to Opinion of 1 June 1956, *I.C.J. Reports 1956*, p. 45). It is in this spirit that enquiry must be made whether the power of revocation of the Mandate was, either in the 1950 Opinion which is the broadest account of the principles governing the matter, or in the proceedings and arguments preceding that Opinion, regarded as being an element of the international status defined by the Court.

25. It will be recalled that the question put by point *(c)* of the request for opinion contained in the General Assembly resolution of 6 December 1949 ran as follows:

> "Has the Union of South Africa the competence to modify the international status of the territory of South West Africa, or, in the event of a negative reply, where does competence rest to determine and modify the international status of the territory?"

This question was put in a sufficiently general way for it to have been possible, either in the Opinion of the Court, or in the separate and dissenting opinions, to raise the question of unilateral modification of the status of the Territory by the United Nations; competence "to determine and modify the status" is the widest kind of competence, since it enables the existing obligations both to be defined, and their limits stated, and also to be "modified". It is therefore important to observe that the only statement by the Court on point *(c)*, to be found in identical terms in the reasoning and in the reply itself, was:

> "that competence to determine and modify the international status of South West Africa rests with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations".

While it is true that the Court's conclusion replied, at the time, to a claim by the Mandatory to modify the status of the Territory unilaterally, the formula used in the Opinion is absolute, and does not contain any suggestion of exceptions, as for example the case of unilateral revocation of the Mandate, or of any partial, less substantial, modification of the status by the United Nations. It must be recognized that neither the Court nor any judge who took part in the 1950 proceedings was ready to admit the existence of a power of revocation appertaining to the United Nations in case of violation of the Mandatory's obligations.

This was not, however, because the problem was not raised before the Court at the time. The written statement of the United States Government touched on the question (*I.C.J. Pleadings, International Status of*

Mémoires, p. 137-139) et le Secrétaire général, dans son exposé oral, lui avait donné assez d'importance pour en faire l'une de ses conclusions:

> « Quatrièmement, la possibilité d'une révocation en cas de violation grave de ses obligations par un Mandataire n'était pas complètement exclue. On avait suggéré que, dans une circonstance exceptionnelle de cette nature, c'était au Conseil, ou à la Cour permanente, ou aux deux, qu'il appartiendrait de décider. » (*Ibid.*, p. 234.)

Puis l'exposé développait la thèse d'« *une solution d'accord entre les Nations Unies et le Mandataire* » (*ibid.*, p. 236, en italiques dans le texte) qui sera confirmée par la Cour dans sa réponse à la question *c)*. L'exposé sur ce point se terminait par:

> « La Cour internationale de Justice ne pourrait-elle être mise à même de remplir un rôle constructif? » [pour l'interprétation et l'application du mandat] (*ibid.*, p. 237).

Sans tirer un argument décisif de ces faits, ils interdisent cependant de prétendre, à l'inverse, que la question de la révocation unilatérale du mandat est exclue de la réponse de la Cour à la question *c)* parce que le problème n'avait pas été mentionné dans la procédure. Comme on le voit, il avait été posé par les Etats-Unis et par le Secrétaire général.

26. Dès le 14 décembre 1946, l'Assemblée générale avait adopté une résolution 65 (I) invitant l'Union sud-africaine à proposer un accord de tutelle à l'examen de l'Assemblée générale. Et, depuis lors, se succèdent les invitations à négocier, résolution 141 (II) du 1er novembre 1947, résolution du 26 novembre 1948, jusqu'à la demande d'avis du 6 décembre 1949. Après l'avis du 11 juillet 1950, l'Assemblée générale a poursuivi ses efforts pour une négociation avec l'Union sud-africaine (résolution 449 A (V) du 13 décembre 1950; résolution 570 A (VI) du 19 janvier 1952 où l'on trouve: « Fait solennellement appel au Gouvernement de l'Afrique du Sud pour qu'il reconsidère sa position et le presse de reprendre des négociations ... en vue de conclure un accord pour la complète exécution de l'avis consultatif »; résolution 651 (VII) du 20 décembre 1952 qui maintient les instructions de négocier données au Comité spécial des Cinq par les résolutions 570 A (VI) du 19 janvier 1952, 749 A (VIII) du 28 novembre 1953, etc.) Jusqu'à la onzième session en 1957, l'Assemblée générale ne semble pas avoir conçu d'autre voie de solution pour le Sud-Ouest africain que celle de la négociation et ce n'est que dans une résolution 1060 (XI) du 26 février 1957 que le Comité du Sud-Ouest africain fut chargé de rechercher les moyens juridiques à la disposition des organes des Nations Unies, des Membres des Nations Unies ou des anciens membres de la Société des Nations; c'est de là que vint l'initiative de deux Etats Membres des Nations Unies et anciens membres de la SdN aboutissant

South West Africa, pp. 137-139) and the Secretary-General, in his oral statement, attributed sufficient importance to it to make it one of his conclusions:

> "Fourth, the possibility of revocation in the event of a serious breach of obligation by a mandatory was not completely precluded. It was suggested that in the event of an exceptional circumstance of this kind it would be for the Council or for the Permanent Court or for both to decide" (*ibid.*, p. 234).

Then the statement went on to discuss the notion of "*a solution agreed between the United Nations and the mandatory Power*" (*ibid.*, p. 236, italics in the original), which was to be confirmed by the Court in its reply to question *(c)*. On this point, the statement ended as follows:

> "Could not the International Court of Justice be put into a position to play a constructive role?" [for the interpretation and application of the Mandate] (*ibid.*, p. 237).

Without seeking to base a decisive argument on these facts, they do nevertheless make it impossible to advance the contrary argument that the reason why the question of unilateral revocation of the Mandate was not mentioned in the Court's reply to question *(c)* was because the problem had not been mentioned during the proceedings. As is apparent, it had been raised by the United States and by the Secretary-General.

