

## DISSENTING OPINION OF JUDGE TANAKA

## I

On 4 November 1960, the Governments of Liberia and Ethiopia (hereinafter referred to as the "Applicants") submitted an Application to this Court to institute proceedings against the Union of South Africa, now the Republic of South Africa (hereinafter referred to as the "Respondent"). The Respondent filed four preliminary objections relating to the jurisdiction of the Court. These objections having been dismissed by a Judgment dated 21 December 1962 and the written and oral pleadings on the merits being completed, the Court has now to decide on the submissions of the Applicants presented to the Court in the Memorials and amended by the Applicants during the course of the oral proceedings (on 19 May 1965).

One of these preliminary objections rejected by the 1962 Judgment was the third preliminary objection which related to the nature of the dispute brought before the Court by the Applicants, namely to the question of the existence of their legal right or interest. This matter again, at this stage of the proceedings, has been taken up by the Court and examined, but from the viewpoint of the merits.

Here, attention must be drawn to the Court's characterization of the question of the Applicants' legal interest, namely its statement that "there was one matter that appertained to the merits of the case but which had an antecedent character, namely the question of the Applicants' standing in the present phase of the proceedings . . . the question . . . of their legal right or interest regarding the subject-matter of their claim, as set out in their final submissions".

The result is that the Applicants' claims are declared to be rejected on the ground of the lack of any legal right or interest appertaining to them in the subject-matter of the present claims and that the 1962 Judgment is substantively overruled concerning its decision on the third preliminary objection.

Although we do not deny the power of the Court to re-examine jurisdictional and other preliminary matters at any stage of proceedings *proprio motu*, we consider that there are not sufficient reasons to overrule on this point the 1962 Judgment and that the Court should proceed to decide the questions of the "ultimate" merits which have arisen from the Applicants' final submissions.

We are again confronted with the question whether the Applicants possess a legal right or interest in the proper discharge by the Respondent, as the Mandatory, of the obligations incumbent upon it by virtue of the "conduct clauses" in the mandate agreement.

## OPINION DISSIDENTE DE M. TANAKA

[Traduction]

## I

Le 4 novembre 1960, le Gouvernement du Libéria et le Gouvernement de l'Éthiopie (ci-après dénommés les *demandeurs*) ont déposé devant la Cour une requête introductive d'instance contre l'Union sud-africaine, aujourd'hui la République sud-africaine (ci-après dénommée le *défendeur*). Le défendeur a soulevé quatre exceptions préliminaires relatives à la juridiction de la Cour. Ces exceptions ayant été rejetées par un arrêt en date du 21 décembre 1962 et la procédure écrite et orale sur le fond étant achevée, la Cour doit désormais se prononcer sur les conclusions que les demandeurs lui ont présentées dans leurs mémoires et qu'ils ont modifiées au cours de la procédure orale, le 19 mai 1965.

L'une des exceptions préliminaires rejetées par l'arrêt de 1962, la troisième, concernait la nature du différend porté devant la Cour par les demandeurs, c'est-à-dire la question de l'existence de leur droit ou intérêt juridique. La Cour, au stade actuel de la procédure, a repris et réexaminé cette question, mais du point de vue du fond.

Il y a lieu ici de s'arrêter sur la définition que la Cour donne de la question de l'intérêt juridique des demandeurs, lorsqu'elle déclare: « il se pose une question relevant du fond mais ayant un caractère prioritaire: elle concerne la qualité des demandeurs en la phase actuelle de la procédure ... la question ... de leur droit ou intérêt juridique au regard de l'objet de la demande telle qu'elle a été énoncée dans leurs conclusions finales ».

En somme, on déclare rejeter les demandes pour le motif que les demandeurs n'ont aucun droit ou intérêt juridique au regard de l'objet de leurs demandes et l'on infirme en grande partie la décision prise dans l'arrêt de 1962 sur la troisième exception préliminaire.

Nous ne contestons pas à la Cour le pouvoir de réexaminer de son propre chef, à n'importe quel stade de la procédure, des questions de compétence et autres questions préliminaires mais nous estimons que les raisons manquent pour infirmer sur ce point l'arrêt de 1962 et que la Cour devrait trancher les questions touchant irréductiblement au fond que soulèvent les conclusions finales des demandeurs.

Nous nous trouvons à nouveau devant la question de savoir si les demandeurs possèdent un droit ou intérêt juridique à ce que le défendeur, en sa qualité de Mandataire, s'acquitte comme il convient des obligations qui lui incombent en vertu des « dispositions relatives à la gestion » figurant dans l'accord de Mandat.

A negative conclusion is derived either from the nature of the interest, or from the capacity of the Applicants.

It is argued that the dispute brought before the Court by the Applicants does not affect any material interest of the Applicant States or their nationals and is not envisaged in Article 7, paragraph 2, of the Mandate.

The Mandate, as is stated in more detail below, presents itself, economically and sociologically, as an aggregate of several kinds of interest.

The personal structure of the mandates system is very complicated and *sui generis*; besides the mandatory, the League and the inhabitants of the territories, there are persons who are connected with the mandate in some way, particularly those who collaborate in the establishment or in the proper functioning of this system, such as the Principal Allied and Associated Powers and the Members of the League.

The interests corresponding to the categories of persons mentioned are multiple. Here, only the interest of Members of the League is in question, since the question of the existence of a legal interest of the Applicants as former Members of the League has now to be determined.

The interests which may be possessed by the member States of the League in connection with the mandates system, are usually classified in two categories. The first one is the so-called national interest which includes both the interest of the member States as States and the interest of their nationals (Article 5 of the Mandate). The second one is the common or general interest, which the member States possess in the proper performance by the mandatory of the mandate obligations.

Whether the adjudication clause, namely Article 7, paragraph 2, of the Mandate can cover both kinds of interests, or only the first one, namely national interest, is the question that has to be answered in the present cases.

Here, we must recognize the fact that the above-mentioned two kinds of interests are different from each other. The first category of interest although related to the Mandate, is of an individual nature and each member State of the League may possess such an interest regarding the mandated territory, incidentally, that is to say, for some reason other than the Mandate itself. The second category of interest emanates from the sphere of social or corporate law concerning the function of the League in regard to the Mandate. The member States of the League are in the position of constituting a personal element of the League and its organs and, consequently, are interested in the realization of the objectives of the mandates system and in the proper administration of mandated territories. The interest which the member States possess concerning the Mandate is, in its content, the same for all Members of the League, and is therefore general and uniform in the case of each member State, thereby differing from the first category of interest, which emanates from the individual sphere. However, the fact that it is of this nature does not prevent it from possessing the

Il est répondu négativement à cette question, soit à raison de la nature de l'intérêt, soit à raison de la qualité des demandeurs.

La thèse soutenue est que le différend soumis à la Cour par les demandeurs ne porte nullement atteinte aux intérêts concrets des Etats demandeurs ni de leurs ressortissants et n'est pas prévu par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

Le Mandat, comme nous le verrons plus en détail ci-après, se présente du point de vue économique et sociologique, comme un faisceau d'intérêts de plusieurs catégories.

L'élément personnel dans la structure du système des Mandats est extrêmement complexe et *sui generis*; outre le Mandataire, la Société des Nations et les habitants des territoires, certaines personnes sont d'une manière ou d'une autre liées au Mandat, notamment celles qui collaborent à la mise en œuvre ou à la bonne marche du système, comme les Principales Puissances alliées et associées et les Etats Membres de la Société des Nations.

Les intérêts concernant ces diverses catégories de personnes sont multiples. Ici, seul l'intérêt des Etats Membres de la Société des Nations est en cause, puisqu'il s'agit désormais de savoir si les demandeurs ont un intérêt juridique en leur qualité d'anciens Membres de la Société.

Les intérêts que les Etats Membres de la Société des Nations peuvent avoir au regard du système des Mandats sont généralement classés en deux catégories. Il s'agit, d'une part, de ce qu'on appelle l'intérêt national, qui recouvre à la fois l'intérêt des Etats Membres en tant qu'Etats et l'intérêt de leurs ressortissants (article 5 du Mandat). Il y a, d'autre part, l'intérêt commun ou général des Etats Membres à ce que le Mandataire s'acquitte comme il convient des obligations découlant du Mandat.

La question de savoir si la clause juridictionnelle énoncée au deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat est applicable aux deux catégories d'intérêts ou seulement à la première — l'intérêt national — est précisément la question à laquelle il faut répondre en la présente instance.

Nous devons ici reconnaître que les deux catégories susmentionnées d'intérêts diffèrent l'une de l'autre. L'intérêt de la première catégorie, tout en étant lié au Mandat, est par nature individuel et chaque Etat Membre de la Société des Nations peut posséder un intérêt de cet ordre, concernant le territoire sous Mandat, de façon, pour ainsi dire, incidente, c'est-à-dire pour une raison sans rapport avec le Mandat lui-même. L'intérêt de la seconde catégorie est social et procède des fonctions exercées par la Société des Nations relativement au Mandat. Les Etats Membres de la Société des Nations, représentant un élément personnel au sein de la Société et de ses organes, ont un intérêt à la réalisation des objectifs du système des Mandats et à la bonne administration des territoires placés sous Mandat. L'intérêt que les Etats Membres possèdent relativement au Mandat est, quant à sa teneur, le même pour tous ces Etats; il est donc général, uniforme pour chacun d'eux, différant en cela de l'intérêt de la première catégorie, lequel ressortit au domaine de l'individuel. Toutefois, ce n'en est pas moins, par nature, un intérêt. Il n'y a aucune raison pour qu'un intérêt non concret, non tangible,



nature of interest. There is no reason why an immaterial, intangible interest, particularly one inspired by the lofty humanitarian idea of a "sacred trust of civilization" cannot be called "interest".

In short, the interest possessed by the member States of the League as its Members is corporate and, at the same time, idealistic. However, this does not prevent it from being "interest".

The interest which the member States of the League possess regarding the proper administration of the mandated territory by the Mandatory is possessed by Members of the League individually, but it is vested with a corporate character. Each Member of the League has this kind of interest as a Member of the League, that is to say, in the capacity of an organ of the League which is destined to carry out a function of the League.

The question is, whether this kind of interest can be called "legal interest", and whether law recognizes it as such.

The historical development of law demonstrates the continual process of the cultural enrichment of the legal order by taking into consideration values or interests which had previously been excluded from the sphere of law. In particular, the extension of the object of rights to cultural, and therefore intangible, matters and the legalization of social justice and of humanitarian ideas which cannot be separated from the gradual realization of world peace, are worthy of our attention.

The fact that international law has long recognized that States may have legal interests in matters which do not affect their financial, economic, or other "material" or so-called "physical" or "tangible" interests was exhaustively pointed out by Judge Jessup in his separate opinion in the *South West Africa* cases, 1962 Judgment (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 425-428). As outstanding examples of the recognition of the legal interests of States in general humanitarian causes, the international efforts to suppress the slave trade, the minorities treaties, the Genocide Convention and the Constitution of the International Labour Organisation are cited.

We consider that in these treaties and organizations common and humanitarian interests are incorporated. By being given organizational form, these interests take the nature of "legal interest" and require to be protected by specific procedural means.

The mandates system which was created under the League, presents itself as nothing other than an historical manifestation of the trend of thought which contributed to establish the above-mentioned treaties and organizations. The mandates system as a whole, by incorporating humanitarian and other interests, can be said to be a "legal interest".

However, what is in question is not whether the Mandate is a legal interest or not. What we are considering is not legal interest in itself,

surtout s'il se rattache à un grand principe humanitaire comme celui d'une « mission sacrée de civilisation », ne puisse pas être qualifié d'*intérêt*.

En résumé, l'intérêt que les Etats Membres de la Société des Nations possèdent en qualité de Membres de l'organisation est social tout en correspondant à un idéal. Mais cela ne l'empêche pas d'être un véritable *intérêt*.

L'intérêt que les Etats Membres de la Société des Nations possèdent relativement à la bonne administration du territoire sous Mandat par le Mandataire est un intérêt individuel, mais il revêt un caractère social. Chaque Membre possède cet intérêt en qualité de membre de l'organisation, c'est-à-dire en tant qu'organe de la Société des Nations devant remplir une fonction de l'organisation.

La question se pose de savoir si ce type d'intérêt peut être qualifié d'*intérêt juridique* et s'il est reconnu comme tel en droit.

L'évolution historique du droit montre comment l'ordre juridique s'enrichit constamment du point de vue culturel du fait qu'il tient de plus en plus compte de valeurs ou d'intérêts qui auparavant lui restaient étrangers. En particulier, nous devons retenir que les droits peuvent désormais s'étendre à des domaines culturels, donc non tangibles, et que la justice sociale et les principes humanitaires prennent une forme juridique indispensable à la réalisation progressive de la paix dans le monde.

Le droit international reconnaît depuis longtemps que les Etats peuvent avoir un intérêt juridique dans des questions qui ne touchent pas à leurs intérêts financiers, économiques ou autres intérêts *concrets* ou, pourrait-on dire, *physiques* ou *tangibles*, comme M. Jessup l'a amplement montré dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt de 1962 sur les affaires du *Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1962, p. 425-428). Les efforts déployés sur le plan international pour éliminer la traite des esclaves, les traités de minorités, la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Constitution de l'Organisation internationale du Travail sont parmi les exemples marquants que cite M. Jessup pour montrer que l'on reconnaît l'intérêt juridique des Etats dans les grandes causes humanitaires.

Nous estimons que des intérêts généraux d'ordre humanitaire se concrétisent dans ces traités et ces organisations. Une fois qu'ils revêtent une forme institutionnelle, ces intérêts prennent un caractère *juridique* et doivent être protégés au moyen de procédures bien définies.

Le système des Mandats, créé dans le cadre de la Société des Nations, n'est qu'une expression historique du courant de pensée qui a favorisé l'élaboration des traités susmentionnés et la mise en place des organisations précitées. Parce que le système des Mandats dans son ensemble traduit notamment des intérêts humanitaires, on peut dire qu'il représente un *intérêt juridique*.

Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à résoudre le point de savoir si le Mandat représente ou non un intérêt juridique. Nous examinons,

but its relationship with persons who possess it, that is to say, the question of the existence of a legal interest as a condition on which the Applicants, as Members of the League, possess the right to have recourse to the International Court.

Each member of a human society—whether domestic or international—is interested in the realization of social justice and humanitarian ideas. The State which belongs as a member to an international organization incorporating such ideas must necessarily be interested. So far as the interest in this case affects the rights and obligations of a State, it may be called a legal interest. The State may become the subject or holder of a legal interest regarding social justice and humanitarian matters, but this interest includes its profound concern with the attitude of other States, particularly member States belonging to the same treaty or organization. In short, each State may possess a legal interest in the observance of the obligations by other States.

In the mechanism of the above-mentioned treaties and organizations, the procedural means to guarantee the observance are provided, although not in a uniform way, taking into consideration the difference in the objective and structure of each treaty and organization.

The question is whether under Article 7, paragraph 2, of the Mandate, the Applicants possess a right to have recourse to the Court by reason of a violation by the Respondent of certain conduct clauses provided by the Mandate, namely whether the Applicants have a legal interest in invoking the Court's jurisdiction concerning the obligations imposed on the Respondent by the conduct clauses.

One of the arguments in denial of the Applicants' legal interest in the Respondent's observance of the conduct clauses is that the Applicants do not suffer any injuries from non-observance of the conduct clauses. The Applicants, however, may not suffer any injuries in the sense that their own State interests or the interests of their nationals are injured. The injuries need not be physical and material, but may be psychological and immaterial, and this latter kind of injuries may exist for the Applicants in the case of non-observance by the Respondent of the conduct clauses.

The supreme objectives of the mandates system, namely the promotion of the well-being and social progress of the inhabitants of the Territory mentioned in Article 2, paragraph 2, of the Mandate, in spite of their highly abstract nature, cannot be denied the nature of a legal interest in which all Members of the League participate.

As we have seen above, there exist two categories of legal relationships in the mandates system from the viewpoint of the Members of the League: the one is its individual side and the other is its corporate side.

non pas l'intérêt juridique en soi, mais le lien qui l'unit aux personnes qui le possèdent, autrement dit la question de savoir si l'existence d'un intérêt juridique donne aux demandeurs, en tant qu'Etats Membres de la Société des Nations, le droit de saisir la Cour internationale de Justice.

Tout membre d'une société humaine — sur le plan national comme sur le plan international — a intérêt à la réalisation de la justice sociale et de certains principes humanitaires. L'Etat membre d'une organisation internationale qui concrétise ces principes a nécessairement un intérêt. Dans la mesure où l'intérêt touche aux droits et aux obligations d'un Etat, on peut le qualifier d'intérêt juridique. L'Etat peut devenir le sujet ou le titulaire d'un intérêt juridique relatif à la justice sociale et à des questions humanitaires, mais cet intérêt l'oblige aussi à se préoccuper beaucoup de l'attitude adoptée par d'autres Etats, notamment les Etats qui sont parties au même traité que lui ou membres de la même organisation. Bref, nous dirons que tout Etat peut avoir un intérêt juridique à ce que les autres Etats s'acquittent des obligations qui leur incombent.

Les mécanismes mis en place pour l'application des traités et la marche des organisations susmentionnés prévoient des procédures garantissant l'exécution de ces obligations, bien que ces procédures ne soient pas uniformes et tiennent compte des différences dans l'objectif et la structure de chaque traité et de chaque organisation.

La question est de savoir si, en vertu du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat, les demandeurs possèdent le droit de saisir la Cour lorsque le défendeur viole certaines dispositions du Mandat relatives à la gestion; il s'agit donc de savoir si les demandeurs ont un intérêt juridique à invoquer la juridiction de la Cour en ce qui concerne les obligations que les dispositions relatives à la gestion imposent au défendeur.

Pour contester aux demandeurs tout intérêt juridique à l'exécution par le défendeur des dispositions relatives à la gestion, on fait valoir notamment que l'inobservation de ces dispositions n'inflige aux demandeurs aucun préjudice. Il se peut en effet que les demandeurs ne soient atteints ni dans leurs intérêts nationaux propres ni dans les intérêts de leurs ressortissants. Mais le préjudice n'est pas nécessairement concret et physique, il peut être psychologique et non tangible, et les demandeurs peuvent subir des préjudices de cet ordre si le défendeur ne respecte pas les dispositions relatives à la gestion.

On ne saurait dire que les objectifs suprêmes du système des Mandats, à savoir l'accroissement du bien-être et du progrès social des habitants du territoire, dont il est question au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et qui ont un caractère extrêmement abstrait, ne correspondent pas à un intérêt de nature juridique dont bénéficient tous les Etats Membres de la Société des Nations.

Comme nous l'avons vu plus haut, il existe, dans le cadre du système des Mandats, deux catégories de liens juridiques pour les Etats Membres de la Société des Nations: un lien de caractère individuel et un lien de caractère social.

Now, the existence of the corporate side in regard to the Mandate is in question.

One ground for denying to a Member of the League the right to have recourse to the International Court of Justice under Article 7, paragraph 2, of the Mandate, seems to be that this right, being of a public nature, cannot be exercised by a Member of the League. Only the League could possess such right and exercise it notwithstanding the fact that States only may become parties in cases before the Court. If a Member of the League exercises a right which should belong to the League as a whole, this would be nothing but an act *ultra vires*.

Here we must consider whether it is not legally impossible that in the case of an organization an individual member of it can act as an organ of the whole.

In the field of corporation law, such phenomena are highly developed. In some countries we find the institution of a representative suit by a shareholder against the administration. Each shareholder not only possesses individual rights in respect of dividends and rights to participate in the assembly and to vote, but can behave independently of the administration and of the assembly in bringing a law suit on behalf of the corporation. In this case, in the position of a shareholder, the corporate and individual elements are intermingled. As a result, even if a Member of the League has a right to have recourse to the International Court by virtue of Article 7, paragraph 2, on the ground of non-compliance by the Mandatory with the obligations of Article 2, paragraph 2, of the Mandate, it cannot be considered as unjust. In the present cases, the Applicants appear formally in an individual capacity as Members of the League, but they are acting substantially in a representative capacity. That not only the Council, but the Member States of the League are equally interested in the proper administration of the mandated territory, is quite natural and significant. In this respect, the individual Member States of the League penetrate the corporate veil of the League and function independently of the League.

There are two main reasonings upon which the Court's denial of the Applicants' legal right now appears to be based. The one is the juridical character and structure of the institution, the League of Nations, within the framework of which the mandates system is both created and enshrined. The League functions "through the instrumentality of an Assembly and a Council" and "no role was reserved either by the Covenant or the mandate instruments to individual members . . .".

We cannot deny that the League and the mandates system possess such structure that the member States as individuals are fundamentally excluded from participation in the functioning of the League and the mandates system and that rights cannot be derived from the mere fact of membership of the organization in itself. The question remains as

Or, c'est l'existence d'un lien de caractère social par rapport au Mandat qui est ici en cause.

L'un des motifs pour lesquels on conteste à un Etat Membre de la Société des Nations le droit de saisir la Cour internationale de Justice en vertu du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat paraît être que ce droit, collectif par nature, ne peut pas être exercé par un Etat Membre de la Société des Nations. Seule la Société elle-même pourrait avoir ce droit et l'exercer, indépendamment du fait que seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour. Si un Etat Membre devait exercer un droit n'appartenant qu'à la Société dans son ensemble, ce serait purement et simplement un excès de pouvoir.

Nous devons ici examiner le point de savoir s'il est juridiquement possible qu'un membre d'une organisation soit fondé à agir pour le compte de l'ensemble.

Dans le droit des sociétés de tels phénomènes sont très fréquents. Certains pays connaissent l'institution du procès par représentation qu'un actionnaire peut intenter à l'encontre de la direction de la société. Non seulement un actionnaire possède des droits propres relativement aux dividendes, le droit de participer aux travaux de l'assemblée générale de la société et le droit de vote, mais il peut aussi agir indépendamment de la direction et de l'assemblée et engager une action au nom de la société. En pareil cas, chez l'actionnaire, l'élément social et l'élément individuel sont étroitement mêlés. Par suite, on ne saurait considérer comme contraire au droit que les Etats Membres de la Société des Nations soient habilités, en application du deuxième alinéa de l'article 7, à intenter devant la Cour internationale une action contre le Mandataire motif pris de ce qu'il ne s'acquitte pas des obligations que lui impose le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat. En la présente instance, les demandeurs se présentent officiellement devant la Cour à titre individuel, en qualité d'Etats Membres de la Société des Nations, mais en réalité ils agissent à titre de représentants. Que non seulement le Conseil, mais les Etats Membres aient également intérêt à la bonne administration du territoire sous Mandat est tout à fait normal et significatif. A cet égard, les Etats Membres écartent le voile social de l'organisation et agissent indépendamment d'elle.

La Cour conteste le droit d'agir aux demandeurs en se fondant, semble-t-il, sur deux motifs principaux. Elle fait état, en premier lieu, de la nature et de la structure juridiques de la Société des Nations, institution dans le cadre de laquelle le système des Mandats a été créé et maintenu. « L'action de la Société ... s'exerce par une Assemblée et un Conseil » et « ni le Pacte ni les actes de Mandat ne faisaient jouer aux Membres de la Société des Nations à titre individuel un rôle quelconque... »

Il est indéniable que la Société des Nations et le système des Mandats ont une structure telle que les Etats Membres, à titre individuel, sont fondamentalement exclus de leur fonctionnement et que le simple fait d'appartenir à l'organisation ne crée pas de droits en soi. Il reste cependant à savoir si la structure sociale de la Société des Nations s'op-

to whether the corporate structure of the League excludes the possibility that the mandate instrument may confer upon the individual member States the right to have recourse to the International Court on matters concerning the "conduct" clause. The answer depends upon the interpretation of Article 7, paragraph 2, of the Mandate.

The other reasoning is, that, in the Court's opinion, the Applicants do not possess a legal right directly or by a clearly necessary implication, through a substantive and not merely adjectival provision of the Mandate in the same way as they possess it by virtue of Article 5 of the Mandate which is concerned with the so-called "national rights" of the Member States. But in this case, whether a substantive right is conferred on member States by that provision or not, is highly doubtful.

It seems that by the effect of this provision the member States and their nationals are simply accorded an interest as beneficiaries in connection with the proper administration of the Mandate. This fact is clear from the first half of the said Article which is concerned with the guarantee of freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship—matters which concern the inhabitants in general, and not only the member States.

Although Article 5 of the Mandate is partly concerned with the national interest of the member States of the League, the nature of this provision is not fundamentally different from that of the rest of the provisions of the Mandate. It possesses the same nature as the "conduct" clause. It does not confer upon the member States any substantive right. They receive only a certain benefit as a "reflective" effect of the mandate instrument, but not any right as an effect of an independent juridical act which does not exist.

Incidentally, Article 5 of the Mandate mentions "all missionaries, nationals of any State Member of the League of Nations". But this phrase does not mean that any member State possesses a right concerning its missionaries and nationals, because it is used simply to identify the missionaries and nationals. Whether the member States of the League possess the right of diplomatic protection is another matter.

Accordingly, the distinction between the "conduct" clause and the "national" clause is not an essential one. The latter must be considered as an integral part of the Mandatory's obligations which are derived from the objectives of the mandates system, namely the promotion of material and moral well-being and social progress. Whether some of the obligations are related to the interest of some of the member States of the League or not, is quite immaterial to the nature of Article 5 of the Mandate.

Therefore the classification of the mandate provisions into two categories, namely the conduct clause and the national clause is of secondary importance.

As to the argument that the substantive right of the Applicants must

pose à ce que l'instrument de Mandat confère aux Etats Membres, à titre individuel, le droit de porter devant la Cour internationale de Justice des différends concernant les dispositions relatives à la gestion. La réponse à cette question dépend de l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

L'autre motif retenu par la Cour est que les demandeurs ne possèdent pas de droit conféré, soit directement, soit implicitement mais de manière claire et inéluctable, dans une disposition de fond et non une simple disposition de procédure du Mandat, alors qu'ils possèdent un tel droit en vertu de l'article 5 du Mandat qui concerne ce que l'on appelle les *droits nationaux* des Etats Membres. Mais, dans ce dernier cas, il est extrêmement douteux qu'un droit touchant au fond soit attribué aux Etats Membres.

Il semble en effet que cette disposition accorde simplement aux Etats Membres et à leurs ressortissants un intérêt, à titre de bénéficiaires, quant à la bonne administration du Mandat. Cela ressort clairement du début de cet article, qui vise à garantir la liberté de conscience et le libre exercice de tous les cultes — questions qui concernent les habitants en général, et non pas seulement les Etats Membres.

Bien que l'article 5 du Mandat vise en partie l'intérêt national des Etats Membres de la Société des Nations, il n'est pas par nature fondamentalement différent de toutes les autres dispositions du Mandat. Il est de la même nature que les dispositions relatives à la gestion. Il ne confère aux Etats Membres aucun droit touchant au fond. Les Etats Membres tirent en un certain sens quelque profit, comme par ricochet, de l'instrument de Mandat mais ils n'en tirent aucun droit, comme ils le pourraient par l'effet d'un acte juridique distinct qui n'existe pas.

Il y a lieu de noter par parenthèse que l'article 5 du Mandat fait mention de « tous les missionnaires, sujets ou citoyens de tout Membre de la Société des Nations ». Mais cela ne veut pas dire que tout Etat Membre, quel qu'il soit, ait des droits concernant ses missionnaires et ressortissants, car le texte vise simplement à préciser l'identité de ces missionnaires et ressortissants. Quant à savoir si les Etats Membres ont le droit de protection diplomatique, c'est une autre question.

Il n'y a donc pas de distinction fondamentale entre les dispositions relatives à la gestion et les dispositions relatives aux droits nationaux. Il faut considérer ces dernières dispositions comme faisant partie intégrante des obligations du Mandataire, lesquelles procèdent directement des objectifs du système des Mandats, c'est-à-dire de la nécessité d'accroître le bien-être matériel et moral et le progrès social des habitants. Que certaines obligations concernent ou non l'intérêt d'Etats Membres de la Société des Nations ne change rien à la nature de l'article 5 du Mandat.

Par suite, distinguer dans le Mandat deux catégories de dispositions, celles qui ont trait à la gestion et celles qui ont trait aux droits nationaux, ne revêt qu'une importance secondaire.

A propos de l'argument d'après lequel le droit des demandeurs doit



be found, not in the jurisdictional, adjectival provision but in the substantive provision, we feel we should point out that in the Mandate the substantive and procedural elements are inseparably intermingled and that Article 7, paragraph 2, can confer substantive rights on the individual member States of the League. This conclusion must be justified, if we approve the above-mentioned viewpoint that Article 5 of the Mandate does not confer upon the member States of the League any substantive right. The source of their right cannot be sought elsewhere than in Article 7, paragraph 2, in connection with other provisions of the Mandate.

In this connection, we cannot overlook the dissenting opinions of Judges de Bustamante and Oda appended to the Judgment of the *Mavrommatis Concessions* case. Both emphasize what they consider as essential in the compromissory clause. Judge de Bustamante says:

“As the latter [the League of Nations] could not appear as a party to a dispute concerning the application or interpretation of the Mandate, having regard to the restrictive terms of Article 34 of the Court’s Statute, it is the Members of the League who have been authorized, in their capacity as Members, to bring before the Court questions regarding the interpretation or application of the Mandate.” (*P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 81.)

“Whenever Great Britain as Mandatory performs in Palestine under the Mandate acts of a general nature affecting the public interest, the Members of the League—from which she holds the Mandate—are entitled, provided that all other conditions are fulfilled, to have recourse to the Permanent Court. On the other hand, when Great Britain takes action affecting private interests and in respect of individuals and private companies in her capacity as the Administration of Palestine, there is no question of juridical relations between the Mandatory and the Members of the League from which she holds the Mandate, but of legal relations between third parties who have nothing to do with the Mandate itself from the standpoint of public law.” (*Ibid.*, pp. 81-82.)

Next, Judge Oda, pursuing the same idea more clearly, says:

“Since the Mandate establishes a special legal relationship, it is natural that the League of Nations, which issued the Mandate, should have rights of supervision as regards the Mandatory. Under the Mandate, in addition to the direct supervision of the Council of the League of Nations (Articles 24 and 25) provision is made for indirect supervision by the Court; but the latter may only be exercised at the request of a Member of the League of Nations (Article 26). It is therefore to be supposed that an application by such a Member must be made exclusively with a view to the protection of general interests and that it is not admissible for a State

nécessairement procéder, non pas de la clause juridictionnelle, c'est-à-dire d'une disposition de procédure, mais de dispositions touchant au fond, il y a lieu de souligner qu'à notre avis les éléments de fond et les éléments de procédure sont inextricablement liés les uns aux autres dans le Mandat et que le deuxième alinéa de l'article 7 peut conférer des droits de fond aux Etats Membres de la Société des Nations à titre individuel. C'est la conclusion qui s'impose si l'on reconnaît, comme nous venons de l'exposer, que l'article 5 du Mandat ne confère aux Etats Membres aucun droit touchant au fond. Les Etats Membres ne peuvent tenir leur droit que du deuxième alinéa de l'article 7, en liaison avec d'autres dispositions du Mandat.

Sur ce point, nous ne pouvons pas ne pas tenir compte des opinions dissidentes de MM. de Bustamante et Oda jointes à l'arrêt de la Cour permanente dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*. L'un et l'autre soulignent ce qui est pour eux essentiel dans la clause compromissoire. M. de Bustamante s'exprime ainsi :

« Comme celle-ci [la Société des Nations] ne pouvait pas comparaître en qualité de partie dans un litige relatif à l'application ou à l'interprétation du Mandat, étant donné les termes restrictifs de l'article 34 du Statut de la Cour, ce sont les Membres de la Société qui ont été autorisés, en leur condition de Membres, à porter devant la Cour les questions relatives à l'interprétation ou à l'application du Mandat. » (*C.P.I.J. série A n° 2*, p. 81.)

« Chaque fois que le Grande-Bretagne, comme Mandataire, agit dans la Palestine en vertu du Mandat d'une façon générale et au point de vue de l'intérêt public, les Membres de la Société mandante ont le droit, toutes les autres conditions remplies, de demander l'intervention de la Cour permanente. Au contraire, quand la Grande-Bretagne agit au point de vue des intérêts particuliers et en face des individus ou des associations privées comme autorité publique en Palestine, nous ne sommes pas en présence de relations juridiques entre le Mandataire et les Membres de la Société mandante, mais en présence de relations juridiques entre des tiers qui n'ont rien à faire avec le Mandat même, au point de vue du droit public. » (*Ibid.*, p. 81-82.)

M. Oda déclare plus clairement encore sur la même question :

« Etant donné que le Mandat institue des rapports juridiques spéciaux, il est naturel que la Société des Nations, qui est le Mandant, ait des droits de surveillance envers le Mandataire. Suivant le Mandat, outre le droit de surveillance directe du Conseil de la Société des Nations (articles 24 et 25), un droit de surveillance indirecte est donné à la Cour, à la condition qu'il puisse être exercé seulement à la demande d'un Membre de la Société des Nations (article 26). Il faut donc considérer que la requête de celui-ci doit être présentée exclusivement en vue de sauvegarder un intérêt général et que la simple subrogation de l'Etat à un individu

simply to substitute itself for a private person in order to assert his private claims." (*Ibid.*, p. 86).

Although these views of the two dissenting Judges have remained minority opinions on this matter and were recently criticized by Judge Winiarski (dissenting opinion in *South West Africa* cases, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 450, 451), we cannot fail to attach importance to the fact that, shortly after the inception of the mandates system, such opinions, even if they were minority, existed.

Another strong argument raised by Judges Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice in the joint dissenting opinion to the 1962 Judgment (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 552, 553), against the admissibility of the Applicants' claim is related to the character of interest which, it is contended, does not allow a settlement to be achieved. The arguments are related to the question of competence with regard to settlement.

The dispute within the meaning of Article 7, paragraph 2, must be one which cannot be settled by negotiation.

Well, in the present cases, the dispute in which the interest is incorporated is of a humanitarian character which does not appear to be compatible with the possibility of settlement by negotiation. It will furnish a strong reason to support the argument denying the admissibility of the claim in the present cases, because the law suit is in some sense an act of disposal of interest and, in this case, the dispute is mainly concerned with fundamental human rights which are called *inalienable*.

The joint dissenting opinion (*ibid.*, p. 551), denies the possibility of settlement of the dispute by negotiation *inter se*—namely between the Applicant and Respondent States. The reason seems to be based, on the one hand on the nature of the dispute which does not relate to their own State interests or those of their nationals, but belongs to the "conduct of the Mandate" type—the "sacred trust"; on the other hand, on the incapability of any settlement negotiated between single States, such as the Applicant States and the Mandatory.

The inherent incapability of settlement of subject-matter such as the sacred trust, to be settled by negotiation, however, does not exclude the possibility of compromise concerning detailed policies and measures in order to implement the fundamental principles of the Mandate. Implementation is essentially a matter of degree and is therefore susceptible of compromise. Accordingly, we cannot consider that the nature of a dispute which is concerned with the sacred trust is incompatible with settlement by negotiation.

The question of competence to settle by negotiation must be decided from the point of view that the Applicants as Members of the League individually and at the same time as its organ possess a legal interest in the realization of the sacred trust and therefore competence to settle the dispute by negotiation.

pour faire valoir un intérêt privé est inadmissible. » (*Ibid.*, p. 86.)

Bien que les vues de ces deux juges dissidents soient restées minoritaires sur ce point et aient récemment fait l'objet de critiques de la part de M. Winiarski (opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 450-451), nous croyons devoir attacher de l'importance au fait que, si peu de temps après la mise en œuvre du système des Mandats, ces opinions, minoritaires sans doute, aient néanmoins été formulées.

Sir Percy Spender et sir Gerald Fitzmaurice, dans leur opinion dissidente commune jointe à l'arrêt de 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 552-553), présentent un autre argument de poids à l'encontre de la recevabilité de la demande en se référant au caractère de l'intérêt en cause, lequel, soutiennent-ils, ne permet pas que l'on aboutisse à un règlement. La thèse présentée porte sur la question de la compétence en matière de règlement.

Le différend, au sens du deuxième alinéa de l'article 7, doit nécessairement être tel qu'il ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations.

Or, en l'espèce, le différend et l'intérêt qu'il implique revêtent un caractère humanitaire qui semble peu compatible avec un règlement négocié. Cela est nettement favorable à l'idée que la demande est irrecevable, car tout procès amène en un certain sens à statuer sur un intérêt et, en la présente instance, le différend porte avant tout sur des droits de l'homme fondamentaux que l'on dit *inaliénables*.

Les auteurs de l'opinion dissidente commune (*ibid.*, p. 551), nient qu'il soit possible aux Etats demandeurs et à l'Etat défendeur de régler le différend en négociant entre eux. Cela tient en partie, semble-t-il, à la nature du différend, qui ne concerne pas leurs intérêts nationaux ni ceux de leurs ressortissants mais touche aux dispositions relatives à la gestion du Mandat, c'est-à-dire à la « mission sacrée de civilisation »; cela tient aussi en partie à l'impossibilité de procéder à un règlement quelconque qui ne serait négocié que par des Etats à titre individuel, tels que les demandeurs et le Mandataire.

Toutefois l'impossibilité fondamentale de régler par voie de négociation des questions relevant par exemple de la mission sacrée de civilisation n'empêche pas que l'on puisse arriver à un compromis concernant telle ou telle politique ou telles ou telles mesures en vue de mettre en œuvre les principes fondamentaux du Mandat. La mise en œuvre, qui est par nature une question de degré, se prête au compromis. Il ne nous est donc pas permis de conclure qu'un différend relatif à la mission sacrée de civilisation ne saurait, par nature, être réglé par voie de négociation.

La question de la compétence requise pour procéder à un règlement par voie de négociation doit être tranchée du point de vue suivant: les demandeurs, en qualité de Membres de la Société des Nations, à la fois à titre individuel et en tant qu'organes de la Société, ont un intérêt juridique à l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation et sont donc habilités à régler le différend par voie de négociation.

It may reasonably be feared that, if each individual Member of the League possesses a right to institute proceedings against the Mandatory by reason of non-compliance with the conduct clauses, repetitious suits against the Mandatory would arise, procedural chaos would prevail and the legal situation of the Mandatory would be highly precarious.

In circumstances in which the binding power, *erga omnes* effect, of a decision of this category is lacking, one is obliged to rely solely upon the possibility of intervention (Articles 62, 63 of the Statute), the wisdom of the Court and the common-sense of those concerned until legislative arrangement and adjustment will be made to attain uniformity of decision. These possible abnormalities, arising from the defect of the machinery, however, should not be a reason for denying a right to have recourse to the International Court by reason of non-compliance by the Mandatory of the conduct clauses of the Mandate.

As we have seen above, the interests involved in the mandates system are multiple. The Applicants in their capacity as Members of the League possess a legal interest in compliance by the Respondent with the obligations imposed by the conduct clauses of the Mandate. The Applicants, on the other side, can have individual interests which are classified in two categories: on the one hand, State interests and on the other, the interests of their own nationals. Although these interests may exist in connection with the administration of the Mandate, they are only incidental to the mandates system. Far more important are the general interests which are inherent in the Mandate itself and which cannot be ignored in the interpretation of the compromissory clause in the Mandate.

As we have seen above, it is argued that the supervision of the Mandate belongs to the Council of the League and to this body only, not to individual Members of the League; therefore they possess no right to invoke the Court's jurisdiction in matters concerning the general administration of the Mandate, nor does the Court possess power to adjudicate on such matters.

However, the existence of the Council as a supervisory organ of the Mandate cannot be considered as contradictory to the existence of the Court as an organ of judicial protection of the Mandate. The former, being in charge of the policies and administration of the Mandatory and the latter, being in charge of the legal aspects of the Mandate, they cannot be substituted the one for the other and their activities need not necessarily overlap or contradict one another. They belong to different planes. The one cannot be regarded as exercising appellate jurisdiction over the other.

As long as the compromissory clause is adopted in a mandate agreement and the scope and limit of its application are by reason of the vagueness of the terms of the provision not clear, it is quite natural

Si chaque Membre de la Société des Nations possède à titre individuel le droit d'intenter une action contre le Mandataire motif pris de ce que celui-ci ne respecte pas les dispositions relatives à la gestion du Mandat, on peut raisonnablement craindre que le Mandataire se voie l'objet de poursuites incessantes, que le chaos règne sur le plan de la procédure et que la situation juridique du Mandataire soit extrêmement précaire.

Quand les circonstances sont telles qu'une décision ne peut avoir force obligatoire et être valable *erga omnes*, on est contraint de s'en remettre exclusivement à la possibilité d'interventions (articles 62 et 63 du Statut de la Cour), à la sagesse de la Cour et au bon sens des intéressés, jusqu'au moment où l'on procédera aux adaptations et arrangements législatifs indispensables pour assurer l'uniformité des décisions. Toutefois ces anomalies éventuelles, imputables à un défaut du mécanisme, ne justifient pas que l'on nie tout droit d'action devant la Cour internationale en cas d'inexécution par le Mandataire des dispositions relatives à la gestion du Mandat.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, les intérêts que le système des Mandats met en jeu sont multiples. Les demandeurs, en leur qualité d'Etats Membres de la Société des Nations, ont un intérêt juridique à ce que le défendeur s'acquitte des obligations que lui imposent les dispositions relatives à la gestion du Mandat. Les demandeurs peuvent d'autre part avoir à titre individuel des intérêts qui sont de deux ordres: leurs intérêts propres en tant qu'Etats et les intérêts de leurs ressortissants. Bien que l'administration du Mandat puisse mettre en jeu les intérêts de la seconde catégorie, ceux-ci ne sont qu'accessoirés par rapport au système des Mandats. Les intérêts d'ordre général revêtent beaucoup plus d'importance car ils sont inhérents au Mandat lui-même et doivent nécessairement être pris en considération aux fins de l'interprétation de la clause compromissoire du Mandat.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, on soutient que la fonction de surveillance à exercer sur le Mandat revient au Conseil de la Société des Nations et à cet organe seul, non pas aux Etats Membres de la Société à titre individuel; par suite, ceux-ci n'auraient nullement le droit d'invoquer la juridiction de la Cour pour des questions concernant l'administration générale du Mandat et la Cour ne serait pas non plus habilitée à se prononcer sur pareilles questions.

Toutefois, nous ne saurions considérer comme contradictoire d'avoir à la fois le Conseil en tant qu'organe de surveillance du Mandat et la Cour en tant qu'organe de protection judiciaire du Mandat. Le Conseil ayant la responsabilité de la politique et de l'administration du Mandataire et la Cour ayant la responsabilité du Mandat sous ses aspects juridiques, ils ne peuvent se substituer l'un à l'autre et leurs activités ne se recoupent et ne se contredisent pas nécessairement. Ces deux organes existent sur des plans différents. On ne saurait dire du second qu'il constitue une juridiction d'appel par rapport au premier.

Du moment que l'on a adopté dans un accord de Mandat une clause compromissoire dont la portée et l'application demeurent mal déterminées parce que le texte même en est vague, il est parfaitement naturel

that we should seek the just criterion of interpretation *in* the principle of the Mandate, that the well-being and development of peoples not yet able to stand by themselves form a sacred trust of civilization. This principle presents itself as a criterion of interpretation of the provisions of the Mandate including Article 7, paragraph 2. Such is the conclusion of a teleological interpretation of Article 7, paragraph 2, of the Mandate. Article 7, paragraph 2, does not specify the dispute; it says, "any dispute whatever". The dispute may relate to the interpretation or the application of the "provisions" of the Mandate. There is no reason for concluding that this dispute should be limited to the kinds of dispute involving the individual interests of the member States of the League and that the provisions should mean only those which protect such kinds of interest.

The above-mentioned conclusion is precisely in conformity with a literal interpretation of Article 7, paragraph 2, namely the "natural and ordinary meaning" of the terms of its text.

