

OPINION INDIVIDUELLE DE M. PETRÉN

Bien que j'aie trouvé inutile et par conséquent inopportun que la Cour réponde à la question I, j'ai voté sur cette question comme mes collègues puisque l'abstention n'est pas admise. Quant à la question II, je suis d'accord avec ce que je considère comme le contenu essentiel de la réponse donnée dans le présent avis consultatif, tout en ne pouvant souscrire à certaines parties de cette réponse. C'est pourquoi j'ai pu voter avec la majorité sur la question II, tout en joignant à l'avis consultatif l'opinion individuelle suivante.

*

Ainsi qu'une procédure contentieuse, une procédure consultative peut soulever des questions préliminaires que la Cour a le devoir de trancher avant de se prononcer sur le fond. En ce qui concerne les affaires contentieuses, les questions préliminaires concernant la compétence de la Cour ou la recevabilité des requêtes ont fait l'objet d'une attention particulière lors de la révision du Règlement adoptée en 1972. Selon l'article 67, paragraphe 3, du Règlement révisé, une exception a pour effet la suspension de la procédure sur le fond, laquelle ne sera reprise qu'après que la Cour se sera prononcée sur l'exception. Le paragraphe 7 du même article permet cependant que, au lieu de la retenir ou de la rejeter, la Cour déclare que l'« exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire ». Cette dernière disposition a remplacé l'ancien article 62, paragraphe 5, qui autorisait la Cour à joindre tout simplement des exceptions préliminaires au fond. La Cour a donc manifesté son intention de ne plus différer le règlement définitif des exceptions que dans les cas couverts par la nouvelle formule.

Les questions préliminaires qui peuvent surgir en matière consultative ne sont pas tout à fait de même nature qu'en matière contentieuse. Certes, des questions concernant la compétence de la Cour peuvent aussi se poser, puisque l'article 65, paragraphe 1, du Statut ne permet à la Cour de donner un avis consultatif que si la demande émane d'un organe ou d'une institution dûment autorisé à la formuler et porte sur une question juridique. Mais le Statut n'impose pas à la Cour l'obligation absolue de donner un avis dans tous les cas où elle serait compétente pour le faire. L'article 65, paragraphe 1, lui laisse la liberté de s'y refuser si elle juge inopportun d'agir. La question de l'opportunité de donner un avis consultatif peut ainsi jouer un rôle analogue à celui de la recevabilité en matière contentieuse. La procédure consultative connaît enfin dans la pratique de la Cour une troisième catégorie de questions

SEPARATE OPINION OF JUDGE PETRÉN

[*Translation*]

Although I found it unnecessary, hence inappropriate, for the Court to reply to Question I, I voted on this question like my colleagues, since abstention is not allowed. As for Question II, I find myself in agreement with what I regard as the essential content of the answer given in the Advisory Opinion, though unable to subscribe to certain parts of that answer. Accordingly, while I was thus able to vote with the majority on Question II, I append this statement of my separate opinion to the Court's decision.

*

Like contentious proceedings, advisory proceedings may raise preliminary questions which it is the duty of the Court to settle before giving its decision on matters of substance. With regard to contentious cases, preliminary questions concerning the Court's competence or the admissibility of applications were subjected to particular attention at the time of the revision of the Rules effected in 1972. Under Article 67, paragraph 3, of the revised Rules, the effect of an objection is to suspend the proceedings on the merits, which are not to continue until after the Court has pronounced on the objection. However, paragraph 7 of the same Article permits the Court, instead of upholding or rejecting the objection, to declare that "the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character". This latter provision replaces the former paragraph 5 of Article 62, which authorized the Court simply to join preliminary objections to the merits. The Court has thus shown its intention henceforth not to postpone the definitive settlement of objections except in cases covered by the new formula.

The preliminary questions which may arise in advisory proceedings are not entirely of the same nature as those in contentious proceedings. Of course, questions concerning the competence of the Court may also arise, since Article 65, paragraph 1, of the Statute permits the Court to give an advisory opinion only if the request emanates from a body authorized to make such a request and relates to a legal question. The Statute does not however impose on the Court an absolute obligation to give an opinion in all cases in which it is competent to do so. Article 65, paragraph 1, leaves it free to refuse if it considers that it is not proper to proceed. The question of the propriety of giving an advisory opinion may thus play a part analogous to that of admissibility in contentious proceedings. Finally, in advisory proceedings the practice of the Court recognizes a third category of preliminary questions: if

préliminaires: si elle estime que, telle qu'elle est formulée, la question sur laquelle son avis est demandé ne prête pas à réponse de sa part, la Cour se considère comme libre de reformuler cette question.

Le Règlement est très sommaire en ce qui concerne la procédure consultative. Les questions préliminaires qui viennent d'être évoquées n'y sont pas mentionnées. L'article 87, paragraphe 1, contient la disposition suivante:

« En matière d'avis consultatifs, la Cour applique, en dehors des dispositions de l'article 96 de la Charte et du chapitre IV du Statut, les articles ci-après. Elle s'inspire, en outre, des dispositions du présent Règlement relatives à la procédure en matière contentieuse dans la mesure où elle les reconnaît applicables: à cet effet, elle recherche avant tout si la demande d'avis consultatif a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats. »

En matière consultative, il ne paraît pas moins désirable qu'en matière contentieuse que les questions préliminaires soient tranchées avant toute procédure sur le fond. Sinon, la réponse à une question préliminaire risquerait de rendre vains le temps et l'argent consacrés à la procédure sur le fond. C'est pourquoi l'esprit et la lettre de l'article 87, paragraphe 1, exigent, à mes yeux, que les dispositions du Règlement concernant les exceptions préliminaires en matière contentieuse soient aussi appliquées dans la mesure du possible en matière consultative.

En la présente affaire, ont été soulevées des questions préliminaires concernant aussi bien la compétence de la Cour que l'opportunité de son exercice et que la reformulation éventuelle des questions soumises à la Cour.

Avant l'ouverture de la procédure orale sur le fond, la Cour a indirectement effleuré une de ces questions, celle de sa compétence, en prenant position, par ordonnance du 22 mai 1975, sur les requêtes par lesquelles les Gouvernements marocain et mauritanien avaient demandé à désigner des juges *ad hoc*. En acceptant la demande du Gouvernement marocain, la Cour a ainsi motivé sa décision:

« Considérant que, aux fins de la présente question préliminaire qu'est la composition de la Cour en l'affaire, les éléments soumis à la Cour indiquent que, au moment de l'adoption de la résolution 3292 (XXIX), il paraissait y avoir un différend juridique relatif au territoire du Sahara occidental entre le Maroc et l'Espagne; que les questions posées dans la requête pour avis peuvent être considérées comme se rattachant à ce différend et qu'en conséquence, pour l'application de l'article 89 du Règlement, l'avis consultatif sollicité dans cette résolution paraît être demandé « au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats. »

Comme la compétence de la Cour dépend du caractère juridique des questions qui lui sont posées, il va de soi que la Cour est compétente pour connaître d'une requête pour avis consultatif au sujet d'une question juri-

it considers that the question on which its opinion is asked does not, as formulated, lend itself to being answered by the Court, the Court regards itself as free to reformulate the question.

The provisions of the Rules of Court concerning advisory proceedings are very summary; the preliminary questions just referred to are not mentioned. Article 87, paragraph 1, contains the following provision:

“In proceedings in regard to advisory opinions, the Court shall, in addition to the provisions of Article 96 of the Charter and Chapter IV of the Statute, apply the provisions of the Articles which follow. It shall also be guided by the provisions of these Rules which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable; for this purpose it shall above all consider whether the request for the advisory opinion relates to a legal question actually pending between two or more States.”

