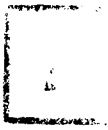


Non-Corrigé
Uncorrected



Traduction
Translation

CR 95/8 (Traduction)
CR 95/8 (Translation)

Mardi 7 février 1995
Tuesday 7 February 1995

008
The PRESIDENT: Please be seated. Professor Pellet will now continue the pleading he began yesterday. Professor Pellet.

Mr. PELLET: Thank you, Mr. President.

**THE LEGALITY OF AUSTRALIA'S CONDUCT -
THE ABSENCE OF INDONESIA (II)**

Mr. President, Members of the Court,

1. Yesterday, I endeavoured to show Australia's reasons for wishing you to decline to rule on the Application filed by Portugal. If you will allow me to summarize, I would say that there are two essential reasons for this:

- on the one hand, Australia heartily subscribes to the legal settlement of international disputes which lend themselves to it; but it also subscribes to the principle of consent to jurisdiction (at least, until a consensus in favour of the universal, compulsory jurisdiction of the Court has been achieved); and it considers that this forum should not be diverted to ends not properly its own; as a sovereign State, Indonesia has chosen not to accept the optional clause; that is its business;
- on the other hand, Australia does not mean to be used as a scapegoat, whose principal function would be to salve the conscience of Portugal which, being unable to join issue with Indonesia, is attacking a State which, in reality, as I said yesterday, can do nothing about the matter and whose alleged responsibility - a complete fabrication for the purposes of the case - could at all events be no more than consequential, derived from the responsibility of Indonesia.

009

These two decisive reasons are sufficient to warrant Australia's requesting you to preserve its rights and recall Portugal to its duties, the duties imposed upon it by the United Nations resolutions of which it makes so much - the duty "to co-operate fully with the United Nations with a view to guaranteeing the full exercise of the right to self-determination by the people of East Timor" (General Assembly resolution 36/50 of 24 November 1981) and the duty to co-operate in good faith in the consultations which the General Assembly has requested the Secretary-General to initiate "with all parties directly concerned, with a view to exploring avenues for achieving a comprehensive settlement of the problem" (resolution 37/30 of 23 November 1982). The parties directly concerned are Portugal, "the representatives of the East Timorese people" (from which it is distinct), and Indonesia. That is the proper way to settle the problem; the only legitimate way, the only legally correct way.

2. Moreover, Mr. President and Members of the Court, your Statute gives all the necessary guarantees to States that they will not be judged against their will and, in your case-law, logical, balanced consequences have always been drawn from this: "Nothing but [your] jurisdiction but the whole of [your] jurisdiction," as it has been put (CR 95/6, p. 18).

The decision in the *Monetary Gold* case in 1954 is one of the most convincing illustrations of this common-sense principle.

Faced with this jurisprudence, Portugal makes me think of a butterfly confronted by an obstinately closed windowpane: it is desperately looking for a way out in order to escape the consequences, inescapable though they are, of the "*Monetary Gold* principle". As I said yesterday:

010

- it "manufactures" an artificial case in terms of an abstraction unprecedented before the International Court;
- it shelters behind alleged United Nations decisions; and
- it introduces distinctions which are wholly "non-operative" in this case, between rights and obligations *erga omnes* and *erga singulum*.

Let us take the abstraction first.

(a) *Portugal formulates artificial questions in abstract terms*

3. Australia - like many other States, for that matter - has recognized the presence of Indonesia in East Timor and resigned itself to accepting the legal consequences of the situation. It might have been expected that Portugal, which also claims to exercise sovereign rights over this territory, would hold this against Australia and see in that recognition an internationally wrongful act whereby Australia would incur responsibility.

Portugal refrained from doing so when Australia took that decision and, apparently, in these proceedings is not pursuing this avenue, which is only too clearly blocked to it. It is in fact coming up against problems relating to the merits - it is not evident that, in international law, there is any obligation of non-recognition - and even if such a duty may exist in certain circumstances, it is not evident that the requisite conditions are satisfied in this instance. But besides these problems of substance there is also a procedural obstacle, which is unquestionably nullifying: in order to demonstrate that Australia has breached this obligation, Portugal should, of course, establish that the situation recognized by it is one of those which, under international law, cannot be recognized because they arise from the use of force. This inevitably implies that the Court would have to rule on the rights of

Indonesia, a party absent from the proceedings; and to paraphrase the Court's Judgment in the *Monetary Gold* case, "to go into the merits of such questions would be to decide a dispute between" Portugal and Indonesia.

011 "The Court cannot decide such a dispute without the consent of [Indonesia] (...). In the present case, [Indonesia's] legal interests would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision" (*I.C.J. Reports 1954*, p. 32).

since it is the situation that it - Indonesia - has created, its - Indonesia's - presence in Timor, which is the very subject-matter of the disputed recognition.

4. Aware that this is a complete dead end, Portugal seeks to adopt what it says is "another" approach.

"(I)t matters little, from a legal standpoint (it writes in its Memorial) that one should know what has been recognized. It matters little whether recognition serves to promote the incorporation of East Timor into the State of X, Y or Z or any other entity. What counts is not so much what Australia recognizes as that which it fails to recognize, i.e., the quality of the Territory of East Timor as a non-self-governing Territory, and the legal consequences deriving from this." (PM, pp. 220-221, para. 8.25 and CR 95/2, p. 66.)

In its Reply and in the oral pleadings, Portugal theorizes about this. The obligation that it

"accuses Australia of having breached and which is the point at issue is the obligation to treat a non-self-governing territory and its Administering Power as such; the duty is one of *non-disregard*, not of *non-recognition*" (PR, p. 166, para. 6.16; original emphasis).

5. Mr. Galvão Teles has explained very clearly what Portugal considers to be the meaning of this duty of "non-disregard", which would be represented here, on the one hand, by "the obligation not to treat the territory of East Timor as if it were not a non-self-governing territory" and, on the other hand, by "the obligation not to treat Portugal as if it

were not the Administering Power of that territory"; in English, "méconnaître", he adds, is "to disregard" (CR 95/2, p. 58).

012 Fair enough. Let us take this as the starting-point - but being sure to remember that it is no more than a *starting-point*. Obviously, the fact that Portugal alleges something is not enough for it to become a legal truth; it is not enough, as Portugal says somewhat arrogantly, for it to "accuse" Australia of having "disregarded" the so-called "objective" status of the two "for the Court to be able to rule on the merits" (CR 95/5, p. 53). If that were the case, the principle referred to in the *Monetary Gold* case and in many other subsequent judgments would be called into question: in that Judgment, the Court did not base itself upon a theory of appearance; it judged that it could not rule on the Italian claims because, to do so, it would first have had to declare Albania responsible, and not, of course, because Italy had taken up this or that position on that point; it had in fact changed its position!

The problem is not therefore to ascertain what Portugal alleges, but rather, to determine whether, in order to reply to those allegations, the Court can avoid ruling on the legal interests of Indonesia. It is indeed, incidentally, because the question is posited in these terms that the problems of jurisdiction and merits are so inextricably bound up with one another in this case. And it was obviously this which led Australia, wisely I believe, not to ask for its preliminary objections to be considered separately from the merits of the case.

6. This being so, it seems to me that Portugal itself gets somewhat lost here and is no longer very clear about where it stands as between recognition, non-recognition, disregard, non-disregard, etc. In its

Reply, while strongly asserting that Australia has breached a duty of "non-disregard", it nevertheless considers that

013 "[t]he Australian attitude has two facets, one affirmative - recognition of the annexation of East Timor by Indonesia - and the other negative: *non-recognition of East Timor as a non-self-governing territory and of Portugal as its Administering Power*" (PR, p. 165, para. 6.15; original emphasis).

This is absolutely classic: according to Portugal, Australia has incurred responsibility for two breaches, which it itself, moreover, presents as linked, two breaches of international law; it has recognized Indonesia's sovereign rights to Timor and, in so doing, it is alleged not to recognize East Timor as a non-self-governing territory nor Portugal as its Administering Power. We are on the firm ground of recognition and non-recognition (or disregard).

Here, Portugal sets aside the "affirmative" attitude, recognition: "For the purposes of the case under consideration" it writes, "it is the *negative aspect that matters*" (PR, p. 165, para. 6.15). "The negative aspect", in other words, non-recognition.

A complete U-turn during the oral pleadings since, at the first hearing held by the Court in this case, last Monday, one of Portugal's Co-Agents asserted before the Court that: "The Court, however, is called upon to rule on Portugal's *positive propositions*" (CR 95/2, p. 60; emphasis added). Which "positive propositions"? Essentially the following: by recognizing Indonesia *de jure* - which took the form of the negotiation, conclusion and application of the Australo-Indonesian Treaty of 1989 - Australia allegedly "disregarded" the rights of the people of East Timor and those which belonged to it, Portugal, as Administering Power.

014 These internal contradictions may perhaps indicate a certain confusion but, in reality, they are not of any great importance so far as we are concerned: recognition ("positive") or non-recognition ("negative") comes down to the same thing, at any rate as regards our problem. Non-recognition (or disregard) on the one hand and recognition on the other are indissociably linked: the one is no more than the consequence, and can only be deduced from the other "as a matter of absolute logical necessity", as Portugal is fond of repeating.

7. It is not my task to deal with the question of the merits. I simply have to show that the distinction that Portugal seeks to draw between recognition of the Indonesian presence and disregard of Portugal's alleged rights as Administering Power, is inadmissible. Not only are these two sides of the same coin - this is, incidentally, the tenor of the Portuguese presentation - but also, but above all, Portugal could establish the wrongfulness of the latter ("disregard") only if it manages to show that the former (recognition) is wrongful. Along this path the Court cannot follow it, for the question of the legality or illegality of recognition would necessitate its ruling on the conduct of Indonesia. Yet in accordance with your case-law, called to mind yesterday by Professor Crawford,

"To adjudicate upon the international responsibility of [Indonesia] without her consent would run counter to a well-established principle of international law embodied in the Court's Statute, namely, that the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent." (Case of the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, *I.C.J. Reports 1954*, p. 32; see also *Certain Phosphate Lands in Nauru*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 258.)

8. Before dealing briefly with this, however, it seems to me to be necessary to clarify a point to which Professor Crawford and Mr. Staker will return in greater detail.

015

The Portuguese assertions are inaccurate as regards the actual subject-matter of the recognition for which Australia is reproached. Indeed, contrary to what Portugal claims, Australia has never pronounced, either expressly or implicitly, on the status of the territory of East Timor and, above all, it has never disputed the fact that the people of this territory have the right to self-determination. On the contrary, the recognition for which Australia is reproached was only accorded in parallel with the recognition, just as clear, of the right of the people of East Timor to self-determination, which is thus fully recognized.

9. The only plausible problem is therefore the following: Has Australia, by not recognizing that its possible status of Administering Power gives Portugal an exclusive right to enter into international commitments on behalf of the people and the territory of East Timor, violated an international obligation incumbent upon it?

Quite apart from the merits, I firmly believe that the problem of the *disregard* (negative proposition) is insoluble for Portugal - and by the Court - unless the question of the validity of the *recognition* (positive proposition) of the presence of Indonesia is first settled. And naturally, if the Court has to rule on this validity, it will necessarily be obliged to consider it on the only ground upon which this validity could be disputed, namely, that of the lawfulness of the presence of Indonesia in East Timor. Only if Indonesia - not Portugal, not Australia - only if Indonesia is unable to avail itself of any right to East Timor is Portugal entitled to complain of Australia's recognition.

016 Moreover, to establish these alleged breaches of international law, Portugal is in fact obliged to contradict itself and to recognize, incidentally with a certain honesty, a certain ingenuousness, that the wrongful action allegedly at the root of Australia's responsibility is itself grounded on ... the recognition of the rights of Indonesia. This is quite striking in the key passages of its argument on this point - but of its argument on the merits.

10. I was very much struck, as I listened to Portugal's counsel putting forward that country's contentions last week, by the extraordinary split personality from which they seem to suffer: when they plead the Court's jurisdiction, they defend a thesis completely different from, and much more abstract than, the one they put forward when they deal with the merits; this is true of Mr. Galvão Teles; it is also true of Professor Dupuy. In their pleadings on jurisdiction, they each engage in a completely abstract exercise based on an almost mystical creed, which consists essentially in saying: "Never mind the facts, Timor is a non-self-governing territory and Portugal is its only legitimate representative internationally, in its capacity as its Administering Power; we - that is, Portugal - ask the Court to find this". On the other hand, when they plead the merits, our friends adopt a completely different line; for then indeed they have to show in what respect and why Australia has breached the rights thus proclaimed; Indonesia then occupies the front of the stage for, of course, Australia's responsibility, if it exists, cannot in any way be separate from and independent of the original responsibility of Indonesia.

This legal schizophrenia is out of place. Portugal cannot present its case in a certain manner in order to circumvent the preliminary

017 obstacles arising on its path, and subsequently change its whole statement of the problems when it argues on the merits; it cannot "set aside" Indonesia in order to establish the jurisdiction of the Court, and reintroduce it when it comes to deal with the merits.

However, as we shall see, this is exactly what it does.

11. Taking up the issue - central to its argument - of the "disregard by Australia of East Timor's status as a non-self-governing territory and of Portugal's status as its Administering Power", Portugal states in its Reply:

"Three points of fact are of fundamental importance:

- (a) *As early as February 1979, Australia recognized de jure an annexation of East Timor by Indonesia;*
- (b) *According to the Australian Government, such recognition was implied by the actual beginning of negotiations concerning the Timor Gap, by virtue of the nature of those negotiations;*
- (c) *On the basis of such recognition, and in execution thereof, Australia not only conducted and is still conducting negotiations with Indonesia, but has also concluded the 'Agreement', adopted the internal Acts referred to in paragraph 6.02 above, and begun the exploration of the continental shelf in the Timor Gap." (PR., p. 160, para. 6.08.)*

We heard the same reasoning last week from Professor Sérvulo Correia:

"Les négociations relatives au Timor Gap, qui ont commencé par la reconnaissance de jure, par l'Australie, de l'annexion du Timor oriental ..." (CR 95/2, p. 33; emphasis added).

Thus, on Portugal's own admission, the starting-point of the argument is not the "disregard" of its rights, but actually the recognition of those of Indonesia. Admittedly, Portugal does not present this as anything other than a "point of fact", but the point is an irrelevant one legally unless the fact constitutes a wrong, since in itself the

018 recognition of a territorial situation is obviously not such as to engage the responsibility of the recognizing party, contrary to what the learned but crafty counsel of Portugal strove to suggest in concluding their oral pleadings last week.

12. Moreover, immediately after setting forth these fundamental "facts", Portugal observes that

"the point essential - 'essential' is the word it uses - to the case under consideration is that to recognize de jure the annexation of a non-self-governing territory by a State means, as a matter of absolute logical necessity, no longer to recognize that territory as a non-self-governing territory" (ibid., p. 162, para. 6.11; original emphasis).

Moreover Portugal repeats this sentence, word for word, four paragraphs further on (p. 165, para. 6.15) and Mr. Galvão Teles repeated it in his turn at this bar last Monday (CR 95/2, p. 59). For it is indeed important, this sentence, since it shows that the non-recognition - or the disregard - of the presumed rights of Portugal consists solely in the recognition of Indonesia's rights. And that recognition is, of course, held to be wrongful, otherwise the responsibility of Australia could not be engaged. There is no other legal ground for that responsibility; nor does Portugal invoke any.