In sum, Article 7, paragraph 2, as the means of judicial protection of the Mandate cannot be interpreted in such a way that it ignores the most fundamental and essential obligations of the Mandatory to carry out the "sacred trust" and excludes the "conduct clauses" from the "provisions" to which Article 7, paragraph 2, shall be applied. We must not lose sight of what is essential in the face of what is incidental.

For the above-mentioned reasons, we consider that the Applicants are entitled to have recourse to the International Court of Justice, because our view is that the present dispute, involving a legal interest of the Applicants, falls within the scope and limit of the application of Article 7, paragraph 2, of the Mandate. Accordingly, we are unable to concur in the Court's opinion that the Applicants' claims are, on the ground of the lack of any legal right or interest, to be rejected.

## II

Before going into the examination on the merits of the present cases, we are confronted with a preliminary question concerning the *res judicata* which shall be recognized or denied to the Court's foregoing decisions on identical matters.

The first question which we must decide at the stage of the merits, is the question of the existence or otherwise of the Mandate after the dissolution of the League. This question is, without doubt, the core of the present cases in the sense that whole obligations and rights of the Respondent as Mandatory depend on the solution of this question.

This question has been envisaged by the Court twice. The Advisory Opinion of 11 July 1950 denied the annihilative effect of the dissolution of the League and recognized the continuance of the obligations of the

de vouloir trouver le juste critère d'interprétation *dans* le principe même du Mandat, qui est que le bien-être et le développement de peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes forment une mission sacrée de civilisation. Ce principe constitue un critère d'interprétation des dispositions du Mandat, y compris des dispositions du deuxième alinéa de l'article 7. Voilà la conclusion à laquelle permet d'aboutir une interprétation téléologique du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat. Ce deuxième alinéa de l'article 7 ne précise pas de quel différend il doit s'agir; il est fait mention de «tout différend, quel qu'il soit». Le différend peut porter sur l'interprétation ou l'application des «dispositions» du Mandat. Rien ne permet de conclure qu'il doive porter exclusivement sur les intérêts propres des Etats Membres de la Société des Nations et que les «dispositions» visées concernent exclusivement celles qui tendent à protéger lesdits intérêts.

La conclusion ci-dessus est précisément conforme à une interprétation littérale du deuxième alinéa de l'article 7, c'est-à-dire au «sens naturel et ordinaire» des termes du texte.

En somme, le deuxième alinéa de l'article 7, constituant le moyen de protection judiciaire du Mandat, ne peut recevoir une interprétation qui ne tienne aucun compte des obligations absolument fondamentales imposées au Mandataire s'agissant de l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation et qui exclue les dispositions relatives à la gestion des «dispositions» auxquelles ce deuxième alinéa de l'article 7 doit précisément s'appliquer. Il ne faut pas perdre de vue l'essentiel au profit du contingent.

Pour les raisons ci-dessus, nous estimons que les demandeurs sont fondés à intenter un recours devant la Cour internationale de Justice, car à notre avis le présent différend, mettant en jeu un intérêt juridique des demandeurs, s'inscrit bien dans le cadre et dans les limites d'application du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat. Par suite, nous sommes dans l'impossibilité de souscrire à l'opinion de la Cour lorsqu'elle déclare que les demandes doivent être rejetées, faute d'un droit ou intérêt juridique.

## II

Avant d'étudier les présentes affaires au fond, nous devons répondre à une question préliminaire concernant la force de chose jugée qu'il faut ou non reconnaître aux décisions antérieurement rendues par la Cour sur des points identiques.

La première question à trancher au stade du fond est celle de savoir si le Mandat est ou non resté en vigueur après dissolution de la Société des Nations. Cette question se situe indubitablement au cœur même des présentes affaires en ce sens que l'ensemble des obligations et des droits du défendeur en qualité de Mandataire dépend de la réponse qu'on lui donne.

La Cour a étudié cette question à deux reprises. Dans son avis consultatif du 11 juillet 1950, elle a estimé que la dissolution de la Société des Nations n'avait pas d'effet destructeur et reconnu que le défendeur



Respondent under the Mandate. Next, in the preliminary objections stage of the present cases the Respondent's first preliminary objection was the denial to the Mandate of the character of "a treaty or convention in force" within the meaning of Article 37 of the Statute, an argument based on the doctrine of the lapse of the Mandate automatically caused by the dissolution of the League. This objection, however, was dismissed by the Judgment of 1962.

The effect of the dissolution of the League upon the survival of the Mandate is questioned for the third time in the proceedings on the merits of the present cases.

Before we go into the examination of the issue of the survival or otherwise of the Mandate, we must solve a question concerning the effect of the Court's Advisory Opinion in 1950 and the decision of the Court in 1962. If the Court's finding of 1950 or the decision of 1962 establish any *res judicata* the examination *de novo* of this issue would become as a whole or partially impermissible or at least superfluous.

Firstly, concerning the Advisory Opinion of 1950, it has no binding force upon those concerned, namely no *res judicata* results from an advisory opinion for the purposes of subsequent litigation, even if the issue is identical. This point constitutes a difference between advisory and contentious proceedings. The structure of the proceedings is not the same, and the concept of parties in the same sense as in the latter does not exist in the former. This legal nature of an advisory opinion does not prevent that, as an authoritative pronouncement of what the law is, its content will have an influence upon the Court's decision on the same legal issue, irrespective of whether or not this issue constitutes a part of a subsequent stage of the same affairs.

Judge Sir Hersch Lauterpacht expressed in a separate opinion his view that:

"The Opinion of 11 July 1950 has been accepted and approved by the General Assembly. Whatever may be its binding force as part of international law—a question upon which the Court need not express a view—it is the law recognized by the United Nations. It continues to be so although the Government of South Africa has declined to accept it as binding upon it and although it has acted in disregard of the international obligations as declared by the Court in that Opinion." (*I.C.J. Reports 1956*, pp. 46-47.)

The opinion of Judge Lauterpacht does not appear to attribute *res judicata* to the 1950 Opinion, but to recognize its authoritative meaning as to the interpretation of an issue of the same kind.

There is no doubt that—

"... the International Court does not adhere to the doctrine of *stare decisis*; nevertheless it will not readily depart from a prior ruling, especially if the subsequent proceeding involves issues of fact and law identical in every respect to those in the prior proceeding". (Memorials, p. 97.)

demeurait soumis aux obligations lui incombant au titre du Mandat. Puis en la présente instance, au stade des exceptions préliminaires, le défendeur a, dans sa première exception, dénié au Mandat le caractère d'« un traité ou [d']une convention en vigueur » au sens de l'article 37 du Statut, sa thèse étant que la dissolution de la Société des Nations avait automatiquement entraîné la caducité du Mandat. La Cour a rejeté cette exception par son arrêt de 1962.

Pour la troisième fois, au stade de l'examen au fond des présentes affaires, on s'interroge sur l'effet que la dissolution de la Société des Nations peut avoir eu sur la survivance du Mandat.

Avant d'examiner si le Mandat a survécu ou non, nous devons résoudre une question relative à l'effet de l'avis consultatif émis par la Cour en 1950 et de l'arrêt qu'elle a rendu en 1962. Si la conclusion de la Cour en 1950 ou sa décision de 1962 ont autorité de chose jugée, une nouvelle étude du problème de la caducité du Mandat devient intégralement ou partiellement inadmissible, ou du moins superflue.

Tout d'abord, l'avis consultatif de 1950 ne peut pas avoir force obligatoire pour les intéressés, autrement dit un avis consultatif n'a pas autorité de chose jugée aux fins d'un litige ultérieur, même si la question à trancher est exactement la même. Il y a là une différence entre la procédure consultative et la procédure contentieuse. La structure de la procédure n'est pas la même dans les deux cas et la notion de partie telle qu'elle apparaît au contentieux n'existe pas dans la procédure consultative. Indépendamment de ce caractère juridique propre, l'avis consultatif n'en définit pas moins avec autorité ce qu'est le droit et sa teneur influe sur toute décision que la Cour prendra sur le même problème juridique, qu'il s'agisse ou non d'une phase ultérieure de la même instance.

Dans une opinion individuelle, sir Hersch Lauterpacht a déclaré :

« L'Assemblée générale a accepté et approuvé l'avis du 11 juillet 1950. Quelle que puisse être sa force obligatoire comme élément du droit international — question sur laquelle la Cour n'a pas à se prononcer —, il est la loi reconnue par les Nations Unies. Il continue d'en être ainsi, bien que le Gouvernement sud-africain ait refusé de l'accepter comme obligatoire pour lui-même, et bien que ce gouvernement ait agi sans tenir compte des obligations internationales telles que les a définies la Cour dans cet avis. » (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 46-47.)

Sir Hersch Lauterpacht ne semble pas attribuer force de chose jugée à l'avis de 1950 mais reconnaît qu'il fait néanmoins autorité pour l'interprétation d'une question de même nature.

Il est indubitable que

« la Cour internationale n'adhère pas à la doctrine du *stare decisis*; néanmoins, elle ne s'écartera pas volontiers d'une décision précédente, surtout si la procédure ultérieure implique des questions de fait et de droit identiques à tous égards à celles de la précédente procédure » (mémoires, p. 97).

The advisory opinion has *de facto* authority upon which the Court may rely in deciding subsequent cases which are identical with it or which involve the same kind of issue.

Judge Winiarski stated:

“Opinions are not formally binding on States nor on the organ which requests them, they do not have the authority of *res judicata*; but the Court must, in view of its high mission, attribute to them great legal value and a moral authority.” (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 91.*)

Next, the decision of 1962 needs to be considered.

It may be thought that the Court’s finding in the 1962 Judgment in favour of the survival of the Mandate would have the force of *res judicata* (Article 59 of the Statute), but that the effect of *res judicata* of this Judgment should be limited to the operative part of the Judgment and not extend to the reasons underlying it.

The effect of *res judicata* concerning a judgment on jurisdictional matters must be confined to the point of the existence or otherwise of the Court’s jurisdiction. In case of an affirmative decision, the only effect is that the Court shall proceed to examine the question of the merits. To the preliminary stage must not be attached more meaning than this.

At the preliminary objection stage of the present cases the question of the survival of the Mandate was examined. But this examination was made from the viewpoint of Article 7, paragraph 2, of the Mandate and Article 37 of the Statute, i.e., mainly from the angle of the jurisdiction of the Court and more thorough and exhaustive investigations and arguments might be expected at the merits stage. Therefore, the Court’s reasoning underlying its finding in the 1962 Judgment does not prohibit or make superfluous *de novo* arguments on the question of the survival or otherwise of the Mandate after the dissolution of the League. We could consider that the first preliminary objection which was linked with the question of the survival or otherwise of the Mandate could have been more appropriately joined to the merits.

This conclusion is justified by the distinction between preliminary objection proceedings and proceedings on the merits from the viewpoint of their objectives. What was decided in a finding in the preliminary objection proceedings as a basis of jurisdiction, must not be prejudicial to the decision on the merits, therefore may not have binding force vis-à-vis the parties; accordingly, in the present cases, it is permissible that the Respondent should deny and continue to deny the survival of the Mandate after the dissolution of the League, despite the fact that this issue was dealt with by the Court at the stage on jurisdiction, and despite the fact that the arguments might become repetitive.

Incidentally it should be indicated that the Applicants conceded that the 1950 Advisory Opinion was not binding upon the Respondent in the strict sense of *res judicata*, and that the Court’s 1962 Judgment

L'avis consultatif fait donc autorité *de facto*, de telle sorte que la Cour peut s'en inspirer pour trancher ultérieurement des affaires identiques ou visant des problèmes du même ordre.

Selon M. Winiarski :

« Les avis ne visent formellement ni les Etats ni l'organe qui les a demandés, ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée; mais la Cour doit à sa haute mission de leur attribuer une grande valeur juridique et une autorité morale. » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 91.*)

Voyons ensuite ce qu'il en est de la décision de 1962.

On peut penser que, la Cour s'étant dans son arrêt de 1962 prononcée en faveur de la survivance du Mandat, cette conclusion a force de chose jugée (article 59 du Statut) mais que la force de chose jugée que l'on peut attribuer à l'arrêt se limite nécessairement à son dispositif et ne s'étend pas à ses motifs.

L'autorité de chose jugée qui s'attache à un arrêt rendu sur des questions de compétence doit se limiter à la décision concernant effectivement la compétence de la Cour. Au cas où cette décision est positive, son seul effet est que la Cour doit poursuivre l'examen de l'affaire au fond. Au stade préliminaire, la décision n'a pas d'autre valeur que celle-là.

La question du maintien en vigueur du Mandat a été étudiée dans la présente instance au stade des exceptions préliminaires, mais elle l'a été du point de vue du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat et de l'article 37 du Statut, c'est-à-dire essentiellement sous l'angle de la compétence de la Cour, et l'on pouvait s'attendre au stade du fond à un approfondissement des recherches et de l'argumentation. Par conséquent les motifs sur lesquels la Cour s'est fondée dans son arrêt de 1962 n'interdisent pas, et ne rendent pas vaine, une discussion nouvelle sur la question de la survivance ou de la caducité du Mandat à la suite de la dissolution de la Société des Nations. Sans doute peut-on considérer que l'on aurait dû joindre au fond la première exception préliminaire qui se rapportait à cette question.

Notre conclusion se justifie par la distinction qui existe, du point de vue des objectifs visés, entre la procédure relative aux exceptions préliminaires et la procédure relative au fond. La décision prise à l'occasion d'une exception préliminaire et établissant la compétence de la Cour ne doit pas préjuger la décision au fond et n'a donc pas nécessairement force obligatoire pour les parties; par suite, en l'espèce, il est loisible au défendeur de nier et de persister à nier que le Mandat ait survécu à la dissolution de la Société des Nations, bien que la Cour ait traité de la question au stade juridictionnel et que les mêmes arguments risquent d'être répétés.

Il y a lieu de noter par parenthèse que les demandeurs ont reconnu que l'avis consultatif de 1950 ne liait pas le défendeur au sens strict de la *res judicata* et que l'arrêt rendu par la Cour en 1962 portait sur la question

related to the issue of competence and did not constitute an adjudication upon the merits of the dispute (Reply, p. 303).

Before going into an examination of the individual items of the Applicants' submissions, we must solve another question of a preliminary nature which is concerned with the matter of the scope and limit, freedom of expression for a dissenting judge. In the present cases, a question arises as to whether a dissenting judge is permitted to deal in his opinion with matters which are not included in the majority opinion, particularly questions regarding the alleged violations by the Respondent of the obligations under Article 2, paragraph 2, of the Mandate and Article 22 of the Covenant, the policy of apartheid, Respondent's accountability to the United Nations, etc.

This question is concerned with the interpretation of Article 57 of the Statute. As regards this question, we must first consider it from a general point of view.

In countries where the institution of separate (concurring and dissenting) opinions is adopted, an individual judge is not absorbed in an anonymous majority even in the system where an incognito majority opinion is elaborated, but he can maintain his own individual viewpoint by appending a concurring opinion. The opinion of the majority is nothing but the common denominator among the opinions of judges who constitute the majority, but do not necessarily agree on the reasoning.

From what is indicated above, we may say that the majority opinion presupposes the existence of diverse individual opinions which are common at least in the operative part of the decision, and that the free individual opinions of judges are logically foregoing to the majority opinion, notwithstanding the fact that the former may be gradually formulated during the process of the deliberations. Accordingly, we consider that the majority opinion cannot be conceived to establish any limits to the separate opinions of individual judges. The latter are perfectly independent of the former. This point must particularly be emphasized in the case of a dissenting opinion, because standing on a quite different footing from the majority opinion, its freedom must be greater.

Next, we shall consider this matter in the light of the present proceedings. The proceedings have gone through the preliminary objection stage and are at the stage of the merits. Now the Court has decided on the merits, but on a preliminary question of the legal interest leaving the rest of the questions on the merits undecided. The reason that the Court rejected the Applicants' claims, is the lack of their legal right or interest.

Disagreement between the dissenting view and the majority view is not limited to the matter of legal right or interest but it is concerned with the whole attitude *vis-à-vis* all questions on the merits. The dissenting judges are able to argue on the hypothesis that their contention regarding the existence of the Applicants' legal right or interest is well-founded.

de compétence et ne réglait pas le différend quant au fond (réplique, p. 303).

Avant d'examiner l'un après l'autre les divers éléments des conclusions des demandeurs, un problème d'ordre préliminaire reste encore à résoudre, celui de savoir quelle liberté d'expression est laissée au juge qui formule une opinion dissidente. En l'occurrence, on peut se demander si un juge est habilité à traiter dans son opinion dissidente de questions qui ne sont pas abordées dans l'opinion de la majorité, notamment de questions concernant la violation par le défendeur de ses obligations aux termes du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte, la politique d'*apartheid*, la responsabilité du défendeur à l'égard des Nations Unies, etc.

La question relève de l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 57 du Statut. Elle doit être étudiée d'abord d'un point de vue général.

Dans les pays où les juges peuvent formuler des opinions séparées (individuelles ou dissidentes), un juge ne fait pas simplement partie d'une majorité anonyme, même lorsque le système veut que l'opinion majoritaire soit formulée de manière impersonnelle; il peut indiquer ses vues personnelles en joignant à l'arrêt une opinion individuelle. L'opinion de la majorité ne représente que le dénominateur commun des juges de la majorité, mais ceux-ci ne sont pas nécessairement d'accord entre eux sur les motifs énoncés.

De ce qui précède, nous pouvons conclure que l'opinion de la majorité présuppose l'existence d'opinions individuelles variées qui ont au moins pour élément commun le dispositif de la décision finale et que logiquement les libres opinions individuelles des juges vont dans le sens de l'opinion de la majorité, même si elles n'ont été élaborées que progressivement au cours du délibéré. Par suite, il est inconcevable selon nous que l'opinion de la majorité impose des limites aux opinions individuelles des juges. Ces dernières sont parfaitement indépendantes de la première. A plus forte raison en est-il ainsi dans le cas d'une opinion dissidente, laquelle, se situant sur un plan très différent de l'opinion majoritaire, doit bénéficier d'une liberté plus grande.

Envisageons maintenant la question dans le cadre de la présente instance. La phase des exceptions préliminaires étant achevée, nous en sommes à la phase de l'examen au fond. La Cour vient de se prononcer sur le fond mais relativement à une question préliminaire concernant l'intérêt juridique, sans trancher le reste des questions de fond. En effet le motif pour lequel la Cour a rejeté les demandes est que les demandeurs n'ont aucun droit ou intérêt juridique.

Entre le point de vue de la majorité et les opinions dissidentes, le désaccord ne porte pas seulement sur la question du droit ou intérêt juridique des demandeurs, mais sur l'attitude d'ensemble adoptée par la Cour à l'égard de tous les problèmes intéressant le fond. Les juges dissidents peuvent partir de l'hypothèse que leurs vues sur l'existence du droit ou intérêt juridique des demandeurs sont fondées.

This position is not the same as the position of a dissenting judge in a decision rejecting an application by reason of the lack of the Court's jurisdiction. In that case the dissenting judge cannot deal with the matters on the merits on the hypothesis that his view is right, because the proceedings are limited to the preliminary objection and the proceedings on the merits have been suspended. The stage of the question of legal right or interest, however, does not constitute independent proceedings like preliminary objection proceedings, but is an integral part of the proceedings on the merits. Therefore, this question has not been dealt with distinctly from other questions on the merits in the pleadings and oral arguments.

In short, for the foregoing reasons the majority opinion cannot place a limitation upon the separate and dissenting opinions; therefore judges are entitled to deal with all matters on the merits entirely irrespective of the content of the majority opinion.

\* \* \*

The controversy between the Applicants and the Respondent on the survival of the Mandate was the starting point of the preliminary objection proceedings of the present cases; the same applies to the proceedings on the merits. All claims and complaints of the Applicants, being concerned with the interpretation and application of the Mandate, are based on the continual existence of the Mandate; consequently, if its existence could not be proved, they would necessarily fall away.

The Applicants' Final Submissions Nos. 1 and 2 deal with the matter of the survival of the Mandate. Submission No. 1 reads as follows:

"South West Africa is a territory under the Mandate conferred upon His Britannic Majesty by the Principal Allied and Associated Powers, to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa, accepted by His Britannic Majesty for and on behalf of the Government of the Union of South Africa, and confirmed by the Council of the League of Nations on December 17, 1920."

By Submission No. 1, the Applicants define the international status of the Territory of South West Africa and contend that this status is not merely an historical fact, but continues to the present time.

By Submission No. 2 the Applicants further contend the continuation of the international obligations of the Respondent as Mandatory. It reads as follows:

"Respondent continues to have the international obligations stated in Article 22 of the Covenant of the League of Nations and

Cette situation diffère donc de celle où se trouve un juge dissident lorsque la Cour rejette une requête en se déclarant incompétente. Dans ce cas-là, en effet, le juge dissident ne peut pas traiter de questions de fond en prenant pour hypothèse qu'il a raison, parce que la procédure est limitée à l'examen de l'exception préliminaire et la procédure au fond a été suspendue. En revanche, la phase pendant laquelle est traitée la question du droit ou intérêt juridique des demandeurs n'est pas une phase indépendante comme celle qui est consacrée aux exceptions préliminaires; elle fait partie intégrante de la procédure au fond. C'est pourquoi cette question n'a été dissociée des autres questions de fond ni dans les écritures ni dans les plaidoiries.

En somme, pour les motifs exposés ci-dessus, l'opinion de la majorité ne saurait limiter la portée des opinions individuelles et des opinions dissidentes; les juges sont donc fondés à évoquer toute question de fond, sans avoir à prendre aucunement en considération la teneur de l'opinion majoritaire.

\* \* \*

La controverse entre les demandeurs et le défendeur sur la question du maintien en vigueur du Mandat a constitué le point de départ de la phase relative aux exceptions préliminaires en l'espèce; il en a été de même pour la procédure au fond. Toutes les demandes et tous les griefs dont les demandeurs font état visent l'interprétation et l'application des dispositions du Mandat et présupposent que le Mandat continue d'exister; par suite, s'il est impossible de prouver que le Mandat existe, ces demandes et ces griefs tombent nécessairement.

Les conclusions finales n<sup>os</sup> 1 et 2 des demandeurs concernent cette question du maintien en vigueur du Mandat. La conclusion n<sup>o</sup> 1 est ainsi conçue:

« Le Sud-Ouest africain est un territoire sous Mandat conféré par les Principales Puissances alliées et associées à Sa Majesté britannique pour être exercé en son nom par le Gouvernement de l'Afrique du Sud, accepté par Sa Majesté britannique agissant pour le Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud et en son nom, et confirmé par le Conseil de la Société des Nations le 17 décembre 1920. »

Dans la conclusion n<sup>o</sup> 1, les demandeurs définissent donc le statut international du territoire du Sud-Ouest africain et soutiennent que ce statut n'est pas simplement un fait historique mais existe encore à l'heure actuelle.

Dans leur conclusion n<sup>o</sup> 2, les demandeurs affirment en outre que le défendeur demeure soumis à ses obligations internationales de Mandataire. Cette conclusion n<sup>o</sup> 2 est la suivante:

« Le défendeur demeure soumis aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et dans



in the Mandate for South West Africa as well as the obligation to transmit petitions from the inhabitants of that Territory, the supervisory functions to be exercised by the United Nations, to which the annual reports and petitions are to be submitted.”

The Respondent’s final submissions (C.R. 65/95, pp. 53-54) which are the same as set forth in the Counter-Memorial, Book I, page 6, and the Rejoinder, Volume II, page 483, particularly contend in regard to the question of the lapse or otherwise of the Mandate on the dissolution of the League as follows:

“1. That the whole Mandate for South West Africa lapsed on the dissolution of the League of Nations, and that Respondent is, in consequence thereof, no longer subject to any legal obligations thereunder.

2. In the alternative to (1) above, and in the event of it being held that the Mandate as such continued in existence despite the dissolution of the League of Nations;

(a) Relative to Applicants’ Submissions Nos. 2, 7 and 8,

that Respondent’s former obligations under the Mandate to report and account to, and to submit to the supervision of, the Council of the League of Nations, lapsed upon the dissolution of the League . . .

(b) Relative to Applicants’ Submissions Nos. 3, 4, 5, 6 and 9,

that Respondent has not, in any of the respects alleged, violated its obligations . . .”

\* \* \*

To resolve the question of the lapse or otherwise of the Mandate on the dissolution of the League, some preliminary observations are required concerning the legal and social nature and characteristics of the mandates system.

The mandates system, established by the Covenant of the League of Nations, can be considered as an original method of administering certain underdeveloped overseas possessions which formerly belonged to States in the First World War. “The essential principles of the mandates system” says the 1962 Judgment in the *South West Africa* cases—

“consist chiefly in the recognition of certain rights of the peoples of the underdeveloped territories; the establishment of a regime of tutelage for each of such peoples to be exercised by an advanced nation as a ‘Mandatory’ ‘on behalf of the League of Nations’; and the recognition of ‘a sacred trust of civilization’ laid upon the League as an organized international community and upon its

le Mandat pour le Sud-Ouest africain, ainsi qu'à l'obligation de transmettre aux Nations Unies les pétitions des habitants du territoire, les fonctions de surveillance étant exercées par les Nations Unies auxquelles les rapports annuels et les pétitions doivent être envoyés.»

Le défendeur, de son côté, dans ses conclusions finales (C.R. 65/95, p. 53-54) qui sont celles mêmes qu'il a énoncées dans le contre-mémoire (livre I, p. 6) et dans la duplique (vol. II, p. 483), soutient notamment, en ce qui concerne la question de la caducité ou du maintien en vigueur du Mandat à la dissolution de la Société des Nations:

« 1. Que le Mandat pour le Sud-Ouest africain dans son ensemble est devenu caduc lors de la dissolution de la Société des Nations et que le défendeur n'est plus en conséquence soumis à aucune des obligations juridiques découlant du Mandat;

2. Subsidiairement, au cas où l'on estimerait que le Mandat en tant que tel est demeuré en vigueur malgré la dissolution de la Société des Nations:

- a) en ce qui concerne les conclusions nos 2, 7 et 8 des demandeurs, que les obligations incombant antérieurement au défendeur en vertu du Mandat et consistant à faire rapport et à rendre compte au Conseil de la Société des Nations et à se soumettre à la surveillance de ce Conseil ont pris fin lors de la dissolution de la Société...
- b) en ce qui concerne les conclusions nos 3, 4, 5, 6 et 9 des demandeurs, que le défendeur n'a, sur aucun des points allégués, violé les obligations lui incombant...»

\* \* \*

Pour répondre à la question de savoir si le Mandat est devenu ou non caduc à la dissolution de la Société des Nations, il y a lieu de formuler quelques observations préliminaires sur la nature juridique et sociale et sur les caractéristiques du système des Mandats.

Le système des Mandats créé par le Pacte de la Société des Nations peut se concevoir comme un système d'administration original visant certaines possessions d'outre-mer sous-développées ayant initialement appartenu à des Etats qui ont pris part à la première guerre mondiale. Selon l'arrêt rendu en 1962 dans les affaires du *Sud-Ouest africain*,

« les principes essentiels du système des Mandats consistent avant tout dans la reconnaissance de certains droits des peuples des territoires sous-développés; dans l'établissement d'un régime de tutelle exercé sur chacun de ces peuples par une nation développée, en qualité de « Mandataire » et « au nom de la Société des Nations »; et dans la reconnaissance d'une « mission sacrée de civilisation »

Member States. This system is dedicated to the avowed object of promoting the well-being and development of the peoples concerned and is fortified by setting up safeguards for the protection of their rights." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 329.)

The idea that it belongs to the noble obligation of conquering powers to treat indigenous peoples of conquered territories and to promote their well-being has existed for many hundred years, at least since the era of Vitoria. But we had to wait for the Treaty of Peace with Germany, signed at Versailles in 1919, and the creation of the League of Nations for this idea to take the concrete form of an international institution, namely the mandates system, and to be realized by a large and complicated machinery of implementation. After the dissolution of the League the same idea and principles have been continued in the "International Trusteeship System" in the Charter of the United Nations.

The above-mentioned essential principles of the mandates system are important to decide the nature and characteristics of the Mandate as a legal institution.

Here, we are not going to construct a more-or-less perfect definition or concept of the Mandate. We must be satisfied to limit ourselves to the points of which clarification would be necessary or useful to decide the issue now in question.

The mandates system is from the viewpoint of its objectives, as well of its structure, highly complicated. Since its objectives are the promotion of the well-being and social progress of the inhabitants of certain territories as a sacred trust of civilization, its content and function are intimately related to almost all branches of the social and cultural aspects of human life. Politics, law, morality, religion, education, strategy, economy and history are intermingled with one another in inseparable complexity. From the point of view of the Court the question is how to draw the line of demarcation between what is law and what is extra-legal matter, particularly politics which must be kept outside of justiciability (we intend to deal with this question below).

The mandates system is from the structural viewpoint very complicated. The parties to the Mandate, as a treaty or convention, are on the one side the League of Nations and on the other the Mandatory—in the present cases the Respondent. The latter accepted the Mandate in respect of the Territory of South West Africa "on behalf of the League of Nations". Besides these parties, there are persons who are connected with the Mandate in some way, particularly who collaborate in the establishment or the proper functioning of this system, such as the Principal Allied and Associated Powers, to which these territories had been ceded by the Peace Treaty, Members of the League, and those who are interested as beneficiaries, namely the inhabitants of the mandated territories. Whether or not, and to what degree the United Nations and

incombant à la Société en tant que communauté internationale organisée et à ses Etats Membres. Ce système a pour objet reconnu le bien-être et le développement de ces peuples et il s'assortit de garanties visant la protection de leurs droits.» (*C.I.J. Recueil* 1962, p. 329.)

L'idée que les Puissances conquérantes ont la noble obligation de prendre en charge les peuples autochtones des territoires conquis et d'accroître leur bien-être existe depuis de nombreux siècles, au moins depuis l'époque de Vitoria. Mais il a fallu attendre le traité de paix signé avec l'Allemagne à Versailles en 1919 et la création de la Société des Nations pour que cette idée se concrétise sous la forme d'une institution internationale, le système des Mandats, et se traduise par un mécanisme de mise en œuvre important et complexe. Une fois la Société des Nations dissoute, la même idée et les mêmes principes ont été repris sous la forme du « régime international de tutelle » prévu dans la Charte des Nations Unies.

Les principes essentiels du système des Mandats dont nous venons de parler ont de l'importance si l'on veut définir la nature et les caractéristiques du Mandat en tant qu'institution juridique.

Ce n'est pas ici le lieu d'élaborer de façon plus ou moins parfaite une définition ou conception du Mandat. Il suffira que nous nous limitions aux divers points qu'il est indispensable de préciser pour trancher la question qui nous intéresse.

Le système des Mandats est, tant du point de vue de ses objectifs que du point de vue de sa structure, extrêmement complexe. Comme ses objectifs consistent à accroître le bien-être et le progrès social des habitants de certains territoires, ce qui forme une mission sacrée de civilisation, le Mandat se rattache étroitement par sa teneur et par son rôle à presque tous les domaines de la vie sociale et culturelle de l'homme. La politique, le droit, la morale, la religion, l'instruction, la stratégie, l'économie et l'histoire se mêlent les uns aux autres pour former un tout complexe et indissociable. Pour la Cour, il s'agit de savoir comment faire le partage entre ce qui relève du droit et ce qui est extra-juridique, notamment la politique, qui doit rester hors du domaine judiciaire — nous reviendrons du reste plus loin sur cette question.

Du point de vue de sa structure, le système des Mandats est extrêmement complexe. Les parties au Mandat en tant que traité ou convention sont d'une part la Société des Nations et d'autre part le Mandataire, en l'espèce le défendeur. Celui-ci a reçu le Mandat pour le territoire du Sud-Ouest africain « au nom de la Société des Nations ». En dehors de ces parties, il existe des personnes qui sont d'une manière ou d'une autre liées au Mandat, notamment celles qui collaborent à la mise en œuvre ou à la bonne marche du système, comme les Principales Puissances alliées et associées auxquelles ces territoires ont été cédés aux termes du traité de paix, les Etats Membres de la Société des Nations et les personnes intéressées en tant que bénéficiaires, c'est-à-dire les habitants des territoires sous Mandat. Quant à savoir si et dans quelle

its Members can be considered as concerned, belongs to the matters which fall to be decided by the Court.

The Mandate, constituting an aggregate of the said diverse personal elements, as we have seen above, presents itself as a complex of many kinds of interests. The League and Mandatory, as parties to the Mandate, have a common interest in the proper performance of the provisions of the Mandate. The inhabitants of the mandated territories possess, as beneficiaries, a most vital interest in the performance of the Mandate.

The Mandatory does not exercise the rights of tutelage of peoples entrusted to it on behalf of itself, but on behalf of the League. The realization of the "sacred trust of civilization" is an interest of a public nature. The League is to serve as the existing political organ of the international community by guarding this kind of public interest.

The Mandate, being of the said personal and real structure, possesses in many points characteristics which distinguish it from other kinds of treaties.

Firstly, the Mandate is intended to establish between parties a certain legal relationship of which the aims and purposes are different from those we find in the case of commercial treaties in which two different kinds of operations stand reciprocally against each other and which are extinguished with simultaneous performance by the parties. They are a realization of identical aims, which is a "sacred trust of civilization". In this sense, the Mandate has characteristics similar to law-making treaties, defined by Oppenheim as those "concluded for the purpose of establishing new rules for the law of nations". (Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930, p. 357.)

What is intended by the parties of the mandate agreement as a "sacred trust of civilization" is the promotion of the material and moral well-being and social progress of the inhabitants of the territory who are "not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world".

The Mandate is a legal method or machinery for achieving the above-mentioned humanitarian purposes. Therefore, between the two parties to the mandate agreement there does not exist a fundamental conflict of interests or "exchange of balancing services" such as we recognize in synallagmatic contracts (cf. Judge Bustamante's separate opinion on *South West Africa* cases, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 357 and 359) or contracts of the type *do-ut-des*. The mandate agreement can be characterized rather as a union of two unilateral declarations, the one by the League, the other by the Mandatory, a phenomenon which we find in cases of creation of partnerships or corporations. Incidentally, this conclusion, in our view, does not prevent the construction of the mandate agreement as a kind of treaty or convention.

This characteristic is clearly manifest in the fact that the League can be considered as a collaborator of the Mandatory by its power of super-

mesure l'Organisation des Nations Unies et ses Etats Membres peuvent être considérés comme intéressés, c'est l'une des questions que la Cour doit trancher.

Le Mandat, constitué de ce faisceau d'éléments de caractère personnel que nous venons de définir, se présente comme un ensemble complexe d'intérêts de diverses catégories. La Société des Nations et le Mandataire, en qualité de parties au Mandat, ont le même intérêt à la bonne exécution de ses dispositions. Les habitants des territoires sous Mandat, en tant que bénéficiaires, ont un intérêt capital à son exécution.

Ce n'est pas non plus pour son propre compte mais au nom de la Société des Nations que le Mandataire exerce les droits de tutelle qui lui ont été attribués sur les populations à lui confiées. Mener à bien la « mission sacrée de civilisation » correspond à un intérêt public. La Société des Nations joue le rôle d'organe politique de la communauté internationale, gardienne de ce genre d'intérêt public.

Doté de cette structure de caractère personnel et réel, le Mandat présente à de nombreux égards des caractéristiques qui le rendent différent des autres types de traités.

En premier lieu, le Mandat est censé créer entre les parties une certaine relation d'ordre juridique dont les fins sont différentes de celles qui caractérisent les traités commerciaux prévoyant deux sortes de prestations réciproques et destinées à s'éteindre du fait de leur exécution simultanée par les cocontractants. Ces fins consistent à atteindre un but commun qui correspond à une « mission sacrée de civilisation ». En ce sens, le Mandat revêt des caractéristiques analogues à celles des traités constitutifs de droit, définis par Oppenheim comme des traités « conclus en vue de créer de nouvelles règles de droit des gens » (Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930, p. 357).

Ce qui représente pour les parties à l'accord de Mandat une « mission sacrée de civilisation », c'est l'accroissement du bien-être matériel et moral ainsi que du progrès social des habitants du territoire « non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne ».

Le Mandat constitue une méthode ou un mécanisme juridique permettant de réaliser les fins humanitaires définies ci-dessus. Par suite, entre les deux parties à l'accord de Mandat, il n'existe pas de conflit d'intérêt fondamental, ni d'« échange de prestations équivalentes » comme dans les contrats synallagmatiques (voir l'opinion individuelle de M. Bustamante dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1962, p. 357 et 359) ou encore dans les contrats de type commutatif. L'accord de Mandat se caractérise plutôt par l'union de deux déclarations unilatérales, l'une émanant de la Société des Nations, l'autre du Mandataire, processus analogue à celui que l'on rencontre dans le cas de la création d'une société de personnes ou d'une société de capitaux. Ajoutons en passant que cela ne nous semble nullement empêcher de voir dans l'accord de Mandat une sorte de traité ou convention.

De toute façon, la caractéristique dont il s'agit ressort nettement du fait qu'on peut considérer la Société des Nations comme un collaborateur

vision and an adviser in the performance of the obligations of the latter.

If we seek some type of legal concept analogous to the mandate agreement in the field of private law, we can mention the terms "mandatum", "tutelage" and "trust". These institutions possess some common elements with the mandates system, although the principles governing the latter cannot be exhaustively explained by those governing the former. The point which we indicated above, namely the identity of aims between the parties, exists in the case of guardianship, tutelage and trust.

Secondly, the long-term nature of the mandate agreement is what characterizes it from the other contracts. This character derives from the nature of the purposes of the mandates system, namely the promotion of material and moral well-being and social progress of the mandated territories, which cannot be realized instantaneously or within a foreseeable space of time.

Thirdly, the mandate agreement requires from the Mandatory a strong sense of moral conscience in fulfilling its responsibility as is required in the case of guardianship, tutelage and trust. "The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory . . ." The obligations incumbent upon the Mandatory are of an ethical nature, therefore unlimited. The mandate agreement is of the nature of a bona fide contract. For its performance the utmost wisdom and delicacy are required.

From what is indicated above, it follows that, although the Mandatory is conferred "full power of administration and legislation over the territory", the weight of the mandates system shall be put on the obligations of the Mandatory rather than on its rights.

The 1962 Judgment, clarifying this characteristic of the mandates system, declares as follows:

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

Judge Bustamante emphasized very appropriately (*ibid.*, p. 357) the more important aspect of responsibility rather than of rights regarding the function of the Mandatory. The Mandatory must exercise its power only for the purpose of realizing the well-being and progress of the inhabitants of the territory and not for the purpose of serving its egoistic ends. As Professor Quincy Wright puts it, "it has been recognized that the conception of mandates in the Covenant requires that the Mandatory receive no direct profit from its administration of the territory". This is called the "principle of gratuitous administration" (Quincy Wright, *op. cit.*, pp. 452-453).

From the nature and characteristics of the mandates system and the mandate agreement, indicated above, we can conclude that, although the existence of contractual elements in the Mandate cannot be denied, the institutional elements predominate over the former. We cannot

du Mandataire, vu le pouvoir qui lui est donné de surveiller et de conseiller le Mandataire dans l'exécution de ses obligations.

Si l'on veut trouver en droit privé des notions juridiques comparables à l'accord de Mandat, on peut citer le *mandat*, la *tutelle* et le *trust*. Ces institutions ont quelques éléments en commun avec le système des Mandats, même si leurs principes directeurs ne suffisent pas à expliquer tous les principes qui le régissent. La tutelle et le *trust* connaissent également cette identité des fins poursuivies par les parties dont nous venons de faire état.

En deuxième lieu, le caractère à long terme de l'accord de Mandat le rend différent des autres types de contrats. Cette caractéristique s'explique par la nature même des objectifs du système des Mandats, l'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des territoires sous Mandat ne pouvant guère se réaliser dans l'instant, ni même en un laps de temps déterminé.

En troisième lieu, l'accord de Mandat exige du Mandataire un solide sens moral dans l'exécution de sa tâche, comme dans le cas de la tutelle et du *trust*. « Le Mandataire accroîtra, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire... »: les obligations qui incombent au Mandataire sont d'ordre éthique, par suite illimitées. L'accord de Mandat est un contrat qui, par nature, est régi par la bonne foi. L'exécution d'un tel contrat requiert le maximum de sagesse et de doigté.

Il découle de ce qui précède que, même si le Mandataire se voit confier les « pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire », l'accent est mis dans ce système sur les obligations du Mandataire plutôt que sur ses droits.

Précisant cette particularité du système des Mandats, l'arrêt de 1962 a énoncé:

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

M. Bustamante a très justement souligné (*ibid.*, p. 357) l'importance de l'élément *responsabilité* par rapport à l'élément *droit* dans la fonction de Mandataire. Le Mandataire ne doit exercer ses pouvoirs qu'à seule fin d'assurer le bien-être et le progrès des habitants du territoire et non pas pour réaliser des objectifs égoïstes. Comme l'a dit M. Quincy Wright, « Il est reconnu que les Mandats, tels qu'ils sont conçus dans le Pacte, exigent du Mandataire qu'il ne tire aucun bénéfice direct de sa gestion du territoire. » C'est ce que l'on appelle le « principe de l'administration désintéressée » (Quincy Wright, *op. cit.*, p. 452-453).

Etant donné la nature et les caractéristiques du système des Mandats et de l'accord de Mandat telles que nous les avons vues ci-dessus, nous pouvons conclure que, s'il existe incontestablement des éléments contractuels dans le Mandat, ce sont néanmoins les éléments institutionnels



explain all the contents and functions of the mandates system from the contractual, namely the individualistic, and subjective viewpoint, but we are required to consider them from the institutional, namely collectivistic, and objective viewpoint also. This latter viewpoint is, according to Lord McNair, that of—

“... certain rights of possession and government (administrative and legislative) which are valid *in rem—erga omnes*, that is against the whole world, or at any rate against every State which was a Member of the League or in any other way recognized the Mandate”. (*I.C.J. Reports 1950*, p. 156.)

From the purely contractual and individualistic viewpoint the Mandate would be a personal relationship between the two parties, the existence of which depends upon the continuance of the same parties. For instance, a mandate contract in private law lapses by reason of the death of the mandator. But the international mandate does not remain, as we have seen above, purely a relationship, but an objective institution, in which several kinds of interests and values are incorporated and which maintains independent existence against third parties. The Mandate, as an institution, being deprived of personal character, must be placed outside of the free disposal of the original parties, because its content includes a humanitarian value, namely the promotion of the material and moral well-being of the inhabitants of the territories. Therefore, there shall exist a certain limitation, derived from the characteristics of the Mandate, upon the possibility of modification for which the consent of the Council of the League of Nations is required (Article 7, paragraph 1, of the Mandate).

\* \* \*

We shall now envisage the question whether, despite the dissolution of the League of Nations the Mandate for South West Africa still exists, and if so, whether the supervisory function of the League has passed to the United Nations.

Let us consider, firstly, the question whether the Mandate still exists despite the dissolution of the League.

The solution of this question may depend upon the question of the essentiality or otherwise of the supervision of the Mandate, but it can be answered independently of the latter, because if the Mandate as a whole lapsed for some other reasons, there would be no question of its supervision. The question of supervision presupposes the *prima facie* continued existence of the Mandate. That is why this matter was dealt with in detail in the 1950 Advisory Opinion and discussed at length in the preliminary objection stage of the present cases in connection with the survival of Article 7, paragraph 2, of the Mandate, which is concerned with judicial supervision. Because we can, in the main, agree with what was decided by the Court in 1950 and 1962, we need not go into the

qui prédominent. On ne peut expliquer complètement la teneur et le rôle du système des Mandats du seul point de vue contractuel, c'est-à-dire individuel et subjectif; on doit faire également appel à son aspect institutionnel, c'est-à-dire collectif et objectif. Sous cet angle, on se trouve, d'après lord McNair, en présence de

« certains droits de possession et de gouvernement (administratifs et législatifs) qui sont valides *in rem* — *erga omnes*, c'est-à-dire contre le monde entier, ou du moins contre tout Etat qui était Membre de la Société ou qui, d'une manière quelconque, reconnaissait le Mandat » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 156).