26. As early as 14 December 1946, the General Assembly had adopted resolution 65 (I), inviting the Union of South Africa to propose a trusteeship agreement for the consideration of the General Assembly. And from that time on, invitations to negotiate followed each other; resolution 141 (II) of 1 November 1947, resolution of 26 November 1948, and so on up to the request for advisory opinion of 6 December 1949. After the Opinion of 11 July 1950, the General Assembly continued its efforts towards negotiation with the Union of South Africa (resolution 449 A (V) of 13 December 1950; resolution 570 A (VI) of 19 January 1952, in which the Assembly: "Appeals solemnly to the Government of South Africa to reconsider its position, and urges it to resume negotiations . . . for the purpose of concluding an agreement providing for the full implementation of the advisory opinion"; resolution 651 (VII) of 20 December 1952, which maintained the instructions to negotiate given to the *Ad Hoc* Committee of Five by resolution 570 A (VI) of 19 January 1952, resolution 749 A (VIII) of 28 November 1953, etc.). Up to the time of the Eleventh Session, in 1957, the General Assembly does not seem to have conceived of any other means of solution of the problem of South West Africa than that of negotiation, and it was only in resolution 1060 (XI) of 26 February 1957 that the Committee on South West Africa was instructed to examine the legal means at the disposal of the organs of the United Nations, the Members of the United Nations, or the former

aux arrêts de la Cour de 1962 et 1966. La question posée au Comité du Sud-Ouest africain était:

> « Quelle est l'action juridique dont disposent *les organes de l'Organisation des Nations Unies*, les Membres de l'ONU ou les anciens membres de la SdN ... pour assurer que l'Union sud-africaine s'acquitte des obligations qu'elle a assumées en vertu du Mandat...? » (C'est moi qui souligne.)

La ligne générale adoptée par les Nations Unies était donc d'engager l'Afrique du Sud à négocier un accord de tutelle, avec certaines tentatives d'aménagement d'un statut international d'attente comme le rappelle l'avis dans son paragraphe 84.

27. Il suffira de constater que, entre 1950 et 1960, date des requêtes de l'Ethiopie et du Libéria, lorsqu'il s'agissait de poursuivre l'œuvre accomplie par la Cour dans son avis du 11 juillet 1950, personne n'a soutenu qu'il existait un pouvoir de révocation du mandat par les organes des Nations Unies, ou même un pouvoir de modification des règles du mandat par cette voie unilatérale. Et la preuve se trouve dans les faits; il était connu en 1960 qu'une procédure contentieuse devant la Cour serait longue et comporterait des risques alors que, selon l'avis de la Cour aujourd'hui, il a toujours existé un pouvoir unilatéral de révocation du mandat par l'Assemblée générale, depuis le refus de l'Afrique du Sud de se soumettre à surveillance et de présenter des rapports sur son administration du territoire. Le moins qu'on puisse dire est que l'Assemblée générale n'était certes pas consciente d'avoir ce pouvoir en 1960, lorsqu'elle se contenta de féliciter l'Ethiopie et le Libéria de leur initiative (résolution 1565 (XV) du 18 décembre 1960), et que les Etats opposés aux prétentions de l'Afrique du Sud n'en étaient pas plus avertis car, ainsi qu'on l'a vu en octobre 1966, il eût été infiniment plus simple et plus rapide de « modifier » le mandat par action unilatérale dès 1960, même après consultation de la Cour sur la méthode à employer, par une demande d'avis telle que celle à laquelle la Cour a maintenant répondu *ex post facto*. Or cela ne fut jamais envisagé avant la révocation prononcée en octobre 1966, tellement l'idée d'un pouvoir unilatéral de révocation du mandat apparaissait fragile.

28. En 1955, lors de l'avis sur la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (avis du 7 juin 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 67 et suiv.), M. Lauterpacht étudia de manière exhaustive tous les problèmes soulevés par la mise en œuvre de l'avis du 11 juillet 1950 et, parmi ceux-ci, celui de la situation juridique du mandataire qui refuserait systématiquement de tenir compte des recommandations qui lui sont adressées (cf. opinion individuelle, p. 118, 120-121 et 122). Il est important de noter que, même

Members of the League of Nations; this was the source of the initiative of the two member States of the United Nations, who were also former Members of the League of Nations, which resulted in the Court's Judgments of 1962 and 1966. The question put to the Committee on South West Africa was:

> "What legal action is open to *the organs of the United Nations*, or to the Members of the United Nations, or to the former Members of the League of Nations . . . to ensure that the Union of South Africa fulfils the obligation assumed by it under the Mandate . . ." (emphasis supplied).

The general line followed by the United Nations was thus to obtain a South African commitment to negotiate a trusteeship agreement, with certain attempts to arrange an interim international status, as the Opinion recalls in paragraph 84.

27. It will be sufficient to observe that between 1950 and 1960, the date of the Applications filed by Ethiopia and Liberia, when it was a question of carrying on the work done by the Court in its Opinion of 11 July 1950, no-one claimed that there existed a power of revocation of the mandate by the organs of the United Nations, or even a power to modify the provisions of the mandate by such unilateral means. The facts afford the proof: it was known in 1960 that contentious proceedings before the Court would be lengthy and would involve some risk, whereas, according to the Court's present Opinion, a power of unilateral revocation of the Mandate by the General Assembly has always existed, ever since the refusal by South Africa to submit to supervision and present reports on its administration of the Territory. The least that can be said is that the General Assembly was certainly not aware in 1960 that it had such power, when it contented itself with commending Ethiopia and Liberia upon their initiative (resolution 1565 (XV) of 18 December 1960), and that the States which opposed the claims of South Africa were no better informed since, as became apparent in October 1966, it would have been infinitely more simple and rapid to "modify" the mandate by unilateral action in 1960, even after having consulted the Court on the means to be used, by a request for advisory opinion similar to that to which the Court has now replied *ex post facto*. But this was never contemplated at any time before the revocation declared in October 1966, so flimsy did the idea of a unilateral power to revoke the Mandate appear.

28. In 1955, at the time of the Opinion on *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa* (Advisory Opinion of 7 June 1955, *I.C.J. Reports 1955*, pp. 67 ff.), Judge Lauterpacht gave exhaustive study to all the problems raised by the implementation of the Opinion of 11 July 1950, including that of the legal position of a mandatory which systematically refused to take account of the recommendations addressed to it (cf. his separate opinion at pp. 118, 120-121 and 122). It is important to note that, even

lorsqu'il suppose atteinte « la limite imperceptible entre l'impropriété et l'illégalité, entre la discrétion et l'arbitraire, entre l'exercice de la faculté juridique de ne pas tenir compte de la recommandation et l'abus de cette faculté » (p. 120), M. Lauterpacht ne se prononce pas sur la sanction juridique possible et passe sous silence l'idée de révocation pour violation de l'obligation du mandataire d'agir de bonne foi. Le but de sa démonstration est l'affirmation du caractère juridique de cette obligation, l'idée de sanction n'étant invoquée que comme une confirmation de ce caractère.