13. Such, too, is the next stage in the Portuguese argument:

"The de jure recognition of an annexation or, more precisely, the non-recognition of Portugal as the administering Power of East Timor and of East Timor as a non-self-governing Territory have a constituent function: they are the very foundation of wrongfulness." (PR., p. 166, para. 6.16; original emphasis.)

Let it be said in passing, I do not believe it is "more precise" to speak of non-recognition of the rights of one party than of recognition of the rights of the other: I think they are quite simply the same

019 thing. At all events, this confirms that, in the view of Portugal itself, the two aspects, recognition of the Indonesian presence and disregard of the rights of Portugal, are equivalent and inseparable.

14. It is true that, up to now, we do not find from Portugal's pen the explicit accusation that the behaviour of Indonesia is wrongful. This is evident only from my comments on the quotations which I have read out. The fact remains that the Portuguese argument collapses if that wrongfulness is not pleaded. It is a necessity, otherwise the wrongfulness ascribed to Australia, which, as Portugal itself admits, is merely consequential, vanishes in its turn. To skip a necessary step in the argument is not to render it unnecessary.

In your august tribunal, Members of the Court, merely to plead is not enough. One must prove. Portugal resigns itself to that - or has a go at it - in the next section of its Reply, and in the next stage of its pleadings on the merits, in which it contends that "Australia cannot find support in the international law of recognition" (pp. 170-183). Here it indicates clearly why it considers Australia's recognition wrongful:

- because "East Timor is occupied by Indonesia pursuant to military action which the United Nations has 'deplored'" (PR, p. 172, para. 6.29);
- because, according to General Assembly resolution 2625 (XXV), "no territorial acquisition obtained by the threat or use of force shall be recognized as legal" (*ibid.*);
- because that principle "is confirmed by ... practice" (p. 172, para. 6.30,); and
- because

020

"the doctrine of non-recognition was developed within the context of the unlawful use of force [and because] that principle is directed against the recognition of situations or acts incompatible with 'the most basic principles of international law', of which aggression was a notable ... example" (p. 176, para. 6.37).

It is, of course, the actions of Indonesia - not of Australia - which are the target of these allegations, on whose accuracy I can, therefore, only remain silent. Besides, as I said yesterday, Portugal expressly recognizes that "Australia, for its part, is obviously not the author of any direct act of violence against the people of East Timor" (p. 219, para. 7.32), unlike Indonesia which (quoting Portugal again) has invaded "by the use of force" the territory of East Timor and conducted "systematic ... repression" against it (pp. 218-219, para. 7.31; see also CR 95/5, p. 70).

And we find Portugal maintaining that by recognizing "de jure the annexation of East Timor by Indonesia", i.e. by "ignoring the status of East Timor and the identity of its administering Power" - again this inseparable pair, recognition and disregard - by doing these two things together, therefore, Australia began the wrongful acts of which Portugal accuses it. "It was thus", argues Portugal "and in no other way, that Australia has engaged its responsibility with regard to the people of East Timor and to Portugal" (p. 219, para. 7.32; see also CR 95/2, p. 33).

15. Mr. President, this lengthy review of the Portuguese position, based exclusively on citations, has been somewhat tedious and I apologize to you for it. Yet I felt it constructive to show that the entire thesis of the applicant State rests on the wrongfulness of the conduct of Indonesia; on that alleged wrongfulness depends the responsibility of

Australia which the Applicant asks you to declare. It is, and can be, nothing more than the consequence of it:

Step 1: Indonesia invaded the territory of East Timor by the use of force;

Step 2: that conduct is wrongful;

Step 3: it should not be recognized;

Step 4: recognition therefore entails the responsibility of the recognizing party;

Step 5: and it obliges that party to make reparation to the "true" territorial sovereign, in this case Portugal.

At this point, I repeat, the merits of the case are unimportant.

That may be true, it may not. What is certain, however, is that Portugal, no more than your august tribunal, cannot rule on the responsibility of Australia without having, *first of all*, taken a stand on the responsibility of Indonesia. First of all; and, in that respect, as my friend James Crawford said yesterday, the present case is clearly different from the one which you decided in your Judgment of 26 June 1992, in which you rejected the Australian argument, since in that case "the determination of the responsibility of New Zealand or the United Kingdom is not a prerequisite for the determination of the responsibility of Australia, the only object of Nauru's claim" (*I.C.J. Reports 1992*, p. 261).

The present situation is quite different: Australia's conduct would only be wrongful if that of Indonesia was wrongful. This, Mr. President, Members of the Court, you are prevented from deciding by the principle - a fundamental one - of consent to your jurisdiction.

022 16. This too Portugal fully realizes, and, knowing the weakness of the extremely artificial theory of "non-disregard", it attempts to take refuge behind the so-called decisions of the United Nations. This will be my second point.

(b) *Portugal attempts to shelter behind the so-called decisions of the United Nations*

17. According to Portugal, it does not ask the Court to determine "de novo" that Indonesia has breached its international obligations. "Il suffit," said Professor Rosalyn Higgins, "de lire les résolutions qui ... ont déjà déterminés [les droits et les responsabilités de l'Indonésie]" (CR 95/5, p. 14; see also CR 95/2, p. 55 and 95/5, p. 57). To repeat the words of Mr. Galvão Teles himself,

"in Portugal's view, it is not necessary for the Court to decide *ex novo* whether the people of East Timor still enjoy the right of self-determination and whether Portugal is still the Administering Power of the territory. [These] are questions that have been decided by the competent organs of the United Nations. In Portugal's opinion, the Court is not required to revert to them. It need only take note." (CR 95/5, p. 59; see also PR, p. 180, para. 6.43.)

In other words, the applicant State is asking the Court to consider the wrongfulness of the actions of Indonesia as an established fact, or, to use its own words, to acknowledge

"that since the non-self-governing character of the Territory of East Timor and the capacity of Portugal as an administering Power were mandatorily established by the Security Council and by the General Assembly, they constitute *givens*, for all member States (including Australia) as well as for the Court, which is itself an organ of the United Nations" (*ibid.*, p. 204, para. 7.08; original emphasis);

these alleged "givens", again according to Portugal, need only be "taken note" of by the Court.

Quite apart from the fact that the resolutions of the Security Council and the General Assembly do not say at all what Portugal would

023
like them to say and by no means have the import that it attributes to them, as Professor Bowett will show tomorrow, this argument too, which constitutes the inseparable corollary to its theory of "non-disregard", is open to a whole series of overwhelming objections.

18. A preliminary comment must be made:

Portugal's insistence on the argument that the internationally wrongful acts which it imputes to Indonesia are "givens", "*des données*", which bind the Court, an argument that it repeats *ad nauseam* in both its written and its oral pleadings, betrays its unease. This shows that Portugal is perfectly well aware that a *contrario* if the Court, in order to decide on its claims, must examine *de novo* or *ex novo* what Portugal regards as "givens"; if the breaches of international law of which it accuses Indonesia and which, it argues, deprive Indonesia's presence in East Timor of any basis in law are not established facts, but have to be established before the Court and then by the Court; then, the Application is inadmissible because, owing to the absence of Indonesia, these determinations are precisely of the sort at which your august tribunal cannot arrive.

That is undoubtedly the case, Mr. President.

19. It must be noted at the outset that Portugal tries, vainly, to put the matter in "factual" terms. It asks the Court to consider, on the basis of the Security Council and General Assembly resolutions, "the invasion" by Indonesia "as a legal fact" (PR, p. 146, para. 5.61). And Portugal does not succeed in totally concealing that evident truth. It acknowledges that the resolutions on which it relies are "determinative designations and findings" (PM, p. 193, para. 6.64; emphasis added) which constitute, not simply reality but "legal realities" (PR, p. 182,

024

para. 6.47) and that "the starting point of [its] Application is a legal situation (CR 95/2, p. 55).

The very idea of judicial settlement would be meaningless if the Court had to take as gospel truth what one of the parties to a dispute submitted to it as being not just "givens" but "*legal givens*" even though they emanated from the Security Council; for, as pointed out quite recently

"it would be absurd to allow States discretion to seise the Court, in addition to the Council, if the Court had to give way to the latter. What point would there be in the concurrent seisin of the Court if the Council was to have the upper hand over it" (Mohammed Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruylant, Brussels, 1994, p. 81, original emphasis; see also p. 88) (translation by the Registry).

As the Court itself pointed out in the *Military Activities* case, "the Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises ... judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events". (*I.C.J. Reports 1984*, p. 435.) Your august tribunal would not be discharging its own functions if it was to regard as legally sacrosanct designations made by the Council in the exercise of its functions - of its "*political functions*". In its Orders of 14 April 1992 in the *Lockerbie* cases, the Court moreover reserved the right to revert, when it considered the merits of the case, to the scope and legal effect of Security Council resolution 748 (1992) (*I.C.J. Reports 1992*, pp. 15 and 126) and the majority of the separate and dissenting opinions appended to the Orders bear this out, often more clearly still.

By seeking to prevent the Court from making its own assessments, in law, of the situation at issue, by presenting the Council's resolutions

025

as legal truths, unchallengeable in or by the Court, Portugal is attempting to deprive the Court of the exercise of powers which are inherent in its judicial functions. Obviously Portugal cannot do this, and in exercising them the Court must of necessity reflect on the validity and import of the resolutions of the Council and of the General Assembly; in doing so, it will be led either to endorse the views of those political organs, or to reject them, relying on its own assessment of the situation; but, in either case, the legal interests of Indonesia "would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision" (*I.C.J. Reports 1954*, p. 32).

20. A judicial finding on that point would be all the more inevitable because, whatever Portugal may say, the real dispute between the Parties concerns precisely the legal characterization to be ascribed to the presence of Indonesia in East Timor. According to Portugal, it results from an armed invasion, which, Portugal maintains, makes the recognition wrongful. According to Australia, this situation may be regrettable but it exists and, in this respect as in any other, time has done its work; on the basis of that reasoning, Australia considers that it was in a position to recognize the Indonesian presence. In support of their respective arguments both Parties invoke the resolutions of the United Nations, and Professor Bowett will show that the differences of opinion in regard to their legal significance and legal import are both real and deep-seated. That being so, it is difficult to see how the Court, "whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it", could discharge its judicial functions by taking as a "given" the interpretation of Portugal alone. In doing so, it would not settle the dispute which is submitted to it

026

and, in any event, it would, implicitly but necessarily, pass judgment on the direct legal interests of a State which is not a party to the proceedings.

21. That the resolutions on which the Parties rely are relevant in settling the dispute which Portugal has submitted to the Court, there is no doubt. But that they, alone, can provide the solution is a completely different matter.

Obviously Australia does not say that the resolutions relied on by Portugal are of no assistance in characterizing the legal situation which concerns us; they are relevant; they are even one of the important elements of appreciation that have to be taken into consideration; but they cannot take the place of judicial decisions.

Need I remind the Court, for example, that in the *Namibia* case, by which Portugal sets such great store (CR 95/4, pp. 27-28), the Court relied on the one hand on its own assessment of the facts and, on the other, on the resolutions of the General Assembly and the Security Council, but took care to point out that the situation had been *validly* declared illegal - "validly", that is the Court's own finding - (*Namibia (South West Africa)*, I.C.J. Reports 1971, p. 58). The same applies here: in order to characterize the situation created by Indonesia, the Court would naturally have to take the maximum account of the positions adopted by the organs of the United Nations, but, however important those positions may be, they would simply be factors which would certainly not absolve it from making its own legal characterization, as part of its judicial function.

Particularly, Mr. President, since Portugal is on the wrong track in the use it makes of what might be called "the force of *res decisa*".

027 First, like *res judicata*, it is a principle that would be applicable only to the contending States and in the case in which they are opponents; and the resolutions invoked by Portugal concern the dispute between Portugal and Indonesia, not Australia, which makes them unopposable to that latter country, even if they were to have been "decisions" - a character which, as Professor Bowett will explain, they lack in every way. From this initial point of view, they are not "givens" in the present case. If, to give an example, a decision settling a dispute between A and B establishes that A is not the owner of a particular piece of property, that decision is not automatically a binding fact for C, who is fully at liberty to bring fresh arguments against both A and B. The *res decisa* cannot have wider and more absolute effects than the *res judicata*! And Portugal showed itself sufficiently concerned, last week, to have the relative nature of *res judicata* recognized (see CR 95/5, pp. 53 and 63; CR 95/6, p. 12 and 24, etc.) to be in no position to deny that.

22. On the other hand, Portugal's reasoning completely passes over the time factor. Even allowing that the Security Council or the General Assembly had been able to decide the legal characterization of certain facts and situations in 1975, that would not exempt the Court from assessing the merits of that so-called "given" 20 years later. To go back to our example, it is perfectly possible for A not to have been the legitimate owner of the disputed property in 1975, but to have become so in 1989 or in 1995. Even "givens" undergo change.

This is all the more certainly so since, as Australia will show in greater detail when it take up the merits of the case, the situation, which has changed considerably since 1975, had become quite different in

028

1989, when the Australo-Indonesian Agreement was signed. According to some States, Indonesia's closest neighbours and those most directly concerned, the population of East Timor exercised its right to self-determination after 1975. Others, including the United States, consider it impossible to speak of self-determination but acknowledge that Indonesia's control over this territory is effective and permanent, and this, of course, has major legal consequences. A number of other States - at least 20 - have signed treaties with Indonesia which imply the recognition on their part of the fact that East Timor is Indonesian. Above all, the Security Council has taken no further stand on the question since 1976, the General Assembly since 1982.

Mr. President, United Nations resolutions can hardly be held to have indefinite validity in the same way as a law enacted by a national parliament (and I am not even sure that a national law has such validity). This is all the more true when the resolutions apply to particular situations which are themselves subject to development and change. If it were otherwise, it would be difficult to find a reason for the adoption over and over again, frequently in the same terms, of resolutions dealing with the same subject. Let me repeat, in our case there has been no Security Council resolution for 19 years, nor any by the General Assembly for 13 years. Whatever Professor Higgins may have said on the subject, it is not an agenda-related problem (CR 95/5, p. 20): this is clearly contradicted by practice, and if there is one charge that must be levelled at the United Nations Assembly, it is certainly that of repeating the same refrains *ad infinitum* rather than of trying to save paper!

029 I am well aware that Portugal contends that everything that has happened - or has not happened - since 1975 has not changed the legal situation. Australia maintains the opposite. That does not matter with regard to the point we are now considering. The fact is that the Court would not be able to settle the dispute before it without first examining the arguments of the two Parties and, whatever its decision may be, it would necessarily affect the legal interests of Indonesia, whose responsibility would thereby be established or ruled out as a preliminary.

23. There is something else, Mr. President.

Last Wednesday Professor Rosalyn Higgins gave a confident and spirited exposition of Portugal's argument regarding the significance and effect of the United Nations resolutions. Professor Bowett will reply to her tomorrow. There is one element of her assessment, a crucial element, which is extremely relevant to my remarks and which I should like to quote in full:

"Les résolutions sont claires. Elles obligent tous les membres de l'ONU à respecter le droit du Timor oriental à l'autodétermination et son titre sur ses ressources; à coopérer pour atteindre cette fin; à traiter nécessairement avec l'autorité administrante reconnue par l'ONU; et à s'abstenir de traiter avec l'Indonésie, ou tout autre Etat, comme si ledit Etat exerçait la souveraineté sur le Timor oriental et était habilité à disposer de ses ressources. L'inaptitude de l'Australie à discerner ces obligations dans les termes des résolutions nous rappelle le proverbe biblique : 'Nul n'est aussi aveugle que celui qui ne veut pas voir'." (CR 95/4, p. 29.)

