

CR 95/11

Cour internationale  
de Justice

LA HAYE

International Court  
of Justice

THE HAGUE

ANNEE 1995

*Audience publique*

*tenue le vendredi 10 février 1995, à 10 heures, au Palais de la Paix,*

*sous la présidence de M. Bedjaoui, Président*

*en l'affaire relative au Timor oriental*

*(Portugal c. Australie)*

---

COMPTE RENDU

---

YEAR 1995

*Public sitting*

*held on Friday 10 February 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace,*

*President Bedjaoui presiding*

*in the case concerning East Timor*

*(Portugal v. Australia)*

---

VERBATIM RECORD

---

*Présents :*

- M. Bedjaoui, Président
- M. Schwebel, Vice-Président
- M. Oda
- Sir Robert Jennings
- MM. Guillaume  
Shahabuddeen  
Aguilar Mawdsley  
Weeramantry  
Ranjeva  
Herczegh  
Shi  
Fleischhauer  
Koroma  
Vereshchetin, juges
  
- Sir Ninian Stephen
- M. Skubiszewski, juges *ad hoc*
  
- M. Valencia-Ospina, Greffier

*Present:*

President	Bedjaoui
Vice-President	Schwebel
Judges	Oda
	Sir Robert Jennings
	Guillaume
	Shahabuddeen
	Aguilar Mawdsley
	Weeramantry
	Ranjeva
	Herczegh
	Shi
	Fleischhauer
	Koroma
	Vereshchetin
Judges <i>ad hoc</i>	Sir Ninian Stephen
	Skubiszewski
Registrar	Valencia-Ospina

*Le Gouvernement de la République portugaise est représenté par :*

S. Exc. M. António Cascais, ambassadeur de la République portugaise  
auprès du Gouvernement de S. M. la Reine des Pays-Bas,

*comme agent;*

M. José Manuel Servulo Correia, professeur à la faculté de droit de  
l'Université de Lisbonne et avocat au barreau du Portugal,

M. Miguel Galvão Teles, avocat au barreau du Portugal,

*comme coagents, conseils et avocats;*

M. Pierre-Marie Dupuy, professeur à l'Université Panthéon-Assas  
(Paris II) et directeur de l'Institut des hautes études  
internationales de Paris,

Mme Rosalyn Higgins, Q.C., professeur de droit international à  
l'Université de Londres,

*comme conseils et avocats;*

M. Rui Quartin Santos, ministre plénipotentiaire, ministère des  
affaires étrangères,

M. Francisco Ribeiro Telles, premier secrétaire d'ambassade,  
ministère des affaires étrangères,

*comme conseillers;*

M. Richard Meese, avocat, associé du cabinet Frere Cholmeley, Paris,

M. Paulo Canelas de Castro, assistant à la faculté de droit de  
l'Université de Coimbra,

Mme Luisa Duarte, assistante à la faculté de droit de l'Université de  
Lisbonne,

M. Paulo Otero, assistant à la faculté de droit de l'Université de  
Lisbonne,

M. Iain Scobbie, *Lecturer in Law* à la faculté de droit de  
l'Université de Dundee, Ecosse,

Mlle Sasha Stepan, Squire, Sanders & Dempsey, *Counsellors at Law*,  
Prague,

*comme conseils;*

M. Fernando Figueirinhas, premier secrétaire de l'ambassade de la  
République portugaise à La Haye,

comme secrétaire.

*The Government of the Portuguese Republic is represented by:*

H. E. António Cascais, Ambassador of the Portuguese Republic to the Government of H.M. The Queen of the Netherlands,

*as Agent;*

Mr. José Manuel Servulo Correia, Professor in the Faculty of Law of the University of Lisbon and Member of the Portuguese Bar,

Mr. Miguel Galvão Teles, Member of the Portuguese Bar,

*as Co-Agents, Counsel and Advocates;*

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor at the University of Paris II (Panthéon-Assas) and Director of the *Institut des hautes études internationales* of Paris,

Mrs. Rosalyn Higgins, Q.C., Professor of International Law at the University of London,