29. La conclusion à tirer de la conduite des Nations Unies et des Etats les plus directement intéressés à la solution du problème du Sud-Ouest africain est que le pouvoir de révocation n'est pas un élément du système des mandats tel qu'il fut établi à l'origine. Il n'est pas conforme à une interprétation raisonnable des pouvoirs de l'Assemblée générale en matière de mandats de découvrir aujourd'hui qu'elle avait, depuis vingt-cinq ans, ce que le Conseil de la SdN n'avait pas revendiqué pour lui-même et ainsi, non seulement le moyen de révoquer le mandat mais, par la simple évocation de cette compétence, la possibilité de contraindre le mandataire à lui rendre compte, argument qui ne fut jamais employé.

30. Le système décrit dans l'avis du 11 juillet 1950, qui n'allait pas jusqu'à l'affirmation d'une obligation juridique de négocier un accord de tutelle, ne comportait pas, même implicitement, la notion de révocation unilatérale, l'accent ayant été mis de manière exclusive sur l'idée de négociation entre Nations Unies et mandataire. Comme l'arrêt du 21 décembre 1962 (affaires du *Sud-Ouest africain*) l'a exposé ensuite, « le Conseil ne pouvait imposer ses vues au Mandataire ... et le Mandataire pouvait demeurer sourd aux admonestations du Conseil » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 337); l'avis de 1950 *(Statut international du Sud-Ouest africain)* avait dit que « le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait donc dépasser celui qui a été appliqué sous le régime des Mandats ... » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 138).

La preuve de l'existence d'un pouvoir de révocation dans le régime des mandats n'a pas été faite.

31. La seconde justification présentée à l'appui de la révocation du mandat se réfère à un pouvoir particulier des Nations Unies de décider la révocation, même si ce pouvoir n'existait pas à l'origine pour les mandats, par une sorte de transposition d'une règle générale sur la violation des traités. On tente de justifier la résolution 2145 (XXI) dans ses effets, par un appel à la théorie générale de la violation des obligations conventionnelles, en affirmant l'existence d'un droit pour les Nations Unies, comme partie à un traité, le mandat, de dénoncer ce traité comme sanction du refus par l'autre partie, le mandataire, d'exécuter ses obligations.

En premier lieu, l'idée que le régime du mandat est un traité ou résulte

when he supposes that the Mandatory had over-stepped "the imperceptible line between impropriety and illegality, between discretion and arbitrariness, between the exercise of the legal right to disregard the recommendation and abuse of that right" (p. 120), Judge Lauterpacht does not pronounce on the possible legal sanctions, and makes no mention of the idea of revocation for violation of the obligation of the Mandatory to act in good faith. The purpose of his argument is the affirmation of the legal nature of that obligation, the idea of sanction only being relied on as a confirmation thereof.

29. The conclusion to be drawn from the conduct of the United Nations and of the States most directly concerned by solution of the problem of South West Africa is that the power of revocation is not a feature of the mandates system as it was originally established. It is not consistent with any reasonable interpretation of the powers of the General Assembly in the field of mandates to discover today that it has had for 25 years what the Council of the League of Nations had never claimed, and thus has not merely means to revoke the Mandate, but also, merely by drawing attention to such power, the possibility of obliging the Mandatory to render account to it, which is an argument that was never employed.

30. The system described in the Opinion of 11 July 1950, which did not go so far as to affirm the existence of a legal obligation to negotiate a trusteeship agreement, did not entail, even implicitly, the concept of unilateral revocation, the accent being laid exclusively on the idea of negotiation between the United Nations and the Mandatory. As the Judgment of 21 December 1962 in the *South West Africa* cases subsequently explained, "the Council could not impose its own view on the mandatory . . . and the mandatory could continue to turn a deaf ear to the Council's admonitions" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 337); the 1950 Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* had said that "the degree of supervision to be exercised by the General Assembly should not therefore exceed that which applied under the mandates system . . ." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 138).

The existence in the mandates system of a power of revocation has not been proved.

31. The second justification presented to support the revocation of the Mandate refers to a special power of the United Nations to take a decision to revoke it, even if such power did not exist with regard to mandates originally, by a sort of transposition of a general rule relating to violation of treaties. It is sought to justify resolution 2145 (XXI), with regard to its effects, by an appeal to the general theory of the violation of treaty obligations, and by affirmation of the existence of a right for the United Nations, as a party to a treaty, namely the Mandate, to put an end to that treaty by way of sanction for the refusal of the other party, the Mandatory, to fulfil its obligations.

In the first place, the idea that the mandates system is a treaty or

d'un traité n'est pas historiquement exacte, comme le rappelait M. Basdevant:

> « La Cour a cru pouvoir se fonder sur le caractère de traité reconnu par elle au Mandat établi par la décision du Conseil de la SdN du 17 décembre 1920. Je ne souscris pas à cette interprétation. Je m'en tiens au caractère de l'acte accompli par le Conseil de la SdN le 17 décembre 1920 ... Il ne m'est pas apparu *qu'à cette époque* le caractère propre de cet acte du Conseil ait été contesté. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 462; c'est moi qui souligne.)

Il faut ajouter que, même si l'on admet que le mandat est un traité, il n'y a pas dans le droit des traités de règle permettant à une partie de mettre fin discrétionnairement à un traité au cas où elle soutient que l'autre partie a commis une violation du traité. Il faut un examen des prétentions contradictoires et l'une ne prévaut pas sur l'autre avant la décision d'un tiers, conciliateur, arbitre ou juge.

