

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 appropriate¹.

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 point¹.

* * *

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*, 3^e 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 considérerait, 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* case¹. 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 located¹. 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 global¹. 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 performance¹.

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 enquiry². 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 Associated 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 ouvrirait 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 incombait 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 1962¹. 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 partageaient 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 1962¹. 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 obligations 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'offrirait 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 incombait 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 commendation 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 contestés².

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 sujet³.

* * *

¹ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, 1448^e 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 (8^e 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 faith¹. 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.