I do not think we are blind; but it seems to me that my friend and opponent, for her part, shows herself to be somewhat short-sighted. It is true that the resolutions in question require United Nations members to respect the rights of the Timorese people - and Australia agrees to

030 that. It is probably also true that, if a State fails to respect this obligation, it might incur international responsibility. Between these two propositions, however, there is an obvious break, a *non sequitur*: apart from the question of the identity of the party vis-à-vis which Australia might incur responsibility, Portugal does not tell us in concrete terms why such responsibility would be incurred; what internationally wrongful act on the part of Australia would incur such responsibility.

Mrs. Higgins seeks to gloss over the missing link by means of the two intermediate propositions: the obligation to conclude treaties with Portugal and to refrain from doing so with Indonesia. But this is sleight of hand: the resolutions say nothing of the sort; these are obviously not among the "givens" invoked by Portugal; at best, they are bold deductions which could certainly not have to be taken by the Court as "facts", "givens" or "*données*". We must go further; we must once again tear apart the veil of appearances in which Portugal is seeking to wrap the Court: even if such obligations existed outside Portugal's imagination, it would still be necessary to establish why and in what way Australia has violated them, and this could only be because it has dealt with Indonesia - Indonesia the great absentee, Indonesia which was, moreover, expressly mentioned by Professor Higgins in the passage I have quoted, perhaps by a slip of the tongue, unless the reason was intellectual honesty, which I am more inclined to think.

24. Mr. President, the primary function of a court is to state the law on the basis of the facts submitted to it. It cannot consider as "givens" political stances adopted by political bodies in an entirely different context and which in any case did not relate to the dispute

031
before it. By seeking to prevent the Court from ruling on the cogency and effect of these so-called "givens", Portugal is attempting simultaneously to persuade the Court to recognize its own jurisdiction and to dissuade it from carrying out its judicial functions. This is a lot to ask of it at one and the same time. Portugal's argument cannot be accepted on this score, any more than it can be when it introduces distinctions, which are artificial and "non-operative" in this instance, between rights *erga omnes* and rights *erga singulum*.

This will be my third point.

- (c) *Portugal introduces artificial distinctions, "non-operative" in this instance, between obligations and rights erga omnes and obligations and rights erga singulum*

25. Mr. President, Portugal knows that the veil of "non-disregard" cannot conceal the nakedness of the argument based in fact on the recognition of Indonesia's presence. It is well aware that the United Nations resolutions, deserving of respect though they may be, are not indisputable "givens" for the "principal judicial organ" of the United Nations, but factors to be taken into account. Portugal believes, however, that it has found the master trump, the ideal ploy, in a distinction between rights *erga omnes* and rights *erga singulum* - it uses the expression: "*erga singulos*". But it is not enough to say "Open sesame" for your Court to open its doors; the key is elsewhere: it is to be found in the principle of consent to jurisdiction which is completely unrelated to the theory of rights *erga omnes*. Though extremely artificial, this distinction is no doubt interesting in itself, but it is certainly not "operative" in this case.

26. In its Reply - since nothing of this sort is said in the Memorial, if my understanding is correct - Portugal alleges that "the

032
legal status and rights that [it] asserts in the case are status and rights *erga omnes*" (PR, p. 204, para. 7.07, p. 206 (C)) and this - we were told by Mr. Galvão Teles - would explain the fact that the dispute between Australia and Portugal is "sufficiently independent" of the one between Portugal and Indonesia (CR 95/2, p. 62). I confess that I have difficulty in understanding why, and the "explanations" furnished in the Reply on this point have merely served to heighten my perplexity.

In somewhat obscure language - to put it mildly - Portugal explains that:

"because of the very nature of the right *erga omnes*, every single party is under an obligation to respect it. Consequently, the party claiming entitlement to a right *erga omnes* may assert it against anyone who denies, disputes, questions or violates it; this is the case for Australia in the present instance. The fact that a right *erga omnes* is disputed or violated by a particular State singles out that State among all the obligated parties and authorizes the party entitled to that right to demand its respect from it. Anyone who, according to the applicant, has acted in that manner constitutes a sufficient respondent party. The applicant may address the application against several persons if it has a legitimate interest to do so and if it so wishes. This is a domain in which the applicant is free to choose the respondent or respondents. Because of the very nature of the right *erga omnes*, it is both useful and meaningful that a judgment should have effect against anyone who denies or disputes the right or questions or violates it, whatever its authority vis-à-vis other parties." (PR, p. 208, para. 7.14.)

This is not really crystal clear, but it might after all have been thought that Portugal was referring - without citing it - to the famous *dictum* of the Court in its 1970 Judgment in the *Barcelona Traction* case, according to which an "essential distinction" should

"be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*." (I.C.J. Reports 1970, p. 32.)

The Court was speaking of obligations; Portugal, for its part, speaks of rights *erga omnes*.

033

It seems to attach some importance to the distinction since it stresses, through Mr. Galvão Teles, that these are "rights, not obligations, we are here concerned with rights" (CR 95/5, p. 51). Yes, of course ... but I still do not see how that changes the problem: whether rights or obligations are concerned, the distinction has no effect on the jurisdiction of the Court.

27. It follows from the position taken by the Court in 1970 that any State could file an application against another State responsible for, say, an act of aggression or the crime of genocide - provided, of course, that a jurisdictional link exists between the parties.

Indeed - and it is here that the shoe pinches most - the theory of obligations (or rights) *erga omnes* has nothing at all to do with the rule of consent to jurisdiction, as set out in the Statute, a rule which the Court certainly did not mean to call in question in 1970. All that the Court meant - and it said this very clearly, by the way - was that all the members of the international community have an interest in ensuring that certain rules of essential importance are respected. This probably entails a corresponding extension of the concept of an "injured State" within the meaning of Article 5 of part 2 of the International Law Commission's draft articles on State responsibility; but that is all. What is more, the said interest which all members of the international community may have in securing the respect of such rights or obligations has no influence on *locus standi* before the Court either; in any case, this is a separate problem.

034 If the distinction between admissibility and jurisdiction means anything, this is certainly one of the very few cases in which it can be applied: reliance on the violation of an obligation or a right *erga omnes* might perhaps, in certain cases, establish the admissibility of an application; but the Court would still have to have jurisdiction, and it lacks jurisdiction to rule on the legal interests of a party not present in the proceedings.

It is difficult to see in what way the shift from the idea of obligations to that of rights *erga omnes* would change matters in this respect. The Statute stands unaltered. It might be wise to amend it, and this is possible under Article 69. But so long as there has been no amendment - which would in fact have enormous implications - to secure the universal jurisdiction of the Court, we can only accept what has been called "the harsh reality of State consent" to its jurisdiction; this constitutes a "structural limitation" on its jurisdiction (M. Bedjaoui, *op. cit.*, p. 121).

28. The allegedly "*erga omnes*" nature of the rights and attributes relied upon by Portugal cannot therefore bring into question the cardinal principle of consent to jurisdiction, as illustrated by the rule applied by the Court in the *Monetary Gold* case.

Moreover, the Judgment of 15 June 1954 contains not the smallest passage, the slightest allusion, which might suggest that this principle is restricted to disputes relating to rights *erga singulum*. It is even open to question whether the decision on Italy's second claim in that case is not, on the contrary, an indication that the Court considered Albania's rights to be already *erga omnes*. Indeed, after noting that it might seem that the second claim "unlike the first, only concerns Italy

and the United Kingdom" (*I.C.J. Reports 1954*, p. 33), the Court took the view that it should also refrain from adjudicating upon the claim in question in order to preserve the rights of Albania.

035

Be that as it may, in none of the subsequent cases in which the problem of the application of the *Monetary Gold* principle arose, did the Court dismiss the argument on the basis of the *erga omnes* nature of the obligations or rights allegedly violated. However,

- (1) these cases came after the Court's 1970 dictum; and,
- (2) they involved certain rights or obligations *erga omnes*. For example, the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), related *inter alia* to the obligation not to use force against the territorial integrity of another State - an *erga omnes* obligation *par excellence* - which was reflected in a right appertaining to Nicaragua, which was likewise *erga omnes*. Similarly, in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru* (*Nauru v. Australia*), Nauru, like Portugal today, relied upon a violation of the right of peoples to self-determination and of the principle of permanent sovereignty over natural resources. But neither the Judgment of 1984, nor that of 1992, nor the separate or dissenting opinions attached thereto - although they are strongly argued! - suggest that there was any support for the idea that the principle of consent to jurisdiction could be attacked on the obviously unsound plea that rules *erga omnes*, or indeed peremptory norms, were involved. The two concepts are on quite different planes. The Court is naturally in duty bound to ensure respect for such rules and norms, but it can do so only if its jurisdiction is established.

036

29. Of course, "Rights *erga omnes* are rights opposable to each and all." (CR 95/5, p. 52.) Once again, however, the obstacle to the Court's jurisdiction does not lie there. It consists, as I showed earlier, in the fact that, in order to establish a violation of these rights by Australia, Portugal must first demonstrate - and is indeed seeking to demonstrate - that Indonesia itself has violated them.

In the case brought before you by Portugal, there is all the less reason for the Court to have jurisdiction since - and we always come back to this point - if any State has violated the *erga omnes* rights relied upon, it is not Australia. In any event, if Australia's responsibility could be made an issue, it could only be because it has recognized an unlawful situation created by a third State. But for that to be so, it is absolutely necessary, essential, unavoidable, that the Court satisfy itself that the situation is unlawful; but that it cannot do, unless it pronounces on the legal interests of Indonesia. This "dependence" (*I.C.J. Reports 1954*, p. 33) rules out the possibility that any responsibility on the part of Australia can be an "original responsibility", as alleged by Portugal (PR, p. 25, para. 2.20).

30. Australia believes it is being clear, Mr. President. It is not saying that, if there is any responsibility involved, it can only be a joint responsibility with Indonesia. It affirms that its own responsibility, if such there be, cannot be established unless that of Indonesia is so established, and it notes that when Portugal pleads on the merits, this is how it proceeds:

First step: Australia has "disregarded" the rights of Portugal. Little matter whether they be *erga omnes*, it has allegedly disregarded them. Why?

037

Second step: Because it has recognized those of Indonesia. Why is this wrongful?

Third step: Because Indonesia has no rights.

If this third proposition is incorrect, the whole edifice comes tumbling down. Now Portugal cannot prove that this third proposition is well founded.

31. It seemed to us, at last week's hearings, that Portugal was preparing to fall back to another position which would consist in pleading complicity. Two facts seem to suggest this: first, the unexpected and rather unpleasant insinuations that Australia encouraged Indonesia to seize East Timor in 1974, the substance of which I think the Agent and Co-Agent of Australia have adequately rebutted; and then there was the legal construction put together by Professor Dupuy, on the basis of Article 27 of the first part of the International Law Commission's draft articles on State responsibility.

Oh, I willingly concede that, for the time being, this is only a potential development and, as Portugal's counsel has made clear, for the time being, Australia "is not accused of any complicity" (CR 95/5, p. 74). That is duly noted. It is not an accusation; it is an insinuation. The argument is nonetheless used: if there should be complicity (ever the "if" strategy that Portugal is so fond of), if there should be complicity, the *Monetary Gold* principle would not be applicable. That is not so and, as a matter of prudence, I prefer right away to show why not.

Besides, no lengthy explanation is needed, since Article 27 speaks for itself:

038

"Aid or assistance by a State to another State, if it is established that it is rendered for the commission of an internationally wrongful act, carried out by the latter, itself constitutes an internationally wrongful act, even if, taken alone, such aid or assistance would not constitute the breach of an international obligation." (Emphasis added.)

The situation is clear: the wrongfulness of the behaviour of the accomplice (which, taken alone, may be entirely lawful) flows from, results from, is a consequence of, the original responsibility. And Judge Ago, who was then the Commission's Special Rapporteur, explained it as clearly as can be when he introduced this provision, in his Seventh Report, in 1978:

"The characteristic element of this case is, precisely, the link between the conduct in fact adopted by a State [the conniving State] ... and the act committed by another State, the wrongfulness of which, on the other hand, is established." (*Yearbook of the International Law Commission*, 1978: II, Part One, p. 52, para. 52.)

That being so, even if, for the sake of argument, it were to be considered that, on account of the conduct held against it, Australia had become the accomplice of Indonesia (which, for the time being, Portugal itself rules out), its responsibility would be only consequential or derived and it could be effectively imputed to Australia only if the original responsibility of Indonesia could first be established. It cannot be, Members of the Court; not before you; not under international law as it now stands. And this, of course, is all the truer if Australia cannot be accused of complicity, but only of having recognized the situation brought about by Indonesia alone.

32. Mr. President, before ending for this morning, it may perhaps be helpful if I recapitulate the various points I believe I have established:

- 039
- (1) There may possibly be a distinction between obligations *erga omnes* and obligations *erga singulum*, or between rights *erga omnes* and rights *erga singulum*; but such a distinction is of no relevance in the present instance and does not affect the jurisdiction of the Court, or rather its lack of jurisdiction, for dealing with this case.
 - (2) As Professor Bowett will be showing, neither the Security Council nor the General Assembly has taken decisions opposable to Australia. But even if they had, those decisions would not be "givens" and Portugal cannot by this means deprive the Court of its right, nay its duty, to exercise its judicial function to the full and ascertain that it is indeed Portugal, and not Indonesia, that exercises sovereign rights in East Timor. There is nothing inherently impossible in that but, to do so, the Court would have not only to rule on the legal interests of Indonesia but indeed to settle the dispute between that country and Portugal, which is in fact the only real dispute.

For

- 040
- (3) the present case is completely artificial, just as it is completely artificial to criticize Australia for having "disregarded" the rights that Portugal claims to have as the Administering Power when, in fact, the real issue is recognition of the presence of Indonesia. But of course, for such recognition to entail the responsibility of Australia, the Court must, here again, rule on the legal nature, the legality or otherwise, of that presence. Which means that it must rule very directly on any responsibility on the part of Indonesia, of which that of Australia could only be a consequence. The principle of consent to your jurisdiction rules this out.

33. On two points, Mr. President and Members of the Court, Portugal is right.

Firstly, as it proclaims, "separate wrongful acts call for separate responsibilities" (PR, p. 219, para. 7.33, and CR 95/5, p. 73); and "to each State its own responsibility" (*ibid.*, p. 224, para. 7.43, and CR 95/5, p. 66). But, as it happens, it is only too obvious, alas, that Portugal is imputing to Australia responsibilities that do not attach to it. I suspect, incidentally, that the Portuguese Party has somewhat mixed feelings on the issues I have taken up. On the strictly legal and procedural side, of course, it has to contend that its complaint against Australia does not result from, and is quite unrelated to, the conduct of Indonesia. It is nevertheless clear, on the other hand, that Portugal is after Indonesia; and it would be a safe bet that if you did the impossible and found in its favour on the merits, it would avail itself of that in its conflict with Indonesia. But, Mr. President, even the very best intentions are not enough; the end does not justify all means. And Portugal cannot use Australia as a sword to thrust at Indonesia's armour; any more than it can, on the plea of very creditable, albeit somewhat tardy, indignation, ask you to neglect a fundamental rule, ranking first in importance in your Statute.