32. Le régime du mandat ayant été internationalement établi est devenu obligatoire dans les conditions où il a été établi, c'est-à-dire sans qu'un pouvoir de révocation y ait été inclus. Pour modifier tout statut international de caractère objectif, il faut lui appliquer les règles qui lui sont propres. La thèse de la compétence unilatérale de révocation du mandat par l'Assemblée générale n'est fondée que sur l'idée de la nécessité, quelque apparence qu'on lui donne. Et la fin ne justifie pas les moyens, comme le rappelait M. Koretsky en 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 268). Dire qu'un pouvoir est nécessaire, qu'il découle logiquement d'une certaine situation, est l'aveu de l'inexistence d'une justification juridique. Nécessité n'a pas de loi, dit-on; c'est en effet qu'on sort du droit lorsqu'on invoque la nécessité.

33. Dans ces conditions, le problème des conséquences juridiques de la résolution 2145 (XXI) et des résolutions connexes du Conseil de sécurité se pose pour moi d'une manière très différente de celle que la Cour adopte. Comme l'ont dit M. Lauterpacht en 1955 et M. Koretsky en 1962, je considère que les recommandations de l'Assemblée générale ne créent pas « d'obligation juridique de passer à exécution, bien qu'en certaines circonstances elles constituent une autorisation légale pour les membres décidés à s'y conformer soit individuellement soit collectivement » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 115). En la présente affaire, faute de pouvoir de révocation dans le régime du mandat, ni l'Assemblée générale, ni même le Conseil de sécurité ne peuvent faire naître ce pouvoir *ex nihilo*. Il y a donc des recommandations, hautement respectables, mais qui n'obligent pas juridiquement les Etats Membres à une action communautaire ou individuelle. Cette thèse classique fut exposée à la Cour par le représentant de l'URSS dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* (exposé écrit, *C.I.J.*

results from a treaty is not historically correct, as was recalled by Judge Basdevant:

> "The Court has felt able to rely on what it recognizes as the treaty character of the Mandate established by the decision of the Council of the League of Nations of 17 December 1920. I do not subscribe to this interpretation. I adhere to the character of the instrument made by the Council of the League of Nations on 17 December 1920 ... I have not found anything to indicate that *at that time* the particular character of the Council's instrument was disputed" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 462; emphasis supplied).

It must be added that, even if one concedes that the Mandate is a treaty, there is no rule in the law of treaties enabling one party at its discretion to put an end to a treaty in a case in which it alleges that the other party has committed a violation of the treaty. An examination of the rival contentions is necessary, and the one cannot prevail over the other until there has been a decision of a third party, a conciliator, an arbitrator or a tribunal.

32. The mandates system having been established on the international level, it became binding subject to the conditions on which it was established, that is to say without the inclusion therein of any power of revocation. To modify any international status of an objective kind, there must be applied thereto the rules which are proper to it. The argument for the unilateral power of revocation of the mandate by the General Assembly has no basis but the idea of necessity, however it may be clothed. And, as Judge Koretsky recalled in 1962, the end does not justify the means (*I.C.J. Reports 1962*, p. 268). To say that a power is necessary, that it logically results from a certain situation, is to admit the non-existance of any legal justification. Necessity knows no law, it is said; and indeed to invoke necessity is to step outside the law.

33. In these circumstances, for me the problem of the legal consequences of resolution 2145 (XXI), and of the related resolutions of the Security Council, arises in a way very different from that adopted by the Court. As Judge Lauterpacht said in 1955, and as Judge Koretsky said in 1962, I consider that the recommendations of the General Assembly, "although on proper occasions they provide a legal authorization for Members determined to act upon them individually or collectively, ... do not create a legal obligation to comply with them" (*I.C.J. Reports 1955*, p. 115). In the present case, in the absence of a power of revocation in the mandates system, neither the General Assembly nor even the Security Council can cause such a power to come to birth *ex nihilo*. Thus we have here recommendations which are eminently worthy of respect, but which do not bind member States legally to any action, collective or individual. This classic view was laid before the Court by the representative of the USSR in the case concerning *Certain Expenses of the United Nations*

Mémoires, p. 273; exposé oral, *ibid.*, p. 411-412). En 1962 et en 1970, la France a également soutenu que les Nations Unies ne pouvaient, par la voie des recommandations, légiférer et contraindre les Etats Membres (*C.I.J. Mémoires, Certaines dépenses des Nations Unies*, p. 133-134; exposé écrit dans la présente affaire, *C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 365-368, avec le rappel des réserves faites « maintes fois », *ibid.*, p. 368, note 1; voir aussi la déclaration du Gouvernement des Etats-Unis à propos de l'attitude de certains Etats après l'avis sur *Certaines dépenses des Nations Unies*, notamment sur le problème du double standard parmi les Etats Membres, Nations Unies, doc. A/AC.121/SR.15.Corr.1).

La résolution 2145 (XXI) est une recommandation dont la portée politique est considérable mais les Etats Membres des Nations Unies, même ceux qui l'ont votée, ne sont pas tenus par une obligation juridique d'agir conformément à ses dispositions et ils demeurent libres de déterminer leur action.

34. Il reste à examiner l'argument que le Conseil de sécurité a, s'il en était besoin, « confirmé » la résolution 2145 (XXI) (cf. en ce sens l'exposé oral du Gouvernement des Etats-Unis, audience du 9 mars 1971). Mais comment un acte irrégulier peut-il être rendu légitime par un organe qui n'a déclaré qu'en « prendre acte » ou en « tenir compte »? Régulariser un acte signifie le pouvoir de faire soi-même ce que le premier organe n'a pu faire valablement. Et le Conseil de sécurité n'a pas, par lui-même, plus de pouvoir de révoquer le mandat que l'Assemblée générale, si ce pouvoir de révocation n'existait pas dans le système des mandats. Le problème demeure.

Quant à la thèse selon laquelle les articles 24 et 25 de la Charte permettent au Conseil de sécurité d'intervenir directement dans la révocation du mandat et de prendre des décisions obligatoires pour les Etats parce que la situation a été traitée en relation avec le maintien de la paix et de la sécurité internationales, c'est une nouvelle tentative pour modifier les principes de la Charte sur les pouvoirs reconnus par les Etats aux organes qu'ils instituèrent. Il ne suffit pas de dire qu'une affaire a un « écho » sur le maintien de la paix pour que le Conseil de sécurité se transforme en gouvernement mondial. La Cour a bien défini les conditions de la Charte:

> « Ceci n'équivaut pas à dire que l'Organisation soit un Etat, ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un Etat. Encore moins cela équivaut-il à dire que l'Organisation soit un « super-Etat », quel que soit le sens de cette expression. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179.)