In proceedings in regard to advisory opinions, it appears no less desirable than in contentious proceedings that preliminary questions should be settled before any proceedings on the substantive issues. There would otherwise be a risk that a reply to a preliminary question would cause the time and money devoted to the proceedings on the substance to be wasted. That is why the spirit and the letter of Article 87, paragraph 1, in my view require that the provisions of the Rules concerning preliminary objections in contentious cases should also be applied so far as possible in advisory proceedings.

In the present case, preliminary questions have been raised concerning both the Court's competence and the propriety of its exercise, and the possible reframing of the questions submitted to the Court.

Before the opening of the oral proceedings on the substantive issues, the Court indirectly touched on one of these questions, that of its competence, when by its Order of 22 May 1975 it ruled on the applications by the Moroccan and Mauritanian Governments for the appointment of judges *ad hoc*. When accepting the Moroccan Government's application, the Court gave the following reason for its decision:

“Whereas, for the purpose of the present preliminary issue of the composition of the Court in the proceedings, the material submitted to the Court indicates that, when resolution 3292 (XXIX) was adopted, there appeared to be a legal dispute between Morocco and Spain regarding the Territory of Western Sahara; that the questions contained in the request for an opinion may be considered to be connected with that dispute; and that, in consequence, for purposes of application of Article 89 of the Rules of Court, the advisory opinion requested in that resolution appears to be one ‘upon a legal question actually pending between two or more States’.”

Since the competence of the Court depends on the questions which are put to it being legal ones, it goes without saying that the Court is competent to entertain a request for advisory opinion on a legal question pending between

dique pendante entre deux ou plusieurs Etats. L'ordonnance du 22 mai 1975 implique donc que la Cour s'est considérée comme compétente, mais seulement à titre provisoire. Elle a déclaré que, au moment de l'adoption de la résolution 3292 (XXIX) de l'Assemblée générale, il *paraissait* y avoir un différend juridique relatif au territoire du Sahara occidental entre le Maroc et l'Espagne et elle en a conclu, avec la même absence de certitude, que l'avis consultatif *paraissait* avoir été demandé au sujet d'une question juridique pendante entre deux Etats. Cela représentait une sorte de fuite en avant imposant à la Cour le devoir de prendre position plus tard sur une question de nature préliminaire.

L'ordonnance du 22 mai 1975 soulève une question d'interprétation de l'article 89 du Règlement que l'on ne saurait passer sous silence. Cet article prescrit que les dispositions du Statut concernant la désignation de juges *ad hoc* s'appliquent « si l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats ». Mais que se passe-t-il si le différend envisagé dans la requête pour avis consultatif a cessé d'exister au moment où la Cour prend position sur la demande de désignation d'un juge *ad hoc* ? L'ordonnance s'en tient à la situation qui existait le 13 décembre 1974, au moment de l'adoption par l'Assemblée générale de la résolution demandant l'avis de la Cour. L'ordonnance a été adoptée, dit son texte, en considération « des éléments soumis à la Cour ». Cela comprend les pièces écrites déposées par l'Espagne, le Maroc et la Mauritanie ainsi que les exposés présentés par les représentants de ces Etats et de l'Algérie au cours des audiences publiques du 12 au 16 mai 1975 consacrées à la désignation éventuelle de juges *ad hoc*. De leur examen, la Cour a seulement conclu qu'ils indiquaient « que, au moment de l'adoption de la résolution 3292 (XXIX), il paraissait y avoir un différend juridique relatif au territoire du Sahara occidental entre le Maroc et l'Espagne ». Elle n'a pas recherché s'il ne ressortait pas aussi de ces déclarations que le différend ayant peut-être existé le 13 décembre 1974 avait disparu. En pareil cas, il aurait fallu examiner si l'article 89 du Règlement exigeait néanmoins la désignation d'un juge *ad hoc*, ce que pour ma part je ne pense pas. En ne considérant pas l'évolution éventuelle de la situation entre le 13 décembre 1974 et le 22 mai 1975, l'ordonnance présente donc une lacune. Elle aurait notamment dû examiner s'il existait vraiment au mois de mai 1975 un différend juridique entre le Maroc et l'Espagne au sujet de la qualification du Sahara occidental comme *terra nullius* au moment de sa colonisation par l'Espagne.

En outre il faut constater que l'article 89 du Règlement ne prescrit l'application de l'article 31 du Statut que si une question juridique pendante entre deux ou plusieurs Etats est une réalité actuelle. Il ne parle pas d'un différend *paraissant* exister. Il est vrai que, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la Cour a dit que la question des juges *ad hoc* devait être réglée avant tout débat sur les exceptions préliminaires et que la décision prise

two or more States. The Order of 22 May 1975 therefore implies that the Court regarded itself as competent, but only on a provisional basis. It stated that, when General Assembly resolution 3292 (XXIX) was adopted, there *appeared* to be a legal dispute between Morocco and Spain regarding the territory of Western Sahara, and it concluded, with the same absence of certainty, that the advisory opinion *appeared* to have been requested upon a legal question pending between two States. This was thus a sort of side-stepping of the point, which imposed on the Court the duty to commit itself on a preliminary question at a later stage.

The Order of 22 May 1975 raises a question of interpretation of Article 89 of the Rules which cannot be passed over. That Article provides that the provisions of the Statute concerning the appointment of judges *ad hoc* apply "if the advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States". But what happens if the dispute contemplated in the request for advisory opinion has ceased to exist at the time when the Court takes its decision on the request for the appointment of a judge *ad hoc*? The Order is confined to the situation existing on 13 December 1974, when the resolution seeking the opinion of the Court was adopted by the General Assembly. The Order was adopted, according to its text, in view of the "material submitted to the Court". This includes the written statements filed by Spain, Morocco and Mauritania, and the statements made by the representatives of those States and of Algeria during the public hearings (12 to 16 May 1975) devoted to the possible appointment of judges *ad hoc*. From its examination of this material, the Court drew solely the conclusion that they indicated "that, when resolution 3292 (XXIX) was adopted, there appeared to be a legal dispute between Morocco and Spain regarding the Territory of Western Sahara". It did not seek to ascertain whether these statements did not also reveal that the dispute which had perhaps existed on 13 December 1974 had disappeared. It would in such case have been necessary to consider whether Article 89 of the Rules nevertheless required the appointment of a judge *ad hoc*, which for my part I do not think it did. By not considering the possible development of the situation between 13 December 1974, and 22 May 1975, the Order therefore contains a lacuna. In particular, the question should have been examined whether in May 1975 there really was a legal dispute between Morocco and Spain as to the categorization of Western Sahara as *terra nullius* at the time of its colonization by Spain.

Further, it should be observed that Article 89 of the Rules only calls for application of Article 31 of the Statute if a legal question pending between two or more States is a matter of current reality. It does not refer to a dispute which *appears* to exist. The Court did of course say, in its Advisory Opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, that the question of judges *ad hoc* had to be settled before any argument on the preliminary objections, and that the decision

ne préjugerait pas la compétence de la Cour au cas où l'on prétendrait, par exemple, qu'il n'existait pas de différend (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 25 et 26). Je ne suis pas prêt à suivre ce raisonnement. Une désignation de juge *ad hoc* est définitive et vaut pour toute la procédure. Accepter pareille désignation en supposant qu'un différend existe, mais laisser en suspens toute prise de position définitive quant à l'existence de ce différend, comporte des risques graves. Tout d'abord, si cette prise de position est finalement négative et va à l'encontre de l'appréciation provisoire de la Cour, cela impliquera qu'il n'aurait pas dû y avoir de juge *ad hoc*. De surcroît le juge *ad hoc* sera admis à participer au vote final sur la question dont la Cour a fait dépendre la légalité de sa présence sur le siège; il se peut même que sa propre voix soit décisive à cet égard.