*as Counsel and Advocates;*

Mr. Rui Quartin Santos, Minister Plenipotentiary, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Francisco Ribeiro Telles, First Embassy Secretary, Ministry of Foreign Affairs,

*as Advisers;*

Mr. Paulo Canelas de Castro, Assistant in the Faculty of Law of the University of Coimbra,

Mrs. Luisa Duarte, Assistant in the Faculty of Law of the University of Lisbon,

Mr. Paulo Otero, Assistant in the Faculty of Law of the University of Lisbon,

Mr. Iain Scobbie, Lecturer in Law in the Faculty of Law of the University of Dundee, Scotland,

Miss Sasha Stepan, Squire, Sanders & Dempsey, Counsellors at Law, Prague,

*as Counsel;*

Mr. Fernando Figueirinhas, First Secretary of the Portuguese Embassy in The Hague,

*as Secretary.*

*Le Gouvernement du Commonwealth d'Australie est représenté par :*

M. Gavan Griffith, Q.C., *Solicitor-General* d'Australie,

*comme agent et conseil;*

S. Exc. M. Michael Tate, ambassadeur d'Australie aux Pays-Bas et ancien ministre de la justice,

M. Henry Burmester, conseiller principal en droit international, bureau du droit international, services de l'*Attorney-General* d'Australie,

*comme coagents et conseils;*

M. Derek W. Bowett, Q.C., professeur émérite, ancien titulaire de la chaire Whewell à l'Université de Cambridge,

M. James Crawford, titulaire de la chaire Whewell de droit international à l'Université de Cambridge,

M. Alain Pellet, professeur de droit international à l'Université de Paris X-Nanterre et à l'Institut d'études politiques de Paris,

M. Christopher Staker, conseiller auprès du *Solicitor-General* d'Australie,

*comme conseils;*

M. Christopher Lamb, conseiller juridique au département des affaires étrangères et du commerce extérieur d'Australie,

Mme Cate Steains, deuxième secrétaire à l'ambassade d'Australie aux Pays-Bas,

M. Jean-Marc Thouvenin, maître de conférences à l'Université du Maine et à l'Institut d'études politiques de Paris,

*comme conseillers.*

*The Government of Australia is represented by:*

Mr. Gavan Griffith, Q.C., Solicitor-General of Australia,

*as Agent and Counsel;*

H.E. Mr. Michael Tate, Ambassador of Australia to the Netherlands and former Minister of Justice,

Mr. Henry Burmester, Principal International Law Counsel, Office of International Law, Attorney-General's Department,

*as Co-Agents and Counsel;*

Mr. Derek W. Bowett, Q.C., Whewell Professor emeritus, University of Cambridge,

Mr. James Crawford, Whewell Professor of International Law, University of Cambridge,

Mr. Alain Pellet, Professor of International Law, University of Paris X-Nanterre and Institute of Political Studies, Paris,

Mr. Christopher Staker, Counsel assisting the Solicitor-General of Australia,

*as Counsel;*

Mr. Christopher Lamb, Legal Adviser, Australian Department of Foreign Affairs and Trade,

Ms. Cate Steains, Second Secretary, Australian Embassy in the Netherlands

Mr. Jean-Marc Thouvenin, Head Lecturer, University of Maine and Institute of Political Studies, Paris,

*as Advisers.*

The PRESIDENT: Please be seated. The Court will now resume its sittings and continue to hear the oral arguments of Australia. I call upon Mr. Alain Pellet for his statement.

M. PELLET : I don't dare say, thank you, Mr. President! Merci, Monsieur le Président.

LE DROIT DE L'AUSTRALIE DE NEGOCIER EN VUE DE LA PROTECTION  
DE SES PROPRES RESSOURCES NATURELLES

1. Mes collègues, Henry Burmester, James Crawford et Christopher Staker ont démontré qu'en concluant le traité du 11 décembre 1989 avec l'Indonésie, l'Australie n'a porté aucune atteinte à un droit quelconque appartenant au Portugal ou au peuple de Timor oriental et le professeur Bowett va montrer tout à l'heure que le traité qui est au coeur de notre affaire préserve les droits et les intérêts des Timorais.