35. Il n'y a pas d'exemple d'affaire portée devant le Conseil de sécurité où l'un des Etats Membres ne puisse prétendre que la persistance d'une certaine situation porte atteinte, immédiate ou lointaine, au maintien de

(written statement, *I.C.J. Pleadings*, p. 273; oral statement, *ibid.*, pp. 411 f.). In 1962 and in 1970, France also argued that the United Nations could not, by way of recommendation, legislate so as to bind member States (*I.C.J. Pleadings, Certain Expenses of the United Nations*, pp. 133 f.; written statement of France in the present case, *Pleadings*, Vol. I, pp. 365-368, with the reminder of frequently expressed reservations, *ibid.*, p. 368, note; see also the declaration of the United States Government on the attitude of certain States following the Opinion on *Certain Expenses of the United Nations*, in particular on the problem of the double standard obtaining among member States: UN doc. A/AC.121/SR.15.Corr.1).

Resolution 2145 (XXI) is a recommendation with considerable political impact, but the member States of the United Nations, even including those which voted for its adoption, are under no legal obligation to act in conformity with its provisions, and remain free to determine their own course of action.

34. There is still to be considered the argument that the Security Council has, if need be, "confirmed" resolution 2145 (XXI) (cf. the statements made in this sense on behalf of the United States Government by Mr. Stevenson, hearing of 9 March 1971). But how can an irregular act be rendered legitimate by an organ which has declared only to have "taken note" of it or "taken it into account"? To regularize an act connotes the power of doing oneself what the first organ could not properly do. And the Security Council has no more power to revoke the Mandate than the General Assembly, if no such power of revocation was embodied in the mandates system. Hence the problem remains.

As for the contention that the Security Council was entitled under Articles 24 and 25 of the Charter to intervene directly in the revocation of the Mandate and take decisions binding on States because the situation was being dealt with under the head of the maintenance of international peace and security, that is another attempt to modify the principles of the Charter as regards the powers vested by States in the organs they instituted. To assert that a matter may have a distant repercussion on the maintenance of peace is not enough to turn the Security Council into a world government. The Court has well defined the conditions of the Charter:

> "That is not the same thing as saying that [the United Nations] is a State, which it certainly is not, or that its legal personality and rights and duties are the same as those of a State. Still less is it the same thing as saying that it is a 'super-State', whatever that expression may mean." (*I.C.J. Reports 1949*, p. 179.)

35. There is not a single example of a matter laid before the Security Council in which some member State could not have claimed that the continuance of a given situation represented an immediate or remote

la paix. La Charte a été établie avec trop de précautions pour en laisser détruire l'équilibre. Ici encore on peut rappeler les formules du représentant de l'URSS devant la Cour en 1962:

> « Le fait d'opposer l'efficacité de l'Organisation des Nations Unies à l'observation des principes de la Charte des Nations Unies est juridiquement dépourvu de tout fondement, tout comme il est dangereux. Il est évident pour tous que le respect des principes de la Charte des Nations Unies est la condition nécessaire de l'efficacité des Nations Unies. L'expérience des Nations Unies prouve clairement que c'est seulement en se fondant sur la stricte observation des principes de la Charte des Nations Unies que l'Organisation peut devenir un instrument efficace du maintien de la paix et de la sécurité internationales et du développement de relations amicales entre Etats. » (*C.I.J. Mémoires, Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, p. 411-412, traduction du Greffe; voir aussi l'exposé écrit du Gouvernement français dans la même affaire, *eod. loc.*, p. 134; cf. la déclaration faite au Parlement au nom du Gouvernement du Royaume-Uni sur la nature juridique de l'obligation résultant de recommandations du Conseil de sécurité dans *Hansard*, vol. 812, n° 96, 3 mars 1971, p. 1763 et suiv.)

C'est ce qu'avaient bien marqué dans le débat sur la présente affaire les délégués de plusieurs Etats au Conseil de sécurité, qui indiquèrent que la seule façon d'obliger les Etats eût été de prendre en Conseil une décision fondée sur le chapitre VII de la Charte, après avoir procédé aux constatations nécessaires, méthode que le Conseil choisit de ne pas adopter.

La mesure de la solidarité acceptée dans une organisation internationale est fixée par l'acte constitutif. On ne peut la modifier ultérieurement par une interprétation fondée sur des buts et principes toujours très largement énoncés, tels la coopération internationale ou le maintien de la paix. Sinon, une association d'Etats créée pour assurer une coopération internationale ne se différencierait en rien d'une fédération. Ce serait précisément le « super-Etat » que les Nations Unies ne sont pas.

36. Il n'y a donc pas d'autres conséquences pour les Etats que l'obligation d'examiner de bonne foi la mise en œuvre des recommandations faites par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité sur la situation de la Namibie (cf. déclaration orale des Etats-Unis, par. IV *in fine*, audience du 9 mars 1971).

* * *

37. Il me paraît impossible cependant de s'arrêter à ces seules constatations juridiques, vu l'importance des intérêts humanitaires en cause et celle de la question de principe posée devant la Cour depuis plus de vingt

threat to the maintenance of peace. But the Charter was drawn up with too much precaution for the disturbance of its balance to be permitted. Here again the words used before the Court in 1962 by the Soviet representative are apposite:

> "The opposing of the effectiveness of the United Nations Organization to the observance of the principles of the United Nations Charter is legally groundless and dangerous. It is clear to everyone that the observance of the principles of the United Nations Charter is the necessary condition of the effectiveness of the United Nations. The experience of the United Nations clearly shows that only on the basis of the strict observance of the principles of the United Nations Charter can the Organization become an effective instrument for the maintenance of international peace and security and the development of friendly relations among States." (*I.C.J. Pleadings, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, pp. 411 f.; see also the French Government's written statement in the same case, *ibid.*, p. 134, and cf. the parliamentary statement of H.M. Government on the legal nature of obligations arising out of Security Council recommendations: *Hansard*, Vol. 812, No. 96, 3 March 1971, pp. 1763 ff.)