Secondly, Portugal is also right in considering that "[t]he dispute to be settled by the Court is the one which Portugal has submitted to it, and no other" (PR, p. 11, para. 2.01) and that the scope of the dispute is defined by its submissions. As Professor Crawford will shortly be showing, those submissions come down to just one: the Agreement between Australia and Indonesia is not valid. Sorry, I mean its negotiation, conclusion and performance are alleged to be wrongful! Viewed from this

angle, Portugal's contention makes it even more glaringly obvious, if that be possible, that you cannot rule on the alleged responsibility of Australia without first settling the issue of Indonesia's responsibility.

34. One word more, Mr. President: do not let our opponents come and tell us that we are distorting their written or their oral pleadings. Facts may be manipulated; it is harder to cook figures; and I should like, Members of the Court, to give you a few to ponder over.

These statistics concern the use of the word "Indonesia" or "Indonesian" in Portugal's written and oral pleadings. This taboo word occurs

- sixty-seven times in the Memorial; this is significant since it makes an average of about once every three pages;
- it is to be found 265 times in the Reply, the average rising all the same to once a page;
- and the inflation continues with the oral arguments, where it comes up 315 times - 315 times, which means that it was uttered, still on average, 63 times a sitting or 23 times an hour. And I spare you the indirect references like "the third State" or "a State", which would further add to the score.

042 I must say that the totting-up exercise we have engaged in is a little wearisome and we would ask you to allow us a margin of error of plus or minus 2 per cent. But I guarantee the order of magnitude and even have at your disposal, Mr. President, a counsel-by-counsel count, should you so wish.

I also readily concede that these figures do not allow of "scientific" conclusions. They nevertheless make you wonder: if the conduct of Indonesia was so irrelevant to the settlement of the dispute,

would it be legitimate for the Applicant State to mention that country 647 times in its pleadings? There seem to be two possibilities: either it is unnecessary and the proceeding shows that Portugal is using the forum of the Court for the sole purpose of appealing over its head, as it were, to public opinion in order to settle its scores with Indonesia; or it is relevant - but that also shows the extent to which Indonesia is, decidedly, a necessary party. Necessary and absent!

Mr. President, Members of the Court, I thank you for your patience and I would ask you, Mr. President, to give the floor to Professor Crawford unless you decide on a short break. Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you, Professor. The Court will now take a break of fifteen minutes.

The Court adjourned from 11.20 to 11.50 a.m.

043 Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La parole est à M. Crawford

LA CONTESTATION DU TRAITE PAR LE PORTUGAL, MOTIF D'IRRECEVABILITE

M. CRAWFORD :

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

A. Introduction

1. Dans ma première intervention sur l'irrecevabilité de la présente affaire, j'ai souligné que la requête du Portugal portait sur

«la négociation et la conclusion, par l'Australie, avec un Etat tiers, d'un accord portant sur l'exploration et l'exploitation du plateau continental dans la zone du «Timor Gap»»,

et sur les mesures prises ensuite pour mettre cet accord à exécution (requête du Portugal, par. 2; CR 95/2, p. 53, M. Galvão Teles; CR 95/7, p. 66-67). Ce n'était pas difficile à montrer. Il suffisait de renvoyer aux passages pertinents de la requête du Portugal, et aux paragraphes de ses conclusions, telles qu'elles ont été réaffirmées la semaine dernière. La demande du Portugal porte sur la négociation, la conclusion et la mise à exécution du traité de 1989 conclu avec l'Indonésie.

2. En dépit de quoi, dans toutes ses écritures, le Portugal ne cesse d'affirmer qu'il ne conteste pas la validité du traité en tant que tel, mais simplement le fait que ce soit l'Australie qui l'ait conclu. Dans son mémoire par exemple, il affirme que «la présente instance ne concerne pas la question de la validité de l'«accord»» (mémoire, par. 3.06), et poursuit en établissant une distinction entre «validité» et «licéité» dans diverses langues.

3. Dans le même ordre d'idée, il déclare dans sa réplique que :

044 «Nulle part, ni dans la requête, ni dans le mémoire, le Portugal ne demande à la Cour de déclarer l'invalidité de l'«accord». La République portugaise ne dit ni que l'«accord» est valide, ni qu'il est invalide. Tout simplement, la question de sa validité est en dehors de l'instance. L'objet de l'instance est tout autre.» (Réplique, par. 2.15; voir aussi réplique, par. 2.11, 7.19.)

4. Et nous avons entendu la semaine dernière un certain nombre d'affirmations allant dans le même sens. M. Dupuy a par exemple insisté sur le fait que :

«l'objet du litige n'est pas un traité. C'est une conduite unilatérale d'un Etat consistant à ouvrir des négociations, à les poursuivre et à les faire aboutir avec un autre Etat, en méconnaissance des droits du peuple du Timor et de ceux de sa puissance administrante.» (CR 95/6, p. 22; voir également par ex. CR 95/6, p. 38, M. Galvão Teles.)

Bref, le Portugal a constamment nié que la présente instance concernait la validité du traité. Et, comme n'importe quel écolier français vous le dira entre deux jeux de chat perché, la constance est une vertu.

5. A un certain niveau donc, l'affaire est assez simple : il faut savoir si la distinction ainsi faite entre la conduite de l'Australie, qui a conclu le traité, et la validité de celui-ci en tant que tel peut être maintenue et si, dans la négative, cela importe pour la recevabilité de la requête portugaise en vertu du principe dégagé dans l'Or monétaire. C'est cette question - celle de la recevabilité d'une plainte portant sur la négociation, la conclusion et la mise à exécution d'un traité que l'Etat demandeur prétend au demeurant ne pas contester, c'est-à-dire ne pas en faire «l'objet du litige» - que je dois maintenant régler.

**B. La question de la validité ou de l'invalidité du traité :
la constance du Portugal**

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

6. Si la constance est une vertu, elle s'achète au prix de la diversité. On entend parfois d'anciens membres de la Cour se plaindre de la tendance des avocats à répéter indéfiniment la même chose. Cela doit en effet être lassant, mais présente néanmoins l'avantage que chacun sait où il en est, peut-être même ne le sait-il que trop. Il est troublant en revanche de devoir faire face en même temps à plusieurs affirmations différentes, mutuellement antagonistes. La semaine passée par exemple,

on nous a dit que l'Australie avait fermé les yeux sur l'invasion indonésienne et sur ses actes de génocide, selon une politique délibérée qui devait mener au traité de 1989 (voir par ex. CR 95/2, p. 28, 30). M. Dupuy nous a assurés que ce n'était pas le cas, et qu'il n'y avait eu aucune allégation de complicité (CR 95/5, p. 70). Malheureusement, l'allégation avait déjà été formulée; la semaine prochaine nous apportera sans doute quelques éclaircissements ou peut-être même une troisième version.

7. Ce manque de constance affecte directement l'aspect de la position portugaise dont il m'appartient maintenant de traiter, c'est-à-dire la distinction entre la conclusion du traité, qui est contestée, et la validité du traité, qui ne l'est pas. Or, nous nous trouvons en présence d'un certain nombre de sources contradictoires.

8. La première de ces sources contradictoires est le Portugal lui-même; lorsqu'il parle de ce que j'appellerai, sauf le respect que je dois à la Cour, le monde réel. Je ne veux pas dire que la Cour ne fait pas partie du monde réel, mais simplement que notre affaire n'a que des rapports très lointains avec cet univers, et que c'est le Portugal qui est responsable de la manière dont elle a été formulée. Cette affaire aurait pu très facilement être conduite par la voie d'une contestation directe de l'autorité de l'Indonésie sur le Timor oriental, sous forme par exemple de demande d'avis consultatif. Le Portugal aurait pu aussi demander à l'Assemblée générale ou au Conseil de sécurité, à un moment ou à un autre, de déclarer ou de constater l'illégalité de la présence indonésienne, puis, logiquement, de recommander, ou même d'imposer l'obligation, de ne pas reconnaître cette présence. Comme dans l'affaire de la Namibie, la Cour n'aurait eu aucun mal à tirer les conclusions qui

s'imposaient. Mais au contraire, le Portugal a choisi de recourir à la clause facultative pour s'en prendre à un Etat tiers.

9. Il y a là un contraste avec le fait que lorsqu'il a voulu se plaindre, dans le monde réel, du processus de négociation qui devait aboutir à la conclusion du traité, le Portugal ne s'est pas plaint du comportement de l'Australie, mais de celui de l'Indonésie, et n'a pas fait alors de distinction entre licéité et validité. Dans une lettre qu'il a adressée le 9 novembre 1988 au président du Comité des Vingt-quatre, le Portugal a déclaré :

«étant donné que le Gouvernement de la République d'Indonésie n'est pas habilité à prendre des engagements concernant un territoire qu'il occupe illégalement [...] et qui relève de la responsabilité du Portugal en sa qualité de puissance administrante...» (A/AC.109/981; mémoire, annexe III.17.)

Dans le monde réel, c'est de l'Indonésie que l'on se plaint, et dans des termes qui dénoncent clairement tout engagement éventuellement pris, au motif que l'Indonésie n'était pas habilitée à en prendre. L'occupant illégal ne peut conclure d'accord d'exploitation des richesses naturelles du territoire qu'il occupe illégalement. Mais le Portugal n'a rien fait pour faire entendre ses réclamations par le Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale. Il s'est contenté d'écrire une lettre au président du Comité des Vingt-Quatre pour se plaindre du fait que l'Indonésie n'était pas légitimement habilitée à conclure le traité en question.

047 10. Dans le monde réel, le fait est que la plainte du Portugal contre l'Indonésie n'a eu pour réponse que... du silence. Aussi voit-on le Portugal venir se plaindre à la Cour... de l'Australie. Et maintenant il nous dit qu'il ne met pas en cause la validité du traité.

11. Mais, et c'est la deuxième source d'incertitude sur la position portugaise, la manière dont le Portugal s'abstient de contester la validité du traité nous vaut une curiosité typographique. Le mot

«accord» apparaît entre guillemets dans toutes les écritures du Portugal. Par exemple, le Portugal prétend qu'il «ne demande pas à la Cour de déclarer l'invalidité de l'«accord» [avec des guillemets]» (réplique, par. 2.15). Dans la mesure où la typographie a un sens, cette affirmation, considérée comme telle, est inexacte. C'est une curieuse façon de ne pas contester la validité du traité que d'en mettre le nom partout entre guillemets, et pourtant c'est ce que le Portugal fait constamment. Je relève cependant qu'il n'est pas tout à fait fidèle à la règle dans ses conclusions, le seul endroit dans les écritures où n'apparaissent pas les guillemets : après tout, le Portugal ne demande pas officiellement à la Cour de déclarer effectivement le traité invalide, ni même de le mettre entre guillemets. Mais la question n'est pas de pure forme.

12. La troisième source d'incertitude quant à la position du Portugal est ce qu'ont dit certains de ses avocats la semaine passée. Il est vrai que d'autres, notamment M. Dupuy, ont tenu bon. Selon lui, il n'y a pas ici de problème de *jus cogens*, et c'est à la Cour qu'il appartient de décider s'il est opportun pour elle de débattre de cette question (CR 95/3, p. 33) ; chez lui, tout n'était que prudence et obliquité.

13. Mme Higgins, au contraire, fut énergique et directe; La position du Portugal était parfaitement claire :

048 «L'autodétermination est une norme de *jus cogens*, qui ignore la prescription et relève très précisément de la catégories des faits auxquels le principe *ex injuria jus non oritur* s'applique, privant ainsi les effectivités de toute pertinence juridique.» (CR 95/5, p. 21)

privant aussi du même coup un traité de toute validité juridique.

14. Mais c'est un point qu'il faut prendre au sérieux. Dans ses écritures, le Portugal évite visiblement de mettre en cause le contenu du

traité. Il postule que le traité aurait pu être conclu par lui-même, en sa qualité de puissance administrante, même si aucune disposition du traité ne prévoit expressément que les peuples du territoire en tireront des avantages. Selon les pièces écrites, ce ne sont pas les termes du traité qui intéressent le Portugal, mais bien le fait que le traité a été conclu avec un autre Etat que lui-même.

15. La position portugaise paraît maintenant moins claire. Le traité est qualifié de «pillage» des richesses naturelles du Timor oriental (CR 95/2, p. 37-38, 45, M. Correia). Le Portugal nie maintenant catégoriquement qu'il aurait envisagé un traité de cette nature en sa qualité d'Etat responsable de l'administration du Timor oriental (CR 95/2, p. 33, M. Correia). L'acte par lequel l'Australie a conclu le traité est carrément qualifié de violation de *jus cogens* (CR 95/5, p. 26, M. Higgins).

16. Devant ces voix discordantes, mieux vaut se demander d'abord ce qu'il advient de la position du Portugal en fonction de l'hypothèse - déjà prouvée en partie la semaine dernière - où la demande portugaise comporterait la contestation directe et explicite du traité. Est-ce qu'une contestation de cette sorte, de la part d'un pays non partie au traité comme le Portugal, soulèverait des problèmes au regard du précédent de l'*Or monétaire* ? Ce n'est que si l'on répond par l'affirmative qu'il faut s'interroger sur les détours et les circonlocutions par lesquels le Portugal dans ses écritures, et certains autres de ses conseils pendant la première phase des plaidoiries orales, évitent de s'attaquer au traité. Si la voie d'approche par le haut, choisie par Mme Higgins, permet de mener une attaque directe contre le traité, la Cour peut se dispenser de suivre la route longue et sinueuse

par laquelle M. Dupuy arrive par l'arrière, et en tirer un certain soulagement.

17. Malheureusement, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce soulagement ne peut être que de courte durée. En effet, quelle que soit la constance dont font preuve ou ne font pas preuve les conseils du Portugal, quant aux allégations de complicité avec l'Indonésie en 1975 portées contre l'Australie, quant à la nécessité de faire de l'autodétermination un élément du *jus cogens*, ou quant à l'étendue du plateau continental qui ne peut de toute manière revenir à l'Australie, il y a au moins un point sur lequel les voix sont absolument unanimes : le Portugal nie constamment que l'instance a le moindre rapport avec la licéité ou l'illicéité de l'emploi de la force par l'Indonésie. Son argumentation repose exclusivement sur l'autodétermination et les principes connexes.

18. Cette position-là est intéressante à plus d'un titre. J'y reviendrai demain, dans la mesure où elle concerne les rapports entre reconnaissance et autodétermination. Elle est également au centre des questions d'opportunité judiciaire en l'espèce, comme on le verra. Pour l'heure, mon argument est fort simple.

19. Si le Portugal avait argué de l'emploi de la force par l'Indonésie, il y aurait eu une contradiction intenable avec le principe dégagé dans l'*Or monétaire*. Pour que l'illicéité des actions australiennes tienne à l'emploi illégal de la force par l'Indonésie, il faut de toute manière déterminer d'abord que cet emploi de la force était bel et bien illicite, et que cette illicéité conservait ses effets en 1989. Le Portugal le reconnaît évidemment, mais choisit simplement de laisser la question de côté (voir par exemple, réplique par. 2.19, 2.20, 5.79, 6.30, 7.28, 9.02 ; CR 95/2, p. 57 et 68, M. Galvão Teles ; CR 95/5,

050

p. 68, 70, M. Dupuy). J'ai comparé la méthode selon laquelle Mme Higgins aborde la question du traité à une charge de cavalerie sur une colline, mais il se pourrait bien que sa monture n'ait pas tout à fait le nombre de pattes qu'elle aurait dû avoir. Ce qui avait les apparences d'une charge n'était qu'une approche clopinante, et cela pour des raisons implicites, mais évidentes, de recevabilité.