A mon avis, le moment est venu pour la Cour d'abandonner une pratique susceptible de donner lieu à de telles anomalies procédurales. Elle aurait d'autant plus de raisons de le faire que l'un des buts principaux de la revision du Règlement adoptée en 1972 a été d'éviter que les réponses à des questions préliminaires soient reportées à la fin de la procédure. Lors des audiences du mois de mai 1975, la Cour avait devant elle les représentants du Maroc et de la Mauritanie ainsi que de l'Espagne et elle était en possession non seulement des procès-verbaux de l'Assemblée générale concernant la question de la décolonisation du Sahara occidental mais encore des pièces écrites de la présente procédure, avec leurs annexes. Je me permets de penser que, dans des conditions si favorables, elle aurait pu, moyennant des questions adéquates posées aux représentants des trois Etats concernés, obtenir tous les renseignements nécessaires pour vérifier s'il existait entre eux un ou plusieurs différends juridiques au sujet du Sahara occidental. Elle n'aurait alors pas eu besoin de différer sa réponse à cette question jusqu'à la fin de la procédure sur le fond.

En outre je suis d'avis que la Cour aurait dû définir l'objet des questions posées par l'Assemblée générale dès le mois de mai 1975, époque à laquelle les membres de la Cour avaient eu le temps de se familiariser avec le contenu des procès-verbaux de l'Assemblée générale. A quelle source meilleure la Cour aurait-elle pu avoir recours pour se rendre compte du sens des questions? La définition de leur objet aurait permis d'examiner leur caractère juridique ou non, ainsi que l'opportunité de les reformuler. Ainsi tous les points préliminaires auraient pu être tranchés avant l'ouverture de la procédure orale sur le fond, ce qui aurait permis d'orienter celle-ci sur des sujets précis et soigneusement circonscrits. La durée de la procédure s'en serait trouvée raccourcie. La Cour ayant choisi une autre méthode de procéder, ce n'est que maintenant, au stade ultime de l'affaire, que les questions préliminaires sont réglées.

*

Ce qui caractérise avant tout les questions sur lesquelles l'Assemblée générale des Nations Unies a demandé l'avis consultatif de la Cour, c'est

taken did not prejudge the competence of the Court if it were claimed, for example, that there was no dispute (*I.C.J. Reports 1971*, pp. 25 f.). I am not prepared to follow this reasoning. The appointment of a judge *ad hoc* is definitive, and operates for the whole of the proceedings. To accept such an appointment on the supposition that a dispute exists, but to leave in suspense any definitive decision as to the existence of that dispute, involves serious risks. First of all, if the ultimate decision is negative, and contrary to the provisional assessment made by the Court, this will imply that there should not have been any judge *ad hoc*. In addition, the judge *ad hoc* will be permitted to take part in the final vote on the question upon which the Court has made the legality of his presence on the Bench depend; it could even happen that his own vote tipped the scale on the point.

In my opinion, the time has come for the Court to abandon a practice which is capable of giving rise to such procedural anomalies. It would have all the more reason to do so inasmuch as one of the principal objects of the revision of the Rules adopted in 1972 was to avoid the replies to preliminary questions being postponed to the end of the proceedings. At the hearings of May 1975 the Court had before it the representatives of Mauritania and Morocco, as also of Spain, and was in possession not only of the records of the General Assembly concerning the question of the decolonization of Western Sahara but also of the written statements in the proceedings together with their annexes. I venture to believe that, in such favourable circumstances, the Court, by putting the appropriate questions to the representatives of the three States concerned, could have obtained all the information necessary to ascertain whether there existed any legal dispute or disputes between them concerning Western Sahara. It would not then have needed to postpone its reply to this question until the end of the proceedings on the issues of substance.

It is furthermore my opinion that the Court should have defined the subject of the questions put by the General Assembly in May 1975, when the Members of the Court had already had time to familiarize themselves with the contents of the General Assembly records. To what better source could the Court have turned in order to appreciate the meaning of the questions? To have defined their subject-matter would have enabled the Court to consider whether they were of a legal nature or not, and whether there was any occasion to reframe them. Thus all the preliminary issues could have been disposed of before the opening of the oral proceedings on matters of substance, which would have made it possible to focus those hearings on precise and carefully limited subjects. This would have resulted in shorter proceedings. The Court having chosen another course, it is only now, at the final stage of the case, that the preliminary questions have been decided.

*

The most salient characteristic of the questions upon which the United Nations General Assembly has sought the advisory opinion of the Court is

qu'elles portent sur la qualification juridique de situations appartenant à un passé déjà lointain.

Cela soulève la question de savoir si la requête de l'Assemblée générale satisfait aux exigences de l'article 65, paragraphe 1, du Statut selon lequel la Cour *peut* donner des avis consultatifs sur des questions juridiques. Cela veut-il dire que même des questions portant sur l'appréciation juridique de situations qui ont cessé d'exister peuvent lui être soumises ? Que telle soit l'opinion de la Cour, cela semble ressortir des termes dans lesquels elle s'exprime dans le présent avis consultatif, notamment au paragraphe 19. Je ne saurais pour ma part y souscrire. La Cour est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle n'est pas un institut de recherches historiques. Il est de nombreux problèmes d'histoire du droit auxquels on n'a pas encore donné de réponse définitive. Personne n'aurait cependant l'idée de soumettre à la Cour, par exemple, la question de l'authenticité du testament de l'empereur Trajan ou celle de la justification de l'invasion de l'Angleterre par Guillaume le Conquérant. Pour forcés qu'ils soient, ces exemples montrent l'impossibilité d'une interprétation de l'article 65 du Statut selon laquelle il ne faudrait pas exiger que les questions adressées à la Cour demandent des réponses de nature à contribuer à la clarification de problèmes juridiques actuels. Autrement, la Cour ne serait pas invitée à remplir une fonction judiciaire, ce à quoi doivent aussi servir ses avis consultatifs.

A mes yeux, une requête pour avis consultatif ne saurait être considérée comme recevable que si la question qu'elle adresse à la Cour porte soit sur l'existence ou le contenu de droits ou obligations de droit international, soit sur les conditions dont la réalisation donnerait lieu à la naissance, à la modification ou à l'extinction de tels droits ou obligations. Cela est-il le cas de la présente requête pour avis consultatif ?

Le neuvième alinéa du préambule de la résolution 3292 (XXIX) adoptée par l'Assemblée générale le 13 décembre 1974, tel que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies l'a communiqué à la Cour dans une version correcte au mois d'août 1975, le ferait penser. Il y est constaté qu'une controverse juridique a surgi au cours des débats sur le statut du territoire du Sahara occidental au moment de sa colonisation par l'Espagne. Ce serait donc à propos de cette controverse que l'avis de la Cour aurait été demandé. Mais quelles seraient les parties à la controverse et sur quoi porterait-elle exactement ? C'est une réponse à cette question que la Cour a amorcée en rendant son ordonnance du 22 mai 1975 par laquelle elle a accordé au Maroc, mais refusé à la Mauritanie, la désignation d'un juge *ad hoc*. Comme je l'ai rappelé plus haut, la Cour a énoncé dans cette ordonnance qu'il paraissait avoir existé le 13 décembre 1974 entre le Maroc et l'Espagne, mais non entre la Mauritanie et l'Espagne, un différend juridique relatif au territoire du Sahara occidental et que les questions posées dans la requête pour avis consultatif pouvaient être considérées comme se rattachant à ce différend. La controverse juridique à laquelle la résolution 3292 (XXIX) de l'Assemblée générale a fait allusion serait donc un différend juridique entre le Maroc et l'Espagne relatif au territoire du Sahara occidental.

that they concern the legal categorization of situations which belong to a time now long past.