Il m'appartient d'établir que, par la conclusion de ce traité, l'Australie n'a fait qu'exercer les droits souverains que lui reconnaît le droit international; plus même : qu'elle s'est acquittée des devoirs lui incombant à l'égard de son propre peuple.

Et ceci à deux points de vue :

- d'une part, l'Australie a protégé ses propres ressources et richesses naturelles, en application du principe, dont le Portugal, non sans raison d'ailleurs, fait grand cas, le principe de la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles;
- d'autre part, en application des règles contemporaines du droit de la mer, l'Australie a conclu un accord à cette fin.

2. Durant toute la procédure écrite, le Portugal s'est ingénié à présenter l'affaire qu'il a soumise à la Cour d'une manière passablement biaisée et qui relève de ce que l'on pourrait appeler la «psychologie judiciaire».

A entendre les plaidoiries que nous avons écoutées la semaine dernière au nom du Portugal, l'affaire opposerait un petit peuple opprimé dont lui, Portugal, se serait fait le champion généreux et désintéressé, à un grand pays industrialisé, cynique et avide, qui aurait profité d'une situation douloureuse pour s'approprier des richesses qui ne lui appartiennent pas - car ce n'est pas une révélation, le sous-sol du «Timor Gap» recèle des traces de pétrole, en effet assez prometteuses.



Mais ce n'est pas du tout ainsi que la situation se présente :

- en premier lieu, les Parties au différend ne sont pas celles que décrit le Portugal;
- en deuxième lieu, l'Australie n'a porté atteinte aux droits de personne; elle a, je le répète, protégé ses propres droits, ceux que le droit international lui reconnaît, comme à tout autre Etat;
- enfin, loin de «profiter de la situation» comme le Portugal veut le faire croire, elle a, au contraire, dû négocier dans des conditions difficiles, un accord qui ne fait que partiellement droit à des revendications anciennes dont, au demeurant, le bien-fondé au regard du droit international paraît difficilement contestable.

3. Sous un angle particulier, le premier de ces points a déjà été longuement évoqué depuis le début de la semaine et je n'y reviens que pour mémoire : l'Australie n'est ici qu'un «faire-valoir», un leurre, un substitut, dont la présence à cette barre a pour seule fonction d'apaiser, faute de mieux, la tardive mauvaise conscience de l'ancienne puissance coloniale au Timor oriental aussi bien intentionnée soit-elle - et je n'ai pas de doutes sur ses bonnes intentions tout en pensant qu'il est regrettable que l'Australie en fasse les frais... Le véritable défenseur, chacun le sait, est l'Indonésie, absente de l'instance, mais présente derrière chaque phrase prononcée par les conseils du Portugal. C'est elle qui est visée. C'est elle seule que l'Etat requérant cherche à atteindre.

Quant à celui-ci, il se peint sous un jour qui ne doit pas abuser : Etat industrialisé, membre de l'Union européenne, il est surtout ici un colonisateur qui, après avoir maintenu Timor dans une pauvreté misérable, en a totalement perdu le contrôle et s'en est, à vrai dire, largement désintéressé pendant des années. C'est cet Etat, Monsieur le Président, et non le «peuple de Timor» - car, et on peut le déplorer, les peuples n'ont pas, en tant que tels, accès à cette barre -, c'est cet Etat qui a introduit une requête devant la Cour. C'est lui, et lui seul, si vous faisiez droit à ses conclusions, qui serait le bénéficiaire de votre arrêt. Le bénéfice qu'il en tirerait ne pourrait d'ailleurs qu'être purement politique; en revanche, le peuple de Timor risquerait fort d'être privé durablement des retombées économiques positives qu'il peut espérer de l'exploitation des ressources naturelles que recèle la région.