C. Le recours au précédent de l'Or monétaire pour contester la validité du traité

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

20. Malgré cette difficulté, il est utile de considérer l'affaire en partant de l'hypothèse que c'est Mme Higgins qui a raison, et que la validité du traité est bel et bien contestée. Cette façon de procéder présente un grand avantage, celui de correspondre à la réalité de l'affaire. La vérité en effet est que la validité du traité est directement contestée. La mauvaise volonté que le Portugal met visiblement à le reconnaître dans ses écritures est déjà une preuve de la difficulté de procédure fatale que soulève cette contestation.

21. Mon premier argument est fort simple. Vu la nature de l'illégalité invoquée, ses fondements dans la Charte, sa nature *erga omnes*, son caractère éventuel de *jus cogens*, il est impossible qu'un Etat seulement ait pu conclure illégalement le traité en cause. En outre, il s'agit d'un traité bilatéral. Une attaque, pour ces motifs, contre la participation d'un Etat à un traité bilatéral constitue en même temps, par nécessité logique, une attaque contre le traité en tant que tel. Et une attaque contre le traité en tant que tel est une attaque contre le droit de l'Indonésie d'être partie aux négociations, de conclure le traité, d'en assurer l'exécution. Il n'est pas question ici d'implications ou de conséquences possibles. Si le traité est entaché de

051 nullité, alors la décision quant à cette nullité constitue elle-même, par nécessité logique, une décision déterminant que l'Indonésie n'a pas certains droits ou pouvoirs. Il n'est pas question ici, comme j'ai montré que c'était le cas dans l'affaire *Nauru*, que des tiers puissent avoir une défense séparée, qu'ils puissent invoquer des arguments distincts sur lesquels la Cour n'aura pas à se prononcer (voir CR 95/7, p. 70-71, avec références aux plaidoiries précédentes). Dans le contexte actuel, il n'y a pas de place pour l'idée d'une nullité relative ou d'une non-opposabilité. Si le traité est nul, les droits de l'Indonésie sont *ipso jure* affectés. Le lien n'est «pas purement temporel mais aussi logique» (C.I.J. Recueil 1992, p. 261, par. 55).

22. En outre, si le traité est nul, c'est parce qu'il est illicite. Il n'est pas, en règle générale, illicite d'accomplir des actes nuls; les administrateurs accomplissent souvent des actes nuls - des actes n'ayant pas certains effets juridiques - sans pour autant enfreindre la loi, ou à plus forte raison commettre un délit. Mais dans le domaine du *jus cogens*, les traités sont nuls parce qu'ils sont substantiellement illicites, illicites de la façon la plus fondamentale.

23. Cela nous amène à un deuxième point. Le Portugal soutient qu'il ne met pas en cause le droit de l'Indonésie à conclure le traité. Mais comment pourrait-il mettre en cause autrement le droit de l'Australie ? La souveraineté de l'Australie sur son littoral faisant face au Timor oriental n'est pas contestée. Son intérêt juridique dans la zone en question ne saurait être nié. Dans des circonstances normales, un Etat tiers peut compter que l'Etat qui contrôle un territoire donné représente ce territoire, en d'autres termes, qu'il peut décider si telle ou telle transaction est ou non dans l'intérêt du territoire et du peuple concernés. Il n'y a pour l'Etat tiers aucune obligation indépendante

052

d'enquêter sur ce point, et tel est le cas même dans le contexte de territoires non autonomes. Il est un fait que les Etats administrant de tels territoires ont souvent conclu des accords relatifs aux ressources naturelles, y compris des accords de délimitation maritime, et qu'il n'a pas été suggéré que ces accords étaient illicites, notamment dans des instances introduites contre l'autre partie à ces accords. Le monde est jonché de frontières coloniales préservées dans le cadre du principe d'*uti possidetis*; apparemment, selon le Portugal, ces frontières sont frappées de nullité imprescriptible si elles enfreignent les droits qu'un peuple colonial aurait eus avant leur conclusion. La Cour pourrait peut-être se demander si cela aurait fait une différence dans l'affaire *Libye/Tchad* (C.I.J. Recueil 1994, p. 5) si le traité de 1955 avait été conclu entre l'Italie et la France avant l'indépendance de la Libye ? La réponse est évidemment que cela n'aurait pas fait de différence - pourtant l'argument du Portugal implique que les deux situations sont tout à fait différentes.

24. De plus, le principe d'*uti possidetis* ne s'applique pas seulement aux frontières déterminées avant 1945, date où le principe de l'autodétermination a fait sa première apparition plutôt hésitante en tant que principe du droit international général dans la formulation des articles 1 et 55 de la Charte. Dans l'affaire *Guinée-Bissau/Sénégal*, la Cour elle-même a admis la capacité d'une puissance coloniale de conclure des accords sur les frontières maritimes au nom d'un territoire relevant du Chapitre XI, à condition que le niveau de résistance à cette puissance n'ait pas atteint un certain point (voir, 1989, 83 *ILR* 1, par. 49-50). M. Burmester reviendra sur ce point plus tard.

25. L'argument du Portugal implique nécessairement qu'un Etat tiers a la responsabilité indépendante, apparemment identique dans son principe à

053 celle imposée à l'Etat administrant, de sauvegarder les droits du peuple dépendant. Absolument rien n'indique qu'il en soit ainsi. Si la tierce partie administrait elle-même un territoire relevant du chapitre XI, de telle manière que l'accord serait entre deux Etats administrant chacun un tel territoire, il existerait une étrange combinaison de conflits d'intérêt; chaque Etat aurait l'obligation de sauvegarder les droits du peuple du territoire de l'autre, et toute négociation serait de ce fait interdite à l'un comme à l'autre !

26. Le fait est que l'Australie n'a jamais assumé la «responsabilité d'administrer» le Timor oriental au sens du chapitre XI de la Charte. On notera que ce chapitre s'intitule «Déclaration relative aux territoires non autonomes» et qu'il s'agit donc d'une déclaration - déclaration juridique, bien sûr - que les Etats qui assument de telles responsabilités sont censés avoir faite lorsqu'ils sont devenus Membres des Nations Unies. Elle ne dit rien du tout des responsabilités des autres Etats, et si l'Australie ne nie pas que les autres Etats ont des responsabilités d'un caractère général, rien dans la Charte ni dans l'évolution ultérieure du droit international général ne permet de mettre en parallèle la position d'Etat tiers et les responsabilités d'un Etat qui administre un territoire relevant du chapitre XI. Il y a peut-être une responsabilité commune minimale, mais en principe les responsabilités sont très différentes.

27. Mais par ailleurs, l'Australie avait certainement des droits et des responsabilités en ce qui concerne l'administration de son propre territoire et la préservation de ses propres ressources naturelles. *Prima facie* elle avait le droit de conclure un accord touchant des ressources maritimes qu'elle revendiquait de bonne foi.

054

28. Pour écarter cette présomption, le Portugal doit montrer qu'en 1989, année où le traité a été conclu, les circonstances étaient telles que sa conclusion était un acte illicite pour l'Australie, et il doit le faire sans invoquer le comportement illicite ou l'incapacité juridique de l'Indonésie, et sans demander à la Cour de se prononcer en ce sens. Si, en 1989, la présence de l'Indonésie au Timor oriental n'était pas illicite, alors l'Australie pouvait juger que l'Indonésie représentait le peuple du Timor oriental d'une façon normale, ce qui n'affecte en rien la permanence d'un droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental ou le classement du Timor oriental dans la catégorie des territoires non autonomes. Ainsi, pour montrer que la conduite de l'Australie était illicite, il faut attaquer la légalité de la présence de l'Indonésie, ses droits, ses compétences ou sa capacité juridiques s'agissant de représenter un territoire et notamment de conclure le traité de 1989.

29. En particulier, pour faire droit aux demandes portugaises, il est nécessaire de déterminer :

- 1) que le contrôle et l'administration du Timor oriental par l'Indonésie en 1989 étaient illégaux; et
- 2) qu'en conséquence l'Indonésie n'avait ni le droit, ni la compétence, ni la capacité nécessaires pour conclure le traité de 1989.

A ces deux égards, cela déclenche directement l'application du principe de l'Or monétaire, c'est-à-dire le principe de l'irrecevabilité.

30. Je rappelle l'analyse que j'ai donnée hier de la jurisprudence et je n'ai pas besoin de la répéter (CR 95/7, p. 69-73). M. Dupuy a dit que le fait de conclure un traité entre A et C pourrait constituer un acte illicite de A envers B (CR 95/6, p. 21) et cela on peut l'accepter. Mais cela n'écarte pas l'irrecevabilité découlant du principe de l'affaire de

055 l'Or monétaire, comme l'a expliqué la Cour dans l'affaire Nauru. Ce principe s'applique si, pour déterminer si la conduite de A est illicite à l'égard de B, il est nécessaire de prononcer une conclusion contre C. Et tel est bien le cas en l'espèce.

31. Ce point ressort clairement de l'évocation par M. Galvão Teles de l'arrêt de 1916 de la Cour de justice centraméricaine dans l'affaire du *Costa Rica c. Nicaragua*, 1917, 11 AJIL 201. «Un précédent utile», l'a-t-il qualifié (CR 95/6, p. 37). Dans cette affaire, le Nicaragua avait accepté de ne pas conclure un traité d'une nature particulière avec un Etat tiers, mais il a par la suite conclu un accord de cette nature avec les Etats-Unis. Les Etats-Unis, pour leur part, étaient entièrement libres de conclure cet accord. La Cour a jugé que la conclusion par le Nicaragua de l'accord avec les Etats-Unis était un acte illicite du Nicaragua vis-à-vis du Costa Rica, mais il a, à juste titre, refusé de se prononcer sur la validité de l'accord avec les Etats-Unis, au motif que sa juridiction ne s'étendait pas à ces derniers. Il s'agit évidemment d'une affaire qui se distingue entièrement de l'affaire actuelle : tout ce qu'il appartenait à la Cour de faire était de déterminer que le Nicaragua avait conclu un certain accord, d'un type qu'il avait expressément convenu avec le Costa Rica de ne pas conclure. La seule chose que la Cour devait faire vis-à-vis d'un Etat tiers était de se prononcer sur les faits et ceci dans une affaire où il n'était pas question d'infraction, d'illégalité ou de responsabilité de l'Etat tiers, les Etats-Unis. En fait, du point de vue des Etats-Unis la conclusion d'un traité avec le Nicaragua était un acte parfaitement licite.

32. En revanche, dans la présente affaire, l'Australie en tant qu'Etat côtier avait *prima facie* le droit de conclure un traité concernant les ressources du plateau continental qu'elle revendiquait, et

056
(comme le montrera M. Bowett) aucune résolution de l'Organisation des Nations Unies faisant autorité n'annulait ni ne limitait ce droit - de fait, aucune résolution des Nations Unies même ayant caractère de recommandation. Dans ces conditions, le Portugal ne peut écarter la présomption de validité et ne peut montrer que l'Australie n'avait pas le droit de conclure un traité, sans prouver d'abord que l'Indonésie n'y avait pas non plus ce droit. Pour la même raison, la Cour devra statuer sur ces points. Et ses conclusions, qui prendraient la forme d'une norme liant tous les Etats et se référant spécialement et spécifiquement aux Etats qui contrôlent actuellement un territoire non autonome, entraîneraient inévitablement et logiquement la nullité du traité lui-même.

33. Le même raisonnement vaut pour le «pillage» des ressources (CR 95/2, p. 37-38, 45 (Correia)). On ne peut piller ses propres ressources et la Cour n'a aucun pouvoir de décider ici qui, de l'Australie ou de l'Indonésie - les deux Etats qui y prétendent - est propriétaire de ces ressources, pas plus qu'elle n'était en mesure de déterminer qui, de l'Italie ou de l'Albanie, avait droit aux ressources en jeu dans l'affaire qui opposait ces deux Etats. Elle n'est pas mieux placée pour trancher entre le Portugal et l'Indonésie, qui sont les deux Etats qui revendiquent les ressources, et dire lequel y a droit. L'absence de l'Indonésie dans chaque cas est fatale.

34. Le conseil du Portugal a également beaucoup parlé des affaires mettant en jeu un point triple, où la Cour devait déterminer une frontière maritime ou terrestre entre des Etats parties, malgré le fait que le point terminal du tracé pouvait être un point triple affectant la frontière d'un Etat tiers non partie à l'affaire (voir CR 95/6, p. 10, 15-16, 18-19, 25-26 (Dupuy); *ibid.*, p. 36-39 (Galvão Teles)). Mais dans

057 aucune de ces affaires, il n'était pas nécessaire de déterminer les droits ou le statut juridique, la capacité juridique ou le manque de capacité, la présence ou l'occupation illégale d'un Etat tiers. Il s'agissait simplement du fait que le tracé déterminé par la Cour en fonction des considérations juridiques présentées par les parties était supposé toucher la frontière d'un Etat tiers en un point particulier. La détermination de ce point n'était pas opposable à l'Etat tiers; son emplacement était seulement déduit de la décision. Que le point triple soit véritablement situé à cet endroit restait à déterminer, par la négociation ou dans le cadre d'une procédure à laquelle l'Etat tiers était partie.

35. Il en est de même pour l'intervention du Nicaragua dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (C.I.J. Recueil 1990, p. 92). La Cour a rejeté l'argument du Nicaragua fondé sur le principe de l'*Or monétaire*, non en raison de la taille du Golfe (CR 95/6, p. 25 (Dupuy)) - considération qu'elle a pu juger comme étant de *minimis* - mais parce que la question qu'elle avait à trancher n'appelait pas de sa part de *conclusion* quant aux droits juridiques, à la responsabilité ou au statut du Nicaragua.

36. Ce qui ressort de ces affaires de litiges territoriaux et frontaliers est essentiellement ceci : la Cour peut traiter des affaires frontalières sur une base bilatérale en vertu de la non-opposabilité inhérente d'un tracé ou d'un point de frontière aux Etats tiers. Si elle ne pouvait le faire, il lui faudrait s'abstenir totalement de se prononcer dans ces affaires, ou réserver des domaines de conflit potentiel, au risque de favoriser indûment les Etats tiers.

37. Mais la situation est différente en ce qui concerne un traité bilatéral. Il ne s'agit pas d'un cas où A aurait promis à B de ne pas

058 conclure un traité avec C. Il s'agit d'un cas où A et C, l'Australie et l'Indonésie, ont une obligation générale - selon Mme Higgins, une obligation relevant du *jus cogens* - de ne pas conclure de traité du tout. Décider que A a agi de manière illicite dans un tel cas revient à décider que le traité est illicite et nul. Il ne saurait exister d'obligation imprescriptible parce qu'elle relève du *jus cogens* mais n'ayant pas pour effet d'invalider un traité incompatible avec elle. Il ne serait pas logique que le «simple caractère illicite» n'entraîne pas la nullité. Il ne serait pas logique non plus qu'un traité entre A et C soit frappé de nullité en ce qui concerne A mais ne le soit pas aussi en ce qui concerne C.