This raises the question whether the General Assembly's request meets the requirements of Article 65, paragraph 1, of the Statute, according to which the Court *may* give advisory opinions on legal questions. Does this mean that even questions concerning the legal assessment of situations which have ceased to exist may be submitted to it? It seems clear from the terms of the present Advisory Opinion, in particular from paragraph 19 thereof, that that is the view of the Court. I myself am unable to subscribe to this view. The Court is the principal judicial organ of the United Nations; it is not an historical research institute. There are numerous problems of the history of law to which no definitive answer has yet been given. Yet no one would think of submitting to the Court the question, for example, of the authenticity of the will of the Emperor Trajan, or whether the invasion of Britain by William the Conqueror was justified. These examples, extreme as they are, indicate the impossibility of interpreting Article 65 of the Statute to mean that there is no need to require that the questions submitted to the Court call for answers which are such as will contribute to the clarification of present-day legal problems. The Court would not otherwise be called upon to fulfil a judicial function, a function which should also be furthered by its advisory opinions.

In my view, a request for an advisory opinion cannot be regarded as admissible unless the question which it submits to the Court relates either to the existence or the content of rights or obligations of international law, or to the conditions which, if fulfilled, would result in the coming into existence, the modification or the termination of such a right or obligation. Is that so with regard to the present request for an advisory opinion?

The ninth paragraph of the preamble of resolution 3292 (XXIX) adopted by the General Assembly on 13 December 1974, as communicated to the Court by the Secretary-General of the United Nations in a correct version in August 1975, would suggest that this was so. It is there stated that a legal controversy arose during the discussion on the status of the territory of Western Sahara at the time of its colonization by Spain. Thus it is suggested that it is upon that controversy that the opinion of the Court has been sought. But who then are parties to this controversy, and to what precisely is it said to relate? The reply to this question was hinted at by the Court when it made its Order of 22 May 1975, by which it granted to Morocco, but refused to Mauritania, the appointment of a judge *ad hoc*. As I have mentioned above, the Court stated in that Order that there appeared to have existed on 13 December 1974 between Morocco and Spain, but not between Mauritania and Spain, a legal dispute regarding the territory of Western Sahara, and that the questions contained in the request for advisory opinion might be considered to be connected with that dispute. The legal controversy alluded to in General Assembly resolution 3292 (XXIX) is thus, it is suggested, a legal dispute between Morocco and Spain regarding the territory of Western Sahara.

Les termes dans lesquels la Cour s'est exprimée dans l'ordonnance sont de nature à faire croire qu'elle a supposé que la présente affaire avait trait à une revendication de caractère territorial formulée par le Maroc à l'encontre de l'Espagne et contestée par celle-ci. C'est au paragraphe 34 de l'avis consultatif qu'on retrouve des traces du différend présenté dans l'ordonnance comme paraissant avoir existé le 13 décembre 1974. Sans faire aucune référence à l'ordonnance, le paragraphe 34 de l'avis consultatif énonce qu'il *existe dans la présente affaire* une controverse juridique, mais une controverse qui a surgi lors des débats de l'Assemblée générale et au sujet de problèmes traités par celle-ci. Le différend juridique entre le Maroc et l'Espagne dont l'ordonnance de mai 1975 a supposé l'existence au 13 décembre précédent se trouve donc, dans le présent avis consultatif, transformé en une controverse juridique existant encore en octobre 1975 mais définie par une référence à des débats de l'Assemblée générale. La suite du paragraphe 34 de l'avis consultatif, ainsi que les paragraphes 35 et 36, sont consacrés à la définition plus détaillée de cette controverse. Elle remonte à l'année 1958 et a pour origine une revendication du Sahara occidental par le Maroc comme faisant partie intégrante de son territoire national, revendication à laquelle l'Espagne s'est opposée. Selon le paragraphe 36, la controverse ainsi surgie à l'Assemblée générale au sujet du Sahara occidental a persisté.

Quoi qu'il ait pu en être au stade des débats à l'Assemblée générale, les déclarations faites par le Maroc et par l'Espagne dès le début de la procédure devant la Cour ont rendu clair qu'en la présente affaire il n'existe aucune question juridique pendante entre ces deux Etats quant au Sahara occidental. Le Maroc ne conteste pas la souveraineté actuelle de l'Espagne sur ce territoire; aussi bien le Maroc que l'Espagne acceptent, pour sa décolonisation, l'application des résolutions de l'Assemblée générale. En d'autres termes, la Cour ne se trouve pas devant une revendication de droit formulée par le Maroc à l'encontre de l'Espagne et contestée par celle-ci — ce qui aurait en effet constitué un différend juridique entre les deux Etats. Ce en quoi leurs opinions diffèrent depuis les débats de l'Assemblée générale, ce sont les modalités qu'il reste encore à arrêter pour la réalisation de la décolonisation. Que des Etats participant aux débats de l'Assemblée générale manifestent des divergences de vues au sujet des questions débattues ne saurait être considéré comme constituant un différend juridique entre eux. A mes yeux, la désignation, en la présente affaire, d'un juge *ad hoc* par le Maroc en vertu de l'article 89 du Règlement a manqué de fondement. Si j'avais apprécié la situation autrement, j'aurais été d'avis que la Mauritanie, elle aussi, avait droit à la désignation d'un juge *ad hoc*. Pour ces raisons, j'ai voté contre l'ordonnance du 22 mai 1975 dans son ensemble.

Cependant le caractère juridique que l'article 65, paragraphe 1, du Statut exige d'une question, pour qu'elle puisse faire l'objet d'un avis consultatif, ne dépend pas de l'existence d'un différend juridique entre deux ou plusieurs Etats. Il me faut donc poursuivre l'examen du caractère juridique des questions posées à la Cour par la présente requête pour avis consultatif.

Le contexte dans lequel ces questions ont été formulées est celui de la

The terms in which the Court expressed itself in the Order are such as to suggest that it supposed that the present case related to a territorial claim formulated by Morocco against Spain, and disputed by the latter. In paragraph 34 of the Advisory Opinion one finds traces of the dispute which is presented in the Order as appearing to have existed on 13 December 1974. Paragraph 34 of the Advisory Opinion states, without making any reference to the Order, that *there is in this case* a legal controversy, but one which arose during the proceedings of the General Assembly and in relation to matters with which it was dealing. The legal dispute between Morocco and Spain which was taken by the Order of May 1975 to have existed on 13 December 1974 is thus transformed, in the Advisory Opinion, into a legal controversy still existing in October 1975 but defined by reference to the proceedings of the General Assembly. The rest of paragraph 34 of the Advisory Opinion, and paragraphs 35 and 36, are devoted to a more detailed definition of this controversy. It goes back to 1958, and originated from a claim by Morocco to Western Sahara as being an integral part of its national territory, a claim opposed by Spain. According to paragraph 36, the controversy which thus arose in the General Assembly with regard to Western Sahara continued to subsist.

Whatever may have been the position at the time of the discussions in the General Assembly, the statements made by Morocco and Spain from the very outset of the proceedings before the Court have made it clear that in the present case there is no legal question pending between these two States with regard to Western Sahara. Morocco does not dispute the present sovereignty of Spain over the territory, and both Morocco and Spain accept, for its decolonization, the application of the resolutions of the General Assembly. In other words, the Court is not faced with a legal claim of right made by Morocco against Spain, and disputed by Spain, which would have constituted a legal dispute between the two States. The point on which their opinions have differed since the discussions in the General Assembly is that of the procedures still to be decided for the implementation of the decolonization. For States taking part in discussions in the General Assembly to express divergent views on the questions under discussion cannot be regarded as constituting legal disputes between them. In my opinion, the appointment in the present case of a judge *ad hoc* by Morocco by virtue of Article 89 of the Rules was not warranted. Had I taken a different view of the situation, I would have been of the opinion that Mauritania also was entitled to choose a judge *ad hoc*. For those reasons, I voted against the Order of 22 May 1975 as a whole.