The same point was stressed by the delegates of several States in Security Council discussions of the matter with which the Court is now concerned. They pointed out that the only way of laying States under obligation would be for the Council to take a decision based on Chapter VII of the Charter after proceeding to effect the requisite determinations, a method which the Council chose not to adopt.

The degree of solidarity accepted in an international organization is fixed by its constitution. It cannot be subsequently modified through an interpretation based on purposes and principles which are always very broadly defined, such as international co-operation or the maintenance of peace. Otherwise an association of States created with a view to international co-operation would be indistinguishable from a federation. It would be precisely the "super-State" which the United Nations is not.

36. There are therefore no other consequences for States than the obligation of considering in good faith the implementation of the recommendations made by the General Assembly and the Security Council concerning the situation in Namibia (cf. oral statement on behalf of the United States, hearing of 9 March 1971, section IV *in fine*).

* * *

37. Nevertheless, considering the importance of the humanitarian interests at stake and of the question of principle raised before the Court for over 20 years, one cannot, I feel, merely record these legal

ans. Il serait regrettable de ne pas indiquer les moyens de poursuivre l'œuvre de la Cour de 1950. J'estime que la Cour pouvait approcher la question posée par le Conseil de sécurité d'une manière différente, plus conforme à ses traditions, et qui eût ouvert aux Nations Unies des perspectives de solution au lieu d'une impasse. Cette approche n'ayant pas été retenue, je ne puis qu'en indiquer les grandes lignes.

Ce qui est essentiel dans une demande d'avis, comme dans une requête contentieuse, c'est son objet, non les motivations présentées au cours de la procédure. Le juge saisi d'une affaire doit juger cette affaire et non une autre (cf. *Société commerciale de Belgique*, *C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173; *Pêcheries, C.I.J. Recueil 1951*, p. 126 sur « des éléments qui ... pourraient fournir les motifs de l'arrêt et non en constituer l'objet » [1]; de même, dans l'arrêt des *Minquiers et Ecréhous*, la Cour distingue entre les raisons invoquées et les demandes, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 52). La demande faite à la Cour était de définir le statut juridique actuel de la Namibie, les prétentions contradictoires des Etats n'étant que des explications proposées à la Cour, les uns tenant que la révocation du mandat est définitive, les autres qu'elle est douteuse ou illégale. Mais la demande est véritablement de faire déclarer par la Cour ce qu'il est advenu du mandat et quelles sont les conséquences juridiques de diverses actions, soit du mandataire, soit des Nations Unies. La Cour pouvait répondre à cette demande par d'autres motifs que ceux qui furent invoqués devant elle et par un autre système de raisonnement, à la seule condition de ne pas répondre à une autre demande que celle qui fut formulée, évitant ainsi de transformer l'affaire « en un autre différend dont le *caractère* ne serait pas le même » (*C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173; c'est moi qui souligne).

38. L'avis de 1950 définit le Sud-Ouest africain comme « un territoire soumis au Mandat international assumé par l'Union sud-africaine le 17 décembre 1920 » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 143). Il existe donc un régime international de mandat, en vigueur tant qu'il n'y a pas été mis fin par un procédé opposable juridiquement à tous les Etats intéressés. La protection des peuples non encore pleinement capables de se gouverner eux-mêmes constituant « une mission sacrée de civilisation », réalisée dans le statut de mandat en 1920, a continué de porter effet. La Cour, en 1950, avait montré la voie juridique à suivre pour modifier et, éventuellement, terminer le statut. C'est cette voie qu'il fallait suivre.

39. Certes l'avis consultatif du 11 juillet 1950 n'a pas imposé à l'Afrique du Sud, comme une obligation juridique, la conclusion d'un accord

[1] Le texte anglais de l'arrêt ne rend pas aussi clairement la distinction entre motifs et objet, mais c'est le texte français qui fait foi.

findings and leave the matter there. It would be regrettable not to indicate means of pursuing what the Court established in 1950. It was in my view open to the Court to adopt towards the question put by the Security Council a different approach, one which would not only have been more in conformity with its traditions but also have offered the United Nations some prospects of a solution, instead of an impasse. However, as that approach was not adopted, I cannot do more than outline it.

What is essential in the case of a request for advisory opinion, as in that of a contentious application, is its actual subject, not the reasoning advanced in the course of the proceedings. A court seised of a matter must judge that matter and not another (cf. *Société Commerciale de Belgique, P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 173; *Fisheries, I.C.J. Reports 1951*, p. 126 concerning "*des éléments qui . . . pourraient fournir les motifs de l'arrêt et non en constituer l'objet* [1]"; similarly, in the *Minquiers and Ecrehos* Judgment, *I.C.J. Reports 1953*, p. 52, the Court distinguished between the reasons advanced and the requests made). The request made to the Court was that it should define the present legal status of Namibia, and the opposing contentions of States were no more than explanations proposed to the Court, some holding that the revocation of the Mandate was final, others that it was dubious or illegal. But this is veritably a request that the Court declare what has become of the Mandate and what are the legal consequences of various actions, whether on the part of the Mandatory or on the part of the United Nations. The Court was at liberty to reply to that request with reference to other reasons than those advanced before it, and by another system of argument, on one condition, that it did not reply to another request than that formulated and that it thus avoided transforming the case "into another dispute which is different in *character*" (*P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 173; my emphasis).

38. The 1950 Advisory Opinion defines South West Africa as "a territory under the international Mandate assumed by the Union of South Africa on December 17th 1920" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 143). Thus there exists an international mandatory régime which remains in force for so long as it has not been ended by a procedure legally opposable to all States concerned. The principle of the protection of peoples not yet fully capable of governing themselves, constituting "a sacred trust of civilization" concretized in the mandate status of 1920, still holds good. The Court had in 1950 shown the legal path to follow in order to modify and, if so desired, terminate that status. It was that path which ought to have been followed.

39. The Advisory Opinion of 11 July 1950 did not, to be sure, impose upon South Africa, as a legal obligation, the conclusion of a trusteeship

[1] The English text of the Judgment does not render so clearly as the French, which is the authoritative text, the distinction between reasons (motifs) and subject-matter (objet).

de tutelle. En n'allant pas jusqu'à l'extrême logique de la position de principe qu'elle prenait en disant: « Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat, tout en répudiant les obligations qui en découlent » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133), la Cour refusait de dire qu'il y avait une obligation de transformer le mandat en tutelle, parmi les obligations du mandataire. Mais la discussion ne s'arrête pas là, comme le montre la suggestion faite par M. Charles De Visscher, dans des écrits postérieurs complétant les vues exprimées dans son opinion de 1950 sur la portée de l'obligation de négocier (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 186 et suiv.) ainsi que l'examen du problème par M. Lauterpacht en 1955 (par. 28, *supra*).