38. Enfin, Monsieur le Président, je voudrais évoquer un point qui a été mentionné deux fois par M. Dupuy. Il a soutenu que cette affaire était encore plus faible que celle de Nauru du point de vue de la recevabilité. Son raisonnement était le suivant :

«For in the present case, there is no relationship equivalent to the Trusteeship Agreement which ... bound the three States mentioned above vis-à-vis Nauru. The Trusteeship Agreement in the Nauru case and the 1989 Agreement cannot be placed on the same footing... [T]he Trusteeship Agreement represented a treaty relationship opposable to third parties, because it was entered into under United Nations law...»
(CR 95/6, p. 21-22.)

39. Il y a au moins un plan sur lequel on peut être d'accord. Rien d'analogue, en l'espèce, ne correspond au lien conventionnel entre les trois Etats qui constituaient l'autorité chargée d'administrer Nauru. Ni dans le traité de 1989 ni autrement, l'Australie n'a pas accepté de responsabilité dans l'administration du Timor oriental et aucune relation spécifique de tutelle ne l'unissait au peuple du Timor oriental. De plus, de façon générale, il y a une différence de principe essentielle entre le statut juridique et les droits territoriaux de l'Etat qui

059
administre un territoire en vertu du chapitre XI - un territoire non autonome - et l'autorité chargée de l'administration d'un territoire sous tutelle : je reviendrai demain sur ce point. A ce propos M. Dupuy a manifestement raison, bien que ses collègues, qui se sont efforcés d'assimiler les territoires visés au chapitre XI à des territoires sous tutelle à toutes fins utiles, ne soient peut-être pas d'accord.

40. Si nous laissons de côté cet autre désaccord entre les conseils du Portugal, deux mystères entourent l'exposé de M. Dupuy dans la mesure où il porte sur la recevabilité. Voici le premier : il existe en l'espèce, entre les deux Etats, un lien conventionnel qui est l'équivalent du lien conventionnel unissant les trois Etats associés à Nauru. C'est le traité de 1989. Le second, c'est que je ne comprends pas comment, dans les rapports entre les deux Etats en cause ici et les trois Etats dans l'affaire de Nauru, le traité de 1989 constitue une base *moins solide* que l'accord de tutelle pour appliquer le principe dégagé dans l'affaire de l'Or monétaire. A la différence de la situation créée par l'accord de tutelle, qui combinait le principe de la tutelle avec un arrangement relatif à la gestion des ressources de Nauru, la situation actuelle oblige le Portugal à invoquer un principe général de droit contre deux Etats dont aucun n'a accepté expressément une obligation de tutelle et cela, qui plus est, dans une instance introduite contre un Etat qui n'a jamais été responsable, à un titre quelconque, de l'administration du territoire dont il s'agit. On comprend mal comment cela peut *affaiblir* l'application du principe de l'Or monétaire en l'espèce.

Résumé

41. Il est peut-être temps que je résume les conclusions auxquelles on est parvenu jusqu'ici. Selon la décision rendue par la Cour dans

060

l'affaire de *Nauru*, une demande est irrecevable en vertu du principe de l'Or monétaire si la Cour doit «se prononcer sur [la] situation juridique» d'un Etat tiers pour «prendre sa décision» sur les griefs de l'Etat demandeur (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 261, par. 55). La Cour doit ainsi se prononcer s'il y a là «une condition préalable» pour statuer, ou si ce qui est jugé entre les parties n'était «pas purement temporel, mais également logique» (*ibid.*). Pour les raisons que j'ai indiquées, ces deux conditions sont remplies en la présente affaire. L'argumentation du Portugal comporte nécessairement et directement une attaque contre la validité du traité, c'est-à-dire un aspect logiquement et juridiquement inséparable de la cause que plaide le Portugal. De plus, le fondement nécessaire de la cause du Portugal est une décision sur la présence illicite, le défaut de capacité juridique et la responsabilité en droit de l'Indonésie - bref, sa «situation juridique». Voilà pourquoi cette attaque du Portugal est en substance et en fait une attaque contre le traité en tant que tel. A ce titre, elle entraîne l'application du principe de l'Or monétaire, et la demande est irrecevable.

D. Eviter l'application du principe de l'Or monétaire en «ne contestant pas» le traité de 1989 : arguments en sens contraire du Portugal

42. Comment le Portugal évite-t-il cette conclusion directe, on serait tenté de dire élémentaire ? La réponse est la suivante et j'espère que la critique ne semblera pas trop dure : par une série d'échappatoires, d'équivoques et de distinctions subtiles.

43. Il existe une chanson populaire anglaise dont la première ligne dit - je n'essaierai pas de la chanter - «j'ai dansé avec l'homme qui a dansé avec la fille qui a dansé avec le Prince de Galles». C'est une femme qui doit la chanter et il y a là pour moi une autre raison, mais non la plus importante, de ne pas la chanter. «J'ai dansé avec l'homme

061
qui a dansé avec la fille qui a dansé avec le Prince de Galles» : ce chef-d'oeuvre d'approximation, qui permet de ne pas dire ce qu'on veut dire, pâlit à côté des arguments par lesquels le Portugal riposte sur ce point, si l'on en croit les pièces écrites et si l'on suit la voie longue et tortueuse de M. Dupuy.

44. Permettez-moi de classer ces arguments en sens contraire : j'en ai compté quatre. Le premier se fonde sur la distinction entre la validité et ce que le Portugal appelle la «licéité». Le deuxième affirme qu'il n'est pas demandé à la Cour de résoudre un conflit de normes, mais qu'elle peut arrêter son raisonnement, si l'on peut dire, à mi-chemin, en laissant le reste à l'Etat défendeur. Le troisième argument en sens contraire donne à entendre que la Cour n'a pas besoin de se fonder sur le caractère de *jus cogens* des normes applicables, mais qu'elle peut s'en tenir à une déclaration de nullité. Le quatrième consiste à soutenir que les questions de licéité ont déjà été tranchées d'une façon qui fait autorité par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité et peuvent être considérées comme des données en l'espèce.

45. Je dois dire quelque chose, brièvement, au sujet de chacun de ces quatre arguments contraires et, suivant le bon exemple de M. Pellet, je le ferai en me servant des termes mêmes du Portugal, autant que possible. D'autre part, dans ce qui suit, je serai forcé de ne pas tenir compte des éléments des plaidoiries du Portugal qui sont incompatibles avec son argumentation principale; j'ai déjà montré que ces arguments directs relatifs à la nullité du traité amènent directement à conclure que la demande est irrecevable. Il s'agit maintenant de savoir si le Portugal peut d'une manière ou d'une autre éviter que l'on aboutisse à cette conclusion et la subtilité et la multiplicité de ses tentatives à cette fin donnent à penser que s'il ne peut y parvenir c'est uniquement parce

que c'est impossible. On peut supposer que Mme Higgins est peut-être arrivée à la même conclusion, et avoir décidé qu'il n'y avait rien à perdre à chevaucher droit jusqu'au sommet de la colline pour enlever le château d'assaut. Malheureusement, sur instructions, elle se trompe de colline !

062

1) *Le premier argument contraire du Portugal : la distinction entre la validité et la licéité dans son application à la présente affaire*

46. Le premier argument contraire du Portugal se fonde sur la distinction entre la validité et la licéité dans son application à la présente affaire. Comme je l'ai indiqué, le Portugal cherche à éviter de contester le traité en se déclarant préoccupé uniquement de la licéité de celui-ci, non de sa validité (voir CR 95/6, p. 32-33).

47. Il existe sans doute une distinction théorique entre la validité et la licéité. Si toutefois on applique cette distinction en l'espèce, il est tout à fait clair que ce que le Portugal réclame avec insistance dans la présente affaire, c'est précisément que «l'accord» soit déclaré nul. Bien entendu il s'abstient de le dire expressément, car il reconnaît, d'une façon qui pour être implicite n'en est pas moins révélatrice - que si la Cour devait statuer sur la validité du traité, elle statuerait nécessairement sur les droits d'un Etat tiers et enfreindrait à la fois l'article 59 du Statut et les conditions de l'exercice de sa fonction judiciaire.

48. Or, sur le fond et en vérité, l'argumentation du Portugal s'attaque à la validité du traité. Une partie ne saurait se soustraire aux conséquences nécessaires de ses arguments, en s'abstenant simplement de demander à la Cour de prendre telle ou telle mesure. Dans l'affaire de l'Or monétaire, l'Italie n'a pas effectivement demandé à la Cour de décider que la responsabilité internationale de l'Albanie était engagée

063

(voir C.I.J. Recueil 1954, p. 4, p. 22). La Cour ne pouvait bien évidemment pas le faire dans une instance à laquelle l'Albanie n'était pas partie. Il s'agit cependant là de questions de fond, non de forme, et certes pas de la forme de la décision de la Cour. Dans l'affaire de l'Or monétaire la Cour a refusé de statuer parce que pour ce faire il lui fallait au préalable déterminer les droits ou responsabilités juridiques d'un Etat tiers. Comme M. Shahabuddeen l'a dit dans l'affaire de Nauru, il s'agit maintenant de savoir si cela «équivaldrait ... à une ... détermination [judiciaire] au sens véritable auquel il fut demandé à la Cour de statuer sur la responsabilité de l'Albanie» (voir C.I.J. Recueil 1992, p. 296; CR 95/7, p. 71). En d'autres termes, on doit demander quels sont les éléments nécessaires du raisonnement de la Cour, du point de vue du fond du droit. Une manière de répondre à cette question, consiste à examiner les points de désaccord entre les parties, les points sur lesquels il est demandé à la Cour de statuer.

49. Il y a un certain nombre de questions relatives à ce traité au sujet desquelles les parties ne sont pas en désaccord. Par exemple, elles s'accordent pour estimer que le traité est inopposable au Portugal; pour le Portugal il est *res inter alios acta*. De même on s'entend pour admettre que le traité ne serait pas opposable à un Timor oriental indépendant.

50. Il est plus difficile de savoir si le Portugal, en sa qualité d'Etat administrant le Timor oriental avant 1975, aurait pu conclure ce traité avec l'Australie sans porter atteinte au droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental. Dans ses écritures, le Portugal paraît assurément avoir estimé qu'il aurait pu le faire, bien qu'il ait affirmé sans ambages dans ses plaidoiries qu'il ne l'aurait pas fait (CR 95/2, p. 33, Correia) : il pouvait adopter ce point de vue avec

064 d'autant plus de certitude que la question reste tout à fait hypothétique. Cependant, comme je l'ai indiqué, la pratique des Etats ne laisse aucun doute à cet égard : l'Etat qui administre effectivement un territoire relevant du chapitre XI est compétent pour conclure des accords de délimitation et autres accords touchant les ressources de ce territoire. Il vaut donc assurément mieux admettre ce que le Portugal lui-même paraît accepter dans ses écritures, à savoir qu'il aurait pu licitement conclure ce traité avec l'Australie. Si cela s'était produit, il aurait incombé à l'Etat qui administrait le territoire, et non à l'Australie, de décider du sort de tout bénéfice provenant de l'exploration et de l'exploitation des ressources du plateau continental.

51. Ce sur quoi les parties sont en désaccord, c'est la question de savoir si l'Australie peut légitimement négocier, conclure et exécuter ce traité avec l'Indonésie. L'Australie ne prétend pas qu'elle aurait eu le droit de le faire avec, par exemple, le Samoa occidental, l'Equateur, ou la Pologne (tous Etats qui ne sont pas le Portugal). Il est équitable de considérer comme abstraite la question de savoir s'il aurait pu agir de la sorte avec ces trois Etats, même selon les critères de la présente affaire, extraordinairement abstraite. Ce point a déjà été soulevé par M. Pellet : le Portugal ne saurait à la fois prétendre que le traité de 1989 est un «fait» et ne tenir compte d'aucun des faits liés à ce traité, en dehors de son observation selon laquelle un traité, de toute manière, n'est pas un fait, mais une norme, ou un ensemble de normes (CR 95/7, p. 78, Pellet). La manière correcte d'exprimer le désaccord revient donc à demander si en 1989 l'Australie pouvait licitement négocier, conclure et exécuter ce traité avec l'Indonésie. Dans le contexte de la présente affaire, il s'agit d'un désaccord relatif à la validité.

065

52. La considération à retenir, c'est que, si le traité est valide, l'Australie peut légitimement l'exécuter. Le droit international n'est pas un système de contradictions. Si le droit international interdit à l'Australie d'exécuter un traité, ce ne peut être que parce que le traité est nul ou l'est devenu (ou si la difficulté est temporaire, ne produit pas effet pendant la période considérée). Si un traité est valable, alors les Etats qui y sont parties ont le droit, aussi bien que l'obligation, de lui donner effet. La règle *pacta sunt servanda* est une norme du droit international général. Il est certain qu'un acte de l'Etat A, que cet Etat est tenu d'accomplir en vertu d'un traité bilatéral qui le lie à l'Etat B, peut donner à l'Etat C des raisons de se plaindre. Mais en l'espèce le grief du Portugal n'a aucun fondement bilatéral; le Portugal invoque ce qu'il présente comme un titre opposable à tous, un titre qui oblige également l'Etat B - en l'occurrence l'Indonésie. Si, comme l'allègue le Portugal, ni l'Indonésie, ni l'Australie ne sont pas libres de ne pas tenir compte du titre du Portugal, comment le deviennent-elles quand elles agissent en vertu d'un traité bilatéral ? Si, par l'effet d'une règle générale de droit international ayant le statut de règle *erga omnes*, A ne peut licitement faire quelque chose et si, exactement pour la même raison, B ne peut licitement faire la même chose, comment A et B peuvent-ils convenir entre eux de faire cette chose ? Un tel accord serait illicite et nul : nul au sens où il ne produirait pas l'effet juridique voulu.

53. De plus, le Portugal ne demande pas simplement un état comptable des bénéfices que l'Australie pourrait tirer de ce qui constitue, le Portugal le reconnaît, une exploitation juridiquement régulière de zones relevant du Timor oriental. Tant s'en faut. Il nie - et nie à juste titre - que la Cour puisse décider quelles zones du «Timor Gap» relèvent

de l'Australie, ou de l'Etat, quel qu'il soit, qui exerce la souveraineté sur le Timor oriental. Ce qu'il veut obtenir en réalité est une ordonnance interdisant à l'Australie de donner effet au traité. Il demande - pour citer le paragraphe 32 de sa requête - que l'Australie «[cesse] la violation des normes internationales pertinentes» et, en particulier, qu'elle s'abstienne de toutes affaires avec l'Indonésie relatives à la délimitation du «Timor Gap» (requête, par. 34 (5) a)); et qu'elle s'abstienne de tout acte d'exploration ou d'exploitation du plateau continental, ou de l'exercice de la juridiction sur celui-ci, sans le consentement du Portugal (requête, par. 34 (5) a)) : ce sont là les deux choses principales que le traité de 1989 oblige ou autorise l'Australie à faire. Le Portugal ne se contente pas de demander que l'Australie s'abstienne de conclure d'autres traités du même type - bien qu'il le demande. Il ne demande pas que l'Australie mette fin au traité de 1989 conformément au droit : aucune clause relative à la dénonciation du traité ne figure dans celui-ci. Ce que le Portugal demande, c'est une décision de la Cour interdisant à l'Australie d'exécuter le traité de 1989 et il le demande en se référant aux «*principes supérieurs de l'autodétermination des peuples, et de l'intégrité et de l'unité des territoires non autonomes*» (requête, par. 29 a)). Or, interdire à un Etat d'exécuter un traité, la Cour ne le pourrait que si le traité était nul ou sans effet. La Cour ne peut pas demander à un Etat de ne pas exécuter un traité conclu avec un Etat tiers au seul motif que le traité n'aurait pas dû être conclu. Elle ne peut probablement pas ordonner à un Etat de ne pas exécuter un traité conclu avec un Etat tiers, quelles que soient les circonstances, en l'absence d'une résolution obligatoire du Conseil de sécurité. En tout état de cause, ce qui est parfaitement clair, c'est qu'elle ne peut pas ordonner à un Etat de ne pas exécuter un

066

traité valide conclu avec un Etat tiers, et le Portugal concède que la Cour ne peut décider si le traité de 1989 est valide ou non.