However, the legal character which Article 65, paragraph 1, of the Statute requires of a question, if it is to be the subject of an advisory opinion, does not depend on the existence of a legal dispute between two or more States. I must thus pursue my examination of the legal character of the questions put to the Court in the present request for an advisory opinion.

The context in which those questions have been formulated is that of the

décolonisation du Sahara occidental sous administration espagnole. Point n'est besoin de rappeler la place qu'occupe, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, la décolonisation dans l'évolution actuelle du droit international. Sous l'inspiration d'une série de résolutions de l'Assemblée générale, notamment la résolution 1514 (XV), un véritable droit de la décolonisation est en train de prendre forme. Il procède essentiellement du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes proclamé par la Charte des Nations Unies et confirmé par un grand nombre de résolutions de l'Assemblée générale. Mais, dans certains cas d'espèce, on doit également tenir compte du principe de l'unité et de l'intégrité nationales des Etats, principe qui a fait, lui aussi, l'objet de résolutions de l'Assemblée générale. C'est donc par la combinaison d'éléments différents du droit international évoluant sous l'inspiration de l'Organisation des Nations Unies que le processus de décolonisation se poursuit. La décolonisation d'un territoire peut soulever la question de l'équilibre nécessaire entre le droit de sa population à l'autodétermination et l'intégrité territoriale d'un ou même de plusieurs Etats. On peut se demander, par exemple, si le fait que le territoire appartenait, au moment de sa colonisation, à un Etat qui existe encore aujourd'hui justifie que cet Etat le revendique au nom de son intégrité territoriale. Cette thèse a été avancée et contestée. La question de sa validité en général et la question de son applicabilité au Sahara occidental sont d'un caractère juridique indéniable.

Il semble pourtant que ce genre de questions ne soient pas encore considérées comme mûres pour être déferées à la Cour. La raison en est sans doute que la grande variété de données géographiques ou autres dont il faut tenir compte en matière de décolonisation n'a pas encore permis de constituer un corps de règles et une pratique suffisamment élaborés pour couvrir toutes les situations pouvant poser des problèmes. En d'autres termes, bien que ses principes directeurs soient dégagés, le droit de la décolonisation ne constitue pas encore un corps de doctrine et de pratique achevé. Il est donc naturel que les forces politiques soient toujours à l'œuvre pour préciser et compléter le contenu de ce droit dans des cas d'espèce comme celui du Sahara occidental. Ainsi l'Assemblée générale s'est-elle réservée la tâche de déterminer les modalités de la décolonisation du territoire en conformité avec les principes de la résolution 1514 (XV). Mais, avant de s'en acquitter, elle a éprouvé le besoin d'obtenir un avis consultatif de la Cour sur deux questions considérées comme préalables aux décisions à prendre.

Les questions sur lesquelles un avis consultatif de la Cour est demandé visent le statut qu'avait le Sahara occidental à une époque révolue, définie comme le moment de sa colonisation par l'Espagne. La Cour est invitée à répondre d'abord à la question de savoir si, à ce moment, le Sahara occidental était un territoire sans maître (*terra nullius*). Au cas où sa réponse à cette première question serait négative, il lui est demandé de répondre à une deuxième question, celle de savoir quels étaient les liens juridiques dudit territoire avec le Royaume du Maroc et avec l'ensemble mauritanien. A les prendre à la lettre, ces deux questions ne demandent à la Cour que de définir quel était le régime juridique du Sahara occidental dans un passé déjà

decolonization of Western Sahara under Spanish administration. There is no need to recall the place of decolonization, under the aegis of the United Nations, in the present evolution of international law. Inspired by a series of resolutions of the General Assembly, in particular resolution 1514 (XV), a veritable law of decolonization is in the course of taking shape. It derives essentially from the principle of self-determination of peoples proclaimed in the Charter of the United Nations and confirmed by a large number of resolutions of the General Assembly. But, in certain specific cases, one must equally take into account the principle of the national unity and integrity of States, a principle which has also been the subject of resolutions of the General Assembly. It is thus by a combination of different elements of international law evolving under the inspiration of the United Nations that the process of decolonization is being pursued. The decolonization of a territory may raise the question of the balance which has to be struck between the right of its population to self-determination and the territorial integrity of one or even of several States. The question may be raised, for example, whether the fact that the territory belonged, at the time of its colonization, to a State which still exists today justifies that State in claiming it on the basis of its territorial integrity. That argument has been put forward, and has been contested. The question of its validity in general and the question of its applicability to Western Sahara are undeniably of a legal character.

It seems however that questions of this kind are not yet considered ripe for submission to the Court. The reason is doubtless the fact that the wide variety of geographical and other data which must be taken into account in questions of decolonization have not yet allowed of the establishment of a sufficiently developed body of rules and practice to cover all the situations which may give rise to problems. In other words, although its guiding principles have emerged, the law of decolonization does not yet constitute a complete body of doctrine and practice. It is thus natural that political forces should be constantly at work rendering more precise and complete the content of that law in specific cases like that of Western Sahara. Thus the General Assembly has reserved to itself the task of determining the methods to be adopted for the decolonization of the territory in accordance with the principles of resolution 1514 (XV). But, before discharging that task, it felt the need to obtain an advisory opinion of the Court on two questions which were regarded as preliminary to the decisions to be taken.

The questions on which an advisory opinion of the Court is requested relate to the status of Western Sahara at a period in the past, defined as the time of its colonization by Spain. The Court is asked to answer first the question whether, at that time, Western Sahara was a territory belonging to no-one (*terra nullius*). In the event of its answer to that first question being in the negative, it is asked to answer a second question, namely what the legal ties were between the said territory and the Kingdom of Morocco and the Mauritanian entity. Taken literally, those two questions only asked the Court to define the legal status of Western Sahara in an already distant past. The Court is not called upon to lift its eyes to the present, still less to the future. It

lointain. La Cour n'est pas appelée à lever le regard vers le présent et encore moins vers l'avenir. Elle n'est pas invitée à tirer de ses recherches historiques une conclusion juridique visant le Sahara occidental d'aujourd'hui ou de demain.

Il ressort de ce que j'ai dit plus haut que, si tel était le sens des questions posées à la Cour, je ne leur verrais pas le caractère juridique exigé par l'article 65, paragraphe 1, du Statut, car elles n'appelleraient aucune réponse portant sur la solution d'un problème juridique actuel. Or, dans le présent avis consultatif, la Cour définit les deux questions de manière à créer un tel lien avec l'actualité. Cela est énoncé notamment aux paragraphes 85 et 161 de l'avis consultatif. La Cour y expose qu'en répondant à la requête de l'Assemblée générale elle doit indiquer si, au moment de sa colonisation, le Sahara occidental avait, avec le Maroc et l'ensemble mauritanien, des liens juridiques qui pourraient influencer sur la politique à suivre pour sa décolonisation. Puis la Cour s'acquiesce de cette tâche, non pas dans le dispositif, mais au paragraphe 162 auquel le dispositif renvoie expressément. La Cour y énonce qu'elle n'a pas constaté l'existence de liens juridiques de nature à influencer sur l'application de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale quant à la décolonisation du Sahara occidental et en particulier sur l'application du principe d'autodétermination grâce à l'expression libre et authentique de la volonté des populations du territoire. C'est cette orientation du présent avis consultatif qui lui confère à mes yeux le caractère de réponse à une question juridique au sens de l'article 65, paragraphe 1, du Statut. Mais est-ce vraiment conforme à la requête de l'Assemblée générale?