Si, par exemple, contre l'attente confiante de l'Australie, vous en veniez à dire que la

conclusion du traité de 1989 porte atteinte à la souveraineté permanente de Timor sur ses ressources et richesses naturelles, c'est au Portugal, lointaine puissance coloniale européenne, totalement absente de la région, que vous reconnaîtriez le droit d'exploiter ces ressources au nom du peuple timorais - c'est-à-dire à un Etat qui ne les a jamais mises en valeur du temps où il pouvait le faire et qui ne le ferait pas davantage aujourd'hui, même s'il est animé des meilleures intentions du monde comme il l'affirme, et comme d'ailleurs j'ai tendance à le croire. Et ceci pour une raison évidente, et qu'il reconnaît du reste lui-même : il n'exerce *aucun* contrôle effectif sur le territoire qu'il affirme représenter. Il est «évident, écrit le Portugal lui-même dans sa réplique, que la réalité factuelle de l'occupation du Timor oriental par l'Indonésie dure encore» (p. 190, par. 6.7). Certes ! ... et pour autant que je puisse en juger, cette manière de s'exprimer relève plutôt de la litote... Et, pour sa part, l'Indonésie ne manquerait pas de voir dans votre arrêt une approbation implicite de ses propres positions, une sorte de «quitus», puisqu'aussi bien elle se considère comme le souverain territorial à Timor. Est-ce cela le résultat recherché par le Portugal ? Encore une fois, nous l'avons déjà dit, les bonnes intentions de ce pays ne sont pas en cause; mais l'enfer est pavé de bonnes intentions...

4. En tout cas, le fait est : c'est avec lui, ancienne puissance coloniale, qui, de son propre aveu, n'exerce plus *aucune* compétence territoriale sur Timor depuis vingt ans, que le Portugal reproche à l'Australie de ne pas avoir négocié et traité, et c'est un arrêt l'y obligeant qu'il veut obtenir.

Supposons un instant que cela se soit passé ou que cela se produise à l'avenir. Que l'Australie ait conclu ou conclue *avec le Portugal* un traité portant sur l'exploitation conjointe des ressources naturelles du «Timor Gap». Il s'agirait là, Monsieur le Président, d'un exercice parfaitement futile, d'un traité entièrement fictif.

D'ailleurs, est-ce qu'on pourrait même parler de «traité» dans une telle hypothèse ? Il est de l'essence du traité de pouvoir être appliqué. Comme l'a fort bien relevé le professeur Julio Barberis, dans un article publié à l'*Annuaire français de droit international* en 1984, «une prescription n'a de sens que si ce qu'elle dispose peut être ou non suivi» («Le concept de «traité international» et ses limites», *A.F.D.I.* 1984, p. 254); et, comme il l'explique avec humour, «Les dispositions prévoyant comme condition d'application une situation qui est naturellement impossible n'ont pas ... une

fonction de prescription. Tel serait le cas, par exemple, de dispositions fixant les obligations des capitaines de navires marchands au cas où ils trouveraient des sirènes en haute mer, ou celles établissant des règles de trafic aérien pour les sorcières volant sur leur manche à balai.» (*Ibid.*)

C'est, malheureusement, à un exercice de ce genre que le Portugal invite l'Australie et la Cour. Mais, n'en déplaise à Giraudoux, le droit n'est pas une école de l'imagination. Nous ne sommes pas au concours Jessup - *Moot Court competition* - ou au concours Rousseau, occupés par un procès fictif devant une Cour fictive; de «vrais» Etats s'opposent devant la Cour mondiale sur des problèmes réels qui se posent dans des circonstances concrètes.

5. Comme le rappelle l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités : «Tout traité en vigueur lie les Parties et *doit être exécuté par elles de bonne foi*» et, comme le proclame clairement l'article 94 de la Charte des Nations Unies, «Chaque Membre des Nations Unies s'engage à *se conformer* à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie.» (Les italiques sont de nous.)

Or, si l'Australie avait conclu avec le Portugal un traité conforme aux vœux de celui-ci, ou si la Cour faisait droit à ses conclusions, le Portugal, comme l'Australie d'ailleurs, serait, tout simplement, dans l'impossibilité absolue d'exécuter le traité ou de se conformer à l'arrêt de la Cour. Celui-ci n'aurait pas les «conséquences pratiques» qui font l'objet même de la fonction judiciaire comme la Cour l'a rappelé dans l'affaire du *Cameroun septentrional, arrêt, (C.I.J. Recueil 1963, p. 34)*.

6. Je sais bien, Monsieur le Président, que le Portugal ne veut pas entendre parler d'effectivité qui, selon lui, «en elle-même ne produit pas de conséquences juridiques» (réplique du Portugal, p. 184, par. 6.52). Mais ceci n'est pas exact.