Du point de vue purement contractuel et individualiste, le Mandat serait un lien d'ordre personnel entre les deux parties, qui ne pourrait exister que si ces parties continuaient elles-mêmes à exister. Par exemple, le contrat de mandat, en droit privé, devient caduc au décès du mandant. En revanche, le Mandat international constitue, comme nous l'avons vu plus haut, non seulement un lien, mais aussi une institution objective incorporant plusieurs types d'intérêts et de valeurs et il conserve une existence indépendante à l'égard des tiers. Le Mandat, en tant qu'institution, est dépourvu d'élément personnel et ne saurait dépendre de la volonté des parties, qui ne peuvent en disposer comme elles l'entendent, parce qu'il contient une valeur humanitaire, à savoir la nécessité d'accroître le bien-être matériel et moral des habitants du territoire. Ce sont ces particularités du Mandat qui expliquent pourquoi il fallait limiter, dans une certaine mesure, la possibilité de modifier les dispositions du Mandat et exiger à cette fin l'autorisation du Conseil de la Société des Nations (Mandat, article 7, premier alinéa).

\* \* \*

Nous allons rechercher maintenant si le Mandat pour le Sud-Ouest africain existe toujours malgré la dissolution de la Société des Nations et, dans l'affirmative, si les fonctions de surveillance autrefois imparties à la Société des Nations sont dévolues désormais à l'Organisation des Nations Unies.

Voyons tout d'abord si le Mandat existe encore malgré la dissolution de la Société des Nations.

Il se peut que cette question soit liée à une autre, celle du caractère essentiel de la surveillance du Mandat, mais on peut répondre à la première indépendamment de la deuxième car, au cas où le Mandat dans son ensemble serait devenu caduc pour quelque autre raison, il ne serait plus question de surveillance. La question de la surveillance présuppose le maintien en vigueur *prima facie* du Mandat. C'est pourquoi ce dernier point a été longuement étudié dans l'avis consultatif de 1950 et au stade des exceptions préliminaires en la présente instance, à propos de la survivance du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat qui concerne la surveillance judiciaire. Comme nous pouvons dans l'ensemble souscrire à ce que la Cour a décidé en 1950 et en 1962 nous n'aurons pas à examiner

details of the question. We are satisfied to state simply the reasons why we agree with the decisions of the Court.

The controversy concerning the survival or lapse of the Mandate on the dissolution of the League, and accordingly of rights and obligations created by it, may be, in its final instance, attributed to the fundamental difference of methods existing in regard to the interpretation of law, namely the antagonism between voluntarism and objectivism. Controversies present themselves as to whether law cannot attribute certain effects to a treaty or a convention—which the parties did not or could not foresee at the moment of its inception—or whether law, on the contrary through its interpretation may be expected to play the function of filling the lacuna of juridical acts by creating certain legal effects uncovered by the original intent of the parties.

From the point of view of purely juridical formalism, there is the conclusion that, so far as the Mandate is conceived as a contract between the two parties, namely the League of Nations on the one hand and the Mandatory on the other, the dissolution of the League would produce, as a necessary consequence, the absolute extinction of the Mandate with all its legal vincula and that nothing remains thereafter. This is the fundamental standpoint upon which the arguments of the Respondent are based. This pure logicism is combined with strict voluntarism according to which all legal consequences attached to a juridical act are conceived as the effect of the will or intent of the parties. This is the reason why the Respondent, since the preliminary objections stage, has, concerning the interpretation of the Mandate, consistently attached importance to the question of joint or common intent of the parties, and why the Respondent has repeatedly invoked the “crucial new facts” to refute the conclusion of the Advisory Opinion of 1950, which recognized the transfer of international supervision from the League of Nations to the United Nations.

It seems that the Respondent, analysing the Opinion, and assuming that its conclusion of the transfer of the obligations is based on the tacit consent of the parties, believes it has found a clue to re-examine and reverse the 1950 Advisory Opinion by the presentation of the “crucial new facts”. The essential viewpoint of the Opinion, however, is based on the idea of “international institution with international object—a sacred trust of civilization”, not much on consensual elements.

In accordance with the above analysis, we must attach more importance to the institutional side of the Mandate, which, according to Lord McNair, is “valid *in rem—erga omnes*”. The 1950 Opinion says “the object of the Mandate regulated by international rules far exceeded that of contractual relations regulated by national law” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 132). The Mandate as an institution is the starting point of the Opinion and the most influential reason to justify the survival of the Mandate notwithstanding the dissolution of the League.

le problème en détail. Il nous suffira de dire simplement pourquoi nous approuvons les décisions de la Cour.

La controverse à laquelle prête la question de savoir si le Mandat et par conséquent les droits et obligations qu'il créait sont devenus caducs ou sont restés en vigueur à la dissolution de la Société des Nations peut en dernière analyse s'expliquer par la méthode d'interprétation du droit que l'on adopte, méthode fondamentalement différente selon que l'on opte pour le volontarisme ou pour l'objectivisme. La controverse porte sur ceci : le droit est-il incapable d'attribuer à un traité ou convention certains effets que les parties n'ont pas prévus ou n'ont pas pu prévoir au moment de son élaboration, ou bien au contraire le droit est-il censé par voie d'interprétation combler les lacunes des actes juridiques en créant certains effets juridiques qui n'existaient pas dans l'intention initiale des parties?

Un strict formalisme juridique porte à conclure que, si l'on voit dans le Mandat un contrat entre deux parties, qui sont d'une part la Société des Nations et d'autre part le Mandataire, la dissolution de la Société entraîne par voie de conséquence nécessaire l'extinction radicale du Mandat avec tous ses liens juridiques, de sorte que rien n'en subsiste plus. C'est là le point de vue fondamental dont procède toute l'argumentation du défendeur. Ce logicisme intégral s'associe à un volontarisme rigide d'après lequel toutes les conséquences juridiques dont un acte juridique est assorti sont conçues comme étant l'effet de la volonté ou de l'intention des parties. C'est pourquoi, depuis la phase des exceptions préliminaires, le défendeur n'a cessé, au sujet de l'interprétation du Mandat, d'attacher de l'importance à la question de l'intention commune des parties et c'est pourquoi aussi il n'a cessé d'invoquer des « faits nouveaux d'importance capitale » pour réfuter la conclusion à laquelle la Cour avait abouti dans son avis consultatif de 1950 et par laquelle elle reconnaissait que le droit d'exercer une surveillance internationale était passé de la Société des Nations à l'Organisation des Nations Unies.

Il semble que, lorsqu'il analyse l'avis consultatif de 1950 et tient pour acquis que la conclusion de la Cour relative au transfert des obligations était fondée sur le consentement tacite des parties, le défendeur estime avoir trouvé le moyen de faire réexaminer et infirmer l'avis consultatif en présentant ce qu'il appelle des « faits nouveaux d'importance capitale ». Mais l'avis prenait comme point de départ fondamental l'idée d'une « institution internationale à laquelle était assigné un but international : une mission sacrée de civilisation » et ne se fondait guère sur des éléments consensuels.

Conformément à l'analyse que nous avons faite plus haut, nous devons attacher beaucoup plus d'importance à l'aspect institutionnel du Mandat, lequel, comme l'a dit lord McNair, est « valide *in rem* — *erga omnes* ». Il était dit dans l'avis de 1950 que « le but du Mandat régi par des règles internationales dépassait de beaucoup celui de rapports contractuels régis par un droit national » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 132). C'est donc sur le caractère institutionnel du Mandat que se fondait l'avis consultatif et c'est ce caractère qui constitue l'argument le plus convaincant en

The vital interests of the inhabitants of the mandated territories, being of primary importance, require that the Mandate shall not be affected by the vicissitudes of international circumstances. In a mandate, the matter of who the mandator is is not so important as who is the mandatory. The position of mandatory, different from that of mandator, for the reasons of special obligations which are incumbent upon him, is highly personal and unable to be substituted by any other persons. From the standpoint of the inhabitants, therefore, whether the mandate is established on behalf of the League or whether it exists on behalf of the United Nations is quite immaterial.

As a theoretical construction, the concept of the “organized international community” may be referred to in order to explain the legal position of the mandatory. The mandatory owes obligations on behalf of the League, but in the formal sense. Substantively, the mandatory is responsible to an international entity which underlies the League as a sociological reality, namely the organized international community, which was represented by the League, and, after its dissolution, has been represented by the United Nations. In short, we may conceive that, after the dissolution of the League, the mandatory continues to have obligations in relation to an impersonal entity, namely the organized international community as before, which is personified as the United Nations.

The only important matter is that a “sacred trust of civilization” is conscientiously carried out by the mandatories. The mandate, inspired by the spirit of a “sacred trust of civilization”, once created by an international agreement between the two parties, the League on the one hand and the mandatory on the other, enjoys its perpetual objective existence. The continual existence of the organized international community guarantees the objectivity and perpetuity of the mandate as an international institution.

Lord McNair described this very appropriately in his separate opinion—

“ . . . the Mandate created a status for South-West Africa. This fact is important in assessing the effect of the dissolution of the League. This status—valid *in rem*—supplies the element of permanence which would enable the legal condition of the Territory to survive the disappearance of the League, even if there were no surviving personal obligations between the Union and other former Members of the League. ‘Real’ rights created by an international agreement have a greater degree of permanence than personal rights . . .”  
(*I.C.J. Reports 1950*, pp. 156-157.)

The Mandate, being an institution, incorporates the above-mentioned

faveur de la survivance du Mandat malgré la dissolution de la Société des Nations.

Vu l'importance primordiale qu'il faut attacher aux intérêts vitaux des populations des territoires sous Mandat, le Mandat ne doit pas subir le contrecoup des vicissitudes de la situation internationale. En matière de Mandat, l'identité du Mandant importe moins que celle du Mandataire. La situation du Mandataire, qui diffère de celle du Mandant, à cause des obligations particulières lui incombant, revêt un caractère extrêmement personnel et le Mandataire ne peut être remplacé par personne d'autre. Du point de vue des populations des territoires, par conséquent, il importe peu que le Mandat soit établi au nom de la Société des Nations ou bien au nom de l'Organisation des Nations Unies.

Du point de vue théorique, on peut faire appel à la notion de « communauté internationale organisée » pour expliquer la situation juridique du Mandataire. Si celui-ci doit s'acquitter d'obligations au nom de la Société des Nations, c'est d'un point de vue formel. Au fond, il est responsable devant une entité internationale — réalité sociologique constituant le soubassement de la Société des Nations — qui est la communauté internationale organisée; celle-ci a été représentée par la Société des Nations et, depuis sa dissolution, par l'Organisation des Nations Unies. En résumé, on peut estimer que, depuis la dissolution de la Société des Nations, le Mandataire continue d'avoir certaines obligations par rapport à une entité impersonnelle, qui est toujours, comme auparavant, la communauté internationale organisée et est désormais personnifiée par l'Organisation des Nations Unies.

Tout ce qui compte c'est qu'une « mission sacrée de civilisation » soit consciencieusement assumée par les Mandataires. Le Mandat, qui procède justement de l'idée d'une « mission sacrée de civilisation » existe objectivement pour toujours dès lors qu'il a été créé par accord international entre les deux parties, la Société des Nations d'une part et le Mandataire de l'autre. La permanence de la communauté internationale organisée garantit l'objectivité et la perpétuation du Mandat en tant qu'institution internationale.

Lord McNair a fort justement décrit cet aspect des choses dans son opinion individuelle, lorsqu'il a dit:

« le Mandat a créé un statut pour le Sud-Ouest africain. Ce fait est important lorsque l'on cherche à estimer quel a été l'effet de la dissolution de la Société des Nations. Ce statut — valide *in rem* — fournit l'élément de permanence qui permet à la situation juridique du territoire de survivre à la disparition de la Société des Nations, même s'il ne subsiste pas d'obligations personnelles entre l'Union et les autres anciens Membres de la Société des Nations. Des droits « réels », créés par un accord international, ont un degré de permanence plus grand que les droits personnels... » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 156-157.)

Le Mandat étant une institution, les diverses catégories d'intérêts

several interests and values. It is a social organism and as such must be maintained and protected.

In general, once condensed and conglomerated, social energies under juridical techniques, such as a juridical person, partnership, company, etc., cannot easily be dismembered and disorganized by some external or internal event. To avoid the loss of social and economic energies and values of an enterprise which would be caused by liquidation, the law establishes an institution of amalgamation or fusion which has an effect analogous to universal succession in the case of a physical person. This principle is the "Erhaltung des Unternehmens" (maintenance of enterprise) as put forward by Rudolf Müller-Erzbach, which, according to him is one of the important principles of commercial law (*Die Erhaltung des Unternehmens, Z. f. Handelsr.*, Vol. 61, 1911, pp. 530 ff.; *Deutsches Handelsrecht*, 2nd ed., 1927, pp. 71 ff.). The application of this idea is not limited to matters of commercial law, but may be extended to other social entities.

In short, the Mandate as a social entity must be maintained and protected. From this viewpoint, we consider the Mandate does not lapse; it continues to function. The existence of the League of Nations itself is immaterial to the existence of the Mandate, on behalf of whom the Mandate is carried out, apart from the question of supervision which is dealt with below.

Moreover, under the hypothesis of the lapse of the Mandate caused by the dissolution of the League, it cannot be asserted that the Mandate suddenly ceased to exist at the moment of the dissolution of the League. For the purpose of carrying out the liquidation of an entity the continued existence of some of the functions is recognized by the law of both Anglo-American as well as civil law countries (Observations, p. 447). Both the defunct entities, the League and the Mandate, maintain their *de facto* existence. From the viewpoint of the League, it is to be conceived that its responsibilities concerning the Mandate still survive until its future status is definitively established (for instance, the conclusion of a trusteeship agreement); parallel with this, the continued existence of the Mandate can be recognized for the same space of time.

In short, the doctrine of "carry-over" referred to by the Applicants is a logical consequence of the aforesaid argument of the Mandate as an institution. It may assist the Applicants' cases in a supplementary way.

The above-mentioned conclusions may coincide with what the parties to the mandate agreement or those concerned with it really intended, or they may not be necessarily so. The tacit intent of parties which is referred to by the Applicants, if it is proved, may serve as a corroborating ground to reach the same conclusion. But the Court will establish its

et de valeurs dont nous avons parlé plus haut s'y trouvent incorporés. Il s'agit d'un organisme social qui, à ce titre, doit être maintenu et protégé.

D'une manière générale, une fois réunies et groupées selon une technique juridique quelconque dans une personne morale, une société de personnes, une société de capitaux, etc., les énergies sociales ne se dissocient pas ou ne se désorganisent pas facilement sous l'effet de quelque événement extérieur ou intérieur. Dans une entreprise, pour parer à la déperdition d'énergies et de valeurs qu'une liquidation entraînerait sur le plan économique et social, la loi permet de créer un système institutionnel d'union ou de fusion, dont le résultat est analogue à celui de la masse successorale dans le cas d'une personne physique. Il s'agit là du principe d'*Erhaltung des Unternehmens* (maintien de l'entreprise) dont M. Rudolf Müller-Erbach a fait état et qui, d'après lui, est l'un des principes importants du droit commercial (*Die Erhaltung des Unternehmens, Z.f. Handelsr.*, vol. 61, 1911, p. 530 et suiv. ; *Deutsches Handelsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 1927, p. 71 et suiv.). Ce principe ne s'applique pas exclusivement à des questions relevant du droit commercial, il vaut aussi pour d'autres entités sociales.

Le Mandat, à titre d'entité sociale, doit donc être maintenu et protégé. C'est pourquoi le Mandat, à notre avis, ne prend pas fin ; il continue à fonctionner. Que la Société des Nations elle-même existe ou non, cela n'a guère d'importance pour l'existence du Mandat, bien que ce soit en son nom que le Mandat soit exécuté, indépendamment de la question de la surveillance dont nous traiterons plus loin.

De plus, même si l'on part de l'hypothèse que la dissolution de la Société des Nations entraîne la caducité du Mandat, on ne peut pas affirmer que le Mandat a cessé d'exister brusquement au moment même de la dissolution de la Société des Nations. Il est reconnu, tant dans les pays de droit anglo-américain que dans les pays de droit civil, qu'aux fins de sa liquidation certaines des fonctions d'une entité demeurent (observations, p. 447). Les deux entités caduques, la Société des Nations et le Mandat, continuent l'une et l'autre à exister *de facto*. Du point de vue de la Société des Nations, il faut considérer que ses responsabilités en ce qui concerne un Mandat survivent jusqu'au moment où le statut futur du Mandat est réglé de façon définitive, par exemple par la conclusion d'un accord de tutelle ; parallèlement, on peut reconnaître que le Mandat continue à exister pendant le même laps de temps.

En bref, la doctrine de la « continuation » dont les demandeurs font état est une conséquence logique de ce que nous venons de dire du caractère institutionnel du Mandat. Elle peut contribuer à renforcer l'argumentation des demandeurs.

Il se peut que les conclusions ci-dessus coïncident avec l'intention réelle des parties à l'accord de Mandat ou des intéressés, mais ce n'est pas indispensable. L'intention tacite des parties dont les demandeurs font état permettrait peut-être, si on pouvait l'établir de façon définitive, de corroborer ces conclusions. Mais la Cour doit se fonder sur



conclusion on the theoretical basis independently of the psychological intents of the parties or those concerned, which do not necessarily coincide and from which it is not easy to derive any definite conclusion, be it positive or negative. In this sense, the Court's reference (*I.C.J. Reports 1950*, p. 134; *ibid.*, 1962, p. 340) to the resolution of the League of Nations of 18 April 1946, which said, *inter alia*:

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

is to be considered as possessing only subsidiary significance in the reasoning of the Court.

\* \* \*

What is stated above is concerned with the survival of the Mandate despite the dissolution of the League. We have arrived at the affirmative conclusion, like the 1950 Advisory Opinion, but apart from the question of international supervision of the Mandatory. We are required to re-examine the issue in the light of international supervision, because even if the survival of the Mandate can be recognized in general, it may be denied in certain respects.

From the viewpoint of the Respondent, the international supervision to which the Mandatory was subjected fell away with the disappearance of the League, because the supervisory organ also disappeared with the League, without being validly replaced by a corresponding organ of the United Nations. The Respondent's argument is based upon the viewpoint that the international supervision under the League cannot be replaced by the United Nations, because this supervision does not mean international supervision *in abstracto* but means supervision by a specific organ of the League only.

The 1950 Opinion recognizes that the obligations of the Mandatory to submit to international supervision survive with the Mandate and that the supervisory function is exercised by the organ of the United Nations. The Opinion rules as follows:

“The necessity for supervision continues to exist despite the disappearance of the supervisory organ under the Mandates System. It cannot be admitted that the obligation to submit to supervision has disappeared merely because the supervisory organ has ceased to exist, when the United Nations has another international organ

les seuls principes, indépendamment des intentions psychologiques des parties ou des intéressés, intentions qui ne coïncident pas nécessairement et dont il n'est d'ailleurs pas facile de tirer une conclusion sûre, que ce soit dans un sens positif ou négatif. A ce propos, la Cour a cité la résolution adoptée le 18 avril 1946 par la Société des Nations (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 134; *ibid.*, 1962, p. 340) dans laquelle il est dit notamment :

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

mais il ne faut y voir qu'un élément subsidiaire dans le raisonnement qu'elle a suivi.

\* \* \*

Nous nous sommes occupés ci-dessus de la question de savoir si le Mandat survit à la dissolution de la Société des Nations. Nous sommes arrivés, comme la Cour dans son avis consultatif de 1950, à une réponse affirmative, mais indépendamment de la question de la surveillance internationale à exercer sur le Mandataire. Nous devons réexaminer la question sous l'angle de la surveillance internationale car, même si l'on peut reconnaître que le Mandat survit d'une manière générale, on pourrait le contester à certains égards.

Pour le défendeur, la surveillance internationale à laquelle le Mandataire était soumis a disparu en même temps que la Société des Nations, parce que l'organe chargé de cette surveillance a également disparu avec la Société des Nations, sans être valablement remplacé par un organe correspondant de l'Organisation des Nations Unies. Le défendeur soutient à cet égard que la surveillance internationale exercée par la Société des Nations ne saurait être remplacée par une surveillance des Nations Unies, parce qu'il s'agissait non pas d'une surveillance internationale de caractère abstrait, mais exclusivement d'une surveillance exercée par un organe déterminé de la Société des Nations.

Dans son avis consultatif de 1950, la Cour a reconnu que l'obligation qui incombe au Mandataire de se soumettre à une surveillance internationale survit avec le Mandat et que la fonction de surveillance est désormais exercée par l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies. Dans son avis, la Cour a dit :

« La nécessité d'une telle surveillance subsiste en dépit de la disparition de l'organe de contrôle prévu pour les Mandats. On ne saurait admettre que l'obligation de se soumettre à surveillance aurait disparu pour la simple raison que cet organe de contrôle a cessé d'exister, alors que les Nations Unies offrent un autre organe

performing similar, though not identical, supervisory functions.”  
(*I.C.J. Reports 1950*, p. 136.)

The fundamental viewpoint of the Advisory Opinion is the recognition of the non-severability of the obligations of the Mandatory to submit to international supervision from its authority to administer the mandated territory. This viewpoint can be maintained for the following reasons:

1. Continuous international supervision is required from the essence of the mandates system. As the interests involved in the Mandate are of a humanitarian and important nature, and as the power conferred upon the mandatories is very extensive and mandatories possess wide discretionary power (cf. Article 2, paragraph 1, of the Mandate) as indicated below, the performance of obligations incumbent upon mandatories cannot be unrestricted and unsupervised and left only to the bona fide of mandatories. The mandatories possess no sovereignty over the territories, but they have conferred on them very broad discretionary powers in the administration of the mandated territories. Therefore, without some kind of supervision the attainment of the aim and purpose of the mandates system must be illusory. The mechanism of effective supervision is the necessity to prevent this system from becoming simple *lex imperfecta* or the abuse of power. This mechanism constitutes an integral part of the mandates system as a social institution, a social organism. Therefore, the contention of severability of the Respondent is illogical.

2. The rights of tutelage of mandated areas are exercised by mandatories but they are exercised on behalf of the League. They have no sovereign powers; they are responsible to the League for the execution of the term of the mandate (Quincy Wright, *op. cit.*, p. 22). In this case the League must have supervisory power as a guardian of public interest of the organized international community of which the League constitutes the organ.

3. The mandates system is generally recognized as a product of compromise, at the period of its inception, between two principles: annexation and internationalization. The principle of international supervision by the League can be conceived as a product of compromise between the two extremes. So long as the mandate survives, international supervision as a factor of compromise must be continued by some possible means to prevent the mandate from being transformed into a kind of annexation.

4. The Respondent, while denying its obligations to submit to supervision, insists on preserving its rights or authority to administer the Territory. It seems that the Respondent recognizes the severability of its rights from its obligations, an attitude which is not in conformity with the spirit of the mandates system. The 1950 Opinion declares:

international chargé de fonctions analogues encore que non identiques.» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136.)

L'idée fondamentale de l'avis consultatif était que l'on doit reconnaître comme indissociables l'obligation qui incombe au Mandataire de se prêter à une surveillance internationale et le pouvoir qui lui est donné d'administrer le territoire sous Mandat. A l'appui de cette idée, on peut alléguer les raisons ci-après :

1. Le maintien d'une surveillance internationale permanente est de l'essence du système des Mandats. Comme les intérêts que le Mandat met en jeu ont un caractère humanitaire et fondamental, que les pouvoirs conférés aux Mandataires sont extrêmement étendus et que les Mandataires ont des pouvoirs discrétionnaires importants (Mandat, article 2, premier alinéa), ainsi que nous le verrons ci-après, il est impossible de ne pas assujettir à certaines restrictions et à une certaine surveillance l'exécution par les Mandataires de ses obligations et de s'en remettre exclusivement à leur bonne foi. Si les Mandataires n'exercent pas d'autorité souveraine sur les territoires sous Mandat, ils se voient en revanche conférer des pouvoirs discrétionnaires extrêmement larges en vue de leur administration. Par conséquent, à défaut d'une surveillance, quelle qu'elle soit, la réalisation des fins et des objectifs du système des Mandats demeure illusoire. Un mécanisme de surveillance efficace est indispensable si l'on veut empêcher que le système ait caractère de loi imparfaite, ou éviter tout abus de pouvoir. Ce mécanisme fait donc partie intégrante du système des Mandats en tant qu'institution sociale, en tant qu'organisme social. C'est pourquoi la thèse de la divisibilité soutenue par le défendeur est illogique.

2. Les droits de tutelle sur les régions sous Mandat sont exercés par des Mandataires, mais au nom de la Société des Nations. Les Mandataires n'ont pas de pouvoirs souverains, ils sont responsables devant la Société des Nations de l'exécution des Mandats (Quincy Wright, *op. cit.*, p. 22). Cela étant, la Société des Nations doit détenir un pouvoir de surveillance en tant que gardienne de l'intérêt public de la communauté internationale organisée, dont elle est l'organe.

3. On admet généralement que le système des Mandats, au moment où il a été élaboré, résultait d'un compromis entre deux principes : l'annexion et l'internationalisation. Le principe de la surveillance internationale exercée par la Société des Nations peut être conçu comme un compromis entre ces deux extrêmes. Tant que le Mandat survit, il faut par un moyen quelconque continuer à exercer une surveillance internationale — c'est l'élément de compromis — pour empêcher que le Mandat ne soit transformé en une sorte d'annexion.

4. Tout en contestant qu'il lui incombe de se prêter à une surveillance, le défendeur soutient qu'il conserve le droit ou le pouvoir d'administrer le territoire. Il semble ainsi admettre que ses droits et ses obligations sont divisibles, attitude qui n'est pas conforme à l'esprit du système des Mandats. Aux termes de l'avis de 1950,

“The authority which the Union Government exercises over the Territory is based on the Mandate. If the Mandate lapsed, as the Union Government contends, the latter’s authority would equally have lapsed. To retain the rights derived from the Mandate and to deny the obligations thereunder could not be justified.” (*Ibid.*, p. 133.)

The Respondent cannot properly defend itself against the Applicants’ argument criticizing its attitude as the “doctrine of partial lapse”.

\* \* \*

The survival of the Mandate as an institution, on the one hand, requires, on the other hand, an international supervision because supervision is essential to the proper functioning of the mandates system. The question is whether the mechanism of international supervision which existed under the League disappeared with its dissolution, not being replaced by a similar mechanism. In the case of an affirmative answer, the Mandate being paralysed, its proper administration would become impossible and it would be highly undesirable from the viewpoint of the well-being and progress of the inhabitants of the Territory.

Fortunately, the problem of supervisory mechanism for the existing Mandate is solved by the unforeseeable appearance of an international organization, namely the United Nations which, in so far as the main purposes are concerned, i.e., the maintenance of international peace and security and the realization of humanitarian ideas, possesses a high degree of similarity and homogeneity with the League of Nations. Furthermore, we can assert that the United Nations constitutes a more advanced form of international organization from several viewpoints, namely scope and extension of the organized international community, its organization and functions. The same can be said about the two systems—trusteeship under the United Nations and the mandate under the League of Nations. So far as a “sacred trust of civilisation” regarding territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government is concerned, the international trusteeship system is established under the United Nations. This system can be said to be the more advanced continuation of the mandates system under the League of Nations.

Therefore, it is not very unnatural and unreasonable to recognize in the United Nations and the trusteeship system the successor of the League and the mandates system respectively.

Nevertheless, we cannot recognize universal succession in the juridical sense in these cases. Universal succession between the two entities, namely the League and the United Nations did not occur. Neither can the application of the provisions of the trusteeship system on the Mandate be recognized without the conclusion of a trusteeship agreement. But nobody would wonder that the Mandatory’s power once exercised on

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

Le défendeur n'a véritablement rien à opposer aux critiques que les demandeurs formulent contre ce qu'ils appellent sa « théorie de la caducité partielle ».

\* \* \*

Si le Mandat survit en tant qu'institution, il faut qu'il y ait une surveillance internationale car celle-ci est indispensable pour que le système des Mandats puisse bien fonctionner. La question qui se pose est de savoir si le mécanisme de surveillance internationale qui existait du temps de la Société des Nations a disparu à la dissolution de celle-ci sans être remplacé par un mécanisme similaire. Si tel était le cas, le Mandat serait paralysé et l'on ne pourrait plus l'administrer comme il convient, ce qui serait extrêmement fâcheux du point de vue du bien-être et du progrès des populations du territoire.

Fort heureusement, le problème du mécanisme de surveillance dont le Mandat en vigueur doit être assorti a été résolu par l'apparition, non prévue à l'origine, d'une organisation internationale, l'Organisation des Nations Unies, qui est très proche de la Société des Nations par ses objectifs principaux, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales et la réalisation de fins humanitaires. En outre, on peut affirmer que l'Organisation des Nations Unies représente à plusieurs égards une forme d'organisation internationale plus perfectionnée, notamment du point de vue de sa portée et de son audience dans la communauté internationale organisée, de sa structure et de ses fonctions. On peut en dire autant des deux systèmes, le régime de tutelle des Nations Unies et le système des Mandats de la Société des Nations. C'est désormais le régime international de tutelle des Nations Unies qui remplit la « mission sacrée de civilisation » concernant les territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes. De ce système, on peut dire qu'il prolonge, en le développant, le système des Mandats de la Société des Nations.

Il n'est donc ni très anormal, ni déraisonnable de voir dans l'Organisation des Nations Unies et dans le régime de tutelle respectivement le successeur de la Société des Nations et celui du système des Mandats.

Nous ne pouvons cependant pas dire qu'il y ait eu en l'occurrence succession universelle au sens juridique. L'Organisation des Nations Unies n'est pas le légataire universel de la Société des Nations. On ne peut pas non plus dire que les dispositions afférentes au régime de tutelle s'appliquent au Mandat s'il n'y a pas eu au préalable d'accord de tutelle. Mais nul ne peut s'étonner que le pouvoir du Mandataire, exercé autre-

behalf of the League, from the necessity of circumstances, becomes exercised on behalf of the United Nations, and consequently that international supervisory power, once belonging to the League, now belongs to the United Nations. The acceptance of this power and with it the responsibility by the United Nations does not appear to constitute *ultra vires* because the matter concerning the tutelage of backward peoples without doubt lies within the scope and limit of the objectives of the United Nations.

Neither is the replacement of the supervision by the League by that of the United Nations detrimental to the Mandatory. The Respondent invokes the difference between the way of supervision under the League and that under the United Nations, namely the different composition between the Permanent Mandates Commission and the Trusteeship Council—composition by political elements or experts—and the difference in the voting method as between the Council of the League and the General Assembly, that is, the unanimity or majority rule.

The last-mentioned points cannot be recognized in themselves as an onerous burden imposed on the Respondent; the difference of the method of composition as well as the voting method may affect in both a favourable and unfavourable way. The absence of precise identity between the two supervisory mechanisms cannot be considered as a reason for denying the supervision itself.

As the mechanism of implementation of international supervision, the majority opinion of 1950 refers to the United Nations as its organ (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 136-137) contrary to the views of Lord McNair (*ibid.*, pp. 159-160) and Judge Read (*ibid.*, pp. 166-169). This conclusion cannot be derived from the express or tacit intent of the parties to the mandate agreement and those concerned, because at the period of the inception of the Mandate an event such as the dissolution of the League surely could not be foreseen by them, and because the intention of the parties and those concerned, and the surrounding circumstances at the period of the dissolution of the League are susceptible of diverse interpretations. There was a lacuna in the mandate agreement which should be filled by the theoretical or logical interpretation by the Court.

The replacement of the League as a supervisory organ by the United Nations is not normal; it is an exceptional phenomenon of the transitional period which was produced by the non-conclusion of a trusteeship agreement by the Respondent. What the Charter provided for the future of existing mandates was the conclusion of trusteeship agreements which, according to the majority opinion of 1950, the Respondent as Mandatory was not legally obliged, but expected, to make.

The attitude of the Respondent that, on the one hand, it did not enter into the trusteeship agreement which it would normally have been expected under the Charter to conclude and that, on the other hand,

fois au nom de la Société des Nations, soit exercé désormais du fait des circonstances au nom des Nations Unies et que par suite le pouvoir de surveillance internationale qui appartenait autrefois à la Société des Nations appartienne désormais aux Nations Unies. L'acceptation de ce pouvoir et de la responsabilité qui l'accompagne ne semble pas constituer un excès de pouvoir de la part des Nations Unies, car tout ce qui touche à la tutelle des populations arriérées entre sans aucun doute dans leurs attributions.

Que la surveillance exercée par la Société des Nations soit désormais remplacée par la surveillance de l'Organisation des Nations Unies ne défavorise pas non plus le Mandataire. Le défendeur fait valoir les différences qui existent entre le mode de surveillance exercé par la Société des Nations et le mode de surveillance des Nations Unies: différence dans la composition de la Commission permanente des Mandats et du Conseil de tutelle (experts ou représentants politiques), différence dans la procédure de vote entre le Conseil de la Société des Nations et l'Assemblée générale des Nations Unies (règle de l'unanimité ou règle de la majorité).

On ne saurait pourtant considérer que ces deux derniers éléments imposent une lourde charge au défendeur; les différences dans la composition ou dans la procédure de vote peuvent avoir des conséquences favorables ou défavorables. Qu'il n'y ait pas identité parfaite entre les deux mécanismes de surveillance ne doit pas constituer un motif valable pour contester la surveillance elle-même.

Pour ce qui est du mécanisme de mise en œuvre de la surveillance internationale, la majorité a estimé en 1950 (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136-137) que l'Organisation des Nations Unies était l'organe chargé de la surveillance, contrairement aux vues de lord McNair (*ibid.*, p. 159-160) et de M. Read (*ibid.*, p. 166-169). Cette conclusion ne pouvait découler de l'intention expresse ou tacite des parties à l'accord de Mandat et des autres intéressés, qui, au moment de l'élaboration du Mandat, ne pouvaient certainement pas prévoir un événement tel que la dissolution de la Société des Nations; de plus, l'intention des parties et des intéressés et les circonstances dans lesquelles a eu lieu la dissolution de la Société des Nations peuvent recevoir des interprétations variées. Il y avait une lacune dans l'accord de Mandat que la Cour devait combler par voie d'interprétation théorique ou logique.

Que la Société des Nations soit remplacée en tant qu'organe de surveillance par les Nations Unies n'est pas normal; c'est un phénomène exceptionnel de la période de transition, dû au fait que le défendeur n'a pas conclu d'accord de tutelle. La Charte prévoyait que les accords de tutelle feraient suite aux Mandats existants; si, conformément à l'opinion de la majorité en 1950, le défendeur en qualité de Mandataire n'était pas juridiquement tenu de conclure un accord de tutelle, on ne s'en attendait pas moins à ce qu'il le fit.

L'attitude du défendeur, qui d'une part ne conclut pas d'accord de tutelle contrairement à ce que l'on escompte normalement de lui en raison des dispositions de la Charte et qui d'autre part refuse de se



it refuses to submit to international supervision because of the difference of the mechanism of its implementation, is contrary to the spirit of the Mandate and the Charter and cannot be justified.

In short, the maintenance and continuation of international supervision by the United Nations is derived from the nature of the Mandate as an international institution aimed at the promotion of the material and moral well-being and social progress of the inhabitants of territories and independent of and notwithstanding its contractual origin. The Mandate survives independently of the League and the necessity for the supervision remains with the Mandate—this necessity being satisfied by the United Nations as the above-cited 1950 Opinion points out.

\* \* \*

We have reached an affirmative conclusion as to the survival of the Mandate as an international institution despite the dissolution of the League. This conclusion was reached by the 1950 Advisory Opinion and approved by the 1962 Judgment. Apart from the doctrinal basis of this proposition, the continual existence of the Mandate as an institution, notwithstanding the dissolution of the League, is admitted even by the Respondent. From the Respondent's standpoint the denial of the existence of the Mandate would mean denial of its rights to administer the mandated territory also.

The recognition of the institutional side of the Mandate beside its contractual side by the 1950 Advisory Opinion and the 1962 Judgment can confer on the mandates system a durability beyond the life of the League and an objective existence independent of the original or ulterior intent of the parties. This recognition is nothing else but a product of a scientific method of interpretation of the mandates system, in which the consideration of spirit and objectives as well as social reality of this system play important roles. This method of interpretation may be called sociological or teleological, in contrast with strict juristic formalism. Relying on the concept of the Mandate as an institution of a sociological nature, we take a step forward out of traditional conceptional jurisprudence, which would easily assert the lapse of the Mandate on the dissolution of the League.

What has been said about the question of the survival of the Mandate can be applied to the continuation of international supervision and the replacement by the United Nations of the Council of the League. The solution of the latter question is to be found in the same direction as the former. The continuation of international supervision of the Mandate by the United Nations is a logical conclusion of the survival of the Mandate as an international institution.

It is argued that the Court's Opinion on the existence of international supervision, namely the Respondent's accountability to the United Nations, is based on the doctrine of "necessity", and that the

prêter à la surveillance internationale parce que le mécanisme par lequel elle s'exerce est différent, est contraire à l'esprit du Mandat et de la Charte et ne saurait se justifier.

Bref, le maintien de la surveillance internationale et sa continuation par les Nations Unies s'expliquent, indépendamment de l'origine contractuelle du Mandat et en dépit de celle-ci, par la nature du Mandat en tant qu'institution internationale tendant à favoriser l'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des habitants du territoire. Le Mandat survit indépendamment de la Société des Nations et la nécessité demeure attachée au Mandat d'une surveillance que les Nations Unies doivent désormais assurer, comme l'a fait observer l'avis consultatif de 1950 mentionné plus haut.

\* \* \*

Nous avons donc répondu par l'affirmative à la question de savoir si le Mandat survit en tant qu'institution internationale à la dissolution de la Société des Nations. Cela est conforme à la conclusion que la Cour a formulée dans son avis consultatif de 1950 et confirmée dans son arrêt de 1962. Mis à part le fondement doctrinal de cette conclusion le défendeur reconnaît lui-même que le Mandat continue à exister malgré la dissolution de la Société des Nations. Du point de vue du défendeur, en effet, nier l'existence du Mandat reviendrait à nier son droit d'administrer le territoire sous Mandat.

Le fait que, dans l'avis consultatif de 1950 comme dans l'arrêt de 1962, il a été reconnu que le Mandat présentait un aspect institutionnel en plus de son aspect contractuel peut rendre le système des Mandats plus durable que la Société des Nations elle-même et lui conférer une existence objective indépendante de l'intention initiale ou ultérieure des parties. Cette reconnaissance a été purement et simplement le fruit d'une interprétation scientifique du système des Mandats tenant largement compte de l'esprit et des objectifs du système ainsi que de sa réalité sociale. Un pareil mode d'interprétation peut être qualifié de sociologique ou de téléologique, par opposition à un strict formalisme juridique. En nous fondant sur une conception du Mandat qui en fait une institution de caractère sociologique, nous nous écartons de la doctrine conceptuelle traditionnelle, qui conduirait facilement à juger que le Mandat est devenu caduc à la dissolution de la Société des Nations.

Ce que nous disons de la survivance du Mandat peut s'appliquer au maintien en vigueur de la surveillance internationale et au remplacement du Conseil de la Société des Nations par l'Organisation des Nations Unies. Il faut répondre à cette deuxième question dans le même sens qu'à la première. La continuation par les Nations Unies de la surveillance internationale du Mandat se déduit logiquement de la survivance du Mandat en tant qu'institution internationale.

On soutient que, pour affirmer l'existence de la surveillance internationale, c'est-à-dire de l'obligation incombant au défendeur de rendre compte aux Nations Unies, l'avis consultatif s'est fondé sur la théorie

Court cannot exceed the limitation incumbent upon it as a court of law.

Undoubtedly a court of law declares what is the law, but does not legislate. In reality, however, where the borderline can be drawn is a very delicate and difficult matter. Of course, judges declare the law, but they do not function automatically. We cannot deny the possibility of some degree of creative element in their judicial activities. What is not permitted to judges, is to establish law independently of an existing legal system, institution or norm. What is permitted to them is to declare what can be logically inferred from the *raison d'être* of a legal system, legal institution or norm. In the latter case the lacuna in the intent of legislation or parties can be filled.

So far as the continuance of international supervision is concerned, the above-mentioned conclusion cannot be criticized as exceeding the function of the Court to interpret law. The Court's Opinion of 1950 on this question is not creating law simply for the reason of necessity or desirability without being founded in law and fact. The survival of the Mandate despite the dissolution of the League, the importance of international supervision in the mandates system, the appearance of the United Nations which, as the organized international community, it characterized by political and social homogeneity with the defunct League of Nations, particularly in respect of the "sacred trust" for peoples who have not yet attained a full measure of self-government, and the establishment of the international trusteeship system, the Respondent's membership in the United Nations, and, finally, the refusal by the Charter: these factors, individually and as a whole, are enough to establish the continuation of international supervision by the United Nations.

Consideration of the necessity that the paralysis of mandate without supervision must be avoided, can by no means be denied. But we are not going to deduce the above-mentioned conclusion from mere necessity or desirability but from the *raison d'être* and the theoretical construction of the mandates system as a whole.

We, therefore, must recognize that social and individual necessity constitutes one of the guiding factors for the development of law by the way of interpretation as well as legislation. The principle of effectiveness often referred to, may be applied to explain the viewpoint of the "necessity" argument of the 1950 Advisory Opinion recognizing the continued existence of the Mandate as well as international supervision (cf. Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, pp. 277-280).

In this case, we cannot deny that the necessity created the law independently of the will of the parties and those concerned. The explanation by the reasonably assumed intention of the parties (Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, Vol. I, 8th ed., p. 168) seems a compromise

de la « nécessité », mais que la Cour ne saurait outrepasser ses fonctions de tribunal.

Il est indéniable qu'un tribunal dit le droit mais ne légifère pas. Dans la pratique toutefois, il est extrêmement difficile de faire le départ. Sans doute les juges disent le droit, mais ils n'obéissent pas à des automatismes. On ne peut leur nier dans leurs activités judiciaires un certain pouvoir créateur. Ce qui ne leur est pas permis, c'est de créer le droit indépendamment d'un système, d'une institution ou d'une norme juridique existants. Ce qui leur est permis, c'est d'énoncer ce que l'on peut logiquement déduire de la raison d'être d'un système juridique, d'une institution ou d'une norme juridique. Dans ce dernier cas, il est possible de combler les lacunes apparaissant dans l'intention du législateur ou des parties.

En ce qui concerne la conclusion relative au maintien de la surveillance internationale, on ne saurait dire que la Cour ait outrepassé ses fonctions d'interprétation du droit. A cet égard elle n'a pas, dans son avis de 1950, créé du droit simplement parce que cela était nécessaire ou souhaitable, sans qu'il y eût aucune justification en droit ni en fait. Le maintien en vigueur du Mandat après la dissolution de la Société des Nations, l'importance que revêt la surveillance internationale dans le système des Mandats, la création de l'Organisation des Nations Unies qui, en tant que communauté internationale organisée, présente d'exactes correspondances politiques et sociales avec la défunte Société des Nations, notamment en ce qui concerne la « mission sacrée de civilisation » à accomplir au profit des populations ne s'administrant pas encore complètement elles-mêmes, la création du régime international de tutelle, le fait que le défendeur est Membre des Nations Unies et le fait, enfin, qu'il se refuse à conclure un accord de tutelle contrairement à ce qu'on pouvait espérer en vertu de la Charte: tous ces facteurs, isolément et dans leur ensemble, suffisent à établir que la surveillance internationale doit continuer par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations Unies.

On ne saurait nier qu'il y ait nécessité, en ce sens qu'il faut éviter que l'absence de surveillance paralyse le système des Mandats. Néanmoins nous ne voulons pas fonder exclusivement la conclusion qui précède sur son caractère nécessaire ou souhaitable; nous la fondons sur la raison d'être et la structure théorique du système des Mandats dans son ensemble.