Nous venons de dire qu'à la lettre les questions formulées ne demandent pas à la Cour de définir une situation juridique actuelle. Tout au long de la procédure, le Maroc et la Mauritanie ont fait valoir que la Cour n'était pas invitée à se prononcer sur l'effet de ses constatations quant aux modalités de la décolonisation du Sahara occidental. Selon ces deux Etats, qui ont joué un rôle important pour la formulation et l'adoption de la résolution 3292 (XXIX), l'incidence qu'auraient éventuellement les conclusions de la Cour sur la définition des modalités de la colonisation du Sahara occidental relèverait entièrement des décisions de nature politique que l'Assemblée générale s'est réservée de prendre. Dans ces conditions, on peut se demander si l'interprétation que la Cour a décidé de donner aux questions posées correspond bien aux intentions de l'Assemblée générale ou si elle ne représente pas plutôt une nouvelle formulation de ces questions.

Quoi qu'il en soit, je pense que cette orientation de l'avis consultatif aurait dû faire l'objet d'un délibéré et d'une décision au début et non à l'extrême fin de la procédure. J'y vois un autre exemple de question préliminaire pouvant surgir dans une affaire consultative et devant, à mes yeux, être traitée comme telle et tranchée avant l'ouverture définitive de toute procédure sur le fond. Il me semble qu'en la présente affaire une telle organisation de la procédure aurait été particulièrement indiquée par égard pour les Etats représentés

is not asked to draw from its historical research any legal conclusion relating to the Western Sahara of today or of tomorrow.

It follows from what I have said above that, if such were the meaning of the questions put to the Court, I would not find they had the legal character required by Article 65, paragraph 1, of the Statute, for they would not call for any answer bearing on the solution of a legal problem of the present time. In the present Advisory Opinion, however, the Court defines the two questions in such a way as to create such a link with the present time. This is to be found in *inter alia* paragraphs 85 and 161 of the Advisory Opinion. The Court explains there that in answering the request of the General Assembly it must indicate whether at the time of its colonization, Western Sahara had, with the Kingdom of Morocco and the Mauritanian entity, such legal ties as may affect the policy to be followed in its decolonization. Then the Court fulfils that task, not in the operative part of its Advisory Opinion, but in paragraph 162, to which the operative part expressly refers. There the Court states that it has not found legal ties of such a nature as might affect the application of General Assembly resolution 1514 (XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the territory. It is that approach in the present Advisory Opinion which confers on it in my view the character of an answer to a legal question within the meaning of Article 65, paragraph 1, of the Statute. But is this really in harmony with the request of the General Assembly?

I have just observed that, taken literally, the questions asked do not call on the Court to define a current legal situation. Throughout the proceedings, Morocco and Mauritania have asserted that the Court was not asked to pronounce on the effect its findings might have on the procedures for the decolonization of Western Sahara. According to those two States, which played an important part in the formulation and adoption of resolution 3292 (XXIX), the effect which the Court's conclusions might possibly have as regards determination of the procedures for the decolonization of Western Sahara is entirely a matter for the decisions of a political nature which the General Assembly has reserved for itself. That being so, one may wonder whether the interpretation which the Court has decided to give to the questions put is in fact in accordance with the intentions of the General Assembly, and whether it does not, rather, represent a new formulation of those questions.

However that may be, I think that this approach by the Advisory Opinion should have been the subject of a deliberation and a decision at the beginning and not right at the end of the proceedings. To me it is a further example of a preliminary question which may arise in advisory proceedings and which should, in my view, be treated as such and dealt with before the definitive opening of any proceedings on the merits. It seems to me that in the present case to have organized the proceedings in that way would have been

devant la Cour, lesquels n'ont cessé de répéter que l'Assemblée générale n'avait nullement invité la Cour à se prononcer sur l'effet éventuel de ses constatations quant au processus de décolonisation. En ne dévoilant pas qu'elle envisageait de le faire, la Cour n'a pas fait comprendre aux Etats dont il s'agit l'intérêt qu'ils avaient à exposer leurs vues sur ce sujet.

Le point de savoir dans quelles conditions et dans quelle mesure des liens juridiques passés peuvent influencer la décolonisation d'un territoire me semble relever d'un domaine encore mal exploré du droit international contemporain. C'est pourquoi je trouve que la Cour n'aurait pas dû aborder ces questions sans procéder à un examen de leurs aspects théoriques aussi bien que pratiques. Force m'est de constater que le paragraphe 162 de l'avis consultatif ne porte pas la marque d'une telle analyse.

*

La participation des Etats intéressés a conféré à la présente procédure un caractère tout à fait inaccoutumé tendant à obscurir la différence de principe entre le contentieux et le consultatif. Alors qu'en matière contentieuse la Cour a devant elle des parties qui plaident leur cause et doivent apporter, le cas échéant, des preuves à l'appui de leurs thèses, la procédure consultative suppose que la Cour se procure elle-même les renseignements dont elle a besoin, dans la mesure où les Etats ne les lui fournissent pas. Dans une procédure contentieuse, si une partie n'arrive pas à justifier une demande, la Cour n'a qu'à la rejeter, tandis qu'en matière consultative la tâche de la Cour ne se limite pas à évaluer la force probante des renseignements apportés par des Etats, mais consiste à essayer de se former une opinion à l'aide de tous les éléments d'information à sa portée.

En la présente affaire, l'Assemblée générale, en formulant sa requête pour avis consultatif, a demandé expressément à l'Espagne, au Maroc et à la Mauritanie de soumettre à la Cour tous renseignements ou documents pouvant servir à élucider les questions posées. Répondant à cette invitation, ces trois Etats, auxquels s'est jointe l'Algérie, ont continué devant la Cour le débat sur le Sahara occidental qu'ils avaient entamé à l'Assemblée générale. L'effet en a été que la procédure a pris une allure beaucoup plus contentieuse que consultative. Ainsi les trois Etats ont-ils présenté à la Cour une abondante documentation historique et cartographique dont la signification a fait l'objet de nombreuses contestations. Les mêmes événements, les mêmes traités, les mêmes actes législatifs et administratifs, les mêmes phénomènes religieux, culturels et linguistiques ont été présentés et interprétés de manières différentes, souvent contradictoires. Sur maints points, la Cour a été invitée à faire un choix entre des thèses différentes.

Bien que ces divergences de vues entre les Etats intéressés n'aient pas abouti à des revendications de droits, la procédure s'est déroulée comme s'il en avait été ainsi. L'activité de la Cour en vue de se procurer d'autres éléments d'information que ceux qui avaient été mis à sa disposition par les Etats

particularly advisable out of consideration for the States represented before the Court, which have unceasingly repeated that the General Assembly had by no means asked the Court to state its view concerning the possible effect its findings might have on the decolonization procedure. In not revealing that it contemplated doing so, the Court failed to convey to the States concerned the importance for them of stating their views on the subject.

The question of the extent to which, and under what conditions, past legal ties may influence the decolonization of a territory seems to me to fall within an as yet inadequately explored area of contemporary international law. That is why I find that the Court should not have approached those questions without first examining both their theoretical and their practical aspects. I am bound to say that paragraph 162 of the Advisory Opinion bears no signs of any such analysis.

