

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

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-

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

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

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.

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

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

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

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

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.

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

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.