54. En refusant d'admettre qu'il conteste la validité du traité, le Portugal se trouve obligé d'adopter une conception extrêmement abstraite de la validité. Il répète inlassablement qu'il ne conteste pas la validité de l'«accord» mais simplement le comportement de l'Australie (voir, par exemple, réplique du Portugal, par. 7.58 et, pour d'autres références par. 2 à 4 ci-dessus). Mais la validité d'un traité n'est rien d'autre qu'un faisceau de droits, pouvoirs et obligations juridiquement reconnus, qui font partie intégrante de la négociation, de la conclusion, et de la mise en application d'un accord. Elle n'est pas une fiction flottant dans quelque paradis de notions juridiques. Un accord négocié, conclu et exécuté de façon illégale n'est rien d'autre qu'un accord entaché de nullité - du moins dès lors que, comme le Portugal le souligne, l'illégalité n'est pas bilatérale mais *erga omnes*. Un traité est un ensemble approuvé de normes de droit international. Un traité qui ne peut pas s'inscrire dans le cadre normatif du droit international et qui est, en d'autres termes, incapable de produire l'un quelconque de ses effets juridiques voulus, est un traité entaché de nullité.

55. Il est possible de vérifier d'une autre manière le bien-fondé de cette thèse. Supposons que l'Australie n'ait pas conclu de traité formel mais un *modus vivendi*, un accord informel, portant sur l'étendue de son plateau continental dans la zone contestée. Confrontée, disons, à des opérations de forage réalisées par l'Indonésie, l'Australie devrait nécessairement être en mesure de faire valoir ses droits propres; présumons alors que cette revendication ait été admise par l'autre Partie. A quel titre le Portugal aurait-il pu contester un tel

arrangement ? Il n'aurait pas pu exiger que l'Australie se replie sur son plateau continental pour éviter tout contact avec un Etat autre que le Portugal. Or le Portugal conteste que l'Australie soit habilitée à conclure un traité de même effet. La seule différence entre les deux situations tient à l'existence d'un traité. Et pourtant M. Dupuy n'hésite pas à affirmer que l'«objet du litige n'est pas un traité» (CR 95/6, p. 22).

068

56. Il est ainsi évident que le Portugal - même s'il s'en défend (cf. réplique du Portugal, par. 2.20) - demande en vérité à la Cour de se prononcer sur la licéité de l'occupation du territoire par l'Indonésie et de l'autorité qu'elle exerce et donc par voie de conséquence logique, sur la validité du traité conclu avec l'Indonésie. Et l'on voit très bien pourquoi le Portugal y est contraint. S'il ne demande pas à la Cour de se prononcer sur la licéité ou l'illicéité de l'occupation du territoire par l'Indonésie et de l'autorité qu'elle y exerce, la Cour sera obligée de partir de la présomption que cette occupation et cette autorité sont licites. En effet, les Etats sont présumés libres d'agir dans la mesure où le droit international ne le leur interdit pas. Si l'occupation indonésienne était licite en 1989, l'Australie était en droit de conclure le traité. Un Etat a bien le droit de conclure un traité bilatéral relatif à son plateau continental avec un Etat qui occupe légalement un territoire. Et inversement, si la présence indonésienne en 1989 était illégale ou illicite, alors - vu les présomptions formulées par le Portugal dans sa propre argumentation - le traité est nécessairement entaché de nullité.

2. *La deuxième argumentation contraire du Portugal : la Cour n'a pas à tenter de résoudre un conflit de normes*

57. On pourrait qualifier la deuxième argumentation contraire du Portugal d'argumentation sur le son du silence. Le Portugal fait valoir qu'il appartient à l'Australie de tirer les conclusions nécessaires et appropriées d'un arrêt de la Cour, et que la Cour n'est pas tenue de trancher des questions qui auront une incidence juridique directe sur l'Indonésie. Et le Portugal de déclarer :

«Au cas où la Cour déterminerait que, par la négociation, la conclusion et le commencement d'exécution de l'«accord», l'Australie a violé les droits du peuple du Timor oriental, l'Australie aurait à tirer ses propres conclusions sur la manière dont elle devrait agir. A cet égard, le Portugal ne demande pas à la Cour de résoudre un quelconque conflit d'obligations.» (Réplique du Portugal, par. 9.37; voir aussi par. 7.23.)

069

58. Par «conflit d'obligations» le Portugal entend évidemment le conflit d'obligations auquel il compte que l'Australie soit exposée si la Cour donne raison au Portugal. Le Portugal déclare que l'Australie devra «tirer ses propres conclusions» de l'arrêt de la Cour. Et ce n'est pas là un exemple isolé de son appel au silence. Ailleurs, dans ses pièces de procédure, le Portugal déclare :

«Même s'il est évident que l'article 103 de la Charte impose la primauté des obligations de l'Australie vis-à-vis du peuple du Timor oriental et du Portugal sur toutes obligations découlant de tout autre accord, le Portugal, en tout cas, n'a pas demandé à la Cour de déclarer cette primauté.» (Réplique du Portugal, par. 2.17.)

59. Cette argumentation a été longuement développée par M. Galvão Teles, la semaine dernière (CR 95/6, p. 21-32).

60. En fait, le Portugal demande à la Cour de taire une partie de son raisonnement, de ne pas tirer une conclusion nécessaire. A l'Australie de dégager cette conclusion, sans l'aide de la Cour. Mais - ceci est évidemment une hypothèse - que se passerait-il si l'Australie tirait ce

que le Portugal tiendrait pour une conclusion fautive de l'arrêt de la Cour ? Certes, en vertu de l'article 60 du Statut, le Portugal pourrait inviter la Cour à interpréter son arrêt de manière à préciser clairement ce qu'elle entendait dire mais n'était pas autorisée à formuler. Si une telle interprétation portait directement atteinte aux droits ou à la qualité d'un Etat tiers, comme dans l'affaire de l'Or monétaire, ce serait uniquement parce que l'arrêt initial l'aurait fait.

61. Monsieur le Président, le philosophe Ludwig Wittgenstein a jadis déclaré : « Sur ce dont on ne peut parler, il faut garder le silence. » A vrai dire, il s'agissait de Dieu plutôt que de l'Or monétaire, mais on pourrait paraphraser sur le même modèle l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire : « Sur ce dont la Cour ne peut parler, elle ne peut rendre un arrêt. » Telle est, heureusement ou malheureusement, la position de la Cour en la présente espèce.

3. *La troisième argumentation contraire du Portugal : la Cour ne devrait pas tenir compte du caractère de jus cogens des normes applicables*

62. Dans sa troisième argumentation contraire le Portugal suggère à la Cour une autre réticence encore - on pourrait la qualifier d'argumentation visant à laisser le jus cogens au placard. Dans ses pièces de procédure, le Portugal refuse systématiquement d'invoquer le principe d'autodétermination en tant que principe de jus cogens. Il déclare :

« Pour sa part, la République portugaise estime ... qu'il existe une forte présomption, dans le droit international contemporain, en faveur du caractère impératif de la règle du respect du principe du droit des peuples. Elle considère cependant également que la Cour est de toute façon le meilleur juge de l'opportunité de faire usage de cette qualification. En tout état de cause, de l'avis du Portugal, il n'est pas indispensable au règlement du présent différend de consacrer judiciairement le caractère impératif du principe d'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. »
(Mémoire du Portugal, vol. 1, par. 4.71.)

63. Comme je l'ai déjà démontré, M. Dupuy s'en est tenu à la même stratégie; il a laissé soigneusement le *jus cogens* au placard, tout en en signalant la présence à mots couverts ! (Voir CR 95/3, p. 34, M. Dupuy). Mme Higgins, en revanche, l'en a sorti sans équivoque (CR 95/5, p. 21 et 22, Mme Higgins), avec les conséquences que j'ai déjà indiquées. Dans la présente partie de mon argumentation, je pars du principe que la stratégie de M. Dupuy constitue la version autorisée de la thèse du Portugal.

64. La Cour se rappellera que le Portugal se défend également d'invoquer l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales - norme de *jus cogens*, si jamais il en fut (voir ci-dessus par. 17 à 19 avec les références aux pièces de procédure du Portugal) - peut-être, Monsieur le Président, est-ce la seule.

071
65. La raison de cette réticence est évidente. Invoquer des normes de *jus cogens* équivaudrait nécessairement, selon la propre argumentation du Portugal sur le fond, à invoquer la nullité du traité. Un traité incompatible avec une norme du *jus cogens* est nul : c'est ce que prévoit l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Mais le Portugal répète qu'il ne se réclame pas de cette nullité. Il semble croire qu'il peut déterminer unilatéralement, par voie de stipulation préalable, la mesure dans laquelle la Cour peut s'appuyer sur tel ou tel argument, quelle qu'en soit la qualité propre en droit international. En refusant d'invoquer telle ou telle norme, soit absolument - comme pour l'emploi de la force - soit intégralement - comme pour l'autodétermination - il croit pouvoir échapper aux conséquences logiquement et juridiquement nécessaires des décisions ou conclusions qu'il demande à la Cour de formuler. Conformément à sa pratique constante, la Cour examinera le fond du problème juridique, à savoir une

revendication qui repose, et repose nécessairement, sur la nullité du traité.

4) *La quatrième argumentation contraire du Portugal : le recours aux «données» de l'Organisation des Nations Unies*

66. Je suis en mesure de traiter plus succinctement la quatrième argumentation, celle des «données», que M. Pellet a déjà mentionnée dans le contexte des argumentations du Portugal relatives au «comportement». Le Portugal fait valoir que la qualité du Portugal, et l'absence de qualité de l'Indonésie, constituent une donnée, un *datum*, une base fiable sur laquelle la Cour peut se fonder sans avoir aucunement à l'établir. Je souscris à ce que M. Pellet a dit à ce sujet - j'ai renoncé depuis longtemps à tenter de faire mieux que lui. Mais une observation s'impose. Il n'y a en l'espèce, s'agissant du traité, pas de donnée, pas de *datum*. Rien qui conduise, sans autres déterminations par la Cour, à juger que l'Australie, en concluant le traité en 1989 commettait un acte illicite. Les diverses résolutions sont totalement muettes sur la conclusion de traités, ou la non-reconnaissance par des Etats tiers, ou l'illégalité de la présence de l'Indonésie - et aucune n'est postérieure à 1982. Ces résolutions ne constituent certainement pas une appréciation ou une donnée, concernant la conclusion du traité de 1989. Il faut tout un raisonnement juridique solide et impartial pour arriver au résultat - Mme Higgins a tenté avec subtilité de se livrer, sans en avoir l'air, apportant ainsi la preuve même de ce que j'avance. Je reviendrai sur la substance de son argumentation au sujet du fond. Mais s'il existait une donnée ou un *datum* se rapportant à la conclusion du traité en 1989, une bonne partie de ce qu'elle a dit serait hors de propos.

E. Conclusions

67. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour les raisons que j'ai indiquées, l'Australie fait valoir que la Cour devrait rejeter la requête du Portugal comme irrecevable au motif que la Cour ne saurait se prononcer sur la légalité du comportement de l'Australie, s'agissant de la conclusion et de l'exécution du traité, sans trancher tout d'abord, à titre de préalable logique, les questions juridiques que posent la légalité de la présence de l'Indonésie au Timor oriental, la qualité de l'Indonésie et sa capacité de conclure le traité au nom du Timor oriental et la validité du traité lui-même. Ces questions - dont chacune suffirait en elle-même à faire jouer le principe formulé dans l'affaire de l'Or monétaire - constituent l'objet même de la thèse présentée par le Portugal dans sa requête et développée dans ses écritures et ses plaidoiries. En l'absence de l'Etat dont la qualité, la capacité et les droits sont ainsi mis en cause, la demande présentée par le Portugal est irrecevable.

68. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous prie maintenant de bien vouloir appeler à la barre mon collègue, M. Burmester, qui abordera la question de la qualité du Portugal pour agir dans la présente procédure. Je vous remercie, Monsieur le Président.

073
Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Crawford. J'appelle à la barre M. Burmester pour le temps qui nous reste jusqu'à 13 heures.

M. BURMESTER :

Le Portugal n'a pas qualité pour agir

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, c'est un honneur pour moi de comparaître une fois de plus devant la Cour, et de faire de nouveau partie de l'équipe australienne, comme j'en ai eu l'occasion dans

les deux précédentes affaires dans lesquelles l'Australie a été partie devant la Cour.

Il m'incombe maintenant d'aborder la question de la qualité qu'a le Portugal pour présenter ses revendications propres, dans cette instance contre l'Australie. Je le fais avec quelque tristesse, car cette partie de l'argumentation de l'Australie devait être présentée par M. Jiménez de Aréchaga. J'espère que mon exposé, pour lequel j'ai pu m'inspirer des idées de M. Jiménez de Aréchaga, sera un modeste hommage à sa mémoire.

Monsieur le Président, les exposés de M. Pellet et de M. Crawford, que vous venez d'entendre, ont démontré le caractère artificiel de la thèse du Portugal. Cela vaut aussi pour son droit d'agir. Vendredi dernier, M. Correia a exposé les diverses décisions demandées à la Cour et qu'il est, selon M. Correia, et dans l'intérêt juridique du Portugal d'obtenir (CR 95/6, p. 42-43). L'élément central de la demande du Portugal est constitué par ce qu'il affirme être un différend juridique distinct concernant le plateau continental du Timor Gap. Mais le Portugal demande aussi à la Cour un jugement déclaratoire plus large concernant les droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et la qualité du Portugal en tant que puissance administrante. Chacune des revendications du Portugal dépend toutefois, du point de vue de son droit d'agir, exclusivement et totalement de sa qualité de puissance administrante. Le Portugal renonce absolument à se fonder sur son titre de Membre de l'Organisation des Nations Unies pour se faire reconnaître le droit d'agir dans le cadre, en quelque sorte, d'une *actio popularis* (réplique du Portugal, par. 8.15). Il insiste sur le fait qu'il a intérêt pour agir parce qu'il est affecté dans ses droits propres, en tant qu'Etat indépendant «investi» de pouvoirs d'administration du Timor oriental, et Etat titulaire du pouvoir de représenter internationalement

le peuple du Timor oriental et d'agir pour le compte de celui-ci (réplique du Portugal, par. 8.17; CR 95/6, p. 56).