*

The participation of the interested States had conferred on the present proceedings a wholly unusual character tending to obscure the difference in principle between contentious and advisory proceedings. Whereas in contentious proceedings the Court has before it parties who plead their cause and must, where necessary, produce evidence in support of their contentions, in advisory proceedings it is assumed that the Court will itself obtain the information it needs, should the States not have supplied it. In contentious proceedings, if a party does not succeed in producing good grounds for a claim, the Court has only to dismiss it, whereas in advisory proceedings the Court's task is not confined to assessing the probative force of the information supplied by States, but consists in trying to arrive at an opinion with the help of all the elements of information available to it.

In the present case, the General Assembly, in formulating its request for an advisory opinion, expressly called upon Spain, Morocco and Mauritania to submit to the Court all such information and documents as might be needed to clarify the questions posed. In response to that call, those three States, who were joined by Algeria, continued before the Court the discussion over Western Sahara on which they had embarked in the General Assembly. As a result the proceedings assumed an aspect which was much more contentious than advisory. Thus we had the three States submitting to the Court abundant historical and cartographical documentation the significance of which was the subject of much dispute. The same events, the same treaties, the same legislative and administrative acts, and the same religious, cultural and linguistic phenomena were represented and interpreted in a variety of ways, which were often contradictory. On many a point the Court was invited to choose between differing contentions.

Although those differences of view between the interested States did not culminate in the claiming of rights, the proceedings developed as though that had been so. Action by the Court to obtain other elements of information than those made available to it by the interested States were thereby

intéressés s'en est trouvée réduite. Elle n'a pas éprouvé le besoin de rechercher d'autres renseignements que ceux qui lui étaient fournis par les Etats intéressés. Elle ne s'est pas adjoint d'asseurs experts en droit islamique ou en histoire de l'Afrique, comme son Statut le lui aurait permis. Il est notoire que sa pratique interne ne prévoit pas la désignation de *juges rapporteurs*. Certes chaque juge a dû — dans les limites de ses connaissances linguistiques — se frayer un chemin à travers l'immense littérature qui existe sur les questions d'histoire africaine évoquées et il a pu faire part à ses collègues des fruits de ses lectures. Il est néanmoins frappant que l'avis consultatif soit fondé presque exclusivement sur des documents et arguments présentés par les Etats intéressés, lesquels sont retenus ou rejetés en fonction d'un examen des preuves offertes. On ne trouve pas ici la zone d'incertitude dans laquelle un avis consultatif devrait laisser les faits qui ne sont pas établis mais dont le contraire n'est pas prouvé non plus.

*

Ce qui vient d'être développé n'affecte pas la compétence de la Cour pour donner un avis consultatif sur des questions qu'elle définit comme elle l'a fait de celles qui lui ont été posées par l'Assemblée générale. Reste à examiner l'opportunité pour la Cour d'y répondre. Un tel examen s'impose, à mes yeux, avec une acuité particulière en ce qui concerne la première des deux questions adressées à la Cour, celle de savoir si le Sahara occidental était, au moment de sa colonisation par l'Espagne, un territoire sans maître (*terra nullius*).

Cette question est née d'un débat au commencement duquel on a contesté la validité des titres de l'Espagne sur les différentes parties du Sahara occidental. Que l'expression *terra nullius* ait pu faire son apparition dans ce débat s'explique, puisque ce terme technique a servi, dans la doctrine, à définir la légalité de certains modes d'acquisition de territoire par des Puissances coloniales. Mais ce stade du débat sur le Sahara occidental est maintenant dépassé. La requête pour avis consultatif n'invite pas la Cour à se prononcer sur la légitimité de l'acquisition par l'Espagne de la souveraineté sur le Sahara occidental. La question de savoir si ce territoire était *terra nullius* au moment de sa colonisation manque donc d'objet dans le contexte de la présente affaire. Ce sur quoi l'Assemblée générale a éprouvé le besoin d'être renseignée par la Cour, c'est le bien-fondé des prétentions du Maroc et de la Mauritanie dont l'un a fait valoir que la souveraineté sur le Sahara occidental au moment de sa colonisation lui revenait, tandis que l'autre a avancé qu'au même moment ce territoire appartenait en co-souveraineté à une pluralité d'émirats et de confédérations tribales dénommée l'ensemble mauritanien. Dans sa réponse à la première des questions posées par l'Assemblée générale, l'avis consultatif passe à côté de cet objet de la requête. C'est en éludant la question de la souveraineté que les paragraphes 81 et 82 de l'avis énoncent que le Sahara occidental n'était pas *terra nullius* puisqu'il y avait dans ce territoire des tribus nomades ayant une organisation sociale et politique. Ce dernier fait n'a jamais été contesté par l'Espagne et ne doit guère être nouveau pour l'Assemblée générale.

diminished. The Court did not feel the need to seek other information than that submitted to it by the interested States. It did not arrange for experts in Islamic law or in the history of northern Africa to sit with it as assessors, as its Statute would have allowed. It is common knowledge that its internal practice does not provide for the appointment of *juges-rapporteurs*. It is true that each judge has had to struggle—as far as his knowledge of languages would allow—through the immense literature existing on the questions of African history to which reference was made, and has been able to inform his colleagues of the fruit of his reading. It is nevertheless striking that the Advisory Opinion should be based almost exclusively on the documents and arguments submitted by the interested States, which are accepted or dismissed in the light of an examination of the evidence adduced. One does not find here the margin of uncertainty in which an advisory opinion ought to leave the facts which have neither been proved nor disproved.

*

What has just been expounded does not affect the competence of the Court to give an advisory opinion on questions defined by it in the way in which it has defined those put to it by the General Assembly. There remains the question of the propriety of the Court's answering them. The need to go into that question is, in my view, particularly acute as regards the first of the two questions put to the Court, namely whether Western Sahara was, at the time of colonization by Spain, a territory belonging to no-one (*terra nullius*).

This question originated in a debate at the beginning of which the validity of Spain's titles to various parts of Western Sahara had been contested. It is understandable that the term *terra nullius* should have made its appearance in that debate, since that technical term has been used by legal writers, to define the legality of certain ways in which colonial Powers acquired territory. But that phase of the debate on Western Sahara is now over. The request for an advisory opinion does not ask the Court to state its view as to the lawfulness of the acquisition by Spain of sovereignty over Western Sahara. The question of whether the territory was *terra nullius* at the time of colonization is thus without object in the context of the present case. What the General Assembly felt the need to be informed about by the Court was the validity of the claims of Morocco and Mauritania, of which one claimed that it had sovereignty over Western Sahara at the time of colonization, whereas the other asserted that at that time the territory belonged in co-sovereignty to an assemblage of emirates and tribal confederations called the Mauritanian entity. In its answer to the first of the questions put by the General Assembly, the Advisory Opinion sidesteps that object of the request. Paragraphs 81 and 82 of the Opinion evade the question of sovereignty when they state that Western Sahara was not *terra nullius* since there were in that territory nomadic tribes having a social and political organization. This latter fact has never been disputed by Spain and will hardly be news to the General Assembly.

Vu ce qui précède, je trouve inutile et en conséquence inopportun pour la Cour de répondre à la première des deux questions posées.

En ce qui concerne la seconde question, les circonstances sont différentes. Portant sur les liens juridiques ayant éventuellement existé entre le Sahara occidental et le Maroc ou l'ensemble mauritanien, elle couvre le problème de la souveraineté. A mes yeux, c'est essentiellement sur ce point que l'Assemblée générale a besoin d'être renseignée. C'est pourquoi je trouve opportun de répondre à la seconde question.