Nous devons donc admettre que la nécessité d'ordre social et individuel constitue l'un des principes directeurs de l'évolution du droit par le moyen de l'interprétation comme de la législation. On peut recourir au principe de l'effet utile, souvent invoqué, pour expliquer comment l'avis consultatif de 1950 s'est référé à l'argument de la nécessité afin de reconnaître le maintien du Mandat et de la surveillance internationale (cf. sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 277-280).

En l'espèce, nous ne pouvons nier que la nécessité ait créé le droit indépendamment de l'intention des parties et des intéressés. L'explication qui fait appel à l'intention raisonnablement présumée des parties (Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, vol. I, 8<sup>e</sup> éd., p. 168) paraît

with voluntarism. "The reasonably assumed intention" is not identical with the psychological intention which very probably did not exist. The former shall be assumed by the Court taking into consideration all legal and extra-legal factors, from which the "necessity" is not excluded. These kinds of activities of judges are not very far from those of legislators.

In parentheses, although the Court does not possess the power to decide a case *ex aequo et bono* without the parties' agreement (Article 38, paragraph 2, of the Statute), the result of the interpretation mentioned above can satisfy the requirement of justice and good sense. The contrary solution shall be striking to most of those concerned and the public at large.

Such attitude of interpretation has been known as a method of "libre recherche scientifique" or "Freirecht", mainly in civil-law countries for three-quarters of a century as emancipating judges from the rigid interpretation of written laws and emphasizing the creative role in their judicial activities. There is no reason to believe that the same method should be denied in the field of international law except the opposing tendency of strong voluntarism derived from the concept of sovereignty and not being in conformity with the concept of law which attributes to law an objective and independent existence from the will and intention of those to whom law is addressed.

In short the difference of opinions on the questions before us is in the final instance attributed to the difference between two methods of interpretation: teleological or sociological and conceptional or formalistic.

\* \* \*

For the above-mentioned reasons (1) South West Africa is a territory under the Mandate, and (2) Respondent continues to have the international obligations stated in Article 22 of the Covenant of the League of Nations and in the Mandate for South West Africa, the supervisory functions to be exercised by the United Nations, to which the annual reports are to be submitted. (As to the obligation to transmit petitions mentioned in the Applicants' Submission No. 2, we will deal with it below.) So far as these matters are concerned, the Applicants' Submissions Nos. 1 and 2 are well-founded.

### III

Now we must proceed to examine the Applicants' Final Submissions Nos. 3 and 4, which constitute the core of the present cases in the sense that they are concerned with the fundamental obligations stipulated in Article 2, paragraph 2, of the Mandate and Article 22 of the Covenant of the League of Nations.

The submissions presented to the Court by the Applicants in the

constituer un compromis avec le volontarisme. L'« intention raisonnablement présumée » ne correspond pas exactement à l'intention psychologique, qui n'a très probablement pas existé. La Cour doit déterminer cette intention raisonnablement présumée en tenant compte de tous les facteurs juridiques et extra-juridiques, parmi lesquels la nécessité. En procédant ainsi, les juges ne sont pas loin d'agir comme le font les législateurs.

Ajoutons par parenthèse, bien que la Cour n'ait pas la faculté de statuer *ex aequo et bono* sans l'accord des parties (Statut, article 38, paragraphe 2), que le processus d'interprétation défini plus haut peut parfaitement répondre aux exigences de la justice et du bon sens. Le contraire surprendrait la plupart des intéressés et l'opinion publique dans son ensemble.

Ce processus d'interprétation, connu depuis trois quarts de siècle, surtout dans les pays de droit civil, sous le nom de méthode de libre recherche scientifique ou *Freirecht*, libère les juges de l'obligation de s'en tenir à une interprétation rigide du droit écrit et souligne le pouvoir créateur qui leur est donné dans leur activité judiciaire. Rien ne permet de penser que la même méthode soit inapplicable au domaine du droit international, sauf si l'on adhère à la tendance opposée, c'est-à-dire à un volontarisme strict issu du concept de souveraineté mais contraire à la conception du droit qui attribue à celui-ci une existence objective et indépendante de la volonté et de l'intention de ceux auxquels il s'adresse.

En résumé, la divergence d'opinion qui se manifeste sur les questions qui nous occupent s'explique en dernière analyse par une opposition entre deux modes d'interprétation : l'interprétation téléologique ou sociologique d'une part, l'interprétation conceptuelle ou formaliste de l'autre.

\* \* \*

Pour ces motifs, 1) le Sud-Ouest africain est un territoire sous Mandat ; 2) le défendeur demeure soumis aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain, les fonctions de surveillance étant exercées par les Nations Unies auxquelles les rapports annuels doivent être envoyés. (Nous examinerons plus loin ce qu'il en est de l'obligation de transmettre des pétitions, dont les demandeurs font mention dans leur conclusion n° 2.) Sur ces points, les conclusions nos 1 et 2 des demandeurs sont bien fondées.

### III

Nous devons à présent examiner les conclusions finales nos 3 et 4 des demandeurs, qui constituent l'essentiel des présentes affaires en ce sens qu'elles visent les obligations fondamentales énoncées au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

Les conclusions que les demandeurs ont présentées à la Cour dans

Memorials, supplemented in the Reply and amended during the oral proceedings on 19 May 1965, are concerned with the complaints raised against the Respondent as the Mandatory of the Territory of South West Africa; they are fundamentally concerned with the allegations by the Applicants that the Respondent has violated the obligations incumbent upon it by Article 22 of the Covenant of the League of Nations and by the Mandate for South West Africa.

Although the submissions of Applicants include multiple obligations resulting from the various provisions of the Covenant and the Mandate, i.e., Article 2, paragraph 2, Articles 4, 6 and 7, paragraph 1, the main legal questions involved in the present cases are undoubtedly those concerning the obligations of the Respondent as the Mandatory stipulated in Article 2, paragraph 2, of the Mandate: obligations to "promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the Territory".

In the following statement of our view, we consider that it is more convenient, in dealing with the submissions of the Applicants, to distinguish general questions, namely the matters concerning the general obligations of the Respondent as Mandatory as provided for in Article 2, paragraph 2, of the Mandate and Article 22 of the Covenant from those stipulated in particular provisions of the Mandate and the Covenant, and to deal with the former before the latter.

Briefly, the legal issues of the present cases are centred in the final analysis on the question of compliance or otherwise by the Respondent as Mandatory with the obligations declared in Article 2, paragraph 2, of the Mandate for the Territory of South West Africa, which is nothing else but the concrete application to this Territory of the principle enunciated in Article 22, paragraph 1, of the Covenant concerning the mandates system in general.

Before examining the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4 in detail, we must envisage the question of the justiciability raised by the Respondent of the dispute of the present cases. If the dispute of these cases is political, administrative, technical or otherwise in character, and not of legal character, the Court will have no power to exercise its jurisdiction over it.

Regarding this matter, it must be recalled that the contention of the political character of the dispute was not raised by the Respondent to the Court at the stage of the preliminary objection proceedings and that it was made later during the first stage of the oral proceedings by counsel for the Respondent (C.R. 65/18, pp. 6 ff.). It is to be noted that this contention is related only to the general obligations incumbent upon the Respondent by Article 2, paragraph 2, and Article 22 of the Covenant as Mandatory and not to specific obligations provided for in Articles 3, 4, 5, 6 and 7 of the Mandate. Accordingly, the arguments between the Parties concerning the justiciability of the dispute of the present cases have particular significance only in relation to the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4 which are concerned with the general principles and objectives of the mandates system.

leurs mémoires, conclusions qu'ils ont complétées dans leur réplique et modifiées au cours de la procédure orale le 19 mai 1965, touchent aux griefs formulés contre le défendeur en sa qualité de Mandataire pour le territoire du Sud-Ouest africain; il s'agit essentiellement d'allégations par lesquelles les demandeurs soutiennent que le défendeur a violé les obligations lui incombant au titre de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et du Mandat pour le Sud-Ouest africain.

Les conclusions des demandeurs portent sur de nombreuses obligations prévues dans diverses dispositions du Pacte et du Mandat (deuxième alinéa de l'article 2, article 4, article 6 et premier alinéa de l'article 7), mais les principales questions juridiques en cause sont indubitablement celles qui visent l'obligation incombant au défendeur à titre de Mandataire, en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, d'accroître, « par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du Territoire ».

Nous croyons plus commode, pour l'examen des conclusions des demandeurs, de faire une distinction entre, d'une part, les questions d'ensemble qui concernent les obligations générales incombant au défendeur à titre de Mandataire en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte, et, d'autre part, les obligations découlant de certaines dispositions précises du Mandat et du Pacte; nous traiterons d'abord des premières.

En bref, les problèmes juridiques qui se posent en l'espèce se ramènent en dernière analyse à la question de savoir si le défendeur, en qualité de Mandataire, s'acquitte ou non des obligations formulées au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat pour le territoire du Sud-Ouest africain, ce qui représente simplement l'application concrète à ce territoire du principe énoncé au paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte concernant le système des Mandats en général.

Avant d'étudier en détail les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs, nous devons chercher à répondre à la question — soulevée par le défendeur — de savoir si un règlement judiciaire du présent différend est possible. Si le présent différend revêt un caractère politique, administratif, technique ou autre et non pas un caractère juridique, la Cour n'est pas habilitée à en connaître.

Il y a lieu de se rappeler à ce propos que le défendeur n'a pas argué devant la Cour du caractère politique du litige au stade des exceptions préliminaires et qu'il ne l'a fait qu'ultérieurement, au début de la procédure orale, par l'entremise de son conseil (C.R. 65/18, p. 6 et suiv.). Il convient de noter que le défendeur ne soutient cette thèse qu'en ce qui concerne les obligations d'ordre général lui incombant comme Mandataire en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte, et non pas en ce qui concerne les obligations précises énoncées dans les articles 3, 4, 5, 6 et 7 du Mandat. Par suite, la controverse entre les Parties sur la possibilité d'un règlement judiciaire en la présente instance n'a d'importance réelle que pour les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs, qui visent les principes et les objectifs généraux du système des Mandats.



The Mandate cannot be conceived as divorced from political, administrative, economic, technical and cultural factors and as a result this consideration makes the question of justiciability more complicated.

The Respondent denies the justiciability of matters pertaining to Article 2, paragraph 2, of the Mandate. The reason thereof is found in the nature of the power of the Mandatory which is political and technical, therefore wide, general and, accordingly, discretionary.

The objectives of the mandates system are declared to be "the well-being and development" of such peoples, namely "peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world".

The "well-being and development" mean "the material and moral well-being and the social progress". (Article 2, paragraph 2, of the Mandate.) That these objectives form a "sacred trust of civilization" and "that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant", is the principle which should be applied to the colonies and territories under the mandates system. The securities for the performance of the trust are provided in the Covenant as well as in the individual mandate instruments, but the objectives of the mandates system are broad, abstract and comprehensive as is shown by the use of words such as "well-being", "development" and "progress".

Strictly speaking, these concepts having the character of a value judgment are susceptible of taking different contents according to various philosophical, theological, political systems and ways of thinking, and consequently it may be extremely difficult for everybody to agree on what is meant or implied by these terms, and on the degree of importance which should be attached to a value in the whole hierarchy of values. What is meant by well-being or progress? Which one has priority in case of conflict between material and moral well-being? Is there any difference between "progress" and "development"? Concerning the latter two concepts there may be great divergence of standpoints between evolutionists or pragmatists and conservatives. Concerning the appreciation of the moral well-being and what it consists of idealists and materialists may differ one from the other.

The creators of Article 22 and the drafters of the Mandate agreement, however, do not appear to have scrutinized these matters from the above-mentioned point of view. They wanted to indicate by this simple formula the goal of good government as it should be applied to the administration of mandated territories. They wanted to find some idea or principle which could be considered a common denominator among divergent political ideas and thoughts on good government just as it is inevitable in the case of indicating a constitutional aim of a democratic State or, in an analogous case, of an international organization whose purposes are as general as those of the League of Nations or the United Nations.

Let us suppose that the legislators of a certain political community

Comme on ne peut pas considérer le Mandat indépendamment de certains éléments d'ordre politique, administratif, économique, technique et culturel, la question de la possibilité d'un règlement judiciaire n'en est que plus complexe.

Le défendeur nie que des questions relevant du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat soient susceptibles de règlement judiciaire. Il argue de la nature même du pouvoir donné au Mandataire, qui est d'ordre politique et technique et en conséquence de caractère étendu et général et par suite discrétionnaire.

Le système des Mandats a pour objectifs déclarés « le bien-être et le développement » de peuples « non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne ».

Le « bien-être et le développement » correspondent au « bien-être matériel et moral » et au « progrès social » dont il est question au deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat. Ces objectifs « forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission » — tel est le principe qu'on doit appliquer aux colonies et territoires visés par le système des Mandats. Des garanties pour l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation sont prévues dans le Pacte comme dans les divers actes de Mandat, mais les objectifs du système des Mandats sont larges, abstraits et généraux, comme en témoignent les termes « bien-être », « développement » et « progrès ».

A strictement parler, ces notions, qui procèdent de jugements de valeur, peuvent avoir un contenu différent selon les systèmes et modes de pensée philosophiques, théologiques et politiques; par suite, il peut être extrêmement difficile de faire l'unanimité sur le sens exprès ou implicite de ces termes et sur l'importance qu'il convient d'attribuer, dans la hiérarchie des valeurs, à une valeur donnée. Qu'entend-on par bien-être ou progrès? A quoi faut-il attribuer la priorité en cas de conflit entre le bien-être matériel et le bien-être moral? Y a-t-il une différence entre le « progrès » et le « développement »? S'agissant de ces deux dernières notions, il peut y avoir de profondes divergences de vues entre les évolutionnistes ou pragmatistes et les conservateurs. Sur la manière d'apprécier le bien-être moral et sur le contenu de cette notion, les idéalistes et les matérialistes peuvent ne pas s'entendre non plus.

Toutefois, les auteurs de l'article 22 et ceux de l'accord de Mandat ne semblent pas avoir approfondi les choses de ce point de vue. Par la formule simple qu'ils ont mise au point, ils voulaient simplement indiquer que l'on devait appliquer à l'administration des territoires sous Mandat le principe du bon gouvernement. Il leur fallait trouver une idée ou un principe pouvant servir de dénominateur commun à des vues et à des conceptions politiques divergentes sur la notion de bon gouvernement, ce qui s'impose chaque fois que l'on veut définir l'objectif constitutionnel d'un Etat démocratique ou encore, cas analogue, d'une organisation internationale dont les buts sont d'ordre aussi général que ceux de la Société des Nations ou de l'Organisation des Nations Unies.

Lorsque les législateurs d'une communauté politique parviennent à

succeeded in finding a constitutional formula which the majority of its members could agree to adopt. Still one cannot be optimistic about its interpretation. Everyone would interpret it according to his own philosophical or political viewpoint; each would attach a different meaning to the same slogan. The necessary conclusion would be subjectivism, relativism and anarchism in the interpretation and multiplicity of political parties in a democratic society.

The fact that, in most cases, political communities under abstract principles which would indicate general orientation to the politics and administration, stand, survive, maintain and even prosper, is not attributable to the legislative technique or the manner in which the objectives of the communities in their constitutions are expressed, but, in final instance, to the common-sense and political wisdom of the leaders and constituents of the respective communities.

From what has been mentioned above, we are inclined to conclude that the concept of the promotion of "material and moral well-being and social progress of the inhabitants" which constitutes the objectives of the Mandate for South West Africa (Article 2, paragraph 2), is in itself of political character and cannot be recognized as susceptible of judicial determination and execution.

By saying so we do not assert that Article 2, paragraph 2, of the Mandate does not possess the character of a legal norm. Legislators can adopt in the system of legal norms other cultural norms, which are socially relevant, namely moral, political, economic, technical norms, etc., as distinct from the juridical value judgment. In such cases, a cultural norm quite heterogeneous in character to legal norm, e.g., in the control of traffic or architecture, is incorporated in the system of law. In such cases, we may say that a technique is vested with juridical value, or that a technique is "naturalized" in the system of law.

Such "naturalization" between legal and other cultural norms occurs most frequently between law on the one hand and morals and politics on the other. The article with which we are now confronted is one of the typical examples of such "naturalization".

The promotion of the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants, are the ultimate objectives which the Mandatory is obliged to realize. These objectives are essentially of a political nature, but moral and humanitarian as well. In this case the political and moral obligations of the Mandatory, as an effect of the mandate agreement, are incorporated into the law.

The obligations incumbent upon the Respondent as Mandatory are different from its specific duties enumerated in the Covenant and mandate agreement and, clearly defined from the viewpoint of their content, present themselves as the supreme goal of the mandates system which is of political character. These obligations are therefore general, vague and abstract, and, accordingly, they are not susceptible of judicial execution, in spite of the fact that we cannot deny the legal character of the mandate agreement in its entirety.

trouver une formule constitutionnelle acceptable pour la majorité de ses membres, il n'y a pas lieu d'être trop optimiste sur l'interprétation qui en sera donnée. Chacun l'interprétera, le cas échéant, conformément à ses vues philosophiques ou politiques; chacun attribuera un sens différent à la même formule. On aboutira inévitablement, dans l'interprétation, au subjectivisme, au relativisme et à l'anarchisme et, pour ce qui est de la société démocratique, à la multiplicité des partis politiques.

Le fait que les communautés dont l'orientation générale en matière politique et administrative est régie par des principes abstraits parviennent dans la plupart des cas à exister, à survivre et même à prospérer ne s'explique pas par leur technique législative ou par la manière selon laquelle leurs objectifs sont exprimés sur le plan constitutionnel; seuls comptent en définitive le bon sens et la sagesse politique dont témoignent leurs dirigeants et leurs divers éléments.

Vu ce qui précède, nous inclinons à conclure que la notion de l'accroissement du « bien-être matériel et moral » et du « progrès social des habitants », c'est-à-dire l'objectif visé par le Mandat pour le Sud-Ouest africain (article 2, deuxième alinéa), a en soi un caractère politique et n'est donc pas susceptible de détermination ou de règlement judiciaire.

Nous ne voulons pas dire par là que le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat ne possède pas le caractère d'une norme juridique. Les législateurs peuvent adopter dans leur système de normes juridiques des normes culturelles pertinentes sur le plan social mais ne procédant pas de jugements de valeur juridiques: normes morales, politiques, économiques, techniques, etc. En pareil cas, une norme culturelle tout à fait étrangère par nature aux normes juridiques, applicable par exemple à la circulation ou à l'architecture, est incorporée au système juridique. On peut dire que la technique dont il s'agit se voit attribuer une valeur juridique ou qu'elle est intégrée dans le système juridique.

Ce phénomène d'intégration des normes culturelles au sein des normes juridiques intervient très fréquemment entre le droit d'une part, la morale et la politique de l'autre. Les dispositions dont nous nous occupons en fournissent un exemple typique.

L'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des habitants est l'objectif ultime imposé au Mandataire. Cet objectif est essentiellement de nature politique, mais également de nature morale et humanitaire. En l'occurrence, les obligations politiques et morales du Mandataire découlant de l'accord de Mandat sont incorporées au droit.

Les obligations qui incombent au défendeur en qualité de Mandataire sont différentes des devoirs précis qui sont énoncés dans le Pacte et dans l'accord de Mandat; leur contenu étant clairement défini, ces obligations se présentent comme l'objectif suprême du système des Mandats, qui est de caractère politique. Elles sont donc générales, vagues et abstraites et par suite elles ne sont pas susceptibles de règlement judiciaire, bien que nous ne puissions contester le caractère juridique de l'accord de Mandat dans son ensemble.

This is a reason why, even in countries where the institution of constitutional judicial review is adopted, some of the higher principles of the constitution are by doctrine and practice excluded from the function of courts of law. The execution of some constitutional provisions is not guaranteed as in the case of *lex imperfecta*.

This is a consequence of the essential difference between law and politics or administration.

The essential difference between law and politics or administration lies in the fact that law distinguishes in a categorical way what is right and just from what is wrong and unjust, while politics and administration, being the means to attain specific purposes, and dominated by considerations of expediency, make a distinction between the practical and the unpractical, the efficient and the inefficient. Consequently, in the judgment of law there is no possibility apart from what is just or unjust (*tertium non datur*), in the case of politics and administration there are many possibilities of choice from the viewpoint of expediency and efficiency. Politics are susceptible of gradation, in contrast to law which is categorical and absolute.

As has been mentioned above, the purposes and content of a good government are vague and are not precisely defined. Suppose we indicate it by a formula such as the promotion of "the material and moral well-being and social progress" as in the case of the Mandate for South West Africa. An infinite number of policies can be conceived that would achieve the purposes of good government, which are general and abstract. In concrete, individual cases, the objectives which should be achieved may be spiritual or material, direct or indirect, important or less important, essential or non-essential, urgent or non-urgent. Good government is concerned with the choice of means to attain certain ends. This is a characteristic of politics and administration where the discretionary power of the competent authorities prevails, and since the Mandate aims at the well-being and progress of the inhabitants, it therefore belongs to the category of politics and administration, is characterized by the discretionary nature of the Mandatory's activities.

Briefly, to promote the well-being and progress of the inhabitants, many policies and measures are conceivable. The Mandatory has a discretionary power to choose those it considers to be the most appropriate and efficient means of realizing the said objectives of the Mandate.

There is a question, posed by Judge Sir Gerald Fitzmaurice on 7 May 1965 (C.R. 65/27, pp. 57-59) to both Parties, in relation to whether the requirement of the "promotion of well-being and social progress" can be satisfied by any total increase, namely by considering the progress "on balance", or whether the existence of a total increase on the one side cannot itself be considered as the achievement of "promotion of the well-being and progress", if, on the other side, there exists, on the part of the government, any failure to promote well-being and progress. If one takes the view that the Mandatory is in principle given

C'est l'une des raisons pour lesquelles, même dans les pays où l'on prévoit un contrôle judiciaire de la constitution, certains des plus hauts principes constitutionnels échappent en théorie et en pratique à l'action des tribunaux. Pour certaines dispositions constitutionnelles, il n'existe donc aucune garantie d'application, tout comme dans le cas d'une *lex imperfecta*.

C'est là une conséquence de la différence fondamentale qui existe entre le droit et la politique ou l'administration.

La différence fondamentale entre le droit et la politique ou l'administration est que le droit distingue d'une façon catégorique ce qui est bien et juste de ce qui est mauvais et injuste, tandis que la politique et l'administration, qui sont les moyens d'atteindre certains objectifs précis et qui obéissent surtout à des considérations d'opportunité, font la distinction entre ce qui est réalisable et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est efficace et ce qui ne l'est pas. Par suite, lorsqu'il faut se prononcer en droit, il n'y a que l'alternative du juste ou de l'injuste sans moyen terme, tandis qu'en matière politique ou administrative il existe des choix nombreux du point de vue de l'opportunité et de l'efficacité. En politique, on peut opérer une gradation; le droit est catégorique et absolu.

Comme nous l'avons signalé plus haut, le bon gouvernement a des objectifs et un contenu vagues et sans définition précise. Supposons que nous en traduisions l'idée, comme dans le Mandat pour le Sud-Ouest africain, par la formule de l'accroissement du bien-être matériel et moral ainsi que du progrès social. On peut concevoir alors un nombre infini de politiques pour réaliser les objectifs d'un bon gouvernement, qui sont d'ordre général et abstrait. Dans chaque cas concret, les objectifs à réaliser seront d'ordre spirituel ou matériel, directs ou indirects, importants ou moins importants, essentiels ou non, urgents ou non. Le bon gouvernement consiste à choisir les moyens de réaliser certaines fins. C'est une caractéristique de la politique et de l'administration que le pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes l'emporte sur le reste; comme le Mandat vise au bien-être et au progrès des habitants et par suite relève de la politique et de l'administration, il se caractérise par le caractère discrétionnaire de l'action du Mandataire.

Donc, pour accroître le bien-être et le progrès des populations, on peut concevoir un très grand nombre de politiques et de mesures. Le Mandataire a le pouvoir discrétionnaire de choisir celles qu'il juge les plus appropriées et les plus efficaces pour atteindre les objectifs du Mandat.

Le 7 mai 1965, sir Gerald Fitzmaurice a demandé aux Parties (C.R. 65/27, p. 57-59) si l'on pouvait considérer que la disposition relative à l'accroissement du bien-être et du progrès social serait respectée du moment qu'il y aurait accroissement total « tout bien pesé », ou bien si l'on pouvait considérer qu'un accroissement total ne suffirait pas dès lors qu'il n'y aurait pas accroissement du bien-être et du progrès dans tel ou tel secteur de l'action gouvernementale. Si l'on admet que le Mandataire s'est vu conférer en principe un pouvoir discrétionnaire pour s'acquitter des obligations qui lui incombent au titre du deuxième

discretionary power to perform the obligations imposed by Article 2, paragraph 2, of the Mandate, namely the well-being and progress of the inhabitants, it follows that it can choose quite freely any policies or measures which it considers appropriate to realize this objective; accordingly, any partial failure in respect of specific policies or measures cannot necessarily be considered to constitute a breach of the Mandate. The reason therefor is that the discretionary power recognized as being conferred on the Mandatory includes its capacity of value judgment as between various possible policies and measures to be taken to realize the objectives of the Mandate.

Furthermore, the concept of the well-being and progress involves a quantitative factor. One cannot ascertain whether, at a certain point of time, the well-being and progress have been achieved or not. That the Mandatory is required to promote "to the utmost" (English) or "*par tous les moyens en son pouvoir*" (French) means that the obligations of the Mandatory provided by Article 2, paragraph 2, are elastic and that there exists a possibility of wide discretion for their performance.

Investigation of the degree of expediency is not a matter for courts of law to deal with. The appropriateness of the exercise of a discretionary power by the Mandatory does not belong to matters subject to the jurisdiction of a court of law. Therefore the contention of the Respondent that the exercise of the Mandatory's power is discretionary, and that it is not justiciable unless the power has been exercised in bad faith, can be recognized as being fundamentally right. The political obligations are in themselves incompatible with judicial review.

That the Mandatory has discretionary power concerning the administration of the Territory is declared by Article 2, paragraph 1, which provides: "The Mandatory shall have full power of administration and legislation over the territory . . ."

What has been said above does not mean that the Mandatory has an unlimited right to exercise the discretionary power conferred upon it for the performance of the obligations imposed by the Mandate. The exercise of this power is primarily limited by the individual provisions of the mandate instrument and Article 22 of the Covenant. Article 2, paragraph 1, provides that "... the full power of administration and legislation . . . subject to the present Mandate . . .". The Applicants indeed based their Submissions Nos. 5, 6, 7 and 9 on Article 2, paragraph 1, of the Mandate, Article 22 of the Covenant, Article 6 of the Mandate and Article 22 of the Covenant, and Article 7, paragraph 1, of the Mandate respectively. Concerning these points, justiciability on the Applicants' submissions cannot be denied and the Respondent does not dare to deny it. Controversy on the justiciability of the present cases would accordingly be limited to the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4 which are related only to Article 2, paragraph 2, of the Mandate and Article 22 of the Covenant to the extent that it is concerned with Article 2, paragraph 2, of the Mandate.

alinéa de l'article 2 du Mandat et qui consistent à accroître le bien-être et le progrès des habitants, le Mandataire peut choisir librement toute politique ou toute mesure qu'il juge propices à l'accomplissement de cette mission; par suite, le fait qu'une politique ou une mesure se solde par un échec partiel peut ne pas être nécessairement considéré comme une violation du Mandat. La raison en est que le pouvoir discrétionnaire reconnu au Mandataire s'étend à la faculté de porter un jugement de valeur sur les diverses politiques et mesures que l'on peut adopter pour atteindre les objectifs du Mandat.

En outre, la notion de bien-être et de progrès met en jeu un élément quantitatif. On ne peut pas savoir, à un moment donné, si l'accroissement du bien-être et du progrès a été réalisé ou non. Que le Mandataire soit tenu d'accroître le bien-être et le progrès « par tous les moyens en son pouvoir » (version française), ou *to the utmost* (version anglaise), signifie que les obligations lui incombant au titre du deuxième alinéa de l'article 2 sont souples et qu'une très grande latitude lui est laissée pour l'accomplissement de sa mission.

Les tribunaux n'ont pas à enquêter sur l'opportunité. Il ne leur appartient pas de dire si le Mandataire a opportunément exercé son pouvoir discrétionnaire. Par suite, lorsqu'il soutient que le Mandataire exerce un pouvoir discrétionnaire ne pouvant faire l'objet d'aucun recours judiciaire à moins d'avoir été utilisé de mauvaise foi, le défendeur a fondamentalement raison. Les obligations politiques sont par nature incompatibles avec le contrôle judiciaire.

Le fait que le Mandataire soit doté d'un pouvoir discrétionnaire concernant l'administration du territoire est énoncé au premier alinéa de l'article 2, qui dispose: « Le Mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire... »

Ce que nous venons de dire ne signifie pas que le Mandataire jouisse d'une latitude illimitée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré pour s'acquitter des obligations découlant du Mandat. L'exercice de ce pouvoir est avant tout limité par les dispositions précises de l'acte de Mandat et par celles de l'article 22 du Pacte. Le premier alinéa de l'article 2 parle de « pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat ». Du reste, les demandeurs ont fondé leurs conclusions nos 5, 6, 7, 9 respectivement sur le premier alinéa de l'article 2 du Mandat, l'article 22 du Pacte, l'article 6 du Mandat et l'article 22 du Pacte, le premier alinéa de l'article 7 du Mandat. Sur ces points, on ne saurait contester la possibilité d'un règlement judiciaire relativement aux conclusions des demandeurs et le défendeur n'ose pas la contester. La controverse sur la possibilité d'un règlement judiciaire en la présente instance doit donc se limiter aux conclusions nos 3 et 4 des demandeurs, conclusions qui portent exclusivement sur le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et sur l'article 22 du Pacte dans la mesure où celui-ci intéresse le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat.



From this viewpoint the question is whether the wide discretionary power conferred by Article 2, paragraph 1, excludes any possibility of a breach of the Mandate other than a breach of individual provisions of the Mandate and the Covenant indicated above. If any legal norm exists which is applicable to the exercise of the discretionary power of the Mandatory, then it will present itself as a limitation of this power, and the possible violation of this norm would result in a breach of the Mandate and hence the justiciability of this matter.

\* \* \*

Now we shall examine Nos. 3 and 4 of the Applicants' final submissions. Submission No. 3 reads as follows:

“Respondent, by laws and regulations, and official methods and measures, which are set out in the pleadings herein, has practised apartheid, i.e., has distinguished as to race, colour, national or tribal origin in establishing the rights and duties of the inhabitants of the Territory; that such practice is in violation of its obligations as stated in Article 2 of the Mandate and Article 22 of the Covenant of the League of Nations; and that Respondent has the duty forthwith to cease the practice of apartheid in the Territory;” (Applicants' final submissions, C.R. 65/35, p. 69).

At the same time, Applicants have presented another submission (Submission No. 4) which states as follows:

“Respondent, by virtue of economic, political, social and educational policies applied within the Territory, by means of laws and regulations, and official methods and measures, which are set out in the pleadings herein, has, in the light of applicable international standards or international legal norm, or both, failed to promote to the utmost the material and moral well-being and social progress of the inhabitants of the Territory; that its failure to do so is in violation of its obligations as stated in Article 2 of the Mandate and Article 22 of the Covenant; and that Respondent has the duty forthwith to cease its violations as aforesaid and to take all practicable action to fulfil its duties under such Articles;” (Applicants' final submissions, 19 May 1965, C.R. 65/35, pp. 69-70).

The President, Sir Percy Spender, for the purpose of clarification, addressed a question to the Applicants in relation to Submissions 3 and 4 in the Memorials at page 197, which are not fundamentally different from the above-mentioned Final Submissions Nos. 3 and 4. He asked what was the distinction between one (i.e., Submission No. 3) and the other (i.e., Submission No. 4). (C.R. 65/23, 28 April 1965, p. 31.)

A cet égard, la question est de savoir si le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par le premier alinéa de l'article 2 exclut toute possibilité de violation du Mandat en dehors des cas où certaines dispositions précises du Mandat et du Pacte dont nous avons parlé plus haut seraient violées. Si une norme juridique quelconque est applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Mandataire, elle constitue une limite à ce pouvoir et l'éventuelle transgression de ladite norme entraîne une violation du Mandat et par suite la possibilité d'un recours judiciaire en la matière.

\* \* \*

Nous en arrivons à l'examen des conclusions finales nos 3 et 4 des demandeurs. La conclusion n° 3 est la suivante :

« Par les lois et règlements et par les méthodes et actes officiels décrits dans les écritures, le défendeur a pratiqué l'*apartheid*, c'est-à-dire qu'il a établi une distinction fondée sur la race, la couleur, l'origine nationale ou tribale, lorsqu'il a fixé les droits et devoirs des habitants du Territoire; ... cette pratique constitue une violation de ses obligations telles qu'elles figurent à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations; et ... le défendeur a le devoir de cesser sur-le-champ de pratiquer l'*apartheid* dans le Territoire » (conclusions finales des demandeurs, C.R. 65/35, p. 69).

En même temps, les demandeurs ont présenté une autre conclusion portant le n° 4, qui est la suivante :

« Par l'effet des principes économiques, politiques, sociaux et éducatifs appliqués dans le Territoire, par les lois et règlements et par les méthodes et actes officiels décrits dans les écritures, le défendeur, au regard des « standards » internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable ou de ces deux critères à la fois, n'a pas accru, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du Territoire; ... cette carence constitue une violation de ses obligations, telles qu'elles figurent à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; et ... le défendeur a le devoir de mettre sur-le-champ un terme aux violations indiquées ci-avant et de prendre toutes les mesures possibles pour remplir ses obligations aux termes desdits articles » (conclusions finales des demandeurs, 19 mai 1965, C.R. 65/35, p. 69-70).

Le Président de la Cour, sir Percy Spender, a prié les demandeurs d'apporter une précision relativement aux conclusions nos 3 et 4 qui figurent à la page 197 des mémoires, lesquelles ne diffèrent pas essentiellement des conclusions finales nos 3 et 4 telles que nous venons de les rappeler. Il a demandé quelle était la distinction entre la conclusion n° 3 et la conclusion n° 4 (C.R. 65/23, 28 avril 1965, p. 31).

The response of the Applicants on this point was that the distinction between the two Submissions 3 and 4 was verbal only (19 May 1965, C.R. 65/35, p. 71). This response, being made after the amendment of the Applicants' submissions, may be considered as applicable to the amended Submissions Nos. 3 and 4.

It should be pointed out that the main difference between the original and the Final Submissions Nos. 3 and 4 is that a phrase, namely: "in the light of applicable international standards or international legal norm, or both" is inserted between "has" and "failed to promote to the utmost . . ." which seems to make clear the substantive identity existing between these two submissions.

Now we shall analyse each of these submissions, which occupy the central issue of the whole of the Applicants' submissions and upon which the greater part of the arguments of the Parties has been focused. This issue is without doubt the question concerning the policy of apartheid which the Respondent as Mandatory is alleged to have practised.

First, we shall deal with the concept of apartheid. The Applicants, in defining apartheid, said: "Respondent . . . has distinguished as to race, colour, national or tribal origin in establishing the rights and duties of the inhabitants of the Territory."

It may be said that, as between the Parties, no divergence of opinion on the concept of apartheid itself exists, notwithstanding that the Respondent prefers to use other terminology, such as "separate development", instead of "apartheid". Anyhow, it seems that there has been no argument concerning the concept of apartheid itself. Furthermore, we can also recognize that the Respondent has never denied its practice of apartheid; but it wants to establish the legality and reasonableness of this policy under the mandates system and its compatibility with the obligations of the Respondent as Mandatory, as well as its necessity to perform these obligations.

Submission No. 3 contends that such practice (i.e., the practice of apartheid) is in violation of its obligations as stated in Article 2 of the Mandate and Article 22 of the Covenant. However, the Applicants' contention is not clear as to whether the violation, by the practice of apartheid, of the Respondent's obligation is conceived from the viewpoint of politics or law. If we consider Submission No. 3, only on the basis of its literal interpretation, it may be considered to be from the viewpoint of politics; this means that the policy of apartheid is not in conformity with the objectives of the Mandate, namely the promotion of well-being and social progress of the inhabitants without regard to any conceivable legal norm or standards. If the Applicants maintain this position, the issue would be a matter of discretion and the case, so far as this point is concerned, would not be justiciable, as the Respondent has contended.

Now the Applicants do not allege the violation of obligations by the Respondent independently of any legal norm or standards. Since the Applicants amended Submission No. 4 in the Memorials and inserted

Les demandeurs ont répondu que la distinction entre la conclusion n° 3 et la conclusion n° 4 était purement verbale (C.R. 65/35, 19 mai 1965, p. 71). Cette réponse, formulée après que les conclusions des demandeurs eurent été modifiées, peut être considérée comme applicable aux conclusions n°s 3 et 4 révisées.

Il y a lieu de signaler que la différence essentielle entre le libellé initial et le libellé final des conclusions n°s 3 et 4 est qu'un membre de phrase, savoir: « au regard des « standards » internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable ou de ces deux critères à la fois », a été inséré entre les mots « le défendeur » et « n'a pas accru, par tous les moyens », ce qui semble prouver l'identité de fond des deux conclusions.

Nous analyserons chacune de ces deux conclusions, qui sont au centre même des conclusions des demandeurs et sur lesquelles les Parties ont fait porter l'essentiel de leur argumentation. La question en cause est indubitablement celle de la politique d'*apartheid* que le défendeur est censé avoir pratiquée en tant que Mandataire.

Nous considérerons d'abord la notion d'*apartheid*. Pour la définir, les demandeurs disent que le défendeur « a établi une distinction fondée sur la race, la couleur, l'origine nationale ou tribale, lorsqu'il a fixé les droits et les devoirs des habitants du Territoire ».

On peut constater qu'il n'existe pas entre les Parties de divergence d'opinion sur la notion d'*apartheid* proprement dite, bien que le défendeur préfère recourir à des expressions comme *développement séparé* au lieu d'*apartheid*. En tout cas, il n'y a pas eu, semble-t-il, de discussion sur la notion même d'*apartheid*. De plus, nous devons également reconnaître que le défendeur ne nie pas qu'il pratique l'*apartheid*; mais il veut démontrer le caractère licite et raisonnable de cette politique dans le cadre du système des Mandats et prouver qu'elle est compatible avec les obligations lui incombant en tant que Mandataire, en même temps qu'indispensable à l'exécution de ces obligations.

D'après la conclusion n° 3, la pratique de l'*apartheid* constituerait une violation des obligations du défendeur telles qu'elles sont définies à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte. Mais on ne sait pas au juste si, d'après les demandeurs, la violation dont le défendeur se rendrait coupable par rapport à ces obligations en pratiquant l'*apartheid* se situe sur le plan de la politique ou du droit. A considérer la conclusion n° 3 et à s'en tenir à son interprétation littérale, on pourrait ne retenir que le point de vue politique: l'*apartheid* n'est pas compatible avec les objectifs du Mandat, c'est-à-dire avec l'accroissement du bien-être et du progrès social des habitants, sans qu'il y ait à tenir compte de normes ou de « standards » juridiques quels qu'ils soient. Si les demandeurs en restaient là, l'affaire soulèverait une question de pouvoir discrétionnaire et ne serait pas, sous cet angle, susceptible d'un règlement judiciaire, comme le soutient du reste le défendeur.

Mais les demandeurs ne disent pas que le défendeur viole ses obligations indépendamment de toute norme juridique ou de tout « standard » juridique. Du fait que les demandeurs ont modifié la conclusion n° 4

a phrase "in the light of applicable international standards or international legal norm", the violation of the obligations as stated in Article 2 of the Mandate and Article 22 of the Covenant (Submission No. 3) which is identical with the failure to promote to the utmost the material and moral well-being and social progress of the inhabitants of the Territory (Submission No. 4) has come to possess a special meaning; namely of a juridical character. Applicants' cause is no longer based directly on a violation of the well-being and progress by the practice of apartheid, but on the alleged violation of certain international standards or international legal norm and not directly on the obligation to promote the well-being and social progress of the inhabitants. There is no doubt that, if such standards and norm exist, their observance in itself may constitute a part of Respondent's general obligations to promote the well-being and social progress.

From what is said above, the relationship between the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4 may be understood as follows. The two submissions deal with the same subject-matter, namely the illegal character of the policy and practice of apartheid. However, the contents of each submission are not quite the same, consequently the distinction between the two submissions is not verbal only, as Applicants stated in answer to the question of the President; each seems to be supplementary to the other.

Briefly, the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4, as newly formulated, rest upon a norm and/or standard. This norm or standard has been added by the Applicants to Submission No. 4. The existence of this norm or standard to be applied to the Mandate relationships, according to the Applicants' allegation, constitutes a legal limitation of the Respondent's discretionary power and makes the practice of apartheid illegal, and accordingly a violation of the obligations incumbent on the Mandatory.

What the Applicants mean by apartheid is as follows:

"Under apartheid, the status, rights, duties, opportunities and burdens of the population are determined and allotted arbitrarily on the basis of race, color and tribe, in a pattern which ignores the needs and capacities of the groups and individuals affected, and subordinates the interests and rights of the great majority of the people to the preferences of a minority . . . It deals with apartheid in practice, as it actually is and as it actually has been in the life of the people of the Territory . . ." (Memorials, p. 108.)

The Applicants contend the existence of a norm or standards which prohibit the practice of apartheid. These norm or standards are nothing other than those of non-discrimination or non-separation.

The Respondent denies the existence of a norm or standard to prohibit

telle qu'elle était énoncée dans les mémoires, en y insérant le membre de phrase: « au regard des « standards » internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable », la violation des obligations définies à l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte (conclusion n° 3), qui correspond exactement au fait de n'avoir pas accru par tous les moyens possibles le bien-être matériel et moral et le progrès social des habitants du territoire (conclusion n° 4), revêt désormais un sens particulier; elle acquiert un caractère juridique. Les demandeurs ne fondent plus désormais leur accusation directement sur une infraction au bien-être et au progrès imputable à la pratique de l'*apartheid*; ce qu'ils estiment violés, ce sont certains « standards » internationaux, c'est une certaine norme juridique internationale, ce n'est plus directement l'obligation d'accroître le bien-être et le progrès social des habitants. Effectivement, si les « standards » ou la norme existent, il se peut que le défendeur doive les respecter dans le cadre de l'obligation générale qui lui incombe d'accroître le bien-être et le progrès social.

A partir de ce qui précède, on peut comprendre la relation entre la conclusion n° 3 et la conclusion n° 4 des demandeurs de la façon suivante: les deux conclusions portent sur le même problème, savoir le caractère illicite de la politique et de la pratique de l'*apartheid*. Toutefois, la teneur de chacune de ces conclusions n'est pas tout à fait la même, de sorte que la distinction entre les deux n'est pas purement verbale, contrairement à ce que les demandeurs ont répondu au Président; ces deux conclusions semblent se compléter.

En résumé, les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs sous leur nouvelle forme reposent sur une norme et/ou des « standards ». Cette norme et ces « standards » ont été ajoutés par les demandeurs à la conclusion n° 4. Pour les demandeurs, l'existence de cette norme ou de ces « standards » applicables aux obligations découlant du Mandat restreint en droit le pouvoir discrétionnaire conféré au défendeur et rend la pratique de l'*apartheid* illicite, si bien que l'*apartheid* constitue une violation des obligations incombant au Mandataire.

Les demandeurs entendent l'*apartheid* comme suit:

« En application de l'*apartheid*, le statut, les droits, les devoirs, les chances et les charges de la population sont arbitrairement déterminés et répartis d'après la race, la couleur et la tribu, dans le cadre d'une structure qui ne tient compte ni des besoins ni des aptitudes des groupes et des individus qu'elle affecte et qui subordonne les intérêts et les droits de la grande majorité des habitants aux préférences d'une minorité... [Ce chapitre] traite de l'*apartheid* tel qu'il est pratiqué, tel qu'il est réellement, tel qu'il se manifeste et s'est manifesté dans la vie de la population du territoire... » (Mémoires, p. 108.)