Certes, comme l'a dit le professeur Rosalyn Higgins jeudi dernier, «Political realities only become legal *effectivités* by reference to the rules of international law.» (CR 95/5, p. 11.) Mais, d'une part, pour ce qui nous intéresse en ce moment, ce n'est pas tant l'effectivité de la présence indonésienne qui importe - aussi pesante que puisse être cette présence - que la totale ineffectivité de celle du Portugal; et, d'autre part et surtout, il existe dans ces domaines, des «rules of international

law», des règles précises, bien établies, qui tirent des conséquences fermes de cette *absence* d'effectivité.

Comme on l'a écrit, un Etat ne peut prétendre à la possession d'un titre territorial «que s'il déploie *dans la réalité des faits* l'exercice exclusif des compétences souveraines à l'intérieur dudit territoire, non seulement par l'édition de règles et de normes obligatoires, mais aussi *par leur application effective*» (Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 1993, p. 26; les italiques sont de nous).

Et c'est à juste titre qu'un autre auteur a souligné

«the importance, both in the creation of title and of its maintenance, of actual effective control» (Sir Robert Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester U.P., 1963, p. 4).

Max Huber ne disait pas autre chose dans sa célèbre sentence dans l'affaire de l'*Île de Palmas* : «territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, that is to excluding the activities of other States» (C.P.A., sentence du 4 avril 1928, *RSA II*, p. 839).

Or c'est très précisément ce à quoi vise l'action du Portugal : il ne peut, concrètement, exercer aucun droit à Timor, mais il entend empêcher l'autre Etat riverain d'exercer les siens, chez lui. Même si le traité australo-indonésien permettait à l'Australie de bénéficier de ressources naturelles appartenant au peuple timorais - ce qui n'est pas -, même dans ce cas, les prétentions exclusivement négatives du Portugal ne pourraient être admises. L'effectivité n'est pas autre chose que la *capacité réelle* d'exercer toutes les fonctions étatiques : le maintien de la sécurité et de l'ordre à l'intérieur, mais aussi *l'exécution des engagements extérieurs* (cf. Nguyen Quoc Dinh et as., *Droit international public*, LGDJ, 1994, p. 407).

C'est que, écrit le professeur Jean Combacau, «[d]es principes comme le respect des engagements conventionnels ..., des mécanismes comme l'obligation de vigilance, impliquent que chaque Etat puisse faire crédit aux autres de leur aptitude à user de leurs pouvoirs internes dans la mesure nécessaire au respect de leurs obligations internationales» (*in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Monchrestien, Paris, 1993, p. 269-270).

Or, précisément, le Portugal n'a pas cette capacité de se lier, indépendamment des raisons plus précises expliquées par M. Staker hier, il n'a pas cette capacité d'exécuter les engagements qu'il prétend imposer à l'Australie de contracter avec lui. L'Australie ne dit pas qu'*ex facto jus oritur* mais qu'*ex absentia jus non oritur* ou, plutôt que l'absence, que l'ineffectivité portugaise le priverit,

lui, Portugal, dans cette circonstance particulière en tout cas, de toute capacité de contracter.

7. Le Portugal n'est pas là. Il est à plus 15 000 kilomètres du territoire sur lequel il prétend exercer ses droits; il est à un «demi-monde» de là; il n'exerce absolument aucun droit; et, concrètement, il lui est impossible d'en exercer; il ne peut plus y assumer non plus aucune responsabilité.

Dès lors, un traité fût-il conclu avec lui, il ne pourrait évidemment le mettre en oeuvre et l'accord serait, pour les deux parties, condamné à n'être qu'un chiffon de papier. Pour les deux parties - car l'Indonésie, elle, est bien présente et ne laisserait certainement pas l'Australie et le Portugal porter atteinte à ce qu'elle considère être ses droits et elle a, en effet, les moyens de les en empêcher.

Ce n'est pas l'analyse du Portugal. Pour lui : «Qu'à cela ne tienne; il suffit de ne pas explorer, ni exploiter.»