40. J'estime que la Cour devait reprendre les observations de ces deux juges et les mettre en œuvre dans son avis. Dans son arrêt du 20 février 1969 (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48), la Cour a rappelé le contenu de toute obligation de négocier, déjà définie dans l'avis consultatif sur le *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*: l'obligation « n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords » (*C.P.J.I. série A/B n° 42*, p. 116) et, en ce qui concerne l'arrêt de 1969, la Cour disait que les négociations menées dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* n'avaient pas satisfait à ces conditions.

41. Rappelons brièvement la thèse du Gouvernement de l'Afrique du Sud sur l'impossibilité où il s'est trouvé de négocier avec les Nations Unies après l'avis du 11 juillet 1950: cette thèse est exposée de façon fort claire dans le contre-mémoire sud-africain et la plaidoirie du 11 octobre 1962 (*C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. II, p. 86-95, et vol. VII, p. 241-250). Selon ce gouvernement, le Comité spécial établi en 1950 et le Comité du Sud-Ouest africain en 1953 avaient comme mission de rechercher les moyens de mettre en œuvre l'avis consultatif; de même, le Comité des bons offices établi en 1957 devait rechercher un accord qui conserverait au territoire pris dans son ensemble un statut international et qui soit conforme aux buts des Nations Unies. L'argument de l'Afrique du Sud est fondé sur ces termes de référence précis et en fait la cause de l'absence de négociation pour la mise en œuvre de l'avis de 1950. C'est ainsi que l'Afrique du Sud offrit en 1959 d'« entrer en discussion avec un organisme *ad hoc* des Nations Unies qui pourrait être constitué après consultation avec le Gouvernement de l'Union et qui aurait toute possibilité d'aborder sa mission de façon constructive, permettant les plus amples discussions et l'examen de toutes les possibilités »; cette déclaration fut reprise en 1960 en termes identiques (*eod. loc.*, vol. I, p. 83, mémoire de l'Ethiopie; vol. II, p. 91, contre-mémoire sud-africain).

42. De son côté, l'Assemblée générale, déjà avant l'avis de 1950, en 1946, 1947 et 1948, par trois résolutions successives, avait invité l'Afrique du Sud à négocier un accord de tutelle. Après que la Cour eut déclaré que

agreement. The Court refrained from taking to its logical extreme the position of principle which it adopted in saying "To retain the rights derived from the Mandate and to deny the obligations thereunder could not be justified" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133) and declined to say that the Mandatory's obligations included that of converting the Mandate into a trusteeship agreement. But that is not the end of the matter, as is shown by the suggestion of Judge De Visscher made in subsequent writings supplementing the views of his 1950 Opinion on the purport of the obligation to negotiate (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 186 ff.) and also the treatment of the problem by Judge Lauterpacht in 1955 (para. 28 above).

40. In my view the Court should in its present Opinion have taken up and acted upon the observations made on this point by the two judges mentioned. In its Judgment of 20 February 1969 (*North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, p. 48) it recalled the import of any obligation to negotiate, already defined in the Advisory Opinion on *Railway Traffic between Lithuania and Poland*: it is an obligation "not to enter into negotiations but also to pursue them as far as possible with a view to concluding agreements" (*P.C.I.J., Series A/B, No. 42*, 1931, p. 116). In 1969 the Court found that the negotiations conducted prior to the *North Sea Continental Shelf* cases had not satisfied that condition.

41. Let us briefly recall the position hereon of the South African Government, which is to the effect that it was impossible for it to negotiate with the United Nations following the Advisory Opinion of 11 July 1950, This contention is very clearly argued in the South African Counter-Memorial and the oral statement of 11 October 1962 (*I.C.J. Pleadings, South West Africa*, Vol. II, pp. 86-95, and Vol. VII, pp. 241-250). According to that Government the *Ad Hoc* Committee set up in 1950 and the Committee on South West Africa in 1953 had been charged to seek ways and means of implementing the Advisory Opinion; similarly, the Good Offices Committee set up in 1957 was to seek an agreement whereby the Territory as a whole would continue to have an international status consistent with the purposes of the United Nations. South Africa's argument is based on these strict terms of reference and indentifies them as the cause of the absence of any negotiations with a view to the implementation of the 1950 Opinion. Thus in 1959 South Africa offered "to enter into discussions with an appropriate United Nations *ad hoc* body that might be appointed after prior consultation with the South African Government and which would have a full opportunity to approach its task constructively, providing for fullest discussion of all possibilities", and this statement was repeated in identical terms in 1960 (*ibid.*, Vol. I, p. 83, Mémorial of Ethiopia; and Vol. II, p. 91, Counter-Memorial).

42. Even before the 1950 Opinion the General Assembly, by successive resolutions in 1946, 1947 and 1948, had for its part thrice called upon South Africa to negotiate a trusteeship agreement. After the Court had

l'Afrique du Sud n'avait pas l'obligation juridique de placer le territoire sous le régime de tutelle, de nombreuses tentatives furent faites par l'Assemblée, que le présent avis rappelle dans le paragraphe 84 (voir aussi par. 26, *supra*).