Les questions touchant le droit d'agir sont inévitablement liées aux questions de fond. Dans un exposé ultérieur nous examinerons plus en détail la qualité du Portugal en tant que puissance administrante. Cette qualité est, comme je l'ai dit, d'un intérêt essentiel pour la question de son droit d'agir en l'espèce. A ce stade, j'examinerai toutefois d'une manière plus générale la prétention à la qualité pour agir. Ce faisant, je démontrerai que le Portugal n'est pas plus investi d'un droit juridiquement reconnu d'introduire la présente instance que toute autre puissance coloniale évincée ne serait habilitée à représenter le peuple d'une colonie qui se serait soulevée et aurait rejeté l'autorité de ladite puissance. Un examen des prétentions portugaises au droit d'agir conduit, selon nous, à rejeter tout droit du Portugal à introduire cette instance. Aussi la requête est-elle irrecevable.

Avant d'examiner ces revendications, il serait peut-être utile qu'avec votre permission, Monsieur le Président, je rappelle brièvement à la Cour les principes juridiques qui régissent le droit d'agir. Le Portugal reconnaît la nécessité de prouver un intérêt juridique suffisant. Il a commodément omis de rappeler à la Cour la signification de cette exigence. C'est ce que je me propose de faire succinctement.

Le concept de qualité pour agir

Le concept de *jus standi* devant la Cour internationale de Justice a reçu de la Cour une définition précise dans l'affaire *Barcelona Traction*.

075 La Cour était alors appelée à statuer sur une exception préliminaire soulevée par l'Espagne, selon laquelle le Gouvernement belge «n'a[vait] pas qualité pour agir dans la présente affaire...» «étant donné que la société n'a[vait] pas la nationalité belge» et «le droit international n'admettant pas une protection diplomatique d'actionnaires...»

Pour se prononcer à ce sujet, la Cour a d'abord posé :

«c'est donc l'existence ou l'inexistence d'un droit appartenant à la Belgique et reconnu comme tel par le droit international qui est décisive en ce qui concerne la qualité de la Belgique» (C.I.J. Recueil 1970, par. 36; les italiques sont de nous).

La Cour a ensuite établi que la Belgique n'avait pu prouver aucune lésion d'un droit - aucune violation des droits d'actionnaires belges, mais seulement que ceux-ci avaient subi des répercussions économiques de la faillite de la société canadienne. La Cour a précisé : «la responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché» (*ibid.*, par. 46). En d'autres termes, un Etat peut avoir des intérêts dans une affaire mais cela ne lui confère pas pour autant le droit d'agir. C'est un point sur lequel je reviendrai.

La Cour a également dit dans l'affaire *Barcelona Traction* :

«Attendu que la qualité pour agir devant la Cour n'a pas été démontrée, il n'y a pas lieu que la Cour se prononce dans son arrêt sur tout autre aspect de l'affaire.» (C.I.J. Recueil 1962, p. 51, par. 102.)

Ainsi, la Cour non seulement a appliqué de manière expresse le concept de *jus standi*, mais a aussi qualifié cette condition de «préalable», qui lui interdisait de se prononcer «sur tout autre aspect de l'affaire» (C.I.J. Recueil 1970, par. 102). Cela est évidemment

caractéristique des exceptions soulevées contre la recevabilité d'une requête, ce qui est le cas en la présente espèce.

076

Déjà dans son premier arrêt, l'affaire du *Wimbledon*, la Cour permanente de Justice internationale, avait reconnu le caractère préliminaire d'une exception concernant la capacité ou *jus standi* d'un requérant, et le rapport entre ce concept et l'existence d'un droit juridiquement protégé. A l'époque, elle a conclu à la qualité en se fondant sur les dispositions expresses de l'article 386 du traité pertinent dont elle a considéré qu'elles démontraient l'existence du droit nécessaire. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, la Cour a apprécié la qualité pour agir en déterminant si les dispositions du mandat conféraient à des Etats tiers le droit nécessaire de veiller au respect par le mandataire de ses obligations tant à l'égard des habitants du territoire sous mandat qu'à l'égard de la Société des Nations et de ses membres (C.I.J. Recueil 1970, p. 343).

Dans la présente espèce, le Portugal n'essaie pas de fonder sa qualité sur une disposition conventionnelle particulière, comme dans les affaires du *Sud-Ouest africain* et du *Wimbledon*. Il n'est pas allégué ici, comme dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, que l'autorité administrante a manqué à ses responsabilités.

Monsieur le Président, il est une question que je voudrais mentionner ici. Le Portugal se réfère constamment dans son argumentation à son statut d'autorité administrante - souvent écrit avec deux A majuscules. Il utilise indifféremment les termes de puissance et d'autorité administrante comme s'ils étaient interchangeable (voir CR 95/6, p. 43 à 45). Pourtant, ils ne le sont pas. La Charte, dans son article 81, qualifie exactement d'«autorité chargée de l'administration» l'Etat qui assure l'administration d'une tutelle. C'était le cas de l'Afrique du

Sud en vertu du mandat. C'était le cas de l'Australie pour Nauru. Les pouvoirs et les obligations d'un tel Etat sont définis par un accord approuvé par l'Organisation des Nations Unies (duplique de l'Australie, par. 196). Or, il n'existe ici aucun accord de ce genre. Le Portugal ne peut s'appuyer sur rien d'autre que sur son statut d'Etat indépendant.

077

Dans la présente espèce, le Portugal admet qu'il lui incombe de démontrer une «qualité pour agir» contre l'Australie (réplique du Portugal, par. 8.02) et il s'efforce d'établir ses droits juridiques propres ou ceux du peuple du Timor oriental, qu'il affirme être habilité à représenter. Je vais montrer maintenant qu'il ne possède pas cette capacité juridique indispensable. Et conformément à la jurisprudence que nous venons de citer, l'impossibilité d'établir cette capacité sera nécessairement fatale pour la cause du Portugal.

Je traiterai d'abord du *pouvoir de conclure des traités*. Ce point est important car le Portugal attaque maintenant directement le traité de 1989.

Quand un Etat conteste un traité relatif à des ressources maritimes, on s'attendrait normalement que ce soit parce que cet Etat affirme être habilité à traiter de ce qui concerne ces ressources. Mais quelle est la situation ici ? Le Portugal lui-même ne prétend pas que ses propres droits souverains aient été lésés (réplique du Portugal, par. 4.57, mémoire du Portugal, par. 3.08 et 5.41). Il dit ceci :

1. Le Portugal représente le peuple du Timor oriental.
2. Les ressources appartiennent au peuple du Timor oriental.
3. Par conséquent, seul le Portugal peut négocier ce qui se rapporte à ses ressources.

Mais considérons le revers de la médaille c'est-à-dire les obligations et non plus les droits.

Supposons qu'un accord soit conclu avec le Portugal, alors :

1. Le peuple du Timor oriental n'est pas en mesure d'exécuter les obligations résultant de l'accord.
2. Le Portugal lui-même n'est en mesure de s'acquitter d'aucune obligation résultant de l'accord, puisqu'il est entièrement dénué de toute autorité territoriale ou administrative sur le Timor oriental.

Par conséquent, en l'absence de toute capacité de s'acquitter de bonne foi des obligations résultant d'un traité, le Portugal ne possède aucune capacité de conclure ce traité.

Le Portugal ne répond pas à cet argument en démontrant sa capacité. Il dit seulement que l'Australie n'a pas cherché à négocier avec lui - comment alors a-t-elle pu établir l'absence de capacité (CR 95/6, p. 54) ? Mais c'est au Portugal qu'il incombe de prouver sa capacité, non à l'Australie. Et il ne l'a pas fait pour ce qui concerne le pouvoir de conclure des traités.

078 S'il ne peut pas conclure un traité en tant qu'Etat côtier, de quel droit le Portugal peut-il se plaindre qu'un autre Etat côtier l'ait fait ? Sur quelle autre base le Portugal s'appuie-t-il pour établir sa «capacité» et sa qualité pour agir contre l'Australie ?

La thèse du Portugal, selon laquelle il est titulaire vis-à-vis de l'Australie de droits qui lui confèrent la «qualité» nécessaire, repose sur deux piliers. La réplique les décrit comme deux sources parallèles de droit (réplique du Portugal, par. 8.02). Ces moyens ont été exposés à nouveau vendredi dernier dans la plaidoirie de M. Correia (CR 95/6, p. 44-54). Quels sont-ils donc ?

Premièrement, l'Australie est censée avoir lésé des droits et des pouvoirs appartenant en propre au Portugal - mais comme puissance administrante et non au titre de sa souveraineté sur le Timor oriental;

et

Deuxièmement, l'Australie est censée avoir lésé les droits du peuple du Timor oriental, que le Portugal affirme avoir le pouvoir et l'obligation de représenter internationalement (voir également la requête introductive d'instance, par. 14).

I. Les droits propres auxquels prétend le Portugal

J'examinerai d'abord les droits dont le Portugal prétend qu'ils lui appartiennent en propre.

Arguant du fait que certaines, résolutions pertinentes de l'Organisation des Nations Unies, mais pas toutes, mentionnent le Portugal comme étant la puissance administrante, celui-ci prétend qu'il a le droit pour ce qui se rapporte au Timor oriental d'exercer tous les pouvoirs inhérents à sa capacité d'Etat sujet du droit international. Cela comprend, dit-il, le droit d'introduire une instance. En même temps, il reconnaît que les pouvoirs d'une puissance administrante ont un «caractère fonctionnel, limité, partagé et contrôlé» (réplique du Portugal, par. 8.03; CR 95/4, p. 10).

079 Mais le Portugal fait une pétition de principe. L'Australie ne conteste pas que le Portugal en tant qu'Etat puisse introduire une instance devant la Cour. La question est de savoir s'il possède un intérêt juridique suffisant ce qui fait l'objet de cette instance. Pour établir cette qualité, le Portugal se borne à répéter constamment qu'il est la puissance administrante - un peu comme un disque fêlé.

Il ne suffit pas à cet égard d'établir que l'affaire a un caractère contentieux - qu'il y a un litige réel. C'est à tort que M. Correia veut s'appuyer sur la jurisprudence de l'affaire du *Cameroun septentrional* (CR 95/6, p. 48). Il s'agissait alors d'une question d'opportunité judiciaire et non des éléments constituant un intérêt juridique.

Pour ce qui est de la capacité du Portugal de participer à la recherche d'une solution au problème du Timor oriental, l'Organisation des Nations Unies, comme vous l'avez entendu hier, traite seulement le Portugal comme une partie intéressée - sur le même pied à cet égard que l'Indonésie et les représentants du peuple du Timor oriental. Il serait très surprenant que cela puisse suffire au Portugal pour prétendre au droit d'introduire une instance relative à ce territoire et à ses ressources. Ainsi que je l'ai rappelé devant la Cour, un «simple intérêt» ne confère pas la capacité juridique d'introduire une instance donnée. Dans cette affaire, le rôle du Portugal en tant que partie intéressée ou directement concernée se limite à la recherche d'une solution du différend en collaboration avec l'Organisation des Nations Unies. Il ne l'autorise pas à introduire la présente instance.

Ce qui est en cause ici est donc de savoir si son statut de puissance administrante confère au Portugal la capacité d'introduire une instance concernant les ressources d'un territoire sur lequel il ne dispose d'aucune autorité gouvernementale et d'aucune présence matérielle. Le statut et les pouvoirs précis d'une puissance administrante, qui intéressent étroitement l'examen au fond, comme je l'ai dit, sont analysés de manière détaillée dans la duplique de l'Australie. Cette question sera également traitée plus longuement en plaidoirie par M. Staker.

080

Je me limite pour le moment au problème de la qualité pour agir. La question est donc la suivante : le Portugal possède-t-il en qualité de puissance administrante des droits fonctionnels, qui ne soient pas restreints ou contrôlés par ailleurs, et qui pourraient l'autoriser à introduire cette instance ? M. Correia a indiqué dans sa plaidoirie qu'en désignant un Etat comme puissance administrante on entendait rendre

incontestable qu'il en découlait aussi certaines obligations (CR 95/3, p. 65). Mais afin d'avoir qualité pour agir, le Portugal doit faire état des droits qu'il possède. Et ainsi que M. Correia l'a aussi reconnu «ce qui importe, en l'espèce, c'est le contenu matériel de la qualité juridique, bien plus que les dénominations attribuées à cette qualité» (CR 95/3, p. 65). L'examen du contenu matériel des droits que prétend avoir le Portugal, et dont il affirme qu'ils lui donnent qualité pour présenter ses demandes contre l'Australie, ne relève rien qui puisse étayer ses prétentions. Le Portugal prétend que son autorité originelle et inhérente d'Etat sujet du droit international est suffisante. Selon lui, il n'est nul besoin d'une restriction fonctionnelle, étant donné le désir du Portugal de défendre le peuple du Timor oriental. Néanmoins, il admet que les pouvoirs d'une puissance administrante puissent se trouver limités «en raison de leur fonction» (CR 95/6, p. 46). Mais l'ayant reconnu, le Portugal ne répond que de manière négative :

- il n'y avait aucune raison pour une limitation de ses pouvoirs;
- les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies n'ont formulé aucune interdiction visant l'introduction de cette procédure.

Monsieur le Président, une fois de plus, le Portugal s'efforce d'éluder la responsabilité qui lui incombe d'établir concrètement les droits dont il dit prétend tirer sa qualité. Il semble croire qu'il lui suffit de vouloir. Mais cela n'est pas suffisant.

Qu'il me soit permis de rappeler à la Cour quelques faits essentiels :

1. le Portugal ne possède aucune autorité territoriale ou administrative sur le territoire du Timor oriental;
2. l'autorité du Portugal a été rejetée par le peuple du Timor oriental en 1974 et en 1975, quand la guerre civile a éclaté;

001

3. le Portugal a abandonné de lui-même l'île principale en août 1975. Il n'en a pas été chassé par l'Indonésie. Il a quitté l'île d'Atauro précipitamment, sans essayer du tout de défendre le territoire ou son peuple;
4. l'Assemblée générale a désigné d'autres représentants légitimes du peuple du Timor oriental.

M. Griffith a démontré ces faits hier. L'engagement que de plus fraîche date le Portugal témoigne au peuple du Timor oriental ne peut pas annuler l'effet juridique de ces faits. Et ils sont d'importance, s'agissant de la question de la qualité pour agir.

Je rappellerai à la Cour l'arbitrage rendu dans l'affaire *Guinée-Bissau/Sénégal*. Nous analyserons plus en détail cette décision dans nos plaidoiries ultérieures. Elle établit clairement qu'une puissance administrante peut perdre le pouvoir de conclure des traités au nom d'un territoire lorsqu'un mouvement de libération nationale a effectivement, et par la voie d'une lutte armée, affirmé son droit à l'indépendance. Telle était manifestement la situation au Timor oriental.

Le Portugal essaie de parer à cette conclusion gênante en insistant sur les obligations et les droits qui incombent aux puissances administrantes. Il prétend que ces obligations ne découlent pas de l'attribution au cas par cas de pouvoirs spécifiques par l'Organisation des Nations Unies. Peut-être. Mais elles doivent découler d'un examen, cas par cas, des circonstances dans lesquelles un Etat continue d'être appelé puissance administrante.

Monsieur le Président, peut-être pourrais-je m'interrompre ici.

082

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup, Monsieur Burmester, d'avoir interrompu votre plaidoirie. La Cour reprendra ces audiences demain matin à 10 heures. La séance est levée.

L'audience est levée à 13 heures.