Les demandeurs soutiennent qu'il existe une norme ou des « standards » qui interdisent la pratique de l'*apartheid*. Cette norme ou ces « standards » ne sont rien d'autre que ceux de non-discrimination ou non-séparation.

Le défendeur nie qu'il existe une norme ou des « standards » interdi-

the practice of apartheid and tries to justify this practice from the discretionary nature of the Mandatory's power. The Respondent emphasizes that the practice of apartheid is only impermissible when it is carried out in bad faith.

From the viewpoint of the Applicants, the existence, and objective validity, of a norm of non-discrimination make the question of the intention or motivation irrelevant for the purposes of determining whether there has been a violation of this norm. The principle that a legal precept, as opposed to a moral one, in so far as it is not specifically provided otherwise, shall be applied objectively, independently of motivation on the part of those concerned and independently of other individual circumstances, may be applicable to the Respondent's defence of *bona fides*.

\* \* \*

Here we are concerned with the existence of a legal norm or standards regarding non-discrimination. It is a question which is concerned with the sources of international law, and, at the same time, with the mandate law. Furthermore, the question is intimately related to the essence and nature of fundamental human rights, the promotion and encouragement of respect for which constitute one of the purposes of the United Nations (Article 1, paragraph 3, Charter of the United Nations), in which the principle of equality before the law occupies the most important part—a principle, from the Applicants' view, antithetical to the policy of apartheid.

What is meant by "international norm or standards" can be understood as being related to the principle of equality before the law.

The question is whether a legal norm on equality before the law exists in the international sphere and whether it has a binding power upon the Respondent's conduct in carrying out its obligations as Mandatory. The question is whether the principle of equality before the law can find its place among the sources of international law which are referred to in Article 38, paragraph 1.

Now we shall examine one by one the sources of international law enumerated by the above-mentioned provision.

First we consider the international conventions (or treaties). Here we are not concerned with "special" or "particular" law-making bilateral treaties, but only with law-making multilateral treaties such as the Charter of the United Nations, the Constitution of the International Labour Organisation, the Genocide Convention, which have special significance as legislative methods. However, even such law-making treaties bind only signatory States and they do not bind States which are not parties to them.

The question is whether the Charter of the United Nations contains a legal norm of equality before the law and the principle of non-dis-

sant la pratique de l'*apartheid* et il s'efforce de justifier cette pratique par le caractère discrétionnaire du pouvoir conféré au Mandataire. Il souligne que l'*apartheid* n'est illicite que lorsque cette politique est pratiquée de mauvaise foi.

Pour les demandeurs, l'existence et la validité objective d'une norme de non-discrimination rendent inutile de se référer à l'intention ou aux mobiles pour établir s'il y a ou non violation de ladite norme. On peut appliquer à la thèse que le défendeur présente en arguant de la bonne foi le principe d'après lequel un précepte juridique doit, à la différence d'un précepte moral et sauf indication contraire, être appliqué objectivement et indépendamment des mobiles des intéressés et autres circonstances particulières.

\* \* \*

Nous devons nous arrêter sur la question de l'existence d'une norme ou de « standards » juridiques de non-discrimination. C'est une question qui touche aux sources du droit international et en même temps au droit des Mandats. En outre, la question est intimement liée à l'essence même et à la nature des droits fondamentaux de l'homme, dont l'Organisation des Nations Unies s'est fixé pour objectif de développer et d'encourager le respect (Charte des Nations Unies, article 1, paragraphe 3) et parmi lesquels le principe de l'égalité devant la loi — principe qui, pour les demandeurs, constitue l'antithèse de la politique d'*apartheid* — occupe la première place.

La notion de *norme internationale* ou de « standards » internationaux peut être conçue comme se rattachant au principe de l'égalité devant la loi.

Il s'agit de savoir s'il existe sur le plan international une norme juridique concernant l'égalité devant la loi et si elle régit impérativement le comportement du défendeur dans l'exécution des obligations qui lui incombent comme Mandataire. Il faut rechercher si le principe de l'égalité devant la loi figure parmi les sources de droit international visées à l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour.

Nous passerons donc en revue les sources de droit international mentionnées dans la disposition précitée.

Nous considérerons d'abord les conventions internationales ou les traités internationaux. Il ne s'agit pas ici d'invoquer des traités bilatéraux « spéciaux » ou « particuliers » constitutifs de droit, mais seulement des traités multilatéraux constitutifs de droit, tels que la Charte des Nations Unies, la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, la convention sur le génocide, qui revêtent une importance particulière sur le plan législatif. Toutefois, ces traités constitutifs de droit eux-mêmes ne lient que les Etats signataires et non les Etats qui n'y sont pas parties.

La question est de savoir si la Charte des Nations Unies contient une norme juridique d'égalité devant la loi et un principe de non-dis-



crimination on account of religion, race, colour, sex, language, political creed, etc. The achievement of international co-operation in "promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion" constitutes one of the purposes of the United Nations (Article 1, paragraph 3). Next, the General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of: "... (b) ... and assisting in the realization of human rights and fundamental freedoms without distinction as to race, sex, language, or religion" (Article 13, paragraph 1 (b)). "Universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion" is one of the items which shall be promoted by the United Nations in the field of international economic and social co-operation (Articles 55 (c), 56). In this field, the Economic and Social Council may make recommendations for the purpose of promoting respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all (Article 62, paragraph 2, Charter). Finally, "to encourage respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion" is indicated as one of the basic objectives of the trusteeship system (Article 76 (c)).

The repeated references in the Charter to the fundamental rights and freedoms—at least four times—presents itself as one of its differences from the Covenant of the League of Nations, in which the existence of intimate relationships between peace and respect for human rights were not so keenly felt as in the Charter of the United Nations. However, the Charter did not go so far as to give the definition to the fundamental rights and freedoms, nor to provide any machinery of implementation for the protection and guarantee of these rights and freedoms. The "Universal Declaration of Human Rights and Fundamental Freedoms" of 1948 which wanted to formulate each right and freedom and give them concrete content, is no more than a declaration adopted by the General Assembly and not a treaty binding on the member States. The goal of the codification on the matter of human rights and freedoms has until now not been reached save in very limited degree, namely with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1953, the validity of which is only regional and not universal and with a few special conventions, such as "genocide" and political rights of women, the application of which is limited to their respective matters.

In view of these situations, can the Applicants contend, as an interpretation of the Charter, that the existence of a legal norm on equality before the law, which prescribes non-discrimination on account of religion, race, colour, etc., accordingly forbids the practice of apartheid? Is what the Charter requires limited only "to achieve international co-operation ... in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms ..." and other matters referred to above?

Under these circumstances it seems difficult to recognize that the

crimination à raison de la religion, de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de l'opinion politique, etc. L'un des buts de l'Organisation des Nations Unies (article 1, paragraphe 3) est de réaliser la coopération internationale en « développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». De plus, l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de faciliter, « sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (article 13, paragraphe 1 *b*). En matière de coopération économique et sociale internationale, les Nations Unies doivent favoriser notamment « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » (articles 55 *c*) et 56). Dans ce domaine, le Conseil économique et social peut faire des recommandations en vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous (article 62, paragraphe 2). Enfin, l'un des buts essentiels du régime de tutelle consiste à « encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » (article 76 *c*)).

Ces références répétées de la Charte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, que l'on retrouve quatre fois au moins, sont l'une des différences entre la Charte et le Pacte de la Société des Nations, instrument où l'on ne sentait pas aussi nettement que dans la Charte le rapport étroit qui lie la paix et le respect des droits de l'homme. Cependant, la Charte ne va pas jusqu'à définir les droits de l'homme et les libertés fondamentales et ne prévoit pas non plus de mécanisme concret pour protéger et garantir ces droits et ces libertés. La Déclaration universelle des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1948, qui vise à définir chaque droit et chaque liberté et à leur donner un contenu concret, n'est qu'une déclaration adoptée par l'Assemblée générale et non pas un traité liant les Etats Membres. Jusqu'à présent, on n'est guère arrivé à codifier cette question des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sauf de façon extrêmement restreinte, par exemple dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1953, qui n'a qu'une portée régionale et non pas universelle, et dans quelques rares conventions particulières comme celles qui visent le génocide ou les droits politiques de la femme, mais dont l'application se limite à leur objet précis.

Etant donné cette situation, est-ce que les demandeurs peuvent, sur la base de l'interprétation de la Charte, soutenir qu'il existe une norme juridique relative à l'égalité devant la loi, norme prescrivant de n'exercer aucune discrimination fondée sur la religion, la race, la couleur, etc., et interdisant par suite la pratique de l'*apartheid*? Ce que la Charte exige se limite-t-il exclusivement à l'obligation de « réaliser la coopération internationale ... en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales », etc.?

Vu les circonstances, il paraît difficile d'admettre que la Charte impose

Charter expressly imposes on member States any legal obligation with respect to the fundamental human rights and freedoms. On the other hand, we cannot ignore the enormous importance which the Charter attaches to the realization of fundamental human rights and freedoms. Article 56 states: "All Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55." (Article 55 enumerates the purposes of international economic and social co-operation, in which "universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms" is included.) Well, those who pledge themselves to take action in co-operation with the United Nations in respect of the promotion of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms, cannot violate, without contradiction, these rights and freedoms. How can one, on the one hand, preach respect for human rights to others and, on the other hand, disclaim for oneself the obligation to respect them? From the provisions of the Charter referring to the human rights and fundamental freedoms it can be inferred that the legal obligation to respect human rights and fundamental freedoms is imposed on member States.

Judge Spiropoulos confirmed the binding character of the human rights provisions of the Charter:

"As the obligation to respect human rights was placed upon Member States by the Charter, it followed that any violation of human rights was a violation of the provision of the Charter." (*G.A., O.R., 3rd Session, 6th Committee, 138th Meeting, 7 December 1948, p. 765.*)

Judge Jessup also attributed the same character to the human rights provisions:

"Since this book is written *de lege ferenda*, the attempt is made throughout to distinguish between the existing law and the future goals of the law. It is already the law, at least for Members of the United Nations, that respect for human dignity and fundamental human rights is obligatory. The duty is imposed by the Charter." (Philip C. Jessup, *Modern Law of Nations*, 1948, p. 91.)

Without doubt, under the present circumstances, the international protection of human rights and fundamental freedoms is very imperfect. The work of codification in this field of law has advanced little from the viewpoint of defining each human right and freedom, as well as the machinery for their realization. But there is little doubt of the existence of human rights and freedoms; if not, respect for these is logically inconceivable; the Charter presupposes the existence of human rights and freedoms which shall be respected; the existence of such rights and freedoms is unthinkable without corresponding obligations of persons concerned and a legal norm underlying them. Furthermore, there is no doubt that these obligations are not only moral ones, and that they

expressément une obligation juridique en ce qui concerne les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Mais, d'un autre côté, on ne peut pas ne pas tenir compte de l'importance considérable que la Charte accorde à l'exercice effectif des droits de l'homme et au respect des libertés fondamentales. L'article 56 de la Charte stipule : « Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation. » (L'article 55 énonce les buts de la coopération économique et sociale internationale, parmi lesquels figure « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».) Or, ceux qui s'engagent à agir en coopération avec l'Organisation pour assurer le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent violer ces droits et ces libertés sans se contredire. Comment pourrait-on, d'une part, prêcher à autrui le respect des droits de l'homme et, de l'autre, nier pour soi-même l'obligation de les respecter? Des dispositions de la Charte qui rappellent les droits de l'homme et les libertés fondamentales, on peut donc déduire que l'obligation juridique de respecter ces droits et ces libertés s'impose aux Etats Membres.

M. Spiropoulos a confirmé dans les termes suivants le caractère obligatoire des dispositions de la Charte qui ont trait aux droits de l'homme :

« [La Charte] oblige les Etats Membres à respecter les droits de l'homme; il s'ensuit que toute violation de ces droits est une violation des dispositions de la Charte. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, Sixième Commission, 138<sup>e</sup> séance, 7 décembre 1948, p. 765.*)

M. Jessup a, lui aussi, attribué le même caractère aux dispositions relatives aux droits de l'homme :

« Comme nous consacrons le présent ouvrage au droit qui se crée, nous essayons de distinguer constamment le droit existant d'une part et les objectifs futurs du droit de l'autre. Le respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux de l'homme est une obligation qui est déjà inscrite dans le droit, tout au moins pour les Etats Membres des Nations Unies. Ce devoir leur est imposé par la Charte. » (Philip C. Jessup, *Modern Law of Nations*, 1948, p. 91.)

Sans aucun doute, dans les conditions actuelles, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales est très imparfaitement assurée sur le plan international. L'œuvre de codification dans ce domaine du droit a très peu progressé, que ce soit du point de vue de la définition de chaque droit et de chaque liberté ou du point de vue du mécanisme permettant leur respect effectif. Mais il ne fait guère de doute que les droits et les libertés de l'homme existent; sinon, il serait logiquement inconcevable qu'on les respecte; la Charte présuppose l'existence de droits et de libertés de l'homme qui doivent être respectés; on ne saurait imaginer qu'il existe pareils droits et libertés sans qu'il y ait des obligations correspondantes pour les personnes visées et une norme

also have a legal character by the very nature of the subject-matter.

Therefore, the legislative imperfections in the definition of human rights and freedoms and the lack of mechanism for implementation, do not constitute a reason for denying their existence and the need for their legal protection.

Furthermore, it must be pointed out that the Charter provisions, as indicated above, repeatedly emphasize the principle of equality before the law by saying, "without distinction as to race, sex, language or religion".

Under the hypothesis that in the United Nations Charter there exists a legal norm or standards of non-discrimination, are the Applicants, referring to this norm, entitled to have recourse to the International Court of Justice according to Article 7, paragraph 2, of the Mandate? The Respondent contends that such an alleged norm does not constitute a part of the mandate agreement, and therefore the question on this norm falls outside the dispute, which, by the compromissory clause, is placed under the jurisdiction of the International Court of Justice. The Applicants' contention would amount to the introduction of a new element into the mandate agreement which is alien to this instrument.

It is evident that, as the Respondent contends, the mandate agreement does not stipulate equality before the law clause, and that this clause does not formally constitute a part of the mandate instrument. Nevertheless, the equality principle, as an integral part of the Charter of the United Nations or as an independent source of general international law, can be directly applied to the matter of the Mandate either as constituting a kind of law of the Mandate *in sensu lato* or, at least in respect of standards, as a principle of interpretation of the mandate agreement. Accordingly, the dispute concerning the legality of apartheid comes within the field of the interpretation and application of the provisions of the Mandate stipulated in Article 7, paragraph 2, of the Mandate.

This conclusion is justified only on the presupposition that the Respondent is bound by the Charter of the United Nations not only as a member State but also as a Mandatory. The Charter, being of the nature of special international law, or the law of the organized international community, must be applied to all matters which come within the purposes and competence of the United Nations and with which member States are concerned, including the matter of the Mandate. Logic requires that, so long as we recognize the unity of personality, the same principle must govern both the conduct of a member State in the United Nations itself and also its conduct as a mandatory, particularly in the matter of the protection and guarantee of human rights and freedoms.

\* \* \*

juridique à la base de ces obligations. Il ne fait pas non plus de doute que lesdites obligations ne sont pas seulement d'ordre moral et qu'elles ont aussi un caractère juridique vu la nature même de leur objet.

Par voie de conséquence, ni les imperfections d'ordre législatif dont souffre la définition des droits et des libertés de l'homme, ni l'absence d'un mécanisme pour leur mise en œuvre ne constituent des motifs de nier leur existence ou la nécessité de les protéger en droit.

Au surplus, il y a lieu de souligner que, comme nous l'avons vu plus haut, les dispositions de la Charte se réfèrent constamment au principe de l'égalité devant la loi par le membre de phrase « sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

A supposer qu'une norme juridique ou des « standards » juridiques de non-discrimination existent dans la Charte des Nations Unies, les demandeurs sont-ils habilités, en invoquant cette norme, à saisir la Cour internationale de Justice au titre du deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat? Le défendeur soutient que la norme alléguée ne fait pas partie intégrante de l'accord de Mandat et que par conséquent la question posée par cette norme sort du cadre des différends que la clause compromissoire permet de porter devant la Cour internationale de Justice. La thèse des demandeurs reviendrait donc à introduire dans l'accord de Mandat un élément nouveau étranger à cet instrument.

Il est évident que, comme le soutient le défendeur, l'accord de Mandat ne contient pas de clause sur l'égalité devant la loi et qu'une telle clause ne fait pas formellement partie de l'acte de Mandat. Néanmoins, soit que le principe de l'égalité devant la loi fasse partie intégrante de la Charte des Nations Unies, soit qu'il constitue une source indépendante de droit international général, il peut être ou bien appliqué directement au Mandat à titre, en quelque sorte, de droit du Mandat au sens large ou encore, tout au moins dans le cas des « standards », appliqué à titre de principe régissant l'interprétation de l'accord de Mandat. Par suite, le différend relatif à la légalité de l'*apartheid* relève de l'interprétation et de l'application des dispositions envisagées au deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

La conclusion ci-dessus ne se justifie que si l'on suppose que le défendeur est lié par la Charte des Nations Unies non seulement comme Etat Membre, mais aussi comme Mandataire. La Charte, qui relève par sa nature du droit international spécial ou du droit de la communauté internationale organisée, est applicable à toutes questions relevant des objectifs et de la compétence des Nations Unies et intéressant les Etats Membres, y compris la question du Mandat. Du moment que nous reconnaissons l'unité de la personnalité, la logique veut que le comportement d'un Etat comme Membre des Nations Unies obéisse au même principe que son comportement en tant que Mandataire, notamment en ce qui concerne la protection et les garanties à assurer aux droits et aux libertés de l'homme.

\* \* \*

Concerning the Applicants' contention attributing to the norm of non-discrimination or non-separation the character of customary international law, the following points must be noted.

The Applicants enumerate resolutions and declarations of international organs which condemn racial discrimination, segregation, separation and apartheid, and contend that the said resolutions and declarations were adopted by an overwhelming majority, and therefore have binding power in regard to an opposing State, namely the Respondent. Concerning the question whether the consent of all States is required for the creation of a customary international law or not, we consider that the answer must be in the negative for the reason that Article 38, paragraph 1 (b), of the Statute does not exclude the possibility of a few dissidents for the purpose of the creation of a customary international law and that the contrary view of a particular State or States would result in the permission of obstruction by veto, which could not have been expected by the legislator who drafted the said Article.

An important question involved in the Applicants' contention is whether resolutions and declarations of international organs can be recognized as a factor in the custom-generating process in the interpretation of Article 38, paragraph 1 (b), that is to say, as "evidence of a general practice".

According to traditional international law, a general practice is the result of the repetition of individual acts of States constituting consensus in regard to a certain content of a rule of law. Such repetition of acts is an historical process extending over a long period of time. The process of the formation of a customary law in this case may be described as individualistic. On the contrary, this process is going to change in adapting itself to changes in the way of international life. The appearance of organizations such as the League of Nations and the United Nations, with their agencies and affiliated institutions, replacing an important part of the traditional individualistic method of international negotiation by the method of "parliamentary diplomacy" (Judgment on the *South West Africa* cases, *I.C.J. Reports 1962*, p. 346), is bound to influence the mode of generation of customary international law. A State, instead of pronouncing its view to a few States directly concerned, has the opportunity, through the medium of an organization, to declare its position to all members of the organization and to know immediately their reaction on the same matter. In former days, practice, repetition and *opinio juris sive necessitatis*, which are the ingredients of customary law might be combined together in a very long and slow process extending over centuries. In the contemporary age of highly developed techniques of communication and information, the formation of a custom through the medium of international organizations is greatly facilitated and accelerated; the establishment of such a custom would require no more than one generation or even far less than that. This is one of the examples of the transformation of law inevitably produced by change in the social substratum.

A propos de la thèse des demandeurs selon laquelle la norme de non-discrimination ou de non-séparation est une règle de droit international coutumier, il y a lieu de formuler les observations ci-après.

Les demandeurs énumèrent des résolutions et déclarations émanant d'organismes internationaux et condamnant la discrimination raciale, la ségrégation, la séparation et l'*apartheid* et ils soutiennent que ces résolutions et déclarations, parce qu'elles ont été approuvées à une majorité écrasante, ont force obligatoire à l'encontre d'un Etat qui s'y oppose, le défendeur. A la question de savoir si le consentement de tous les Etats est indispensable à la création d'une règle de droit international coutumier, il faut, à notre avis, répondre par la négative. En effet, les dispositions de l'article 38, paragraphe 1 *b*), du Statut n'excluent pas la possibilité de dissidences en matière de création du droit international coutumier; le fait qu'un ou plusieurs Etats aient une opinion contraire ne saurait les autoriser à faire obstruction au moyen d'un veto, ce que le législateur qui a rédigé l'article 38 n'a probablement pas prévu.

La thèse des demandeurs soulève une question importante qui est de savoir si les résolutions et déclarations émanant d'organisations internationales peuvent être admises comme éléments générateurs d'une coutume au sens de l'article 38, paragraphe 1 *b*), c'est-à-dire comme « preuve d'une pratique générale ».

D'après le droit international traditionnel, une pratique générale résultait de la répétition par les Etats d'actes isolés manifestant tous l'acceptation d'une certaine règle de droit de même contenu. Cette répétition d'actes constituait un processus historique s'étendant sur une longue période. On peut dire que le processus de formation d'un droit coutumier était individualiste. Mais ce processus s'est modifié en s'adaptant à l'évolution de la vie internationale. L'apparition d'organisations telles que la Société des Nations ou l'Organisation des Nations Unies, accompagnées de leurs diverses institutions spécialisées et affiliées, a eu l'effet de substituer pour une bonne part la méthode de la « diplomatie parlementaire » au système individualiste des négociations internationales traditionnelles (affaires du *Sud-Ouest africain*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 346), ce qui a nécessairement influé sur le mode de création du droit international coutumier. Au lieu de faire connaître ses vues à un petit nombre d'Etats directement intéressés, un Etat peut, par le truchement d'une organisation de ce genre, faire connaître sa position à tous les Etats membres de l'organisation et savoir immédiatement comment ils réagissent. Autrefois, la répétition et l'*opinio juris sive necessitatis* pouvaient s'associer en un processus séculaire, extrêmement long et lent, pour créer du droit coutumier. De nos jours, vu les progrès des moyens de communication et d'information, le processus de formation d'une coutume par le truchement d'organisations internationales est infiniment plus facile et plus rapide; la création d'une coutume ne demande guère plus que l'espace d'une génération, voire beaucoup moins. C'est là un exemple des inévitables transformations du droit par suite de l'évolution du substrat social.



Of course, we cannot admit that individual resolutions, declarations, judgments, decisions, etc., have binding force upon the members of the organization. What is required for customary international law is the repetition of the same practice; accordingly, in this case resolutions, declarations, etc., on the same matter in the same, or diverse, organizations must take place repeatedly.

Parallel with such repetition, each resolution, declaration, etc., being considered as the manifestation of the collective will of individual participant States, the will of the international community can certainly be formulated more quickly and more accurately as compared with the traditional method of the normative process. This collective, cumulative and organic process of custom-generation can be characterized as the middle way between legislation by convention and the traditional process of custom making, and can be seen to have an important role from the viewpoint of the development of international law.

In short, the accumulation of authoritative pronouncements such as resolutions, declarations, decisions, etc., concerning the interpretation of the Charter by the competent organs of the international community can be characterized as evidence of the international custom referred to in Article 38, paragraph 1 (*b*).

In the present case the Applicants assert the existence of the international norm and standards of non-discrimination and non-separation and refer to this source of international law. They enumerate resolutions of the General Assembly which repeatedly and strongly deny the apartheid policy of racial discrimination as an interpretation of the Charter (General Assembly resolution 1178 (XII) of 26 November 1957; resolution 1248 (XIII) of 30 October 1958; resolution 1375 (XIV) of 17 November 1959; resolution 1598 (XV) of 13 April 1961; and resolutions of the Security Council (with regard to apartheid as practised in the Republic of South Africa); resolution of 7 August 1953 which declares the inconsistency of the policy of the South African Government with the principles contained in the Charter of the United Nations and with its obligations as a member State of the United Nations; resolution of 4 December 1963 which declares “. . . the policies of apartheid and racial discrimination . . . are abhorrent to the conscience of mankind . . .”. The Applicants cite also the report of the Committee on South West Africa for 1956.)

Moreover, the 11 trust territories agreements, each of them containing a provision concerning the norm of official non-discrimination or non-separation on the basis of membership in a group or race, may be considered as contributions to the development of the universal acceptance of the norm of non-discrimination, in addition to the meaning which each provision possesses in each trusteeship agreement, by virtue of Article 38, paragraph 1 (*a*), of the Statute.

Nous ne pouvons évidemment pas admettre que des résolutions, déclarations, arrêts, décisions, etc., aient isolément force obligatoire pour les Etats membres de l'organisation. Ce que le droit international coutumier exige, c'est la répétition d'une même pratique; par suite, il faut en l'espèce que des résolutions, déclarations, etc., sur la même question aient été adoptées à plusieurs reprises par la même organisation ou par plusieurs organisations.

On doit noter en même temps que, chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des Etats participants, la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettrait le processus normatif traditionnel. Ce système collectif cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international.

En résumé, on peut dire que, lorsque les organes compétents de la communauté internationale font connaître leur position par une accumulation de résolutions, déclarations, décisions, etc., qui constituent des interprétations autorisées de la Charte, il faut y voir la preuve d'une coutume internationale au sens de l'article 38, paragraphe 1 *b*), du Statut.

En l'espèce, les demandeurs soutiennent qu'il existe une norme internationale et des « standards » internationaux de non-discrimination et de non-séparation et ils se réfèrent à la source de droit international dont nous venons de parler. Ils énumèrent des résolutions de l'Assemblée générale qui ont nié vigoureusement et à maintes reprises que l'application d'une politique d'*apartheid* et de discrimination raciale corresponde à une interprétation correcte de la Charte: résolutions 1178 (XII) du 26 novembre 1957, 1248 (XIII) du 30 octobre 1958, 1375 (XIV) du 17 novembre 1959 et 1598 (XV) du 13 avril 1961; ils citent aussi des résolutions du Conseil de sécurité visant la politique d'*apartheid* telle qu'elle est pratiquée dans la République sud-africaine: résolution du 7 août 1953, déclarant la politique du Gouvernement sud-africain incompatible avec les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et contraire aux obligations de ce pays en tant qu'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, et résolution du 4 décembre 1963, aux termes de laquelle « les politiques d'*apartheid* et de discrimination raciale ... répugnent à la conscience de l'humanité... » Les demandeurs citent également le rapport du Comité du Sud-Ouest africain pour 1956.

D'autre part les onze accords de tutelle, qui contiennent chacun une disposition relative à la norme d'après laquelle il est interdit de pratiquer officiellement une discrimination ou une séparation fondées sur l'appartenance à un groupe ou à une race, peuvent être considérés eux aussi comme contribuant à faire universellement accepter la norme de non-discrimination, et cela en sus de l'importance que la disposition en question revêt dans chacun des accords de tutelle par l'effet de l'article 38, paragraphe 1 *a*), du Statut.

Furthermore, the Universal Declaration of Human Rights adopted by the General Assembly in 1948, although not binding in itself, constitutes evidence of the interpretation and application of the relevant Charter provisions. The same may be said of the Draft Declaration on Rights and Duties of States adopted by the International Law Commission in 1949, the Draft Covenant on civil and political rights, the Draft Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Declaration on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination adopted by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1963 and of regional treaties and declarations, particularly the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed on 3 September 1953, the Charter of the Organization of American States signed on 30 April 1948, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, 1948, the Draft Declaration of International Rights and Duties, 1945.

From what has been said above, we consider that the norm of non-discrimination or non-separation on the basis of race has become a rule of customary international law as is contended by the Applicants, and as a result, the Respondent's obligations as Mandatory are governed by this legal norm in its capacity as a member of the United Nations either directly or at least by way of interpretation of Article 2, paragraph 2.

One of the contentions concerning the application of the said legal norm is that, if such a legal norm exists for judging the Respondent's obligations under Article 2, paragraph 2, of the Mandate, it would be the one in existence at the time the Mandate was entrusted to the Respondent. This is evidently a question of inter-temporal law.

The Respondent's position is that of denying the application of a new law to a matter which arose under an old law, namely the negation of retroactivity of a new customary law. The Applicants' argument is based on "the relevance of the evolving practice and views of States, growth of experience and increasing knowledge in political and social science to the determination of obligations bearing on the nature and purpose of the Mandate in general, and Article 2, paragraph 2"; briefly, it rests on the assertion of the concept of the "continuous, dynamic and ascending growth" of the obligation of the Mandatory.

Our view on this question is substantially not very different from that of the Applicants. The reason why we recognize the retroactive application of a new customary law to a matter which started more than 40 years ago is as follows.

The matter in question is in reality not that of an old law and a new law, that is to say, it is not a question which arises out of an amendment of a law and which should be decided on the basis of the principle of the protection of *droit acquis* and therefore of non-retroactivity. In the present

Au surplus, la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale en 1948 constitue, sans avoir force obligatoire par elle-même, la preuve de l'interprétation et de l'application qu'il convient de donner aux dispositions pertinentes de la Charte. On peut en dire autant du projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats adopté par la Commission du droit international en 1949, du projet de pacte relatif aux droits civils et politiques, du projet de pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1963 et de certains traités et déclarations de portée régionale tels que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 3 septembre 1953, la Charte de l'Organisation des Etats américains signée le 30 avril 1948, la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948 et le projet de déclaration relatif aux droits et devoirs internationaux de 1945.

De ce qui précède, nous concluons que la norme interdisant la discrimination ou la séparation fondée sur la race est désormais une règle de droit international coutumier, comme le soutiennent les demandeurs, et que par suite les obligations incombant au défendeur à titre de Mandataire sont régies par cette norme juridique, du fait qu'il est Membre de l'Organisation des Nations Unies, soit directement, soit au moins par voie d'interprétation du deuxième alinéa de l'article 2.

L'un des arguments présentés au sujet de l'application de ladite norme juridique est que, même s'il est vrai qu'on puisse faire appel à elle pour évaluer les obligations incombant au défendeur au titre du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, encore faut-il qu'elle ait existé à l'époque où le Mandat a été concédé. C'est là évidemment un problème de droit intertemporel.

Le défendeur nie que l'on puisse appliquer une règle de droit nouvelle à une question née sous le régime d'une règle ancienne ou, en d'autres termes, qu'une règle nouvelle de droit coutumier puisse avoir un effet rétroactif. De leur côté, les demandeurs fondent leur argumentation sur « la pertinence de l'évolution de la pratique et des vues des Etats, l'élargissement des données d'expérience et des connaissances en matière de science politique et sociale que l'on applique à la définition des obligations intéressant la nature et l'objectif du Mandat en général et les dispositions du deuxième alinéa de l'article 2 »; bref, l'argumentation des demandeurs repose sur la notion de « l'évolution continue, dynamique et croissante » de l'obligation du Mandataire.

Sur ce point, nous sommes, pour l'essentiel, de l'avis des demandeurs. Nous admettons qu'une règle nouvelle de droit coutumier est rétroactivement applicable à une question née il y a plus de quarante ans, et cela pour les raisons suivantes.

Il ne s'agit pas en fait d'une opposition entre deux règles de droit, l'une ancienne, l'autre nouvelle; autrement dit nous ne nous trouvons pas devant une règle de droit modifiée, problème qu'il faudrait résoudre en appliquant le principe de la protection des droits acquis, en adhé-

case, the protection of the acquired rights of the Respondent is not the issue, but its obligations, because the main purposes of the mandate system are ethical and humanitarian. The Respondent has no right to behave in an inhuman way today as well as during these 40 years. Therefore, the recognition of the generation of a new customary international law on the matter of non-discrimination is not to be regarded as detrimental to the Mandatory, but as an authentic interpretation of the already existing provisions of Article 2, paragraph 2, of the Mandate and the Covenant. It is nothing other than a simple clarification of what was not so clear 40 years ago. What ought to have been clear 40 years ago has been revealed by the creation of a new customary law which plays the role of authentic interpretation the effect of which is retro-active.

Briefly, the method of the generation of customary international law is in the stage of transformation from being an individualistic process to being a collectivistic process. This phenomenon can be said to be the adaptation of the traditional creative process of international law to the reality of the growth of the organized international community. It can be characterized, considered from the sociological viewpoint, as a transition from traditional custom-making to international legislation by treaty.

\* \* \*

Following the reference to Article 38, paragraph 1 (*b*), of the Statute, the Applicants base their contention on the legal norm alternatively on Article 38, paragraph 1 (*c*), of the Statute, namely "the general principles of law recognized by civilized nations".

Applicants refer to this source of international law both as an independent ground for the justification of the norm of non-discrimination and as a supplement and reinforcement of the other arguments advanced by them to demonstrate their theory.

The question is whether the legal norm of non-discrimination or non-separation denying the practice of apartheid can be recognized as a principle enunciated in the said provision.

The wording of this provision is very broad and vague; the meaning is not clear. Multiple interpretations ranging from the most strict to the most liberal are possible.

To decide this question we must clarify the meaning of "general principles of law". To restrict the meaning to private law principles or principles of procedural law seems from the viewpoint of literal interpretation untenable. So far as the "general principles of law" are not qualified, the "law" must be understood to embrace all branches of law, including municipal law, public law, constitutional and administrative law, private law, commercial law, substantive and procedural law, etc.

rant par conséquent au principe de la non-rétroactivité. En l'espèce, ce n'est pas la protection des droits acquis du défendeur qui est en jeu, mais ses obligations, car les principaux objectifs du système des Mandats sont d'ordre éthique et humain. Le défendeur n'a pas plus le droit d'adopter aujourd'hui un comportement inhumain qu'il ne l'a eu pendant quarante ans. Par suite, reconnaître qu'il s'est créé une règle nouvelle de droit international coutumier en matière de non-discrimination ne doit pas être considéré comme préjudiciable au Mandataire; cela correspond seulement à une interprétation authentique de dispositions qui existaient déjà, celles du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et celles du Pacte. On a simplement précisé ce qui manquait de précision il y a quarante ans. Ce qui aurait dû être clair depuis quarante ans se trouve dégagé grâce à la création d'une règle nouvelle de droit coutumier, équivalant à une interprétation authentique dont l'effet est rétroactif.

En résumé, le processus de création du droit international coutumier, qui était individualiste, est en voie de transformation et devient collectiviste. On peut voir dans ce phénomène l'adaptation du processus normatif traditionnel du droit international à la réalité concrète marquée par le développement de la communauté internationale organisée. Du point de vue sociologique, on peut dire qu'il y a là une transition entre la création traditionnelle de la coutume et la législation internationale par voie conventionnelle.

\* \* \*

Après avoir invoqué l'article 38, paragraphe 1 *b*), du Statut, les demandeurs fondent subsidiairement leur thèse relative à la norme juridique sur l'article 38, paragraphe 1 *c*), c'est-à-dire sur les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Les demandeurs invoquent cette source de droit international d'une part pour justifier de façon indépendante l'existence de la norme de non-discrimination et d'autre part pour renforcer à titre subsidiaire les arguments qu'ils énoncent à l'appui de leur théorie.

La question est de savoir si la norme juridique de non-discrimination ou de non-séparation qui interdit la pratique de l'*apartheid* peut être reconnue comme un principe effectivement visé par la disposition du Statut dont il s'agit.

Cette disposition est libellée de façon très large et très vague; le sens n'en est pas clair. Elle se prête à de multiples interprétations, qui vont de la plus étroite à la plus libérale.

Il faut donc, pour répondre à la question, préciser la notion de « principes généraux de droit ». La limiter à des principes de droit privé ou à des principes de procédure paraîtrait, du point de vue de l'interprétation littérale, insoutenable. Dans la mesure où ces « principes généraux de droit » ne sont pas précisés, il y a lieu de croire que le terme « droit » recouvre toutes les branches du droit, à savoir le droit interne, le droit public, le droit constitutionnel et administratif, le droit privé, le droit

Nevertheless, analogies drawn from these laws should not be made mechanically, that is to say, to borrow the expression of Lord McNair, "by means of importing private law institutions 'lock, stock and barrel' ready-made and fully equipped with a set of rules". (*I.C.J. Reports 1950*, p. 148.)

What international law can with advantage borrow from these sources must be from the viewpoint of underlying or guiding "principles". These principles, therefore, must not be limited to statutory provisions and institutions of national laws: they must be extended to the fundamental concepts of each branch of law as well as to law in general so far as these can be considered as "recognized by civilized nations."

Accordingly, the general principles of law in the sense of Article 38, paragraph 1 (*c*), are not limited to certain basic principles of law such as the limitation of State sovereignty, third-party judgment, limitation of the right of self-defence, *pacta sunt servanda*, respect for acquired rights, liability for unlawful harm to one's neighbour, the principle of good faith, etc. The word "general" may be understood to possess the same meaning as in the case of the "general theory of law", "théorie générale de droit", "die Allgemeine Rechtslehre", namely common to all branches of law. But the principles themselves are very extensive and can be interpreted to include not only the general theory of law, but the general theories of each branch of municipal law, so far as recognized by civilized nations. They may be conceived, furthermore, as including not only legal principles but the fundamental legal concepts of which the legal norms are composed such as person, right, duty, property, juristic act, contract, tort, succession, etc.

In short, they may include what can be considered as "juridical truth" (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 24).

The question is whether a legal norm of non-discrimination and non-separation has come into existence in international society, as the Applicants contend. It is beyond all doubt that the presence of laws against racial discrimination and segregation in the municipal systems of virtually every State can be established by comparative law studies. The recognition of this norm by civilized nations can be ascertained. If the condition of "general principles" is fulfilled, namely if we can say that the general principles include the norm concerning the protection of human rights by adopting the wide interpretation of the provision of Article 38, paragraph 1 (*c*), the norm will find its place among the sources of international law.

In this context we have to consider the relationship between a norm of a human rights nature and international law. Originally, general principles are considered to be certain private law principles found by

293

commercial, le droit touchant au fond et le droit de la procédure, etc. Cela ne veut pas dire que le droit international fasse des emprunts à ces diverses branches de droit mécaniquement ou, pour reprendre l'expression de lord McNair, « en important des institutions d'ordre privé, « en bloc, toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 148).

Ce que le droit international peut puiser avec profit à ces sources, ce sont des « principes » de base, des « principes » directeurs. Ces principes ne doivent donc pas procéder seulement des dispositions législatives et des institutions de droit interne: ils doivent procéder aussi des concepts fondamentaux qui sont à la base de chaque branche du droit et du droit en général, dans la mesure où l'on peut les considérer comme « reconnus par les nations civilisées ».

Par suite, les principes généraux de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut ne se limitent pas à certains principes de droit fondamentaux tels que la limitation de la souveraineté des Etats, l'arbitrage, la limitation du droit de légitime défense, *pacta sunt servanda*, le respect des droits acquis, la responsabilité civile pour préjudice causé à des tiers, le principe de la bonne foi, etc. Il y a lieu d'attribuer à l'épithète « généraux » le sens qu'elle revêt dans les expressions *théorie générale de droit*, *the general theory of Law*, *die Allgemeine Rechtslehre*, ce sens étant: communs à toutes les branches du droit. Mais les « principes » eux-mêmes ont une très grande portée et on peut estimer qu'ils visent non seulement la théorie générale du droit mais encore la théorie générale de chaque branche de droit interne dans la mesure où elle est reconnue par les nations civilisées. On peut en outre concevoir qu'ils comprennent non seulement les principes juridiques mais aussi les concepts juridiques fondamentaux dont les normes juridiques sont constituées: personne, droit, devoir, propriété, acte, contrat, succession, etc.

Bref, ces principes recouvrent ce que l'on peut appeler la « vérité juridique » (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 24).

Il s'agit de savoir si une norme juridique de non-discrimination et de non-séparation existe désormais dans le cadre de la société internationale, comme le soutiennent les demandeurs. Des études de droit comparé prouveraient sans aucun doute qu'il existe dans le droit interne de presque tous les Etats des lois à l'encontre de la discrimination et de la ségrégation raciales. On peut donc faire la preuve que cette norme est reconnue par les nations civilisées. Si la condition relative aux « principes généraux » est bien remplie, si l'on peut dire, en interprétant largement la disposition qui figure à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, que les principes généraux incluent la norme relative à la protection des droits de l'homme, cette norme doit figurer parmi les sources de droit international.

Dans ce contexte, nous devons considérer le rapport qui peut exister entre une norme relative aux droits de l'homme et le droit international. Au départ, les principes généraux sont censés être des principes de droit



the comparative law method and applicable by way of analogy to matters of an international character. These principles are of a nature common to all nations, that is of the character of *jus gentium*. These principles, which originally belong to private law and have the character of *jus gentium*, can be incorporated in international law so as to be applied to matters of an international nature by way of analogy, as we see in the case of the application of some rules of contract law to the interpretation of treaties. In the case of the international protection of human rights, on the contrary, what is involved is not the application by analogy of a principle or a norm of private law to a matter of international character, but the recognition of the juridical validity of a similar legal fact without any distinction as between the municipal and the international legal sphere.

In short, human rights which require protection are the same; they are not the product of a particular juridical system in the hierarchy of the legal order, but the same human rights must be recognized, respected and protected everywhere man goes. The uniformity of national laws on the protection of human rights is not derived, as in the cases of the law of contracts and commercial and maritime transactions, from considerations of expediency by the legislative organs or from the creative power of the custom of a community, but it already exists in spite of its more-or-less vague form. This is of nature *jus naturale* in roman law.

The unified national laws of the character of *jus gentium* and of the law of human rights, which is of the character of *jus naturale* in roman law, both constituting a part of the law of the world community which may be designated as World Law, Common Law of Mankind (Jenks), Transnational Law (Jessup), etc., at the same time constitute a part of international law through the medium of Article 38, paragraph 1 (c). But there is a difference between these two cases. In the former, the general principles are presented as common elements among diverse national laws; in the latter, only one and the same law exists and this is valid through all kinds of human societies in relationships of hierarchy and co-ordination.

This distinction between the two categories of law of an international character is important in deciding the scope and extent of Article 38, paragraph 1 (c). The Respondent contends that the suggested application by the Applicants of a principle recognized by civilized nations is not a correct analogy and application as contemplated by Article 38, paragraph 1 (c). The Respondent contends that the alleged norm of non-differentiation as between individuals within a State on the basis of membership of a race, class or group could not be transferred by way of analogy to the international relationship, otherwise it would mean that all nations are to be treated equally despite the difference of race, colour, etc.—a conclusion which is absurd. (C.R. 65/47, p. 7.) If we limit the application of Article 38, paragraph 1 (c), to a strict analogical extension of certain

privé dégagés grâce à la méthode du droit comparé et applicables par analogie à des questions de caractère international. Ces principes, qui sont par nature communs à toutes les nations, revêtent le caractère de *jus gentium*. Relevant initialement du droit privé et ayant le caractère de *jus gentium*, ils peuvent être incorporés au droit international pour être appliqués par analogie à des questions de caractère international, comme nous savons que peuvent s'appliquer à l'interprétation des traités certaines règles du droit des contrats. Dans le cas de la protection des droits de l'homme sur le plan international, au contraire, il ne s'agit pas de savoir si l'on peut appliquer par analogie un principe ou une norme de droit privé à une question de caractère international, mais de savoir si l'on peut reconnaître la valeur juridique d'un fait juridique identique dans le domaine juridique interne et dans le domaine juridique international.