43. On peut résumer, très sommairement, l'opposition des thèses de la manière suivante. Les Nations Unies cherchaient à aboutir à la négociation d'un accord de tutelle; l'Afrique du Sud ne voulait pas transformer le mandat en tutelle. Il faut rechercher qui a abusé de sa position juridique dans cette controverse sur l'étendue de l'obligation de négocier. La différence dans l'appréciation du problème juridique en 1950 et aujourd'hui porte uniquement sur ce point. En 1950 la Cour ne pouvait envisager dans son avis l'hypothèse que l'obligation de comportement reconnue par elle à l'égard de l'Afrique du Sud en déclarant qu'un accord devrait être conclu pour modifier le mandat rencontrerait des difficultés d'application; d'où le silence sur ce point. Mais les règles générales sur l'obligation de négocier suffisent. Si une négociation avait été entamée de bonne foi et si, à un moment donné, sur des points précis objectivement discutables, l'accord n'avait pu se faire, on pourrait soutenir que l'avis de 1950 sur l'inexistence d'une obligation juridique de mettre le territoire sous tutelle empêche d'aller plus loin, parce que, dans cette hypothèse, le refus d'acceptation d'un projet d'accord de tutelle par le mandataire pourrait être jugé raisonnablement justifié. « Nulle partie ne peut prétendre imposer ses conditions à l'autre » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 139). Mais les faits sont différents: il n'y a jamais eu de commencement de la négociation pour un accord de tutelle par le fait de l'Afrique du Sud. La violation de la règle de droit en l'espèce est la violation de l'obligation de négocier de bonne foi. Dire que les Nations Unies devaient accepter la négociation d'un accord autre qu'un accord de tutelle selon les bases proposées par l'Afrique du Sud est de la part de ce gouvernement interpréter l'avis de 1950 contrairement à son sens et abuser de sa qualité de partie qualifiée pour modifier le mandat. En voulant imposer aux Nations Unies sa propre conception de l'objet de la négociation pour la modification et la transformation du mandat, l'Afrique du Sud n'a pas rempli l'obligation de comportement instituée par l'avis de 1950.

Par contre les Nations Unies n'abusaient aucunement de leur situation juridique en refusant toute autre négociation que celle qui aboutirait à un accord de tutelle, car tel était bien le but reconnu par l'avis de 1950 et déjà envisagé par la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946. « L'intention a évidemment été de sauvegarder les droits des Etats et des peuples en toutes circonstances et à tous égards, jusqu'à ce que chaque territoire soit placé sous le Régime de Tutelle » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 134). Les Nations Unies auraient pu légitimement constater cette situation

found that South Africa was under no legal obligation to bring the Territory within the trusteeship system, the Assembly took many further initiatives to which paragraph 84 of the present Opinion alludes (see also para. 26 above).

43. The conflict of standpoints can be roughly summarized as follows: The aim of the United Nations was to arrive at the negotiation of a trusteeship agreement, whereas South Africa did not want to convert the Mandate into a trusteeship. It is necessary to determine which party has been misusing its legal position in this controversy on the extent of the obligation to negotiate. The difference in the appreciation of the legal problem as between 1950 and today bears solely on that point. In 1950 the Court was unable, in its Opinion, to envisage the hypothesis that difficulties might arise over the implementation of the obligation to observe a certain line of conduct which it found incumbent on South Africa in declaring that an agreement for the modification of the Mandate should be concluded; hence its silence on that point. But the general rules concerning the obligation to negotiate suffice. If negotiations had been begun in good faith and if, at a given juncture, it had been found impossible to reach agreement on certain precise, objectively debatable points, then it might be argued that the Opinion of 1950, finding as it had that there was no obligation to place the Territory under trusteeship prevented taking the matter further, inasmuch as the Mandatory's refusal to accept a draft trusteeship agreement could in that case reasonably be deemed justified: "No party can impose its terms on the other party" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 139). But the facts are otherwise: negotiations for the conclusion of a trusteeship agreement never began, and for that South Africa was responsible. The rule of law infringed herein is the obligation to negotiate in good faith. To assert that the United Nations ought to have accepted the negotiation of anything other than a trusteeship agreement on bases proposed by South Africa, that, coming from the Government of South Africa, is to interpret the 1950 Advisory Opinion contrary to its meaning and to misuse the position of being the party qualified to modify the Mandate. In seeking to impose on the United Nations its own conception of the object of the negotiations for the modification and transformation of the Mandate, South Africa has failed to comply with the obligation established by the 1950 Opinion to observe a certain line of conduct.

The United Nations, on the other hand, was by no means misusing its legal position when it refused to negotiate with any other end in view than the conclusion of a trusteeship agreement, for such indeed was the goal acknowledged by the 1950 Opinion and already envisaged by the League of Nations resolution of 18 April 1946. "It obviously was the intention to safeguard the rights of States and peoples under all circumstances and in all respects, until each territory should be placed under the Trusteeship System" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 134). It would have been

d'impasse dans la négociation et mettre en demeure l'Afrique du Sud de remplir son obligation de négocier.

44. Cette vue des choses est renforcée par la constante interprétation donnée par l'Afrique du Sud de ses propres pouvoirs, qu'il s'agisse de la prétention à l'incorporation du territoire, essentiellement contraire au régime du mandat, ou de sa thèse sur les titres juridiques de l'Afrique du Sud autres que le mandat. La situation juridique du mandataire reconnue formellement par la Cour en 1950 donnait le droit à l'Afrique du Sud de négocier les conditions de la transformation du mandat en tutelle; depuis 1950 cette situation a été utilisée pour faire obstacle au principe même de la transformation.

45. Une telle analyse faite par la Cour et fondée sur la constatation judiciaire d'une violation de l'obligation de transformer le mandat par la négociation, comme le prescrivait l'avis de 1950, aurait eu des conséquences juridiques en ce qui concerne le maintien de la présence de l'Afrique du Sud dans le territoire sous mandat. J'estime que, dans cette perspective, ces conséquences juridiques auraient été fermement motivées en droit.

(Signé) André GROS.

legitimate for the United Nations to have taken note of the deadlock and demanded South Africa's compliance with its obligation to negotiate.

44. This view is reinforced by South Africa's consistent interpretation of its own powers, whether it be its pretention to the incorporation of the Territory—something essentially incompatible with the mandate régime—or its contentions with regard to its legal titles apart from the Mandate. The legal position of Mandatory formally recognized by the Court in 1950 gave South Africa the right to negotiate the conditions for the transformation of the Mandate into a trusteeship; since 1950 that position has been used to obstruct the very principle of such transformation.

45. An analysis on these lines, if carried out by the Court and based on a judicial finding that there had been a breach of the obligation to transform the Mandate by negotiation as the 1950 Opinion prescribed, would have had legal consequences in respect of the continued presence of South Africa in the mandated territory. I consider that, in that context, the legal consequences concerned would have been founded upon solid legal reasons.

(Signed) André GROS.