La réponse de la Cour à cette question est donnée au paragraphe 162 de l'avis consultatif. La partie essentielle de ce paragraphe est la conclusion de la Cour selon laquelle les éléments et renseignements portés à sa connaissance n'établissent l'existence d'aucun lien de souveraineté territoriale entre le territoire du Sahara occidental d'une part et le Royaume du Maroc et l'ensemble mauritanien d'autre part. Je ne crois pas possible d'arriver à une autre conclusion sur la base des éléments dont dispose la Cour. Je suis donc d'accord également avec la dernière phrase du paragraphe 162, selon laquelle la Cour n'a pas constaté l'existence de liens juridiques de nature à influencer sur l'application de la résolution 1514 (XV) quant à la décolonisation du Sahara occidental et en particulier sur l'application du principe d'autodétermination grâce à l'expression libre et authentique de la volonté des populations du territoire. Je crois utile de signaler que cette phrase n'indique pas quel effet aurait eu sur la décolonisation du Sahara occidental un prononcé de la Cour constatant l'existence d'anciens liens de souveraineté entre ce territoire et le Maroc ou l'ensemble mauritanien.

A mes yeux, les constatations faites dans les deux dernières phrases du paragraphe 162 suffisent pour répondre à la question de l'Assemblée générale, qui ne vise que l'existence de liens juridiques passés mais pouvant permettre aujourd'hui au Maroc ou à la Mauritanie de formuler des demandes concernant la décolonisation du Sahara occidental. Le début du paragraphe 162 contient cependant deux déclarations auxquelles je ne saurais souscrire car, à mes yeux, elles sont superflues et dépassent l'objectif de la requête pour avis consultatif. La Cour énonce que les éléments et renseignements portés à sa connaissance montrent l'existence de liens juridiques d'allégeance entre le sultan du Maroc et certaines des tribus vivant sur le territoire du Sahara occidental, ainsi que l'existence de droits, y compris certains droits relatifs à la terre, qui constituaient des liens juridiques entre l'ensemble mauritanien, au sens où la Cour l'entend, et le territoire du Sahara occidental. Pour ma part, je doute que les éléments dont dispose la Cour lui permettent de se prononcer aussi catégoriquement. La portée de la première déclaration dépend en tout cas d'une analyse de la signification réelle de l'allégeance invoquée et d'une identification exacte des tribus qui la reconnaissent et des parties du Sahara occidental où elles se trouvent. L'une et l'autre sont absentes du présent avis consultatif.

D'autre part les liens ayant existé entre le territoire du Sahara occidental et l'ensemble mauritanien sont certainement nombreux et importants, mais on ne saurait les considérer comme des liens juridiques entre eux. C'est surtout la

In view of the foregoing, I find it pointless and consequently inappropriate for the Court to answer the first of the two questions put.

As regards the second question, the circumstances are different. Relating as it does to the legal ties which may have existed between Western Sahara and Morocco or the Mauritanian entity, it covers the problem of sovereignty. In my view, it is essentially on that point that the General Assembly needs enlightenment. That is why I find it proper to answer the second question.

The answer of the Court to that question is given in paragraph 162 of the Advisory Opinion. The essential part of that paragraph is the Court's conclusion that the materials and information presented to it do not establish any tie of territorial sovereignty between the territory of Western Sahara and the Kingdom of Morocco and the Mauritanian entity. I do not believe it possible to arrive at any other conclusion on the basis of the information available to the Court. I am therefore also in agreement with the last sentence of paragraph 162, according to which the Court has not found legal ties of such a nature as might affect the application of resolution 1514 (XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the territory. I feel it is as well to point out that this sentence does not indicate what would have been the effect on the decolonization of Western Sahara of a pronouncement by the Court establishing the existence of former ties of sovereignty between that territory and Morocco or the Mauritanian entity.

In my view, the findings stated in the last two sentences of paragraph 162 suffice to answer the General Assembly's question, which only relates to the existence of legal ties which belong to the past but which are such as to allow Morocco or Mauritania now to make claims concerning the decolonization of Western Sahara. The beginning of paragraph 162, however, contains two statements to which I cannot subscribe, for in my view they are superfluous and go beyond the purpose of the request for an advisory opinion. The Court states that the materials and information presented to it show the existence of legal ties of allegiance between the Sultan of Morocco and some of the nomadic tribes found in the territory of Western Sahara, together with the existence of rights, including certain rights relating to the land, which constitute legal ties between the Mauritanian entity, as understood by the Court, and the territory of Western Sahara. For my part, I doubt whether the information available to the Court allows it to make such a categorical assertion. The effect of the first statement depends in any case on an analysis of the real significance of the allegiance mentioned, and on an exact identification of the tribes acknowledging it and of the parts of Western Sahara inhabited by them. No such analysis or identification are to be found in the Advisory Opinion.

Furthermore, the ties which existed between the territory of Western Sahara and the Mauritanian entity were certainly numerous and important, but one could not regard them as legal ties between them. Mauritania's

contribution de la Mauritanie à la procédure qui a démontré l'existence, à l'époque visée par la requête pour avis consultatif, d'un genre de vie et d'un riche héritage culturel communs à une pluralité de tribus nomadisant dans de vastes territoires de l'Afrique du Nord-Ouest compris aujourd'hui dans le Sahara occidental et dans les Etats voisins, notamment la Mauritanie. Que des tribus distinctes aient la même religion, la même langue, la même structure sociale et politique, le même mode de vie et les mêmes traditions littéraires, musicales et artistiques ne signifie pas qu'elles soient soudées en une entité étatique. Certes, ce genre de liens non juridiques pourraient donner lieu à l'établissement de liens juridiques représentant la création d'une telle entité, mais pareille évolution ne s'est pas produite en ce qui concerne le Bilad Chinguiti, dénomination traditionnelle des territoires où se retrouvent les tribus précitées. Cela n'empêche pas que l'Assemblée générale puisse trouver approprié de tenir compte des facteurs non juridiques ci-dessus évoqués, lorsqu'elle déterminera les modalités de la décolonisation du Sahara occidental, mais ses décisions à cet égard auront un caractère purement politique. Il ne revient donc pas à la Cour de se prononcer à ce sujet.

C'est pourquoi je trouve que la première partie du paragraphe 162 de l'avis consultatif n'aurait pas dû y figurer, d'autant moins que la requête pour avis consultatif ne saurait être interprétée comme ayant invité la Cour à constater l'existence de liens entre le territoire du Sahara occidental et le Maroc ou l'ensemble mauritanien autres que les liens juridiques qui pourraient influencer sur l'application de la résolution 1514 (XV) à la décolonisation de ce territoire.

(Signé) S. PETRÉN.

contribution to the proceedings, in particular, showed the existence, at the period referred to by the request for an advisory opinion, of a way of life and a rich cultural heritage common to a large number of tribes leading a nomadic existence in vast territories of north-west Africa included today in Western Sahara and in the neighbouring States, Mauritania in particular. The fact that distinct tribes have the same religion, the same language, the same social and political structure, the same mode of life and the same literary, musical and artistic traditions does not mean that they are welded together in a State entity. It is true that non-legal ties of that kind could give rise to the establishment of legal ties amounting to the creation of such an entity, but no such development took place with regard to the Bilad Shinguitti, the traditional appellation of the territories where the said tribes were to be found. That does not mean that the General Assembly may not find it appropriate to take into account the non-legal factors mentioned above when it is determining the procedures to be followed in the decolonization of Western Sahara, but its decision in that connection will be of a purely political character. It is thus not for the Court to pronounce thereon.

That is why I find that the first part of paragraph 162 of the Advisory Opinion should not have been included, particularly as the request for an advisory opinion did not ask the Court for any finding on the existence of ties between the territory of Western Sahara and Morocco or the Mauritanian entity other than such legal ties as might affect the future application of resolution 1514 (XV) in the decolonization of the territory.

(Signed) S. PETRÉN.