Bref, les droits de l'homme qu'il s'agit de protéger sont partout les mêmes; ils ne sont pas le produit d'un système juridique particulier dans la hiérarchie de l'ordre juridique; ce sont les mêmes droits de l'homme qu'il faut partout reconnaître, respecter et protéger. L'uniformité des lois internes quant à la protection des droits de l'homme ne s'explique pas, comme dans le cas du droit des contrats et des transactions d'ordre commercial ou maritime, par des considérations d'opportunité de la part des organes législatifs ou par le pouvoir qu'a toute collectivité de créer une coutume; cette uniformité préexistait malgré la forme plus ou moins vague des principes en cause. Cela est de la nature du *jus naturale* du droit romain.

Les droits internes unifiés, qui ont le caractère de *jus gentium*, et le droit relatif aux droits de l'homme, qui a le caractère de *jus naturale* au sens du droit romain, font partie du droit de la communauté mondiale, que l'on peut appeler droit mondial, *common law* de l'humanité (Jenks), droit transnational (Jessup), etc., et ils relèvent en même temps du droit international par le moyen de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Mais il y a toutefois une différence entre les deux cas. Dans le premier, les principes généraux se présentent comme des éléments communs aux divers droits internes; dans le second, il n'existe qu'un seul et même droit valable pour tous les types de sociétés humaines, que leurs rapports résistent d'une hiérarchie ou d'une coordination.

Cette distinction entre les deux catégories de droit de caractère international revêt de l'importance lorsqu'on veut savoir quelle portée attribuer à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Le défendeur soutient que, quand les demandeurs invoquent un principe reconnu par les nations civilisées, ils ne procèdent pas au raisonnement par analogie qu'envisage le paragraphe 1 c) de l'article 38. Aux yeux du défendeur, en effet, la norme de non-différenciation invoquée pour interdire la répartition des individus à l'intérieur d'un même État d'après leur appartenance à une race, une classe ou un groupe ne saurait être appliquée par analogie à l'ordre international, car cela signifierait que toutes les nations doivent être traitées sur un pied d'égalité malgré les différences de race, de couleur, etc., conclusion qui serait absurde

principles of municipal law, we must recognize that the contention of the Respondent is well-founded. The said provision, however, does not limit its application to cases of analogy with municipal, or private law which has certainly been a most important instance of the application of this provision. We must include the international protection of human rights in the application of this provision. It must not be regarded as a case of analogy. In reality, there is only one human right which is valid in the international sphere as well as in the domestic sphere.

The question here is not of an “international”, that is to say, inter-State nature, but it is concerned with the question of the international validity of human rights, that is to say, the question whether a State is obliged to protect human rights in the international sphere as it is obliged in the domestic sphere.

The principle of the protection of human rights is derived from the concept of man as a *person* and his relationship with society which cannot be separated from universal human nature. The existence of human rights does not depend on the will of a State; neither internally on its law or any other legislative measure, nor internationally on treaty or custom, in which the express or tacit will of a State constitutes the essential element.

A State or States are not capable of creating human rights by law or by convention; they can only confirm their existence and give them protection. The role of the State is no more than declaratory. It is exactly the same as the International Court of Justice ruling concerning the *Reservations to the Genocide Convention* case (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23):

“The solution of these problems must be found in the special characteristics of the Genocide Convention . . . The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th, 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, *even without any conventional obligation*. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention).” (Italics added.)

Human rights have always existed with the human being. They existed independently of, and before, the State. Alien and even stateless persons

(C.R. 65/47, p. 7). Si nous limitons l'application de l'article 38, paragraphe 1 c), à une stricte transposition analogique de certains principes de droit interne, nous devons effectivement reconnaître le bien-fondé de l'argument du défendeur. Mais cette disposition ne s'applique pas exclusivement à des cas d'analogie avec le droit interne ou le droit privé, bien que de tels cas soient les plus fréquents. Son application doit nécessairement s'étendre à la protection des droits de l'homme sur le plan international. Il ne faut pas y voir un exemple de raisonnement par analogie. En réalité, tout droit de l'homme est un et valable sur le plan international comme sur le plan national.

Le problème n'est pas ici d'ordre *international*, au sens où il intéresserait les Etats entre eux; il porte sur la validité des droits de l'homme dans le domaine international, c'est-à-dire sur la question de savoir si un Etat est tenu de protéger les droits de l'homme sur le plan international comme il est tenu de le faire sur le plan national.

Le principe de la protection des droits de l'homme découle de la notion même de l'homme en tant que *personne* et de ses relations avec la société, que l'on ne peut dissocier du caractère universel de la nature humaine. L'existence des droits de l'homme n'est pas fonction du bon vouloir des Etats sur le plan interne, elle ne dépend ni de leurs lois, ni d'autres mesures législatives; sur le plan international, elle ne dépend ni des traités, ni des coutumes, dans la création desquels leur volonté expresse ou tacite constitue l'élément essentiel.

Les Etats ne sauraient créer les droits de l'homme par législation ou par convention; ils ne peuvent qu'en confirmer l'existence et en assurer la protection. Ils n'ont guère, en la matière, qu'un rôle déclaratoire. C'est bien en ce sens que s'est prononcée la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (C.I.J. Recueil 1951, p. 23)*:

« La réponse à ces questions doit être cherchée dans les traits particuliers que présente la Convention sur le génocide... Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime de droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats *même en dehors de tout lien conventionnel*. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire « pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux » (préambule de la Convention) » (Les italiques sont de nous.)

Les droits de l'homme sont nés avec l'homme. Ils ont existé indépendamment des Etats et avant leur création. Les étrangers, les apatrides

must not be deprived of them. Belonging to diverse kinds of communities and societies—ranging from family, club, corporation, to State and international community, the human rights of man must be protected everywhere in this social hierarchy, just as copyright is protected domestically and internationally. There must be no legal vacuum in the protection of human rights. Who can believe, as a reasonable man, that the existence of human rights depends upon the internal or international legislative measures, etc., of the State and that accordingly they can be validly abolished or modified by the will of the State?

If a law exists independently of the will of the State and, accordingly, cannot be abolished or modified even by its constitution, because it is deeply rooted in the conscience of mankind and of any reasonable man, it may be called “natural law” in contrast to “positive law”.

Provisions of the constitutions of some countries characterize fundamental human rights and freedoms as “inalienable”, “sacred”, “eternal”, “inviolable”, etc. Therefore, the guarantee of fundamental human rights and freedoms possesses a super-constitutional significance.

If we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens*, recently examined by the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *jus dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*.

As an interpretation of Article 38, paragraph 1 (c), we consider that the concept of human rights and of their protection is included in the general principles mentioned in that Article.

Such an interpretation would necessarily be open to the criticism of falling into the error of natural law dogma. But it is undeniable that in Article 38, paragraph 1 (c), some natural law elements are inherent. It extends the concept of the source of international law beyond the limit of legal positivism according to which, the States being bound only by their own will, international law is nothing but the law of the consent and auto-limitation of the State. But this viewpoint, we believe, was clearly overruled by Article 38, paragraph 1 (c), by the fact that this provision does not require the consent of States as a condition of the recognition of the general principles. States which do not recognize this principle or even deny its validity are nevertheless subject to its rule. From this kind of source international law could have the foundation of its validity extended beyond the will of States, that is to say, into the sphere of natural law and assume an aspect of its supra-national and supra-positive character.

The above-mentioned character of Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute is proved by the process of the drafting of this article by  
296

même ne peuvent en être privés. Quels que soient le groupe ou la société considérés, depuis la famille, le club, la société commerciale ou industrielle jusqu'à l'Etat ou la communauté internationale, les droits de l'homme doivent être protégés à tous les échelons de cette hiérarchie sociale, exactement comme le droit d'auteur est protégé sur le plan national et sur le plan international. Il ne doit pas y avoir du point de vue juridique solution de continuité en matière de protection des droits de l'homme. Comment pourrait-on croire raisonnablement que les droits de l'homme soient fonction des mesures législatives adoptées par les Etats sur le plan national ou sur le plan international et qu'ils puissent en conséquence être valablement abolis ou modifiés au gré des Etats?

Lorsqu'un droit existe indépendamment de la volonté des Etats et que par suite il ne peut être ni aboli ni modifié, pas même par la voie constitutionnelle, parce qu'il est profondément ancré dans la conscience de l'humanité et dans celle de tout homme raisonnable, on peut l'appeler un *droit naturel* par opposition au *droit positif*.

Les constitutions de certains pays qualifient les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'épithètes telles que *inaliénables, sacrés, éternels, inviolables*, etc. On peut en déduire que la garantie des droits de l'homme et des libertés fondamentales présente une importance supraconstitutionnelle.

Si l'on est fondé à introduire en droit international un *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international), sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les Etats, il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du *jus cogens*.

Par interprétation de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, nous considérons que la notion des droits de l'homme et de leur protection figure parmi les principes généraux visés par ledit article.

On pourrait évidemment critiquer cette interprétation en disant qu'elle nous fait tomber dans le piège de la doctrine du droit naturel. Mais il est indéniable que certains éléments relevant du droit naturel sont inhérents à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Cette disposition élargit le concept de source du droit international et va au-delà des limites du positivisme juridique d'après lequel, les Etats n'étant liés que de leur propre gré, le droit international ne peut être que le produit du consentement des Etats et des restrictions qu'ils s'imposent à eux-mêmes. Il est très net que l'article 38, paragraphe 1 c), s'inspire d'une manière de voir différente, car il ne précise pas que le consentement des Etats soit indispensable à la reconnaissance des principes généraux. Les Etats qui ne reconnaissent pas un principe ou vont même jusqu'à contester sa validité sont néanmoins soumis à son emprise. Grâce à cette source, le droit international peut voir sa validité fondée, en dehors de la volonté des Etats, dans le droit naturel et il revêt en partie l'aspect supranational et suprapositif du droit naturel.

On trouve confirmation du caractère de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut dont nous venons de faire état dans les délibérations du comité

the Committee of Jurists. The original proposal made by Baron Descamps referred to “*la conscience juridique des peuples civilisés*”, a concept which clearly indicated an idea originating in natural law. This proposal met with the opposition of the positivist members of the Committee, represented by Mr. Root. The final draft, namely Article 38, paragraph 1 (c), is the product of a compromise between two schools, naturalist and positivist, and therefore the fact that the natural law idea became incorporated therein is not difficult to discover (see particularly Jean Spiropoulos, *Die Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, 1928, pp. 60 ff.; Bin Cheng, *op. cit.*, pp. 24-26).

Furthermore, an important role which can be played by Article 38, paragraph 1 (c), in filling in gaps in the positive sources in order to avoid *non liquet* decisions, can only be derived from the natural law character of this provision. Professor Brierly puts it, “its inclusion is important as a rejection of the positivistic doctrine, according to which international law consists solely of rules to which States have given their consent” (J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed., p. 63). Mr. Rosenne comments on the general principles of law as follows:

“Having independent existence, their validity as legal norms does not derive from the consent of the parties as such . . . The Statute places this element on a footing of formal equality with two positivist elements of custom and treaty, and thus is positivist recognitions of the Grotian concept of the co-existence implying no subjugation of positive law and so-called natural law of nations in the Grotian sense.” (Shabtai Rosenne, *The International Court of Justice*, 1965, Vol. II, p. 610.)

Now the question is whether the alleged norm of non-discrimination and non-separation as a kind of protection of human rights can be considered as recognized by civilized nations and included in the general principles of law.

First the recognition of a principle by civilized nations, as indicated above, does not mean recognition by *all* civilized nations, nor does it mean recognition by an official act such as a legislative act; therefore the recognition is of a very elastic nature. The principle of equality before the law, however, is stipulated in the list of human rights recognized by the municipal system of virtually every State no matter whether the form of government be republican or monarchical and in spite of any differences in the degree of precision of the relevant provisions. This principle has become an integral part of the constitutions of most of the civilized countries in the world. Common-law countries must be included. (According to *Constitutions of Nations*, 2nd ed., by Amos J. Peaslee, 1956, Vol. I, p. 7, about 73 per cent. of the national constitutions contain clauses respecting equality.)

de juristes qui l'a élaboré. Si l'on avait accepté la proposition initiale du baron Descamps, on aurait parlé de «la conscience juridique des peuples civilisés», notion qui faisait clairement appel à l'idée de droit naturel. Les membres positivistes du comité se sont opposés à cette proposition par la voix de M. Root. Le projet définitif, que reproduit l'actuel alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38, a été le fruit d'un compromis entre les deux écoles, naturaliste et positiviste; il n'est donc pas difficile d'y retrouver l'idée de droit naturel (voir notamment Jean Spiropoulos, *Die Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, 1928, p. 60 et suiv.; Bin Cheng, *op. cit.*, p. 24-26).

En outre, si l'article 38, paragraphe 1 c), peut jouer un rôle important en comblant les lacunes des sources positives du droit afin d'éviter des décisions du type *non liquet*, c'est uniquement dans la mesure où cette disposition a trait au droit naturel. Comme l'a dit M. J. L. Brierly: «L'insertion [de cette disposition] est importante parce qu'elle met en échec la doctrine positiviste d'après laquelle le droit international n'est constitué exclusivement que de règles auxquelles les Etats ont donné leur consentement.» (J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6<sup>e</sup> éd., p. 63.) Sur les principes généraux de droit, M. Rosenne a formulé les observations ci-après:

«[Ces principes] jouissant d'une existence indépendante, leur validité en tant que normes juridiques ne tient pas au consentement proprement dit des parties... Le Statut donne officiellement à cet élément la même importance qu'aux deux éléments positivistes que sont la coutume et le traité, ce qui revient à reconnaître, d'un point de vue positiviste, la notion grotienne de la coexistence du droit positif et de ce que l'on appelle le droit naturel des gens (au sens grotien) sans subordination de l'un à l'autre.» (Shabtai Rosenne, *The International Court of Justice*, 1965, vol. II, p. 610.)

Il s'agit donc de savoir si l'on peut dire de la norme de non-discrimination et de non-séparation invoquée comme représentant une sorte de protection des droits de l'homme qu'elle est reconnue par les nations civilisées et fait partie des principes généraux de droit.

Il convient de préciser tout d'abord que la reconnaissance d'un principe par les nations civilisées ne signifie pas, comme nous l'avons vu plus haut, qu'il doive être reconnu par *toutes* les nations civilisées, ni que des actes officiels, législatifs par exemple, soient nécessaires; cette reconnaissance a donc un caractère très souple. Toutefois, le principe de l'égalité devant la loi figure dans le droit interne de presque tous les Etats, quelle que soit la nature de leur régime politique, république ou monarchie, et malgré les différences qui peuvent apparaître dans le degré de précision des dispositions pertinentes. Ce principe fait désormais partie intégrante de la constitution de la plupart des pays civilisés du monde, y compris les pays de *common law*. (D'après Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 2<sup>e</sup> éd., 1956, vol. I, p. 7, environ 73 pour cent des constitutions nationales contiennent des clauses relatives à l'égalité devant la loi.)



The manifestation of the recognition of this principle does not need to be limited to the act of legislation as indicated above; it may include the attitude of delegations of member States in cases of participation in resolutions, declarations, etc., against racial discrimination adopted by the organs of the League of Nations, the United Nations and other organizations which, as we have seen above, constitute an important element in the generation of customary international law.

From what we have seen above, the alleged norm of non-discrimination and non-separation, being based on the United Nations Charter, particularly Articles 55 (c), 56, and on numerous resolutions and declarations of the General Assembly and other organs of the United Nations, and owing to its nature as a general principle, can be regarded as a source of international law according to the provisions of Article 38, paragraph 1 (a) - (c). In this case three kinds of sources are cumulatively functioning to defend the above-mentioned norm: (1) international convention, (2) international custom and (3) the general principles of law.

Practically the justification of any one of these is enough, but theoretically there may be a difference in the degree of importance among the three. From a positivistic, voluntaristic viewpoint, first the convention, and next the custom, is considered important, and general principles occupy merely a supplementary position. On the contrary, if we take the supra-national objective viewpoint, the general principles would come first and the two others would follow them. If we accept the fact that convention and custom are generally the manifestation and concretization of already existing general principles, we are inclined to attribute to this third source of international law the primary position vis-à-vis the other two.

To sum up, the principle of the protection of human rights has received recognition as a legal norm under three main sources of international law, namely (1) international conventions, (2) international custom and (3) the general principles of law. Now, the principle of equality before the law or equal protection by the law presents itself as a kind of human rights norm. Therefore, what has been said on human rights in general can be applied to the principle of equality. (Cf. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 121. The author recognizes the principle of respect for human rights including equality before the law as a general principle of law.)

Here we must consider the principle of equality in relationship to the Mandate. The contention of the Applicants is based on this principle as condemning the practice of apartheid. The Applicants contend not only that this practice is in violation of the obligations of the Respondent imposed upon it by Article 2 of the Mandate and Article 22 of the Covenant (Submission No. 3), but that the Respondent, by virtue of economic,

Comme nous venons de le dire, il n'est pas indispensable que la reconnaissance de ce principe se manifeste par des actes législatifs; elle peut résulter de l'attitude des délégations des Etats Membres participant à l'élaboration de résolutions, déclarations, etc., contre la discrimination raciale au sein des organes de la Société des Nations, de l'Organisation des Nations Unies et autres organisations qui, nous l'avons vu ci-dessus, jouent un rôle important dans la création du droit international coutumier.

De ce qui précède, on peut déduire que la norme alléguée de non-discrimination et de non-séparation — parce qu'elle se fonde sur la Charte des Nations Unies, notamment sur ses articles 55 *c*) et 56, et sur de nombreuses résolutions et déclarations de l'Assemblée générale et d'autres organes des Nations Unies et parce qu'elle a la nature d'un principe général — constitue une source de droit international au sens des dispositions des alinéas *a*) à *c*) de l'article 38, paragraphe 1, du Statut. En l'espèce donc, on peut invoquer cumulativement trois catégories de sources pour établir l'existence de la norme susmentionnée: 1) les conventions internationales, 2) la coutume internationale, 3) les principes généraux de droit.

Dans la pratique, il suffit de pouvoir invoquer l'une quelconque de ces trois sources, mais il peut théoriquement y avoir une différence dans leur importance relative. D'un point de vue positiviste et volontariste, c'est la convention qui a le plus d'importance, la coutume vient ensuite et les principes généraux ne jouent qu'un rôle auxiliaire. Au contraire, si l'on adopte le point de vue objectif supranational, ce sont les principes généraux qui jouent le premier rôle, les autres ne venant qu'après. Compte tenu du fait que la convention et la coutume sont en général la manifestation et la concrétisation de principes généraux qui existaient déjà, nous sommes quant à nous portés à attribuer à cette troisième source de droit international un rôle essentiel par rapport aux deux autres.

Nous dirons, pour nous résumer, que le principe de la protection des droits de l'homme est reconnu comme constituant une norme juridique au titre des trois sources principales de droit international, savoir: 1) les conventions internationales, 2) la coutume internationale, 3) les principes généraux de droit. Or, le principe de l'égalité devant la loi ou de l'égalité de la protection de la loi correspond lui-même à une sorte de norme fondée sur les droits de l'homme. Par suite, ce que nous avons dit des droits de l'homme en général s'applique au principe de l'égalité. (Voir Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 121. L'auteur reconnaît comme principe général de droit le principe du respect des droits de l'homme, y compris celui de l'égalité devant la loi.)

Nous devons en l'espèce envisager le principe de l'égalité par rapport au Mandat. Les demandeurs arguent de ce principe, qui leur paraît condamner la pratique de l'*apartheid*. Ils soutiennent non seulement que cette pratique constitue une violation des obligations incombant au défendeur au titre de l'article 2 du Mandat et de l'article 22 du Pacte (conclusion n° 3), mais aussi que le défendeur, « par l'effet des principes

political, social and educational policies has, in the light of applicable international standards or international legal norms, or both, failed to promote to the utmost the material and moral well-being and social progress of the inhabitants of the Territory. What the Applicants seek to establish seems to be that the Respondent's practice of apartheid constitutes a violation of international standards and/or an international legal norm, namely the principle of equality and, as a result, a violation of the obligations to promote to the utmost, etc. If the violation of this principle exists, this will be necessarily followed by failure to promote the well-being, etc. The question is whether the principle of equality is applicable to the relationships of the Mandate or not. The Respondent denies that the Mandate includes in its content the principle of equality as to race, colour, etc.

Regarding this point, we would refer to our above-mentioned view concerning the Respondent's contention that the alleged norm of non-discrimination of the Charter does not constitute a part of the mandate agreement, and therefore the question of this norm falls outside the dispute under Article 7, paragraph 2, of the Mandate.

We consider that the principle of equality, although it is not expressly mentioned in the mandate instrument constitutes, by its nature, an integral part of the mandates system and therefore is embodied in the Mandate. From the natural-law character of this principle its inclusion in the Mandate must be justified.

It appears to be a paradox that the inhabitants of the mandated territories are internationally more protected than citizens of States by the application of Article 7, paragraph 2, but this interpretation falls outside the scope of the present proceedings.

Next, we shall consider the content of the principle of equality which must be applied to the question of apartheid.

#### IV

As we have seen above, the objectives of the mandates system, being the material and moral well-being and social progress of the inhabitants of the territory, are in themselves of a political nature. Their achievement must be measured by the criteria of politics and the method of their realization belongs to the matter of the discretion conferred upon the Mandatory by Article 2, paragraph 1, of the Mandate, and Article 22 of the Covenant of the League.

The discretionary power of the Mandatory however, is not unlimited. Besides the general rules which prohibit the Mandatory from abusing its power and *mala fides* in performing its obligations, and besides the individual provisions of the Mandate and the Covenant, the Mandatory is subject to the Charter of the United Nations as a member State, the customary international law, general principles of law, and other sources

économiques, politiques, sociaux et éducatifs ... au regard des « standards » internationaux applicables ou de la norme juridique internationale applicable ou de ces deux critères à la fois, n'a pas accru, par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du Territoire ». Les demandeurs semblent vouloir dire par là que la pratique de l'*apartheid* par le défendeur correspond à une violation des « standards » internationaux et/ou de la norme juridique internationale, c'est-à-dire du principe d'égalité, et constitue par conséquent une violation de l'obligation qui lui incombe d'accroître par tous les moyens, etc. S'il y a effectivement violation de ce principe, la conséquence inévitable doit être que le Mandataire n'accroît pas le bien-être, etc. Il s'agit de savoir si le principe de l'égalité est applicable aux dispositions du Mandat ou non. Le défendeur nie que le Mandat contienne le principe de l'égalité du point de vue de la race, de la couleur, etc.

Sur ce point, nous rappellerons les vues que nous avons exposées plus haut touchant la thèse du défendeur, pour qui la norme de non-discrimination découverte dans la Charte ne fait pas partie intégrante de l'accord de Mandat, ce qui le conduit à soutenir que la question de cette norme n'entre pas dans le cadre des différends visés par le deuxième alinéa de l'article 7 du Mandat.

Nous estimons que le principe de l'égalité, sans être expressément mentionné dans l'acte de Mandat, fait, par sa nature même, partie intégrante du système des Mandats et est donc incorporé au Mandat lui-même. Que ce principe figure dans le Mandat se justifie par son caractère de droit naturel.

Il semble paradoxal que les habitants des territoires sous Mandat soient, sur le plan international, mieux protégés que les ressortissants des divers Etats, grâce à l'application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 7, mais ce problème d'interprétation excède le cadre de la présente instance.

Nous allons étudier à présent la teneur du principe de l'égalité qui doit être appliqué à la question de l'*apartheid*.

#### IV

Comme nous l'avons vu, les objectifs du système des Mandats, qui consistent à accroître le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire, sont par nature d'ordre politique. La réalisation de ces objectifs se mesure nécessairement d'après des critères politiques et la méthode utilisée pour les atteindre relève du pouvoir discrétionnaire conféré au Mandataire par le premier alinéa de l'article 2 du Mandat et par l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

Le pouvoir discrétionnaire du Mandataire n'est cependant pas illimité. Outre les règles générales qui interdisent au Mandataire d'abuser de son pouvoir et de témoigner de mauvaise foi dans l'exécution de ses obligations, et en sus des dispositions précises du Mandat et du Pacte, le Mandataire est soumis aux dispositions de la Charte des Nations Unies en sa qualité d'Etat Membre de l'Organisation, au droit interna-

of international law enunciated in Article 38, paragraph 1. According to the contention of the Applicants, the norm and/or standards which prohibit the practice of apartheid, are either immediately or by way of interpretation of the Mandate binding upon the discretionary power of the Mandatory. The Respondent denies the existence of such norm and/or standards.

The divergence of views between the Parties is summarized in the following formula: whether or not the policy of racial discrimination or separate development is *per se* incompatible with the well-being and social progress of the inhabitants, or in other terms, whether the policy of apartheid is illegal and constitutes a breach of the Mandate, or depends upon the motive (*bona fides* or *mala fides*), the result or effect. From the Respondent's standpoint apartheid is not *per se* prohibited but only a special kind of discrimination which leads to oppression is prohibited.

This divergence of fundamental standpoints between the Parties is reflected in their attitudes as to what extent their contentions depend on the evidence. Contrary to the Applicants' attitude in denying the necessity of calling witnesses and experts and of an inspection *in loco*, the Respondent abundantly utilized numerous witnesses and experts and requested the Court to visit South West Africa, South Africa and other parts of Africa to make an inspection *in loco*.

First, we shall examine the content of the norm and standards of which violation by the Respondent is alleged by the Applicants.

The Applicants contend, as set forth in the Memorials (p. 108) that the Respondent's violation of its obligations under the said paragraph 2 of Article 2 of the Mandate consists in a "systematic course of positive action which inhibits the well-being, prevents the social progress and thwarts the development of the overwhelming majority" of the inhabitants of the Territory. In pursuit of such course of action, and as a pervasive feature thereof, the Respondent has, by governmental action, installed and maintained the policy of apartheid, or separate development. What is meant by apartheid is as follows:

"Under *apartheid*, the status, rights, duties, opportunities and burdens of the population are determined and allotted arbitrarily on the basis of race, color and tribe, in a pattern which ignores the needs and capacities of the groups and individuals affected, and subordinates the interests and rights of the great majority of the people to the preferences of a minority." (Memorials, p. 108.)

Such policy, the Applicants contend, "runs counter to modern conceptions of human rights, dignities and freedom, irrespective of race, colour or creed", which conclusion is denied by the Respondent.

The alleged legal norms of non-discrimination or non-separation by

tional coutumier, aux principes généraux de droit et aux autres sources de droit international mentionnées à l'article 38, paragraphe 1, du Statut. D'après la thèse des demandeurs, la norme et/ou les « standards » qui interdisent la pratique de l'*apartheid* ont force obligatoire et limitent le pouvoir discrétionnaire du Mandataire, soit directement, soit par voie d'interprétation du Mandat. Le défendeur, de son côté, nie l'existence de pareille norme et/ou de pareils « standards ».

La divergence de vues entre les Parties peut se résumer comme suit : il s'agit de savoir si la politique de discrimination raciale ou de développement séparé est en soi incompatible avec le bien-être et le progrès social des habitants ou non, c'est-à-dire de savoir si la politique d'*apartheid* est par nature illicite et constitue une violation du Mandat ou bien si cela dépend des motifs qui l'inspirent (bonne ou mauvaise foi), de ses résultats ou de ses effets. Pour le défendeur, l'*apartheid* n'est pas interdit en soi ; seule l'est une sorte particulière de discrimination qui aboutit à l'oppression.

Cette divergence entre les vues fondamentales des Parties retentit sur le rôle qu'elles attribuent aux moyens de preuve à apporter à l'appui de leurs thèses respectives. Au contraire des demandeurs, qui ont nié la nécessité d'appeler à la barre des témoins et des experts et de se rendre sur place, le défendeur a fait appel à de très nombreux témoins et experts et invité la Cour à procéder à une descente sur les lieux au Sud-Ouest africain, en Afrique du Sud et dans d'autres pays d'Afrique.

Nous chercherons tout d'abord à déterminer le contenu de la norme et des « standards » que les demandeurs accusent le défendeur de violer.

Les demandeurs soutiennent, comme ils le disent dans leurs mémoires (p. 108), que le défendeur a violé les obligations lui incombant en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat parce qu'il a agi « d'une manière systématique et positive en vue de s'opposer au bien-être de l'immense majorité de la population du Sud-Ouest africain, d'entraver son progrès social et de contrarier son développement ». Dans cette entreprise systématique, le défendeur a officiellement établi et maintenu la politique d'*apartheid* ou de développement séparé, qui en est un des aspects les plus insidieux. Voici ce qu'il faut entendre par *apartheid*:

« En application de l'*apartheid*, le statut, les droits, les devoirs, les chances et les charges de la population sont arbitrairement déterminés et répartis d'après la race, la couleur et la tribu, dans le cadre d'une structure qui ne tient compte ni des besoins ni des aptitudes des groupes et des individus qu'elle affecte et qui subordonne les intérêts et les droits de la grande majorité des habitants aux préférences d'une minorité. » (Mémoires, p. 108.)

Les demandeurs soutiennent que cette politique « est incompatible avec les conceptions modernes des droits de l'homme, de la dignité et de la liberté de l'homme, qui ne tiennent pas compte de la race, de la couleur ni de la croyance », conclusion que le défendeur conteste.

Les normes juridiques de non-discrimination ou de non-séparation

which, by way of interpretation of Article 2, paragraph 2, of the Mandate, apartheid becomes illegal, are defined by the Applicants as follows:

“In the following analysis of the relevant legal norms, the terms ‘non-discrimination’ or ‘non-separation’ are used in their prevalent and customary sense: stated negatively, the terms refer to the absence of governmental policies or actions which allot status, rights, duties, privileges or burdens on the basis of membership in a group, class or race rather than on the basis of individual merit, capacity or potential: stated affirmatively, the terms refer to governmental policies and actions the objective of which is to protect equality of opportunity and equal protection of the laws to individual persons as such.” (Reply, p. 274.)

What the Applicants want to establish, are the legal norms of “non-discrimination” or “non-separation” which are of a *per se*, non-qualified absolute nature, namely that the decision of observance or otherwise of the norm does not depend upon the motive, result, effect, etc. Therefore from the standpoint of the Applicants, the violation of the norm of non-discrimination is established if there exists a simple fact of discrimination without regard to the intent of oppression on the part of the Mandatory.

On the other hand, the Respondent does not recognize the existence of the norm of non-discrimination of an absolute character and seeks to prove the necessity of group differentiation in the administration of a multi-racial, multi-national, or multi-lingual community. The pleadings and verbatim records are extremely rich in examples of different treatment of diverse population groups in multi-cultural societies in the world. Many examples of different treatment quoted by the Respondent and testified to by the witnesses and experts appear to belong to the system of protection of minority groups in multi-cultural communities and cover not only the field of public law but also of private law.

The doctrine of different treatment of diverse population groups constitutes a fundamental political principle by which the Respondent administers not only the Republic of South Africa, but the neighbouring Territory of South West Africa. The geographical, historical, ethnological, economic and cultural differences and varieties between several population groups, according to the contention of the Respondent, have necessitated the adoption of the policy of apartheid or “separate development”. This policy is said to be required for the purpose of the promotion of the well-being and social progress of the inhabitants of the Territory. The Respondent insists that each population group developing its own characteristics and individuality, to attain self-determination, separate development should be the best way to realize the well-being and social progress of the inhabitants. The other alternative, namely the mixed integral society in the sense of Western

invoquées comme s'appliquant à l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, et comme rendant l'*apartheid* illicite sont définies par les demandeurs en ces termes :

« Dans l'analyse ci-après des normes juridiques pertinentes, les termes *non-discrimination* ou *non-séparation* sont utilisés dans leur sens habituel et généralement admis : sous une forme négative, ces termes indiquent l'absence d'une politique ou d'une action gouvernementale répartissant le statut, les droits, les devoirs, les privilèges ou les charges compte tenu de l'appartenance à un groupe, à une classe ou à une race et non compte tenu du mérite, des capacités ou des aptitudes des individus ; sous une forme affirmative, ces termes désignent la politique et l'action gouvernementales qui ont pour objet d'assurer aux individus en tant que tels l'égalité des chances et une protection égale devant la loi. » (Réplique, p. 274.)

Les demandeurs veulent montrer qu'il existe des normes juridiques de « non-discrimination » ou de « non-séparation » qui auraient en soi un caractère absolu et inconditionnel ; autrement dit, on doit se prononcer sur le respect ou l'inobservation de ladite norme sans tenir compte des motifs, des résultats, des effets, etc. Par suite, pour les demandeurs, il y a violation de la norme de non-discrimination dès lors qu'existe le moindre fait discriminatoire, abstraction faite de toute intention d'opprimer de la part du Mandataire.

De son côté, le défendeur ne reconnaît pas qu'il existe une norme de non-discrimination absolue et veut prouver qu'il est indispensable d'établir une différenciation entre les groupes pour administrer une communauté multiraciale, multinationale ou multilingue. Les écritures et les comptes rendus des audiences abondent en exemples qui nous montrent que, partout dans le monde où il y a des sociétés multiculturelles, les divers groupes ethniques sont traités de façon différente. Les nombreux exemples de traitement différencié cités par le défendeur ou par les témoins et experts semblent se rattacher au système visant à assurer la protection des groupes minoritaires au sein de collectivités multiculturelles et relèvent non seulement du droit public mais aussi du droit privé.

La doctrine du traitement différencié applicable aux différents groupes est un principe politique fondamental que le défendeur a adopté pour administrer non seulement la République sud-africaine mais aussi le territoire limitrophe qu'est le Sud-Ouest africain. Ce sont les différences d'ordre géographique, historique, ethnologique, économique et culturel entre les divers groupes ethniques qui ont, selon le défendeur, nécessité l'adoption de la politique d'*apartheid* ou de développement séparé. Il dit cette politique indispensable à l'accroissement du bien-être et du progrès social des habitants du territoire. Il soutient que, si chaque groupe doit développer la personnalité qui lui est propre jusqu'au stade de l'autodétermination, c'est le développement séparé qui constitue la meilleure façon d'assurer le bien-être et le progrès social des habitants. L'autre solution possible, consistant à créer une société intégrée mixte dans le cadre d'une démocratie de type occidental, pro-



democracy would necessarily lead to competition, friction, struggle, chaos, bloodshed, and dictatorship as examples may be found in some other African countries. Therefore, the most appropriate method of administration of the Territory is the principle of indirect rule maintaining and utilizing the merits of tribalism.

Briefly, it seems that the idea underlying the policy of apartheid or separate development is the racial philosophy which is not entirely identical with ideological Nazism but attributes great importance to the racial or ethnological factors in the fields of politics, law, economy and culture. Next, the method of apartheid is of sociological and, therefore, strong deterministic tendency, as we can guess from the fact that at the oral proceedings the standpoint of the Respondent was energetically sustained by many witnesses—experts who were sociologists and ethnologists.

Contrary to the standpoint of the Applicants who condemn the policy of apartheid or separate development of the Respondent as illegal, the latter conceives this policy as something neutral. The Respondent says that it can be utilized as a tool to attain a particular end, good or bad, as a knife can serve a surgeon as well as a murderer.

\* \* \*

Before we decide this question, general consideration of the content of the principle of equality before the law is required. Although the existence of this principle is universally recognized as we have seen above, its precise content is not very clear.

This principle has been recognized as one of the fundamental principles of modern democracy and government based on the rule of law. Judge Lauterpacht puts it:

“The claim to equality before the law is in a substantial sense the most fundamental of the rights of man. It occupies the first place in most written constitutions. It is the starting point of all other liberties.” (Sir Hersch Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, 1945, p. 115.)

Historically, this principle was derived from the Christian idea of the equality of all men before God. All mankind are children of God, and, consequently, brothers and sisters, notwithstanding their natural and social differences, namely man and woman, husband and wife, master and slave, etc. The idea of equality of man is derived from the fact that human beings “by the common possession of reason” distinguish themselves “from other living beings”. (Lauterpacht, *op. cit.*, p. 116.) This idea existed already in the Stoic philosophy, and was developed by the scholastic philosophers and treated by natural law scholars and encyclopedists of the seventeenth and eighteenth centuries. It received

duirait nécessairement des rivalités, des frictions et des luttes et aboutirait au chaos, à l'effusion de sang et à l'apparition de systèmes dictatoriaux, comme d'autres pays d'Afrique en portent témoignage. Par suite, la méthode la plus appropriée est d'appliquer au territoire le principe de l'administration indirecte, par lequel on conserve le tribalisme en tirant parti de ses avantages.

En résumé, il semble que l'idée sous-jacente à la politique d'*apartheid* ou de développement séparé corresponde à une philosophie raciale qui, sans être absolument identique à l'idéologie nazie, attribue une très grande importance aux éléments raciaux ou ethnologiques en matière politique, juridique, économique et culturelle. Au surplus, la méthode de l'*apartheid* procède de conceptions sociologiques, donc nettement déterministes, comme le prouve le fait qu'au cours de la procédure orale, la position du défendeur a été vigoureusement appuyée par de nombreux témoins et experts qui se trouvaient être des sociologues et des ethnologues.

Contrairement aux demandeurs, qui condamnent la politique d'*apartheid* ou de développement séparé du défendeur en la disant illicite, le défendeur conçoit cette politique comme quelque chose de neutre. Il y voit un outil qui peut être employé à une fin bonne ou mauvaise, exactement comme un couteau peut être utilisé soit par un chirurgien soit par un assassin.

\* \* \*

Avant de résoudre la question, nous devons examiner le contenu du principe de l'égalité devant la loi. L'existence de ce principe est universellement reconnue, comme nous l'avons vu ci-dessus, mais sa teneur précise n'est pas très claire.

Il a été reconnu comme l'un des principes fondamentaux de la démocratie et du gouvernement modernes fondés sur le règne du droit. Sir Hersch Lauterpacht l'a dit dans les termes suivants :

« Le droit d'invoquer l'égalité devant la loi correspond en somme à celui des droits de l'homme qui est absolument fondamental. Il est énoncé en premier dans la plupart des constitutions écrites. C'est le point de départ de toutes les autres libertés. » (Sir Hersch Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, 1945, p. 115.)

Historiquement, ce principe découle de l'idée chrétienne de l'égalité des hommes devant Dieu. Les hommes sont tous les enfants de Dieu et sont donc tous frères, malgré les différences imposées par la nature et la société, entre l'homme et la femme, l'époux et l'épouse, le maître et l'esclave, etc. L'idée de l'égalité des hommes vient du fait que ceux-ci « se distinguent des autres êtres vivants par un élément commun, la raison » (Lauterpacht, *op. cit.*, p. 116). Cette idée, qui existait déjà chez les stoïciens, a été développée par les scolastiques et reprise par les tenants du droit naturel et les encyclopédistes du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle. Elle a pris corps, du point de vue législatif, à la fin du

legislative formulation however, at the end of the eighteenth century first by the Bills of Rights of some American states, next by the Declaration of the French Revolution, and then in the course of the nineteenth century the equality clause, as we have seen above, became one of the common elements of the constitutions of modern European and other countries.

Examining the principle of equality before the law, we consider that it is philosophically related to the concepts of freedom and justice. The freedom of individual persons, being one of the fundamental ideas of law, is not unlimited and must be restricted by the principle of equality allotting to each individual a sphere of freedom which is due to him. In other words the freedom can exist only under the premise of the equality principle.

In what way is each individual allotted his sphere of freedom by the principle of equality? What is the content of this principle? The principle is that what is equal is to be treated equally and what is different is to be treated differently, namely proportionately to the factual difference. This is what was indicated by Aristotle as *justitia commutativa* and *justitia distributiva*.

The most fundamental point in the equality principle is that all human beings as persons have an equal value in themselves, that they are the aim itself and not means for others, and that, therefore, slavery is denied. The idea of equality of men as persons and equal treatment as such is of a metaphysical nature. It underlies all modern, democratic and humanitarian law systems as a principle of natural law. This idea, however, does not exclude the different treatment of persons from the consideration of the differences of factual circumstances such as sex, age, language, religion, economic condition, education, etc. To treat different matters equally in a mechanical way would be as unjust as to treat equal matters differently.

We know that law serves the concrete requirements of individual human beings and societies. If individuals differ one from another and societies also, their needs will be different, and accordingly, the content of law may not be identical. Hence is derived the relativity of law to individual circumstances.

The historical development of law tells us that, parallel to the trend of generalization the tendency of individualization or differentiation is remarkable as may be exemplified by the appearance of a system of commercial law separate from the general private law in civil law countries, creation of labour law. The acquisition of independent status by commercial and labour law can be conceived as the conferment of a kind of privilege or special treatment to a merchant or labour class. In the field of criminal law the recent tendency of criminal legislative policy is directed towards the individualization of the penalty.

We can say accordingly that the principle of equality before the law

XVIII<sup>e</sup> siècle, en apparaissant pour la première fois dans les déclarations des droits de certains Etats d'Amérique, puis dans la Déclaration des droits de l'homme de la Révolution française; enfin, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, le principe de l'égalité est devenu, comme nous l'avons vu, l'un des éléments communs aux constitutions des pays modernes d'Europe et d'autres régions.

D'un point de vue philosophique, le principe de l'égalité devant la loi se rattache à notre avis aux notions de liberté et de justice. La liberté de l'individu, qui est l'une des idées fondamentales du droit, n'est pas absolue et doit être limitée par le principe de l'égalité, qui permet d'attribuer à chaque individu la part de liberté qui lui revient. En d'autres termes, il ne peut y avoir de liberté qu'à condition d'appliquer le principe de l'égalité.

De quelle façon l'individu se voit-il attribuer sa part de liberté eu égard au principe d'égalité? Quel est le contenu de ce principe? Le principe est que ce qui est égal doit être traité également et que ce qui est différent doit être traité différemment, c'est-à-dire en fonction de la différence de fait. C'est ce qu'Aristote appelait la justice commutative et la justice distributive.

La base du principe de l'égalité est que tous les hommes ont la même valeur intrinsèque, qu'ils constituent une fin en soi et ne peuvent servir d'instrument à autrui, ce qui interdit par conséquent l'esclavage. L'idée de l'égalité des hommes en tant que personnes et de l'égalité de traitement entre les personnes est par nature d'ordre métaphysique. Elle est à la base de tous les systèmes de droit modernes, démocratiques et humanitaires, en tant que principe de droit naturel. Toutefois, cette idée n'exclut pas la possibilité de traiter les personnes différemment compte tenu de différences de fait, c'est-à-dire compte tenu du sexe, de l'âge, de la langue, de la religion, de la situation économique, de l'instruction, etc. Appliquer mécaniquement un même traitement à des situations différentes serait aussi injuste qu'appliquer un traitement différent à des situations semblables.

Nous savons que le droit répond aux besoins concrets d'individus et de sociétés considérés isolément. Si les individus diffèrent les uns des autres et si les sociétés diffèrent les unes des autres, leurs besoins diffèrent nécessairement et par suite le contenu du droit peut n'être pas le même partout. D'où la relativité du droit quant aux situations particulières.

L'histoire du droit atteste qu'il existe, à côté d'une tendance à la généralisation, une tendance remarquable à l'individualisation ou à la différenciation, que révèlent par exemple l'élaboration d'un droit commercial distinct du droit privé général dans les pays de droit civil ou la création du droit du travail. Le fait que le droit commercial et le droit du travail soient devenus des branches indépendantes du droit peut se concevoir comme l'octroi d'un privilège à la classe des commerçants ou à celle des travailleurs ou comme un traitement spécial au bénéfice de ces classes. En droit criminel, la législation pénale a témoigné récemment d'une tendance à l'individualisation de la peine.

Nous pouvons donc dire que le principe de l'égalité devant la loi

does not mean the absolute equality, namely equal treatment of men without regard to individual, concrete circumstances, but it means the relative equality, namely the principle to treat equally what are equal and unequally what are unequal.

The question is, in what case equal treatment or different treatment should exist. If we attach importance to the fact that no man is strictly equal to another and he may have some particularities, the principle of equal treatment could be easily evaded by referring to any factual and legal differences and the existence of this principle would be virtually denied. A different treatment comes into question only when and to the extent that it corresponds to the nature of the difference. To treat unequal matters differently according to their inequality is not only permitted but required. The issue is whether the difference exists. Accordingly, not every different treatment can be justified by the existence of differences, but only such as corresponds to the differences themselves, namely that which is called for by the idea of justice—"the principle to treat equal equally and unequal according to its inequality, constitutes an essential content of the idea of justice" (Goetz Hueck, *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung in Privatrecht*, 1958, p. 106) [translation].

Briefly, a different treatment is permitted when it can be justified by the criterion of justice. One may replace justice by the concept of reasonableness generally referred to by the Anglo-American school of law.

Justice or reasonableness as a criterion for the different treatment logically excludes arbitrariness. The arbitrariness which is prohibited, means the purely objective fact and not the subjective condition of those concerned. Accordingly, the arbitrariness can be asserted without regard to his motive or purpose.

There is no doubt that the principle of equality is binding upon administrative organs. The discretionary power exercised on considerations of expediency by the administrative organs is restricted by the norm of equality and the infringement of this norm makes an administrative measure illegal. The judicial power also is subjected to this principle. Then, what about the legislative power? Under the constitutions which express this principle in a form such as "all citizens are equal before the law", there may be doubt whether or not the legislators also are bound by the principle of equality. From the nature of this principle the answer must be in the affirmative. The legislators cannot be permitted to exercise their power arbitrarily and unreasonably. They are bound not only in exercising the ordinary legislative power but also the power to establish the constitution. The reason therefor is that the principle of equality being in the nature of natural law and therefore of a supra-constitutional character, is placed at the summit of hierarchy of the system of law, and that all positive laws including the constitution shall be in conformity with this principle.

ne correspond pas à une égalité absolue, qui voudrait que les hommes soient tous traités également compte non tenu des situations individuelles et concrètes, mais correspond plutôt à une égalité relative, c'est-à-dire au traitement égal de ce qui est égal et inégal de ce qui est inégal.

Il s'agit de savoir dans quels cas le traitement doit être identique ou différent. Si l'on retenait le fait que personne n'est à strictement parler égal à qui que ce soit d'autre et que chacun peut se prévaloir de certaines particularités, on pourrait facilement faire échec au principe de l'égalité de traitement en invoquant n'importe quelle différence d'ordre concret et juridique; cela reviendrait pratiquement à nier l'existence dudit principe. Il ne peut être question d'un traitement différencié que dans la mesure où il porte sur ce qui fait précisément la différence. Traiter différemment ce qui est inégal, en fonction de cette inégalité, n'est pas seulement licite mais indispensable. Le problème est de savoir s'il y a ou non différence. Par suite, l'existence de certaines différences ne justifie pas n'importe quelle forme de traitement différencié, mais seulement le traitement différencié qui correspond bien aux différences elles-mêmes, celui qu'impose l'idée de justice. «Le principe qui veut que l'on traite également ce qui est égal et inégalement ce qui est inégal est un des éléments essentiels de l'idée de justice.» (Goetz Hueck, *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung in Privat-recht*, 1958, p. 106 [traduction de l'anglais].)

Bref, la différence de traitement est licite lorsqu'elle peut se justifier d'après le critère de la justice. On peut d'ailleurs remplacer la notion de justice par celle de *comportement raisonnable* qu'invoque en général l'école juridique anglo-américaine.

Le critère de la justice ou du comportement raisonnable en matière de différences de traitement exclut en bonne logique l'arbitraire. La notion d'arbitraire se réfère en l'occurrence à des faits purement objectifs et non à la situation subjective des intéressés. On peut donc déterminer l'arbitraire sans se préoccuper du mobile ou de l'objet.

Il n'est pas douteux que le principe de l'égalité a force obligatoire pour les organes administratifs. Le pouvoir discrétionnaire qu'ils exercent compte tenu de considérations d'opportunité est limité par la norme de l'égalité et toute infraction à cette norme rend une mesure administrative illégale. Le pouvoir judiciaire doit lui aussi obéir à ce principe. Mais qu'en est-il du pouvoir législatif? Lorsqu'une constitution formule le principe de l'égalité en des termes tels que: «Tous les citoyens sont égaux devant la loi», on peut se demander si ce principe lie aussi le législateur. Etant donné la nature du principe, il faut nécessairement répondre par l'affirmative. On ne saurait autoriser le législateur à exercer ses pouvoirs arbitrairement et déraisonnablement. Il est lié non seulement dans l'exercice du pouvoir législatif ordinaire, mais aussi dans l'exercice du pouvoir constituant. La raison en est que le principe de l'égalité, relevant du droit naturel et étant par conséquent d'ordre supraconstitutionnel, se trouve au sommet de la hiérarchie du système de droit et que toutes les lois positives, constitution comprise, doivent s'y conformer.

The Respondent for the purpose of justifying its policy of apartheid or separate development quotes many examples of different treatment such as minorities treaties, public conveniences (between man and woman), etc. Nobody would object to the different treatment in these cases as a violation of the norm of non-discrimination or non-separation on the hypothesis that such a norm exists. The Applicants contend for the unqualified application of the norm of non-discrimination or non-separation, but even from their point of view it would be impossible to assert that the above-mentioned cases of different treatment constitute a violation of the norm of non-discrimination.

Then, what is the criterion to distinguish a permissible discrimination from an impermissible one?

In the case of the minorities treaties the norm of non-discrimination as a reverse side of the notion of equality before the law prohibits a State to exclude members of a minority group from participating in rights, interests and opportunities which a majority population group can enjoy. On the other hand, a minority group shall be guaranteed the exercise of their own religious and education activities. This guarantee is conferred on members of a minority group, for the purpose of protection of their interests and not from the motive of discrimination itself. By reason of protection of the minority this protection cannot be imposed upon members of minority groups, and consequently they have the choice to accept it or not.

In any event, in case of a minority, members belonging to this group, enjoying the citizenship on equal terms with members of majority groups, have conferred on them the possibility of cultivating their own religious, educational or linguistic values as a recognition of their fundamental human rights and freedoms.

The spirit of the minorities treaties, therefore, is not negative and prohibitive, but positive and permissive.

Whether the spirit of the policy of apartheid or separate development is common with that of minorities treaties to which the Respondent repeatedly refers, whether the different treatment between man and woman concerning the public conveniences can be referred to for the purpose of justifying the policy of apartheid or not, that is the question.

In the case of apartheid, we cannot deny the existence of reasonableness in some matters that diverse ethnic groups should be treated in certain aspects differently from one another. As we have seen above, differentiation in law and politics is one of the most remarkable tendencies of the modern political society. This tendency is in itself derived from the concept of justice, therefore it cannot be judged as wrong. It is an adaptation of the idea of justice to social realities which, as its structure, is going to be more complicated and multiply from the viewpoint of economic, occupational, cultural and other elements.

Therefore, different treatment requires reasonableness to justify it as is stated above. The reason may be the protection of some fundamental human rights and freedoms as we have seen in the case of minorities

Pour justifier sa politique d'*apartheid* ou de développement séparé, le défendeur invoque de nombreux exemples de traitement différencié: traités de minorités, toilettes publiques distinctes pour hommes et femmes, etc. En pareils cas, personne n'irait critiquer la différence de traitement sous prétexte qu'elle viole la norme de non-discrimination ou de non-séparation, à supposer que cette norme existe. Les demandeurs ont beau arguer du caractère absolu de la norme, ils ne pourraient, même de leur point de vue, soutenir que les cas précités de traitement différencié en constituent une violation.

Quel est donc le critère qui permet de faire la distinction entre une discrimination licite et une discrimination illicite?

Dans le cas des traités de minorités, la norme de non-discrimination, représentant l'autre face du principe de l'égalité devant la loi, interdit à un Etat de priver les membres d'un groupe minoritaire des droits, intérêts et débouchés assurés au groupe majoritaire. On leur garantit au contraire le libre exercice de leur religion et la liberté de l'enseignement. Si on leur confère ces garanties, c'est par souci de protéger leurs intérêts et non pas en vue de pratiquer une discrimination. Comme le but est de les protéger, la protection ne peut pas leur être imposée et ils sont par conséquent libres de l'accepter ou de la refuser.

De toute façon, dans le cas d'une minorité, on offre à ses membres, qui sont citoyens au même titre que les membres du groupe majoritaire, la possibilité de préserver leurs valeurs religieuses, éducatives ou linguistiques, ce qui revient à reconnaître les droits de l'homme et les libertés fondamentales qui sont les leurs.

Dans ces conditions l'esprit des traités de minorités n'est pas négatif ou prohibitif, mais positif et confirmatif.

Il s'agit de savoir si la politique d'*apartheid* ou de développement séparé s'inspire du même esprit que les traités de minorités auxquels le défendeur n'a cessé de se référer, ou si l'on peut s'appuyer sur le traitement différent des deux sexes quant aux toilettes publiques pour justifier la politique d'*apartheid*.

En ce qui concerne l'*apartheid*, nous ne pouvons contester qu'il soit raisonnable en certaines matières et à certains égards de traiter différemment les groupes ethniques. Comme nous l'avons vu, la différenciation en droit et en politique représente l'une des tendances les plus remarquables de la société politique moderne. Cette tendance, procédant elle-même de la notion de justice, ne peut pas être tenue pour néfaste. Par ce biais, la justice s'adapte à la réalité sociale dont la structure va se compliquant et se diversifiant de plus en plus du point de vue de l'économie, de l'emploi, de la culture, etc.

C'est pourquoi le traitement différencié doit nécessairement, nous l'avons dit, se justifier par son caractère raisonnable. Il peut être raisonnable de protéger certains droits et certaines libertés fondamentales de l'homme, comme nous l'avons vu à propos des traités de minorités,



treaties, or of some other nature such as incapacity of minors to conclude contracts, physical differences between man and woman.

In the case of the protection of minorities, what is protected is not the religious or linguistic group as a whole but the individuals belonging to this group, the former being nothing but a name and not a group. In the case of different treatment of minors or between man and woman, it is clear that *minors, disabled persons or men or women* in a country do not constitute respectively a group. But whether a racial or ethnic group can be treated in the same way as categories such as minors, disabled persons, men and women, is doubtful. Our conclusion on this point is negative. The reasons therefor are that the scientific and clear-cut definition of race is not established; that what man considers as a matter of common-sense as criteria to distinguish one race from the other, are the appearance, particularly physical characteristics such as colour, hair, etc., which do not constitute in themselves relevant factors as the basis for different political or legal treatment; and that, if there exists the necessity to treat one race differently from another, this necessity is not derived from the physical characteristics or other racial qualifications but other factors, namely religious, linguistic, educational, social, etc., which in themselves are not related to race or colour.

Briefly, in these cases it is possible that the different treatment in certain aspects is reasonably required by the differences of religion, language, education, custom, etc., not by reason of race or colour. Therefore, the Respondent tries in some cases to justify the different treatment of population groups by the concept of cultural population groups. The different treatment would be justified if there really existed the need for it by reason of cultural differences. The different treatment, however, should be condemned if cultural reasons are referred to for the purpose of dissimulating the underlying racial intention.

In any case, as we have seen above, all human beings are equal before the law and have equal opportunities without regard to religion, race, language, sex, social groups, etc. As persons they have the dignity to be treated as such. This is the principle of equality which constitutes one of the fundamental human rights and freedoms which are universal to all mankind. On the other hand, human beings, being endowed with individuality, living in different surroundings and circumstances are not all alike, and they need in some aspects politically, legally and socially different treatment. Hence the above-mentioned examples of different treatment are derived. Equal treatment is a principle but its mechanical application ignoring all concrete factors engenders injustice. Accordingly, it requires different treatment, taken into consideration, of concrete circumstances of individual cases. The different treatment is permissible and required by the considerations of justice; it does not mean a disregard of justice.

ou bien de tenir compte d'éléments de distinction tels que l'incapacité des mineurs à conclure des contrats, ou les différences physiques entre hommes et femmes.

En ce qui concerne la protection des minorités, ce que l'on protège, ce n'est pas le groupe religieux ou linguistique dans son ensemble, mais les individus qui le composent, le groupement religieux ou linguistique ne correspondant qu'à un nom et ne constituant pas un groupe à proprement parler. S'agissant du traitement différencié appliqué aux mineurs ou aux hommes et aux femmes du fait de leur sexe, il est évident que dans un pays donné les mineurs, les incapables, les hommes, les femmes ne représentent ni les uns ni les autres des groupes. Il est douteux que l'on puisse assimiler un groupe racial ou ethnique à des catégories comme celles des mineurs, des incapables, des hommes ou des femmes. Sur ce point, notre conclusion est négative. Nos raisons sont les suivantes : aucune définition scientifique et précise de la race n'a été établie ; ce que l'homme prend en général, par simple bon sens, pour des critères permettant de distinguer les races entre elles, c'est l'apparence extérieure, notamment certaines caractéristiques physiques, comme la couleur de la peau, les cheveux, etc., lesquelles ne constituent pas en soi des éléments pertinents justifiant un traitement politique ou juridique différent ; s'il peut être nécessaire de traiter une race différemment d'une autre, cette nécessité ne s'explique pas par des caractéristiques physiques ou raciales, mais par des facteurs d'ordre religieux, linguistique, éducatif, social, etc., qui sont en eux-mêmes sans rapport avec la race ou la couleur.

En résumé, dans des cas de ce genre, un traitement différencié peut s'imposer raisonnablement du fait de différences quant à la religion, la langue, l'instruction, les coutumes, etc., mais non pas du fait de la race ou de la couleur. C'est pourquoi le défendeur essaye parfois de justifier le traitement différencié qu'il applique aux groupes en s'appuyant sur la notion de groupes culturels. La différence de traitement se justifierait alors si une différence culturelle l'imposait véritablement. Mais il y aurait lieu de la condamner si des raisons d'ordre culturel étaient invoquées pour dissimuler une intention sous-jacente d'ordre racial.

De toute façon, comme nous l'avons vu ci-dessus, tous les hommes sont égaux devant la loi et ont des chances égales, indépendamment de leur religion, de leur race, de leur langue, de leur sexe, de leur groupement social, etc. Ce sont des personnes et leur dignité veut qu'ils soient traités en tant que personnes. Tel est le principe de l'égalité, qui constitue l'un des droits de l'homme et l'une des libertés fondamentales ayant un caractère universel, valable pour l'humanité entière. D'autre part, les hommes étant dotés d'une individualité, vivant dans des milieux divers et dans des situations différentes, ne sont pas tous semblables et ils ont besoin, à certains égards, d'être traités différemment sur le plan politique, juridique et social. D'où les exemples de traitement différencié cités plus haut. L'égalité de traitement est un principe mais, à l'appliquer mécaniquement, sans avoir égard à tous les facteurs concrets, on engendre l'injustice. C'est ce qui justifie un traitement différencié sur la base de circonstances concrètes correspondant à des cas

Equality being a principle and different treatment an exception, those who refer to the different treatment must prove its *raison d'être* and its reasonableness.

The Applicants' norm of non-discrimination or non-separation, being conceived as of a *per se* nature, would appear not to permit any exception. The policy of apartheid or separate development which allots status, rights, duties, privileges or burdens on the basis of membership in a group, class or race rather than on the basis of individual merit, capacity or potential is illegal whether the motive be *bona fide* or *mala fide*, oppressive or benevolent; whether its effect or result be good or bad for the inhabitants. From this viewpoint all protective measures taken in the case of minorities treaties and other matters would be included in the illegal discrimination—a conclusion which might not be expected from the Applicants. These measures, according to the Applicants, would have nothing to do with the question of discrimination. The protection the minorities treaties intended to afford to the inhabitants is concerned with life, liberty and free exercise of religion. On the contrary, the Respondent argues the existence of the same reason in the policy of apartheid—the reason of protective measures in the case of minorities treaties.

We must recognize, on the one hand, the legality of different treatment so far as justice or reasonableness exists in it. On the other hand, we cannot recognize all measures of different treatment as legal, which have been and will be performed in the name of apartheid or separate development. The Respondent tries to prove by the pleadings and the testimony of the witnesses and experts the existence of a trend of differentiation in accordance with different religious, racial, linguistic groups. From the viewpoint of the Applicants, the abundant examples quoted by the Respondent and the testimony of witnesses and experts cannot serve as the justification of the policy of apartheid, because they belong to an entirely different plane from that of apartheid and because they are of a nature quite heterogeneous to the policy of apartheid, which is based on a particular racial philosophy and group sociology.

The important question is whether there exists, from the point of view of the requirements of justice, any necessity for establishing an exception to the principle of equality, and the Respondent must prove this necessity, namely the reasonableness of different treatment.

On the aspect of "reasonableness" two considerations arise. The one is the consideration whether or not the individual necessity exists to establish an exception to the general principle of equality before the law and equal opportunity. In this sense the necessity may be conceived as of the same nature as in the case of minorities treaties of which

particuliers. Pareil traitement est autorisé, voire requis, pour des considérations de justice; il ne représente pas un déni de justice.

L'égalité étant donc la règle et la différence de traitement l'exception, il incombe à ceux qui appliquent un traitement différencié d'en prouver la raison d'être et le caractère raisonnable.

La norme de non-discrimination ou de non-séparation, présentée par les demandeurs comme absolue, semblerait ne pas souffrir d'exception. La politique d'*apartheid* ou de développement séparé, en vertu de laquelle le statut, les droits, les devoirs, les privilèges ou les charges sont répartis compte tenu de l'appartenance à un groupe, à une classe ou à une race et non compte tenu du mérite, des capacités ou des aptitudes des individus, est aux yeux des demandeurs illicite, que les motifs en soient inspirés par la bonne ou la mauvaise foi, par l'intention d'opprimer ou par celle de protéger, et que les effets ou les résultats en soient bons ou mauvais pour les populations en cause. Si l'on s'en tenait à ce point de vue, toutes les mesures de protection adoptées dans le cas des minorités et dans certains autres cas relèveraient d'une discrimination illicite, et c'est là une conclusion qui étonnerait de la part des demandeurs. Mais ils considèrent que pareilles mesures n'ont rien à voir avec la question de la discrimination. Dans le cas des traités de minorités, la protection que l'on entend accorder aux habitants vise leur existence, leur liberté et le libre exercice de leur religion. Or, le défendeur explique précisément la politique d'*apartheid* par ce genre de raison, c'est-à-dire par le même souci de protection que celui dont s'inspirent les traités de minorités.

Nous devons reconnaître, d'une part, que le traitement différencié est licite dès lors qu'il contient un élément de justice ou présente un caractère raisonnable. Mais nous ne pouvons pas, d'autre part, tenir pour licites toutes les mesures de différenciation qui ont été appliquées ou qui vont l'être dans le cadre de l'*apartheid* ou du développement séparé. Le défendeur a essayé de prouver dans ses écritures et dans les témoignages produits par lui qu'il existe une tendance générale à la différenciation entre les groupes religieux, raciaux et linguistiques. Mais, pour les demandeurs, les nombreux exemples cités par le défendeur et par ses témoins et experts ne sauraient justifier la politique d'*apartheid*, parce qu'ils se situent sur un plan tout à fait différent de celui de l'*apartheid* et parce qu'ils sont par nature parfaitement étrangers à cette politique, laquelle fait essentiellement appel à une certaine philosophie raciale et à une certaine sociologie des groupes.

Ce qui importe c'est de savoir si, pour les besoins de la justice, il est nécessaire de faire exception au principe de l'égalité; or, il incombe au défendeur de prouver cette nécessité, c'est-à-dire de démontrer le caractère raisonnable du traitement différencié qu'il applique.

A propos du *comportement raisonnable*, deux considérations entrent en ligne de compte. Il faut, d'une part, savoir s'il est indispensable de faire exception sur le plan individuel au principe général de l'égalité devant la loi et de l'égalité des chances. En ce sens, la nécessité peut être conçue comme étant de même nature que celle à laquelle répondent

the objectives are protective and beneficial. The other is the consideration whether the different treatment does or does not harm the sense of dignity of individual persons.

For instance, if we consider education, on which the Parties argued extensively, we cannot deny the value of vernacular as the medium of instruction and the result thereof would be separate schooling as between children of diverse population groups, particularly between the Whites and the Natives. In this case separate education and schooling may be recognized as reasonable. This is justified by the nature of the matter in question. But even in such a case, by reason of the matter which is related to a delicate racial and ethnic problem, the manner of dealing with this matter should be extremely careful. But, so far as the public use of such facilities as hotels, buses, etc., justification of discriminatory and separate treatment by racial groups cannot be found in the same way as separation between smokers and non-smokers in a train.

We cannot condemn all measures derived from the Respondent's policy of apartheid or separate development, particularly as proposed by the Odendaal Commission, on the ground that they are motivated by the racial concept, and therefore devoid of the reasonableness. There may be some measures which are of the same character as we see in the protection measures in the case of the minorities treaties and others. We cannot approve, however, all measures constituting a kind of different treatment of apartheid policy as reasonable.

One of the characteristics of the policy of apartheid is marked by its restrictive tendency on the basis of racial distinction. The policy includes on the one hand protective measures for the benefit of the Natives as we see in the institutions of reserves and homelands connected with restrictions on land rights; however, on the other hand, several kinds of restrictions of rights and freedoms are alleged to exist regarding those Natives who live and work in the southern sector, namely the White area outside the reserves. These restrictions, if they exist, in many cases presenting themselves as violation of respective human rights and freedoms at the same time, would constitute violation of the principle of equality before the law (particularly concerning the discrimination between the Natives and the Whites).

\* \* \*

Here we are not required to give answers exhaustively in respect of the Applicants' allegations of violation by the Respondent of the Mandate concerning the legislation (*largo sensu*) applicable in the Territory. The items enumerated by the Applicants in the Memorials (pp. 118-166) are not included in their submissions. We are not obliged to pronounce our views thereon. By way of illustration we shall examine

les traités de minorités, qui visent à assurer certaines protections et à accorder certains avantages. Il faut, d'autre part, savoir si le traitement différencié est ou non préjudiciable à la dignité de l'individu.

Par exemple, en matière d'enseignement, question sur laquelle les Parties se sont longuement attardées, l'utilisation de la langue vernaculaire comme moyen d'enseignement présente un intérêt incontestable, ce qui conduit à créer des écoles séparées pour les enfants des divers groupes ethniques, notamment pour les blancs et les « indigènes ». En ce sens, on peut estimer que l'enseignement séparé et les établissements scolaires séparés ont un caractère raisonnable. Cela se justifie par la nature du problème en cause. Même en pareil cas pourtant, comme il s'agit d'un problème racial et ethnique délicat, il faut être extrêmement prudent dans la façon de le traiter. En revanche, pour ce qui concerne l'utilisation de certains services publics, hôtels, autobus, etc., on ne saurait justifier un traitement discriminatoire et séparé sur la base des groupes raciaux comme on peut justifier la séparation des fumeurs et des non-fumeurs dans les trains.

Nous ne pouvons condamner la totalité des mesures adoptées au titre de la politique d'*apartheid* ou de développement séparé qu'applique le défendeur, notamment celles qu'envisage la Commission Odendaal, sous prétexte qu'elles sont motivées par la notion de race et, par suite, n'ont aucun caractère raisonnable. Il se peut que certaines mesures soient de même nature que les mesures de protection prévues par les traités de minorités et autres. Nous ne pouvons toutefois approuver comme présentant un caractère raisonnable toutes les mesures constituant une sorte de traitement différencié qui sont prises en vertu de la politique d'*apartheid*.

La politique d'*apartheid* se caractérise notamment par des restrictions fondées sur la distinction raciale. On cherche par certaines mesures à protéger les indigènes, comme en témoigne la création de réserves et de foyers (*homelands*) qui s'assortit de restrictions apportées aux droits fonciers; mais il est fait état aussi de plusieurs sortes de restrictions apportées aux droits et aux libertés des « indigènes » qui vivent et travaillent dans le secteur méridional, c'est-à-dire dans la région blanche en dehors des réserves. Ces restrictions, si tant est qu'elles existent bien, se présentent dans de nombreux cas comme des violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales; elles constituent donc des infractions au principe de l'égalité devant la loi, notamment en ce qui concerne la discrimination faite entre les indigènes et les blancs.

\* \* \*

Nous ne sommes pas ici tenus de traiter de façon exhaustive des allégations formulées par les demandeurs quant aux violations du Mandat dont le défendeur se rendrait coupable par la législation (au sens large) qu'il applique au territoire. En effet, les demandeurs ne reprennent pas dans leurs conclusions les points énumérés à ce sujet dans leurs mémoires (p. 118-166). Nous ne sommes donc pas tenus de

a few points. What is required from us is a decision on the question of whether the Respondent's policy of apartheid constitutes a violation of Article 2, paragraph 2, of the Mandate or not.

For the purpose of illustration we shall consider freedom of choice of occupations (cf. Memorials, pp. 121, 122 and 136).

In the field of civil service, participation by "Natives" in the general administration appears, in practice, to be confined to the lowest and least-skilled categories, such as messengers and cleaners. This practice of "job-reservation" for Natives is exemplified by allusion to the territorial budget, which classifies jobs as between "European" and "Natives".

In the mining industry the Natives are excluded from certain occupations, such as those of prospector for precious and base minerals, dealer in unwrought precious metals, manager, assistant manager, sectional or underground manager, etc., in mines owned by persons of "European" descent, officer in the Police Force. Concerning these occupations, "ceilings" are put on the promotion of the Natives. The role of the "Native" is confined to that of unskilled labourer.

In the fishing industry, the enterprises are essentially "European" owned and operated. The role of the "Native" is substantially confined to unskilled labour (Memorials, p. 119).

As regards railways and harbours, all graded posts in the Railway and Harbours Administration are reserved to "Europeans", subject to temporary exceptions. The official policy appears to be that "non-Europeans" should not be allowed to occupy graded posts.

The question is whether these restrictions are reasonable or not, whether there is a necessity to establish exceptions to the general application of the principle of equality or non-discrimination or not.

The matter of "ceilings" was dealt with minutely and at length in the oral proceedings by the Parties. The Respondent's defence against the condemnation of arbitrariness, injustice and unreasonableness on the part of the Applicants may be summarized in two points: the one is the reason of social security and the other is the principle of balance or reciprocity.

The Respondent contends that the Whites in general do not desire to serve under the authority of the Natives in the hierarchy of industrial or bureaucratic systems. If this fact be ignored and the Natives occupy leading positions in which they would be able to supervise Whites friction between the two groups necessarily would occur and the social peace would be disturbed. This argument of the Respondent seems to be based on a pessimistic view of the possibility of harmonious coexistence of diverse racial and ethnic elements in an integrated society.

donner notre avis sur ces questions. Mais à titre d'exemple nous allons en évoquer quelques-unes. Ce qu'il s'agit de trancher pour nous, c'est la question de savoir si la politique d'*apartheid* appliquée par le défendeur constitue ou non une violation du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat.

A titre d'exemple, nous envisagerons la liberté de choix de l'emploi (cf. mémoires, p. 121, 122 et 136).

En ce qui concerne la fonction publique, la participation des « indigènes » à l'administration semble dans la pratique limitée aux emplois les plus bas et les moins spécialisés, ceux de commissionnaire et de balayeur par exemple. Cette pratique des emplois réservés pour les « indigènes » est confirmée par le budget territorial, où les emplois sont répartis en deux rubriques, selon qu'ils concernent les « européens » ou les « indigènes ».

Dans les industries extractives, les « indigènes » ne peuvent, par exemple, obtenir de permis de prospection pour les gisements de métaux précieux ou de minéraux de base; ils ne peuvent non plus faire le commerce de métaux précieux non travaillés, ni occuper des postes de directeur, directeur adjoint, chef de service ou chef d'exploitation au fond, etc., dans des mines appartenant à des personnes d'origine « européenne»; enfin ils ne peuvent pas non plus entrer dans les cadres de la police. En ce qui concerne ces emplois, l'avancement des « indigènes » se heurte à certains « plafonds » déterminés. Le rôle de l'« indigène » est limité à celui d'ouvrier non qualifié.

Dans l'industrie de la pêche, les entreprises ont en majeure partie pour propriétaires et dirigeants des « européens ». Dans l'ensemble, le rôle des indigènes est limité aux travaux non qualifiés (mémoires, p. 119).

En ce qui concerne les chemins de fer et les ports, tous les postes supérieurs de l'administration sont réservés aux « européens », sous réserve de certaines exceptions temporaires. Il semble que la politique officielle soit de ne pas recruter de « non-européens » parmi les cadres.

La question est de savoir si ces restrictions sont raisonnables ou non et s'il est véritablement indispensable de faire exception à l'application générale du principe de l'égalité ou de la non-discrimination.

Au cours de la procédure orale, les Parties ont examiné longuement et en détail le problème des « plafonds ». Pour se défendre contre les accusations d'arbitraire, d'injustice et de comportement déraisonnable que formulent les demandeurs, le défendeur présente, en résumé, deux arguments: il allègue d'une part la nécessité d'assurer la paix sociale et d'autre part le principe de l'équilibre ou de la réciprocité.

Le défendeur soutient que, d'une manière générale, les blancs ne veulent pas servir sous les ordres des « indigènes » dans la hiérarchie industrielle ou bureaucratique. Si l'on ne tenait pas compte de ce fait et si les « indigènes » pouvaient occuper des situations les mettant à même d'exercer une autorité sur les blancs, il y aurait nécessairement des frictions entre les deux groupes et la paix sociale serait perturbée. En présentant cet argument, le défendeur semble manifester un certain pessimisme sur la possibilité de voir coexister harmonieusement divers éléments raciaux et ethniques au sein d'une société intégrée.



It is not deniable that there may exist certain causes of friction, conflict and animosity between diverse racial and ethnic groups which produce obstacles to their coexistence and co-operation in a friendly political community. We may recognize this as one aspect of reality of human nature and social life. It is, however, no less true that mankind aspires and strives towards the ideal of the achievement of a harmonious society composed of racially heterogeneous elements overcoming difficulties which may result from the primitive instinctive sentiment of racial prejudice and antagonism. Such sentiment must be overcome and not approved. In modern, democratic societies we have to expect this result mainly from the progress of humanitarian education. But the mission of politics and law cannot be said to be less important in minimizing racial prejudice and antagonism and avoiding collapse and tragedy. The State is obliged to educate the people by means of legislative and administrative measures for the same purpose.

To take into consideration the psychological effect upon the Whites who would be subjected to the supervision of the Natives if a ceiling did not exist, that is nothing else but the justification or official recognition of racial prejudice or sentiment of racial superiority on the part of the White population which does harm to the dignity of man.

Furthermore, individuals who could have advanced by their personal merits if there existed no ceiling are unduly deprived of their opportunity for promotion.

It is contended by the Respondent that those who are excluded from the jobs proportionate to their capacity and ability in the White areas, can find the same jobs in their own homelands where no restriction exists in regard to them. But even if they can find jobs in their homelands the conditions may not be substantially the same and, accordingly, in most cases, they may not be inclined to go back to the northern sector, their homelands, and they cannot be forced to do so.

The Respondent probably being aware of the unreasonableness in such hard cases, tries to explain it as a necessary sacrifice which should be paid by individuals for the maintenance of social security. But it is unjust to require a sacrifice for the sake of social security when this sacrifice is of such importance as humiliation of the dignity of the personality.

The establishment of ceilings in regard to certain jobs violates human rights of the Natives in two respects: one is violation of the principle of equality before the law and equal opportunity; the other is violation of the right of free choice of employment.

The Respondent furthermore advocates the establishment of ceilings by the principle of reciprocity or balance between two legal situations, namely one existing in the White areas where certain rights and freedoms of the Natives are restricted and the other situation existing in the Native areas where the corresponding rights and freedoms of the Whites

Il peut indéniablement exister entre les groupes raciaux et ethniques des causes de friction, de conflit et d'animosité qui font obstacle à leur coexistence et à leur coopération au sein d'une communauté politique paisible. Nous admettrons volontiers que c'est là un aspect de la réalité de la nature humaine et de la vie en société. Il n'en est pas moins vrai que l'humanité aspire à un idéal, qu'elle lutte pour un idéal, qui est de réaliser une société harmonieuse à partir d'éléments racialement hétérogènes en surmontant les difficultés nées de préjugés et d'antagonismes raciaux instinctifs et primitifs. Ces sentiments instinctifs doivent être étouffés et non pas encouragés. Dans les sociétés démocratiques modernes, c'est essentiellement grâce aux progrès de l'enseignement humanitaire que l'on parviendra à ce résultat. Mais la politique et le droit ont un rôle tout aussi important à jouer en ce qui est d'atténuer les préjugés et antagonismes raciaux afin d'éviter un effondrement et une catastrophe. L'Etat est tenu d'éduquer la population en ce sens au moyen de mesures législatives et administratives appropriées.

Quand on prend en considération la réaction psychologique des blancs qui, s'il n'y avait pas de « plafonds », devraient se soumettre, le cas échéant, à l'autorité d'« indigènes », on ne fait rien d'autre que justifier ou reconnaître officiellement ce préjugé racial ou ce sentiment de supériorité raciale de la population blanche qui est contraire à la dignité humaine.

En outre, les individus qui pourraient par leur mérite personnel progresser dans la hiérarchie s'il n'y avait pas de « plafonds » sont indûment privés de cette possibilité de promotion.

Le défendeur soutient que les individus qui se voient interdire dans les régions blanches d'occuper des emplois répondant à leurs capacités et à leurs aptitudes peuvent trouver satisfaction dans leur propre foyer (*homeland*), où ils ne font l'objet d'aucune restriction. Toutefois, même s'ils trouvent des emplois dans leur foyer, leur situation risque d'être sensiblement différente et par suite, dans la plupart des cas, ils peuvent n'avoir pas envie de retourner dans les foyers du secteur septentrional et l'on ne saurait les y forcer.

Le défendeur, probablement conscient du caractère déraisonnable de ces situations pénibles, essaye d'expliquer qu'il s'agit d'un sacrifice nécessaire exigé de certains individus dans l'intérêt du maintien de la paix sociale. Or, il est injuste d'exiger un sacrifice au profit de la paix sociale lorsque ce sacrifice est si grave qu'il revient à humilier la personne humaine dans sa dignité.

La création de « plafonds » appliqués à certains emplois viole les droits de l'homme au détriment des « indigènes » de deux façons : il y a d'abord violation du principe de l'égalité devant la loi et du principe de l'égalité des chances ; il y a ensuite violation du droit de choisir librement son emploi.

D'autre part, le défendeur préconise la création de « plafonds » en arguant du principe de la réciprocité ou de l'équilibre entre deux situations juridiques : s'il est vrai que, dans les régions blanches, les « indigènes » voient restreindre certains de leurs droits et de leurs libertés, inversement, dans les régions « indigènes », des limites correspondantes

are restricted. The Respondent seeks to prove by this logic that in such circumstances the principle of equality of the Whites and the Natives is observed. Unequal treatment unfavourable to one population group in area A, however, cannot be justified by similar treatment of the other population group in area B. Each unequal treatment constitutes an independent illegal conduct; the one cannot be counter-balanced by the other, as set-off is not permitted between two obligations resulting from illegal acts.

Besides, from the viewpoint of group interest, those of the Natives living in the White area outside the reserves are, owing to the number of the Native population, far bigger than those of the Whites living in the Native areas, the idea of counter-balance is quantitatively unjust.

It is also maintained, in respect of the restrictive policy as regards study to become an engineer by a non-White person, that the underlying purpose of this policy is to prevent the frustration on the part of the individual which he might experience when he could not find White assistants willing to serve under him. The sentiment of frustration on the part of non-White individuals, however, should not be rightly referred to as a reason for establishing a restriction on the educational opportunity of non-Whites, firstly because the question is that the frustration is caused by the racial prejudice on the part of the Whites which in itself must be eliminated and secondly because a more important matter is to open to the non-Whites the future possibility of social promotion. Therefore, the reason of the frustration of non-Whites cannot be justified.

\* \* \*

Finally, we wish to make the following conclusive and supplementary remarks on the matter of the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4.

1. The principle of equality before the law requires that what are equal are to be treated equally and what are different are to be treated differently. The question arises: what is equal and what is different.

2. All human beings, notwithstanding the differences in their appearance and other minor points, are equal in their dignity as persons. Accordingly, from the point of view of human rights and fundamental freedoms, they must be treated equally.

3. The principle of equality does not mean absolute equality, but recognizes relative equality, namely different treatment proportionate to concrete individual circumstances. Different treatment must not be given arbitrarily; it requires reasonableness, or must be in conformity with justice, as in the treatment of minorities, different treatment of the sexes regarding public conveniences, etc. In these cases, the differentiation is aimed at the protection of those concerned, and it is not detrimental and therefore not against their will.

sont mises aux droits et aux libertés des blancs. Le défendeur veut prouver par là qu'en bonne logique le principe de l'égalité des blancs et des « indigènes » est bien respecté. Mais il ne suffit pas, pour justifier le traitement différencié défavorisant un certain groupe ethnique dans la région A, que le même traitement soit appliqué à un autre groupe dans la région B. Dans chaque cas pris isolément, le traitement inégal constitue un comportement illicite; il ne saurait y avoir compensation entre l'un et l'autre, pas plus qu'il ne peut y en avoir entre deux obligations résultant chacune d'actes illicites.

Au surplus, si l'on envisage les intérêts des différents groupes, ceux des « indigènes » vivant dans la région blanche en dehors des réserves sont bien plus considérables que ceux des blancs vivant dans les zones indigènes, car le nombre des « indigènes » est de loin supérieur. Arguer de la compensation est donc injuste au point de vue quantitatif.

On soutient également, en ce qui concerne les restrictions imposées aux non-blancs qui voudraient faire des études d'ingénieur, que le véritable but de cette politique est d'empêcher les intéressés de se sentir frustrés lorsqu'ils se verraient dans l'impossibilité de trouver des assistants blancs pour servir sous leurs ordres. On n'est cependant pas fondé à prendre prétexte de ce sentiment de frustration éventuel pour limiter les possibilités d'enseignement offertes aux non-blancs; en effet ce sentiment s'explique par un préjugé racial des blancs qui doit être éliminé et d'autre part il est plus important de donner aux non-blancs la possibilité d'une promotion sociale dans l'avenir. Il n'est donc pas justifié d'arguer du sentiment de frustration chez les non-blancs.

\* \* \*

Pour terminer, nous formulerons les observations suivantes sur les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs.

1. Le principe de l'égalité devant la loi exige que ce qui est égal soit traité également et que ce qui est différent soit traité différemment. La question se pose donc de savoir ce qui est égal et ce qui est différent.

2. Tous les êtres humains, malgré des différences quant à leur aspect extérieur et à d'autres caractéristiques mineures, sont égaux dans leur dignité en tant que personnes, de sorte que, du point de vue des droits de l'homme et de libertés fondamentales, il est indispensable de les traiter également.

3. Le principe de l'égalité ne s'entend pas d'une égalité absolue mais d'une égalité relative; autrement dit, la différence de traitement doit correspondre à la différence des situations concrètes et individuelles. Un traitement différencié ne doit pas être appliqué arbitrairement; il doit avoir un caractère raisonnable ou bien se conformer à la justice, comme dans le cas du traitement appliqué aux minorités ou du traitement différent des deux sexes quant aux toilettes publiques, etc. En pareils cas, la différenciation vise la protection des intéressés, elle ne leur porte pas préjudice et elle ne leur est donc pas imposée contre leur gré.

4. Discrimination according to the criterion of "race, colour, national or tribal origin" in establishing the rights and duties of the inhabitants of the territory is not considered reasonable and just. Race, colour, etc., do not constitute in themselves factors which can influence the rights and duties of the inhabitants as in the case of sex, age, language, religion, etc. If differentiation be required, it would be derived from the difference of language, religion, custom, etc., not from the racial difference itself. In the policy of apartheid the necessary logical and material link between difference itself and different treatment, which can justify such treatment in the case of sex, minorities, etc., does not exist.

We cannot imagine in what case the distinction between Natives and Whites, namely racial distinction apart from linguistic, cultural or other differences, may necessarily have an influence on the establishment of the rights and duties of the inhabitants of the territory.

5. Consequently, the practice of apartheid is fundamentally unreasonable and unjust. The unreasonableness and injustice do not depend upon the intention or motive of the Mandatory, namely its *mala fides*. Distinction on a racial basis is in itself contrary to the principle of equality which is of the character of natural law, and accordingly illegal.

The above-mentioned contention of the Respondent that the policy of apartheid has a neutral character, as a tool to attain a particular end, is not right. If the policy of apartheid is a means, the axiom that the end cannot justify the means can be applied to this policy.

6. As to the alleged violation by the Respondent of the obligations incumbent upon it under Article 2, paragraph 2, of the Mandate, the policy of apartheid, including in itself elements not consistent with the principle of equality before the law, constitutes a violation of the said Article, because the observance of the principle of equality before the law must be considered as a necessary condition of the promotion of the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory.

7. As indicated above, so far as the interpretation of Article 2, paragraph 2, of the Mandate is concerned, only questions of a legal nature belong to the matter upon which the Court is competent. Diverse activities which the Respondent as Mandatory carries out as a matter of discretion, to achieve the promotion of the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants, fall outside the scope of judicial examination as matters of a political and administrative nature.

Accordingly, questions of whether the ultimate goal of the mandates system should be independence or annexation, and in the first alternative whether a unitary or federal system in regard to the local administration is preferable, whether or in what degree the principle of indirect rule or

4. La discrimination fondée sur « la race, la couleur, l'origine nationale ou tribale » lorsqu'il s'agit de fixer les droits et les devoirs des habitants du territoire n'est pas considérée comme raisonnable ou juste. La race, la couleur, etc., ne sont pas en soi des éléments qui peuvent influencer sur les droits et les devoirs des habitants, comme c'est le cas pour le sexe, l'âge, la langue, la religion, etc. Lorsqu'il doit y avoir une différenciation, elle doit s'expliquer par la différence de langue, de religion, de coutume, etc., et non par la différence raciale en soi. Or, dans le cas de la politique d'*apartheid*, la relation logique et concrète indispensable qui doit exister entre la différence et le traitement différencié, et qui peut justifier le traitement différent des deux sexes, le traitement spécial des minorités, etc., n'existe pas.

Nous ne voyons pas dans quel cas la distinction entre « indigènes » et blancs — la distinction raciale à proprement parler, en dehors des différences d'ordre linguistique ou culturel — pourrait influencer nécessairement sur la répartition des droits et des devoirs des habitants du territoire.

5. Par conséquent, la pratique de l'*apartheid* est fondamentalement déraisonnable et injuste. Ce caractère déraisonnable et injuste n'est pas fonction de l'intention ni des mobiles du Mandataire, donc de sa mauvaise foi. C'est la distinction fondée sur la race qui est en soi contraire au principe de l'égalité, lequel relève du droit naturel, et qui est par suite illicite.

La thèse du défendeur dont nous avons fait état et d'après laquelle la politique d'*apartheid* a un caractère neutre, car c'est un outil dont on peut se servir à une fin ou à une autre, n'est pas fondée. Si la politique d'*apartheid* n'est qu'un moyen, on peut lui appliquer cet axiome que la fin ne justifie pas les moyens.

6. S'agissant des allégations relatives à la violation par le défendeur des obligations qui lui incombent en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, nous dirons que la politique d'*apartheid*, qui englobe des éléments incompatibles avec le principe de l'égalité devant la loi, viole l'article en question, car le respect du principe de l'égalité devant la loi doit être considéré comme une condition indispensable à l'accroissement du bien-être matériel et moral et du progrès social des habitants du territoire.

7. Comme nous l'avons vu, en ce qui concerne l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat, seules des questions de caractère juridique peuvent être du ressort de la Cour. Diverses mesures que le défendeur, en qualité de Mandataire, a adoptées dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour accroître le bien-être matériel et moral et le progrès social des habitants ne relèvent pas d'un examen judiciaire, car elles appartiennent au domaine politique et administratif.

Par suite, certaines questions qui ont été exposées de façon extrêmement détaillée dans les écritures et au cours de la procédure orale — comme la question de savoir si l'objectif ultime du système des Mandats doit être l'indépendance ou l'annexion et si, dans le premier cas, il faut

respect for tribal custom may or must be introduced—such questions, which have been very extensively argued in the written proceedings as well as in the oral proceedings, have, despite their substantial connection with the policy of apartheid, no relevance to a decision on the question of apartheid, from the legal viewpoint.

These questions are of a purely political or administrative character, the study and examination of which might have belonged or may belong to competent organs of the League or the United Nations.

8. The Court cannot examine and pronounce the legality or illegality of the policy of apartheid as a whole; it can decide that there exist some elements in the apartheid policy which are not in conformity with the principle of equality before the law or international standard or international norm of non-discrimination and non-separation. The Court can declare if it is requested to examine the laws, proclamations, ordinances and other governmental measures enacted to implement the policy of apartheid in the light of the principle of equality. For the purpose of the present cases, the foregoing consideration of a few points as illustrations may be sufficient to establish the Respondent's violation of the principle of equality, and accordingly its obligations incumbent upon it by Article 2, paragraph 2, of the Mandate and Article 22 of the Covenant.

9. Measures complained of by the Applicants appear in themselves to be violations of some of the human rights and fundamental freedoms such as rights concerning the security of the person, rights of residence, freedom of movement, etc., but such measures, being applied to the "Natives" only and the "Whites" being excluded therefrom, these violations, if they exist, may constitute, at the same time, violations of the principle of equality and non-discrimination also.

In short, we interpret the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4 in such a way that their complaints include the violation by the Respondent of two kinds of human rights, namely individual human rights and rights to equal protection of the law. There is no doubt that the Respondent as Mandatory is obliged to protect all human rights and fundamental freedoms including rights to equal protection of the law as a necessary prerequisite of the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the Territory. By this reason, what has been explained above about the principle of equality in connection with Article 38, paragraph 1 (*c*), is applicable to human rights and fundamental freedoms in general.

10. From the procedural viewpoint, two matters must be considered. The one is concerned with the effect of the Applicants' amendment of the Submissions Nos. 3 and 4 (Memorials, 15 April 1961, pp. 197-199) by the submissions of 19 May 1965 (C.R. 65/35). Since the amendment of the submissions is allowed until the stage of oral proceedings, and the amendment was made within the scope of the claim set forth in the Applications, there is no reason to deny its effectiveness. Furthermore,

préférer pour l'administration locale un régime unitaire ou un régime fédéral, ou bien la question de savoir si et dans quelle mesure on peut ou doit appliquer le principe de l'administration indirecte ou respecter la coutume tribale — n'ont, bien qu'elles soient fondamentalement liées à la politique d'*apartheid*, aucune pertinence pour une décision juridique sur le problème de l'*apartheid*.

Ces questions revêtent en effet un caractère purement politique ou administratif et c'est aux organes compétents de la Société des Nations ou de l'Organisation des Nations Unies qu'il aurait fallu ou qu'il faudrait peut-être en renvoyer l'étude et l'examen.

8. La Cour ne peut juger de la légalité ou de l'illégalité de la politique d'*apartheid* dans son ensemble; mais elle peut dire qu'il existe dans cette politique des éléments qui ne sont pas conformes au principe de l'égalité devant la loi, aux « standards » internationaux ou à la norme internationale de non-discrimination et de non-séparation. Elle peut déterminer si elle doit l'examiner en fonction du principe de l'égalité des lois, proclamations, ordonnances et autres mesures officielles prises pour mettre en œuvre la politique d'*apartheid*. Aux fins des présentes affaires, il suffit peut-être de procéder, comme nous l'avons fait ci-dessus, à l'étude de quelques points à titre d'exemple pour établir que le défendeur viole le principe de l'égalité et par suite les obligations que lui imposent le deuxième alinéa de l'article 2 du Mandat et l'article 22 du Pacte.

9. Les mesures incriminées par les demandeurs semblent correspondre à des violations de certains des droits de l'homme et des libertés fondamentales: droits concernant la sécurité de la personne, droit de résidence, liberté de déplacement, etc. Or, ces mesures étant appliquées aux seuls « indigènes » à l'exclusion des « blancs », les violations incriminées, si elles existent, constituent peut-être en même temps des violations du principe d'égalité et de non-discrimination.

Bref, nous interprétons les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs comme visant la violation par le défendeur de deux catégories de droits de l'homme, les droits individuels et les droits à l'égalité de protection de la loi. Il est indéniable qu'en qualité de Mandataire le défendeur est tenu de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales, notamment les droits à l'égalité de protection de la loi, qui sont une condition indispensable au bien-être matériel et au progrès social des habitants du territoire. Ainsi, ce que nous avons exposé ci-dessus au sujet du principe de l'égalité envisagé sous l'angle des dispositions de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, est applicable aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales en général.

10. Du point de vue de la procédure, il y a lieu de considérer deux problèmes. Le premier intéresse l'effet de l'amendement que les demandeurs ont apporté à leurs conclusions nos 3 et 4 (mémoires, 15 avril 1961, p. 197-199) dans leurs conclusions du 19 mai 1965 (C.R. 65/35). Comme il est licite de modifier les conclusions jusqu'au stade de la procédure orale et que la modification a été faite dans le cadre de la demande énoncée par les requêtes, rien ne permet de contester sa validité. De



we wish to mention that the Respondent raised no objection during the course of the oral proceedings regarding the amendment.

The other is concerned with the question of choice by the Court of the reasons underlying its decisions.

Concerning this question, we consider that, although the Court is bound by the submissions of the Parties, it is entirely free to choose the reasons for its decisions. The Parties may present and develop their own argument as to the interpretation of the provisions of the Mandate, the Covenant, the Charter, etc., but the Court, so far as legal questions are concerned, quite unfettered by what has been put forward by the Parties, can exercise its power of interpretation in approving or rejecting the submissions of the Parties.

For the foregoing reasons, the Applicants' Submissions Nos. 3 and 4 are well-founded.

## V

We shall now examine the Applicants' other submissions one by one.

Final Submission No. 5 alleges that the—

“Respondent, by word and by action, has treated the Territory in a manner inconsistent with the international status of the Territory, and has thereby impeded opportunities for self-determination by the inhabitants of the Territory; that such treatment is in violation of Respondent's obligations as stated in the first paragraph of Article 2 of the Mandate and Article 22 of the Covenant; that Respondent has the duty forthwith to cease such actions, and to refrain from similar actions in the future; and that Respondent has the duty to accord full faith and respect to the international status of the Territory;” (C.R. 65/35, p. 70).

The Respondent's acts alleged to be inconsistent with the international status of the Territory are as follows (Memorials, Chap. VIII, pp. 189-194):

- (a) General conferral of Union citizenship upon inhabitants of the Territory.
- (b) Inclusion of representatives from South West Africa in the Union Parliament.
- (c) Administrative separation of the Eastern Caprivi Zipfel from the Territory.
- (d) The vesting of South West Africa Native Reserve Land in the South Africa Native Trust and the transfer of administration of “Native” affairs to the Union's Minister of Bantu Administration and Development.

Concerning (a): that the status of the Native inhabitants of a mandated territory is distinct from that of the nationals of the mandatory power, and, therefore, that the Native inhabitants are not invested with the nationality of the mandatory Power by reason of the protection extended

plus, nous tenons à signaler que, pendant la procédure orale, le défendeur n'a formulé aucune objection à l'encontre dudit amendement.

Le second problème concerne le choix par la Cour des motifs de ses décisions.

A ce sujet, nous estimons que, tout en étant liée par les conclusions des Parties, la Cour est parfaitement libre de choisir les motifs de ses décisions. Les Parties ont la latitude de présenter et de développer les thèses qu'elles désirent quant à l'interprétation des dispositions du Mandat, du Pacte, de la Charte, etc., mais, n'étant nullement liée en matière juridique par les arguments des Parties, la Cour peut exercer comme elle l'entend sa faculté d'interprétation pour approuver ou rejeter les conclusions des Parties.

Pour les motifs exposés ci-dessus, les conclusions nos 3 et 4 des demandeurs sont bien fondées.

## V

Nous allons ci-après examiner une par une les autres conclusions des demandeurs.

La conclusion finale n° 5 est ainsi conçue :

« Le défendeur, par ses paroles et par ses actes, a agi à l'égard du Territoire d'une manière incompatible avec le statut international du Territoire et a entravé par là les chances qu'avaient les habitants du Territoire de s'engager dans la voie de l'autodétermination; ... ces agissements constituent une violation des obligations du défendeur telles qu'elles figurent au premier alinéa de l'article 2 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; ... le défendeur a le devoir de mettre sur-le-champ un terme à ces agissements et de s'abstenir dans l'avenir de pareils agissements; et ... le défendeur a le devoir de respecter en toute bonne foi le statut international du Territoire. » (C.R. 65/35, p. 70).

Les actes du défendeur que les demandeurs déclarent incompatibles avec le statut international du territoire sont les suivants (mémoires, chap. VIII, p. 189-194):

- a) attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union aux habitants du territoire;
- b) représentation du Sud-Ouest africain au Parlement de l'Union;
- c) séparation administrative du Caprivi Zipfel oriental;
- d) remise des réserves « indigènes » du Sud-Ouest africain au *South African Native Trust* (administration des biens indigènes) et transfert de l'administration des affaires « indigènes » au ministre de l'administration et du développement bantous de l'Union.

En ce qui concerne la question a), le Conseil de la Société des Nations a clairement précisé dans une résolution adoptée le 23 avril 1923 que le statut des habitants indigènes d'un territoire sous Mandat est distinct de celui des ressortissants de la Puissance mandataire et qu'en consé-

to them, was made clear by a resolution of 23 April 1923 of the Council of the League of Nations. (League of Nations, *Official Journal*, 1923, p. 604; cited in Memorials, p. 190.) This is the natural consequence of the fact that sovereignty does not rest with a mandatory Power and that it possesses no sovereign power over the mandated territory and the inhabitants.

Concerning South West Africa, the question of the status of the inhabitants had been regulated by an Act of 1926 (No. 18 of 1926) and an Act of 1927 (No. 40 of 1927), which were repealed in 1949 by the Act at present in force—the South African Citizenship Act, 1949 (No. 44 of 1949). By the latter Act, under section 2 (2), inhabitants of South West Africa who were born there and were domiciled there automatically became citizens of the Union by virtue of their place of birth.

Of course the individual inhabitants of the Territory can voluntarily obtain naturalization from the mandatory Power. But the compulsory mass conferment of the Respondent's citizenship, having regard to the spirit of the Mandate and the international status of the mandated territory, cannot be justified. The Respondent may find it difficult to defend itself against the charge of possessing the avowed intention of piece-meal incorporation amounting to *de facto* annexation.

The effect of the general conferment of Union citizenship upon the inhabitants of the Territory does not remain a purely theoretical one. It may have an important significance in the matter of the right of the inhabitants to address petitions to the United Nations Organization. If the general conferment be valid and if the inhabitants of the Territory acquire citizenship of the Union, they would lose the right of petition to the United Nations which they have had, and their right of petition—being the subject's right—could only be exercised against the highest legislative and administrative authority in the land, namely South Africa.

We consider that the act of the general conferment of Union citizenship upon the inhabitants of the Territory, being inconsistent with the international status of the Territory, goes beyond the scope and limit of the discretionary power recognized by Article 2, paragraph 1, of the Mandate and that Article 2, paragraph 1, of the Mandate, which stipulates that "... the Mandatory shall have full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as *an integral portion of the Union of South Africa* to the territory" (italics added), cannot be interpreted to justify such general conferment of Union citizenship. The reason for this is supposed to be that this provision recognizes such power in respect of administrative and legislative matters in the 'C' mandate because of the technical consideration of expediency and economy whilst not allowing highly political acts which may affect the international status of the Territory.

Concerning (b): the South West Africa Amendment Act (Act No. 23

quence les habitants indigènes d'un territoire sous Mandat n'acquièrent pas la nationalité de la Puissance mandataire à raison de la protection qui leur est accordée (Société des Nations, *Journal officiel*, 1923, p. 604, cité dans les mémoires p. 190). Cela découle tout naturellement du fait que la Puissance mandataire n'est pas investie de la souveraineté et n'a pas de pouvoir souverain sur le territoire sous Mandat et sur ses habitants.

La question du statut des habitants du Sud-Ouest africain a été réglée par les lois n° 18 de 1926 et n° 40 de 1927, qui ont été abrogées en 1949 par la loi actuellement en vigueur: le *South African Citizenship Act*, loi n° 44 de 1949. Aux termes de l'article 2, paragraphe 2, de cette dernière loi, les habitants du Sud-Ouest africain nés et domiciliés dans le territoire sont automatiquement devenus citoyens de l'Union à raison de leur lieu de naissance.

Il va de soi que les habitants du territoire auraient pu être naturalisés par la Puissance mandataire à titre individuel et sur demande. Mais, compte tenu de l'esprit du Mandat et du statut international du territoire, l'attribution généralisée et obligatoire de la citoyenneté du défendeur ne saurait se justifier. Le défendeur risque d'avoir du mal à se défendre si on l'accuse d'avoir ouvertement l'intention de procéder à une incorporation progressive du territoire aboutissant à une annexion *de facto*.

L'attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union aux habitants du territoire n'a pas un effet purement théorique. Elle peut revêtir une grande importance pour ce qui est du droit des habitants à adresser des pétitions à l'Organisation des Nations Unies. Si cette attribution généralisée est tenue pour valable et si les habitants du territoire ont acquis la citoyenneté de l'Union, ils perdent le droit qu'ils ont eu d'adresser des pétitions aux Nations Unies et ils ne peuvent plus exercer que le droit de pétition qui leur appartient en tant que sujets à l'égard de la plus haute autorité législative et administrative du pays, c'est-à-dire l'Afrique du Sud.

A notre avis, l'attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union aux habitants du territoire est incompatible avec le statut international du territoire et dépasse les limites et la portée du pouvoir discrétionnaire reconnu au Mandataire par le premier alinéa de l'article 2 du Mandat; cette disposition, aux termes de laquelle «le Mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat. Ce territoire sera administré selon la législation du Mandataire *comme partie intégrante de son territoire*» (les italiques sont de nous), ne saurait être interprétée de manière à justifier l'attribution généralisée de la citoyenneté de l'Union. En effet, si elle reconnaît de tels pouvoirs au Mandataire dans le domaine administratif et législatif relativement à un Mandat C, c'est pour des raisons techniques d'opportunité et d'économie; cela n'autorise l'adoption d'aucune mesure de caractère nettement politique risquant de porter atteinte au statut international du territoire.

En ce qui concerne la question *b*), le *South West Africa Amendment*

of 1949) provides for the inclusion of elected representatives from South West Africa in both the Senate and the House of Assembly of the Union Parliament. The same Act, in addition to deleting all references to the Mandate as such from the Union Statutes, makes no distinction between the representatives of the Territory and those elected from the provinces of the Union. The representatives of the Territory possess the same right to speak and to vote on matters regarding the Union also.

Apart from the question of the discriminatory policy of the Union concerning the election of the territorial representatives, namely election only by "Europeans", we are unable to overlook the important significance of the fact of the inclusion of elected South West African representatives. This amendment does not appear to come within the Mandatory's "power of administration and legislation over the territory . . . as an integral portion of the Union of South Africa" (Article 2, paragraph 1); it means far more than a simple administrative measure which, as providing for treatment as an integral portion of the Union, is permitted by the said provision; it is an act of a constitutional nature which influences both South Africa and the Territory of South West Africa, which particularly affects the international status of the Territory as "an important step towards the political integration of the Territory into the Union" (Report of the Committee on South West Africa, U.N., *G.A., O.R., 11th Sess. Supp. No. 12* at 8 (A/3151) (1956), cited in the Memorials, pp. 192 and 193), and which implies the incorporation into South Africa of the Territory of South West Africa as a fifth province.

Therefore, the Respondent cannot justify the inclusion of the representatives from South West Africa by referring to the phrase "as an integral portion of the Union" in Article 2, paragraph 1, of the Mandate. The act of the Respondent is inconsistent with the international status of the Territory recognized by the provisions of Article 22 of the Covenant as well as by the Mandate for South West Africa.

Concerning (c): heading (c) is concerned with the question of the administrative separation of the Eastern Caprivi Zipfel from the Territory. This part of the Territory of South West Africa, a narrow strip in the north-eastern corner of the Territory, has been subject to frequent change in the mode of its administration since the inception of the Mandate on South West Africa. The main reason thereof lies in geographical factors, namely the remoteness of this region from the administrative centre of the Territory, Windhoek, and the difficulties of access to it.

In 1939, the Union enacted Proclamation No. 147, transferring administration of the Eastern Caprivi Zipfel from the Administrator of South West Africa to the Union directly. In 1955 the report of the Committee on South West Africa condemned this separation as a violation of the Mandate, the main reason thereof appears to be that—

*Act*, loi n° 23 de 1949, prévoit la présence de représentants élus du Sud-Ouest africain tant au Sénat qu'à la *House of Assembly* du Parlement de l'Union. Non seulement cette loi supprime de la législation de l'Union toute référence au Mandat en tant que tel, mais encore elle n'établit aucune distinction entre les représentants du territoire et ceux des provinces de l'Union. Les représentants du territoire sont pleinement habilités à intervenir et à voter sur les questions intéressant l'Union.

Outre la question de la discrimination, qui intervient en la matière puisque les représentants du territoire ne sont élus que par les « européens », nous ne pouvons manquer d'attribuer une grande importance à la présence de représentants élus du Sud-Ouest africain au Parlement de l'Union. Cette nouvelle loi ne semble pas s'inscrire dans les « pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire ... comme partie intégrante [du] territoire » de l'Union (article 2, premier alinéa); c'est en fait beaucoup plus qu'une simple mesure administrative qu'autoriserait la disposition précitée dans la mesure où le Sud-Ouest africain serait traité comme partie intégrante du territoire de l'Union; c'est un acte constitutionnel qui vise à la fois l'Afrique du Sud et le territoire du Sud-Ouest africain, qui porte notamment atteinte au statut international du territoire en constituant « une étape importante vers le rattachement politique du territoire à l'Union » (rapport du Comité du Sud-Ouest africain, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, onzième session, suppl. n° 12*, p. 8 (A/3151), 1956, cité dans les mémoires p. 192-193) et qui implique l'incorporation du territoire du Sud-Ouest africain à l'Afrique du Sud, en tant que cinquième province.

Le défendeur ne peut donc justifier la présence de représentants du Sud-Ouest africain au Parlement de l'Union en arguant du membre de phrase « administré ... comme partie intégrante de son territoire » qui figure au premier alinéa de l'article 2 du Mandat. L'acte du défendeur est incompatible avec le statut international du territoire, tel qu'il est reconnu par les dispositions de l'article 22 du Pacte et celles du Mandat pour le Sud-Ouest africain.

La question *c)* a trait à la séparation de la partie orientale du Caprivi Zipfel sur le plan administratif. Cette région du Sud-Ouest africain, qui a la forme d'une bande étroite située à l'extrémité nord-est du territoire, a vu fréquemment modifier les modalités de son administration depuis l'entrée en vigueur du Mandat. Cela s'explique par des facteurs géographiques, notamment par le fait que cette région est très éloignée de Windhoek, centre administratif du territoire, et qu'il est difficile d'y accéder.

En 1939, par la proclamation n° 147 de l'Union, l'administration du Caprivi Zipfel oriental a cessé d'être du ressort de l'administrateur du Sud-Ouest africain pour relever directement de l'Union. En 1955, le Comité du Sud-Ouest africain a, dans son rapport, condamné cette séparation comme violant le Mandat, essentiellement pour les motifs ci-après:

“... such a separation is likely to prejudice consideration (*b*) of the ‘General Conditions’ which must be fulfilled before the Mandate régime can be brought to an end in respect of the countries placed under that régime, approved by the Council of the League on 4 September 1931, namely, that ‘It [the territory] must be capable of maintaining its territorial integrity and political independence’ ”. (Report of the Committee on South West Africa, U.N. *G.A., O.R., 10th Sess., Supp. No. 12* at p. 10 (A/2913), 1955, cited in the Memorials, pp. 193 and 194.)

We cannot deny that geographical factors can play an important role in determining systems and measures of administration. We consider that the phrase “subject to such local modifications as circumstances may require” (Article 2, paragraph 1, of the Mandate) can be referred to in considering this kind of issue and that the decision of existence or otherwise of the necessity for the separate administration of this area comes entirely within the discretionary power of the Mandatory conferred on him by the said provision of the Mandate. Furthermore, we consider that the administrative separation, being in itself of a technical nature, cannot have an effect detrimental to what the “General Conditions” would expect to be realized.

Accordingly, the Applicants’ contention on this matter is not well-founded.

Concerning (*d*): this heading includes two points. As to the first point, apart from the possibility of consideration from the angle of Article 2, paragraph 2, particularly as regards the policy of apartheid or separate development, the vesting of South West Africa Native Reserve Land in the South African Native Trust is a measure which is of an administrative nature and in which economic considerations are predominant; therefore, it has nothing to do with the international status of the Territory. It belongs to matters within the discretionary power of the Respondent as Mandatory, as in the case of (*c*). Concerning the second point, namely “the transfer of administration of ‘Native’ affairs to the Union’s Minister of Bantu Administration and Development”, we have only to refer to what has been said on (*c*) and the first point of (*d*).

For the above-mentioned reasons the Applicants’ contention under (*d*) is not well-founded.

\* \* \*

In the submissions (original as well as final) the Applicants state that the Respondent continued to have the obligation to transmit petitions from the inhabitants of the Territory (Submission No. 2) and that the Respondent has failed to transmit to the General Assembly of the United Nations petitions from the Territory’s inhabitants addressed to the General Assembly; that such failure is a violation of its obligations as

« une telle mesure risque d'aller à l'encontre de la condition *b*) des conditions générales à prévoir avant qu'il puisse être mis fin au régime des Mandats dans un pays placé sous ce régime que le Conseil de la Société des Nations a approuvées le 4 septembre 1931, à savoir: « être capable de maintenir son intégrité territoriale et son indépendance politique ». (Rapport du Comité du Sud-Ouest africain, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, suppl. n° 12*, p. 10 (A/2913), 1955, cité dans les mémoires, p. 193-194.)

On ne peut nier que les facteurs géographiques soient de nature à jouer un rôle important dans l'élaboration des systèmes d'administration et l'adoption de mesures pertinentes. Nous estimons que l'on est fondé dans ce domaine à arguer du membre de phrase « sous réserve des modifications nécessitées par les conditions locales » (Mandat, article 2, premier alinéa) et que la faculté de décider s'il est ou non nécessaire de dissocier l'administration de cette région de l'administration du reste du territoire s'inscrit parfaitement dans le cadre du pouvoir discrétionnaire accordé au Mandataire par ladite disposition du Mandat. En outre, nous estimons que la séparation administrative, ayant en soi un caractère technique, ne saurait nuire à la réalisation des « conditions générales à prévoir » invoquées ci-dessus.

En conséquence, la thèse des demandeurs sur ce point n'est pas fondée.

En ce qui concerne la question *d*), deux problèmes se posent. Pour ce qui est du premier, indépendamment du fait qu'on peut l'envisager du point de vue du deuxième alinéa de l'article 2, c'est-à-dire notamment du point de vue de la politique d'*apartheid* ou de développement séparé, il faut signaler que la remise des réserves indigènes au *South African Native Trust* est une mesure de caractère administratif obéissant essentiellement à des considérations d'ordre économique; elle n'a donc rien à voir avec le statut international du territoire. Comme la question *c*), cela relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire imparti au défendeur en qualité de Mandataire. Pour ce qui est du second problème, celui du « transfert de l'administration des affaires « indigènes » au ministre de l'administration et du développement bantous de l'Union », il nous suffira de renvoyer à ce que nous avons dit à propos de la question *c*) et du premier point de la question *d*).

Pour les motifs exposés ci-dessus, la thèse des demandeurs relativement à la question *d*) n'est pas fondée.

\* \* \*

Dans leurs conclusions, initiales aussi bien que finales, les demandeurs déclarent que le défendeur demeure assujéti à l'obligation de transmettre les pétitions des habitants du territoire (conclusion n° 2) et que le défendeur n'a pas transmis à l'Assemblée générale des Nations Unies les pétitions des habitants du territoire adressées à l'Assemblée générale, que cette carence est une violation de ses obligations de Mandataire



Mandatory and that the Respondent has the duty to transmit such petitions to the General Assembly (Submission No. 8).

There is no provision on petitions either in Article 22 of the Covenant or in the Mandate. The only legal basis for the reference made by the Applicants is the Rules adopted by the Council of the League of Nations on 31 January 1923, relating to petitions from mandated territories. The mandates after the First World War did not mention the right of petition, the reason being that this right was "regarded as a natural concomitant of the system established by the Covenant . . . The receipt and examination of petitions became subsequently one of the main features of the system of mandates" (Sir Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, 1950, pp. 244-245). If there were no guarantee through the recognition of a right of petition, the fulfilment of the protection of human rights and fundamental freedoms in general and in the mandates might be illusory. This right is inherent in the concept of the body politic and other political institutions. Even if the right of petition is not based upon any legal provision, it is "in a sense a natural right" (Duncan Hall, *Mandates, Dependencies and Trusteeship*, 1948, p. 198). In this sense the above-mentioned "League of Nations Rules" and the provision of the Charter concerning the competence of the Trusteeship Council (Article 87 (b)) have no more than a confirmatory meaning.

The right of petition entails the obligation of the Mandatory to transmit petitions to the supervisory organ for acceptance and examination. In this respect, what is said about the survival of international supervision, despite the dissolution of the League and the replacement of the Council of the League by the General Assembly as the supervisory organ, can be applied to the right of petition.

From what is stated above, it can be concluded that the obligation of the Mandatory to transmit to the General Assembly petitions from the inhabitants of the Territory exists; therefore Submission No. 2 concerning petitions is well-founded.

Next, it is clear from the pleadings and oral hearing that the Respondent has failed to comply with this obligation; accordingly, Submission No. 8 is well-founded.

\* \* \*

The Applicants' Final Submission No. 6 reads as follows:

"Respondent has established military bases within the Territory in violation of its obligation as stated in Article 4 of the Mandate and Article 22 of the Covenant; that Respondent has the duty forthwith to remove all such military bases from within the Territory; and that Respondent has the duty to refrain from the establishment of military bases within the Territory."

Article 4 of the Mandate based on a part of Article 22 (5) provides:

et que le défendeur a le devoir de transmettre ces pétitions à l'Assemblée générale (conclusion n° 8).

Ni l'article 22 du Pacte ni le Mandat ne contiennent de dispositions sur ce point. La seule base juridique de la thèse des demandeurs est le règlement de procédure adopté le 31 janvier 1923 par le Conseil de la Société des Nations quant aux pétitions émanant des territoires nous Mandat. Les Mandats élaborés après la première guerre mondiale ne mentionnaient pas le droit de pétition parce que ce droit était « conçu comme une conséquence naturelle du système créé par le Pacte... L'acceptation et l'examen de pétitions sont donc devenus par la suite l'une des caractéristiques principales du système des Mandats » (sir Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, 1950, p. 244-245). A défaut de la garantie que constitue la reconnaissance d'un droit de pétition, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le plan général et dans le cadre des Mandats risquerait de rester illusoire. Ce droit est inhérent à la conception même de corps politique ou d'institution politique. Même si le droit de pétition n'est fondé sur aucune disposition juridique, il y a là, « en un sens, un droit naturel » (Duncan Hall, *Mandates, Dependancies and Trusteeship*, 1948, p. 198). En ce sens le règlement de procédure de la Société des Nations susmentionné et les dispositions de la Charte visant la compétence du Conseil de tutelle (article 87 b)) n'ont guère qu'une valeur de confirmation.

Le droit de pétition s'assortit pour le Mandataire de l'obligation de transmettre des pétitions à l'organe de surveillance, qui les accepte et les examine. A cet égard, ce qu'on peut dire de la nécessité de la surveillance internationale, qui subsiste malgré la dissolution de la Société des Nations et le remplacement du Conseil de la Société par l'Assemblée générale comme organe chargé de la surveillance, peut s'appliquer au droit de pétition.

De ce qui précède, on peut conclure que le Mandataire a l'obligation de transmettre à l'Assemblée générale des pétitions émanant des habitants du territoire et, en conséquence, que la conclusion n° 2 relative aux pétitions est bien fondée.

D'autre part, il ressort clairement des écritures et de la procédure orale que le défendeur a failli à cette obligation; par suite, la conclusion n° 8 est bien fondée.

\* \* \*

La conclusion finale n° 6 des demandeurs s'énonce comme suit:

« Le défendeur a établi des bases militaires sur le Territoire en violation de ses obligations telles qu'elles figurent à l'article 4 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; ... le défendeur a le devoir de supprimer sur-le-champ toutes les bases militaires établies sur le Territoire; et ... le défendeur a le devoir de s'abstenir d'établir des bases militaires sur le Territoire. »

L'article 4 du Mandat, qui s'inspire en partie du paragraphe 5 de l'article 22 du Pacte, dispose:

“The military training of the natives other than for purposes of internal police and the local defence of the Territory, shall be prohibited. Furthermore, no military or naval bases shall be established or fortifications erected in the Territory.”

The second sentence of Article 4 characterizes the status of the mandated territory concerning militarization. It declares the military neutralization of the Territory by prohibiting the establishment of military or naval bases or the erection of fortifications. The Mandatory is not permitted to utilize the Territory, by means of bases or fortifications, for military purposes. This is a limitation imposed upon the authority of the Mandatory concerning the material element of the military functions which may be exercised by the Mandatory.

The first sentence of Article 4 of the Mandate prohibits the military training of the Natives. It may be said that the spirit of this provision is to be found in a humanitarian consideration, namely the prohibition of the militaristic exploitation of the indigenous population.

However, the prohibition of the military training of the Natives is not absolute; the military training of the Natives for the purposes of internal police and the local defence of the Territory is permissible. The reason thereof may be that the internal police and the local defence are not related to the humanitarian idea of this provision.

The first sentence of Article 4 refers only to the training of Natives; it remains silent on that of White people. Accordingly, it is doubtful whether military training in general or at least for the purposes of internal police and local defence is permissible.

That the training of Whites for the purposes of internal police and local defence is not to be deemed to be prohibited, can be assumed from the fact that the provision relates only to Natives and that there is no reason to prohibit the training of Whites for the purposes of internal police and local defence from the viewpoint of the military neutralization of the Territory.

Nevertheless, the question is whether military training otherwise than for the purposes of internal police and local defence is also permissible for the Whites. We consider that the provision aiming at the protection of Natives is not concerned with Whites, and that the military training of Whites in general is not inconsistent with the principle of neutralization of the Territory. This principle must be considered as not inconsistent with the Respondent's right and duty to defend the Territory in the event of its being attacked.

Such right and duty must be performed and exercised within the limit prescribed by Article 4, namely without establishing military bases and without erecting fortifications. Within this limit the Respondent is considered to be permitted to maintain facilities for the training of non-Natives in the Territory.

A few points must be clarified relating to the arguments between the Parties. As to whether the military bases must be related to aggressive designs or not, the conclusion must be in the negative. The Court must

«L'instruction militaire des indigènes sera interdite, sauf pour assurer la police locale et la défense locale du territoire. En outre, aucune base militaire ou navale ne sera établie dans le territoire, ni aucune fortification.»

La deuxième phrase de l'article 4 définit la situation du territoire sous Mandat du point de vue de la militarisation. Elle prescrit la neutralisation du territoire en interdisant d'y établir des bases militaires ou navales ou des fortifications. Le Mandataire n'est donc pas autorisé à se servir du territoire à des fins militaires en y installant des bases ou des fortifications. C'est là une restriction imposée sur le plan concret aux activités militaires qu'il peut exercer.

La première phrase de l'article 4 du Mandat interdit de donner aux indigènes une instruction militaire. On peut dire que cette disposition s'inspire d'une fin humanitaire, qui est d'empêcher d'exploiter la population indigène sur le plan militaire.

Toutefois, l'interdiction relative à l'instruction militaire des indigènes n'est pas absolue; leur instruction est permise s'agissant d'assurer la police locale et la défense locale du territoire. La raison en est peut-être que le principe humanitaire dont s'inspire la disposition visée ne s'étend ni à la police locale, ni à la défense locale.

Cette première phrase de l'article 4 ne concerne que l'instruction des indigènes; elle ne dit rien de l'instruction des blancs. Par suite, on peut se demander si leur instruction militaire est autorisée d'une manière générale ou, tout au moins, aux fins de la police locale et de la défense locale.

Du fait que la disposition vise seulement les indigènes et qu'il n'y a pas de raison d'interdire l'instruction des blancs aux fins de la police locale et de la défense locale, même si l'on veut neutraliser militairement le territoire, on peut déduire que l'instruction des blancs n'est pas interdite quand il s'agit d'assurer la police locale et la défense locale du territoire.

Néanmoins, la question se pose de savoir s'il est permis de donner aux blancs une instruction militaire à des fins autres que la police locale et la défense locale. Nous estimons qu'une disposition visant la protection des indigènes ne concerne pas les blancs et que l'instruction militaire des blancs en général n'est pas incompatible avec le principe de la neutralisation du territoire. Ce principe ne doit pas être considéré comme incompatible avec le droit et le devoir du Mandataire de défendre le territoire au cas où celui-ci serait attaqué.

Le défendeur doit assumer ce droit et ce devoir dans les limites prescrites par l'article 4, c'est-à-dire sans établir dans le territoire de bases militaires ni de fortifications. A ces réserves près, on peut considérer que le défendeur est autorisé à entretenir dans le territoire des installations destinées à l'instruction militaire des non-indigènes.

Il convient à cet égard de préciser quelques points concernant les thèses des Parties. A la question de savoir s'il est pertinent que les bases militaires en cause correspondent à des desseins d'agression, il faut

decide the question objectively; it is not concerned with the examination of the Respondent's motive for establishing military bases.

The question whether a common feature of a military base is that a base is something utilized by a force or an army for the purposes of operations or for a campaign or not, must be answered in the affirmative in the sense that the prohibition has a practical meaning mostly in time of peace and that the purposes of operations or of a campaign are inherent in the potential meaning. The question whether the place in the Respondent's administrative hierarchy and chain of command determines that it is a military base or not, must be answered in the negative. The question of administrative hierarchy and command can have no bearing on the substantive character of a military base.

As to the Applicants' submission, it is the military bases alleged to be established in the Territory by the Respondent that are in question, not the military training of the Natives. The Applicants allege that the Respondent maintains three military bases within the Territory, which are the Regiment Windhoek, a military landing ground in the Swakopmund District of South West Africa and "at least one military facility in or near the Kaokoveld" in part of the Territory.

The Applicants, however, presented no direct evidence to establish their charge. Their charge was based simply on "information and belief" (Memorials, p. 181) on which the Applicants refrained from calling evidence on the part of their informants. On the contrary, the Respondent produced direct evidence in contradiction of the evidence of the Applicants based on information and belief. Testimony given by a witness-expert, who made inspection of the three places in September 1965 and who was presented by the Respondent at the oral proceedings, made upon us a strong impression of the absence of any military base at the three places mentioned above. On the other hand, the Applicants neither produced any evidence in contradiction thereof nor disputed it in cross-examination.

On the evidence before the Court the Respondent did not establish any military or naval bases in the Territory. Therefore, Applicants' Submission No. 6 is not well-founded.

\* \* \*

The Applicants' Submission No. 9 reads as follows:

"Respondent has attempted to modify substantially the terms of the Mandate, without the consent of the United Nations; that such attempt is in violation of its duties as stated in Article 7 of the Mandate and Article 22 of the Covenant; and that the consent of the United Nations is a necessary prerequisite and condition precedent to attempts on the part of Respondent directly or indirectly to modify the terms of the Mandate."

répondre non. La Cour doit trancher la question objectivement; elle n'a pas à examiner les mobiles que peut avoir le défendeur pour établir des bases militaires.

A la question de savoir si la caractéristique d'une base militaire est d'être utilisée par une armée ou une flotte en vue d'opérations ou d'une campagne, il y a lieu de répondre par l'affirmative, étant entendu que l'interdiction a des effets concrets surtout en temps de paix et que les opérations ou la campagne ne peuvent être qu'éventuelles. A la question de savoir si la place qu'une installation occupe dans la hiérarchie administrative et militaire du défendeur permet d'établir son caractère militaire, il y a lieu de répondre par la négative. La place qu'une installation occupe dans la hiérarchie administrative et militaire n'a absolument aucune influence sur son caractère de base militaire.

Dans leur conclusion, les demandeurs mettent en cause les bases militaires que le défendeur est censé avoir installées dans le territoire et non pas l'instruction militaire des indigènes. Les demandeurs soutiennent que le défendeur entretient trois bases militaires dans le territoire: les installations du régiment Windhoek, un terrain d'atterrissage militaire situé dans le district de Swakopmund (Sud-Ouest africain) et « au moins une installation militaire dans le Kaokoveld ou à proximité » dans un secteur du territoire.

Les demandeurs n'ont toutefois présenté aucune preuve directe pour étayer leurs accusations. Ils ont dit simplement (mémoires, p. 181) avoir été informés des faits invoqués et y ajouter foi, mais ils n'ont pas fait appel au témoignage de leurs informateurs. En revanche, le défendeur a produit des témoignages directs à l'encontre des indications des demandeurs fondées sur les renseignements qui leur auraient été fournis et sur leur conviction. La déposition d'un expert, qui s'est rendu aux trois endroits incriminés en septembre 1965 et qui a été cité par le défendeur au cours de la procédure orale, nous a nettement donné l'impression qu'il n'y a pas de base militaire aux trois endroits visés. De leur côté, les demandeurs n'ont produit aucun élément probatoire pour répondre aux preuves contraires du défendeur et ils n'ont pas contesté la déposition de l'expert.

Des éléments de preuve dont la Cour dispose, il résulte que le défendeur n'a pas établi de base militaire ou navale dans le territoire. Par suite, la conclusion n° 6 des demandeurs n'est pas fondée.

\* \* \*

La conclusion n° 9 des demandeurs s'énonce comme suit:

« Le défendeur a tenté d'apporter aux dispositions du Mandat des modifications de fond sans l'autorisation des Nations Unies; ... cette tentative constitue une violation de ses obligations telles qu'elles figurent à l'article 7 du Mandat et à l'article 22 du Pacte; et ... l'autorisation des Nations Unies est une condition préalable indispensable à toute tentative de la part du défendeur de modifier directement ou indirectement les dispositions du Mandat. »

The answer to this question depends upon the nature of Article 7 (1) of the Mandate. Does this provision declare the prohibition of unilateral modification of the Mandate by the Respondent in view of the contractual nature of the Mandate or does it impose some duty upon the Respondent to abstain from conduct contrary to the provisions of the Mandate?

In our view Article 7 (1) must be interpreted in the sense of the first alternative. This provision simply defines a condition for the modification or amendment of the terms of the Mandate, namely the consent of the Council of the League of Nations. This provision is of a purely procedural nature. Its non-observance merely produces the effect that the modification cannot take place.

The Applicants' charge in the Applications rested on the fact that the Respondent had substantially modified the terms of the Mandate and also had attempted to do so and, in the Memorials, that the Respondent attempted to modify the terms of the Mandate.

Whether the alleged conduct of the Respondent is the modification or the attempts to modify, the result is the same.

Modification is impossible so long as the consent of the United Nations is lacking. Since the attempts presuppose the possibility of modification, they are also impossible without the consent of the United Nations.

The facts relied upon by the Applicants to establish the attempts by the Respondent to modify the Mandate are not specified in Final Submission No. 9, but they are referred to in Chapters V, VI, VII and VIII of the Memorials (Submission No. 9). Chapters V, VI and VIII deal with alleged violations of Article 2 of the Mandate and Chapter VII deals with alleged violations of Article 4 of the Mandate.

If the alleged violation of these Articles exists, the violation is simply concerned with the individual provisions and not with Article 7, paragraph 1.

A few additional remarks may be made on this Article of the Mandate.

The prohibition of unilateral modification exists not only in regard to the Mandatory but in regard to the League of Nations also.

Article 7, paragraph 1, possesses essential meaning for the surviving Mandate after the dissolution of the League just as does Article 6 in regard to administrative supervision. The General Assembly of the United Nations was therefore substituted for the Council of the League.

So long as the Mandate survives on an institutional basis after the dissolution of the League, the necessity for the future amendment of the Mandate by consent of both parties does subsist. In this sense the contractual element is recognized as remaining together with the institutional elements.

Moreover, this claim of the Applicants, namely that an attempt to

La réponse à cette question dépend de la nature du premier alinéa de l'article 7 du Mandat. Cette disposition interdit-elle au défendeur de modifier unilatéralement le Mandat en raison de la nature contractuelle de celui-ci ou impose-t-elle au défendeur l'obligation de s'abstenir de tout comportement incompatible avec les dispositions du Mandat?

A notre avis, il convient de donner au premier alinéa de l'article 7 la première des deux interprétations dont nous venons de faire état. Cette disposition définit simplement la condition préalable à toute modification ou à tout amendement du Mandat: l'autorisation du Conseil de la Société des Nations. Il s'agit donc d'une disposition purement procédurale. L'inobservation de la condition énoncée a pour seul effet d'empêcher toute modification du Mandat.

Dans leurs requêtes, les demandeurs fondent leur accusation sur le fait que le défendeur aurait apporté ou tenté d'apporter des modifications de fond aux dispositions du Mandat; dans leurs mémoires, ils soutiennent que le défendeur a tenté d'apporter des modifications au Mandat.

Qu'on accuse le défendeur d'avoir effectivement modifié le Mandat ou d'avoir simplement tenté de le faire, le résultat est le même.

Toute modification est impossible sans l'autorisation des Nations Unies. Comme toute tentative de modification présuppose qu'il est possible de modifier, ce genre de tentative est également impossible sans l'autorisation des Nations Unies.

Les faits invoqués par les demandeurs pour établir que le défendeur a tenté de modifier le Mandat ne sont pas précisés dans la conclusion finale n° 9 mais ils sont énoncés dans les chapitres V, VI, VII et VIII des mémoires (conclusion n° 9). Les chapitres V, VI et VIII visent les allégations concernant des infractions à l'article 2 du Mandat et le chapitre VII les allégations concernant des infractions à l'article 4 du Mandat.

La violation alléguée de ces articles, à supposer qu'elle soit vérifiée, concerne simplement leurs dispositions et non pas le premier alinéa de l'article 7.

Nous pouvons faire quelques observations complémentaires à propos du premier alinéa de l'article 7.

Toute modification unilatérale est interdite non seulement au Mandataire mais aussi à la Société des Nations.

Le premier alinéa de l'article 7 revêt pour le Mandat, du moment qu'il survit à la dissolution de la Société, une signification essentielle, analogue à celle que présente l'article 6 pour la surveillance administrative. Par suite, l'Assemblée générale des Nations Unies a remplacé le Conseil de la Société des Nations.

Si le Mandat reste en vigueur à titre d'institution en dépit de la dissolution de la Société des Nations, la nécessité d'obtenir l'autorisation des deux parties pour toute modification ultérieure du Mandat subsiste. En ce sens, l'élément contractuel subsiste en même temps que les éléments institutionnels.

Enfin, le grief des demandeurs d'après lequel, en tentant de modifier



modify the terms of the Mandate is a breach of Article 7, paragraph 1, can be recognized as part of the dispute between the Parties which existed prior to the Application in the sense that the claim constitutes a development of the same dispute.

For the reason indicated above, the Applicants' Submission No. 9 is not well-founded.

*(Signed)* Kotaro TANAKA.

les dispositions du Mandat, le défendeur a violé le premier alinéa de l'article 7 peut être considéré comme relevant du différend qui a existé entre les Parties avant le dépôt des requêtes, en ce sens que ce grief constitue un élément du différend.

Pour les motifs exposés ci-dessus, la conclusion n° 9 des demandeurs n'est pas fondée.

(*Signé*) Kotaro TANAKA.