C'est une réponse facile lorsque, de toutes manières, on se trouve à mille milles et plus du théâtre des opérations et que l'on ne peut, de toute façon, avoir le moindre espoir, ni immédiat ni lointain, d'accéder à ces ressources. Mais c'est surtout une réponse qui ne tient aucun compte des *droits*, ceux-là à la fois réels et réalistes, de l'Australie.

Et qu'on ne fasse pas dire à l'Australie ce qu'elle ne dit pas, Monsieur le Président. Le Portugal a inventé une «défense» de l'Australie, je ne dis pas «perfide» - ce ne serait pas dans la manière de ma collègue et adversaire, et de ce fait, deux fois «néanmoins amie», le professeur Rosalyn Higgins - mais enfin une thèse qui déforme gravement celle que soutient l'Australie. Selon elle, la Partie australienne s'abriterait derrière l'argument de nécessité (CR 95/5, p. 14-15). Ce n'est pas du tout ce dont il s'agit. La nécessité est, comme l'indique l'article 33 de la première partie du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats une «circonstance excluant l'illicéité». Or l'Australie ne prétend excuser aucune illicéité ni s'abriter derrière aucune cause exonératoire de responsabilité. Le fondement de la responsabilité de l'Etat en droit international est son «fait internationalement illicite» ou celui qui lui est attribué, comme l'a rappelé le professeur Pierre Dupuy la semaine dernière (CR 95/4, p. 48). Un Etat ne commet, bien

sûr, aucune illicéité (aucun «illicite» comme dit le Portugal) lorsqu'il se borne à exercer un droit, un droit qui lui appartient, comme à tout autre Etat. Nul besoin dès lors de cause exonératoire ou de circonstance excluant l'illicéité.

8. Tant dans ses écritures qu'en plaidoirie, le Portugal a longuement développé, sous une forme d'ailleurs assez académique, une théorie de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (voir notamment mémoire du Portugal, p. 100-114, par. 4.39-4.61 - notamment p. 113, par. 4.59; p. 216-219, par. 8.15-8.21; réplique du Portugal, p. 167-170, par. 6.18-6.22; CR 95/3, p. 22-23), à laquelle l'Australie peut sans doute globalement souscrire même si elle ne saurait le suivre dans les conséquences qu'il en tire.

Mais cette présentation est extrêmement unilatérale. Si le Portugal évoque, au passage, la «dualité du droit à la souveraineté permanente - un droit souverain des Etats et un droit des peuples» (réplique du Portugal, p. 149, par. 5.67; voir aussi CR 95/3, p. 23), le Portugal s'étend longuement sur ce second aspect mais manifeste une indifférence j'allais dire «souveraine», à l'égard du premier, sauf à concéder du bout des lèvres qu'il peut appartenir à l'Etat d'exprimer le droit du peuple (CR 95/3, p. 23).

Or, si elle est indiscutablement un droit des peuples, la souveraineté permanente sur les ressources et les richesses naturelles est aussi un droit des Etats. La première résolution de l'Assemblée générale qui la consacre, la résolution 626 (VII) du 21 décembre 1952,

«*Recommande ... à tous les Etats Membres de s'abstenir de tout acte direct ou indirect destiné à empêcher un Etat quelconque d'exercer sa souveraineté sur ses ressources naturelles.*»

Tel est aussi le principe posé, par exemple, par la déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international du 1<sup>er</sup> mai 1974 (par. 4, alinéa e)) ou par l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la charte des droits et devoirs économiques des Etats :

«Chaque *Etat* détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.» (Les italiques sont de nous.)

On trouve la même idée énoncée dans un très grand nombre de résolutions ou d'instruments conventionnels, de la déclaration de Rio de 1992 (principe n<sup>o</sup> 2) à la convention de Vienne de 1978

sur la succession d'Etats en matière de traités (art. 13), etc.

Et si, comme le Portugal se plaît à le souligner (mémoire, par. 4.42, p. 102; réplique, par. 5.66, p. 149; CR 95/3, p. 23), la célèbre résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, reconnaît «le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations [terme ambigu], sur leurs richesses et leurs ressources naturelles», elle ajoute aussitôt que ce droit «doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population *de l'Etat* intéressé»; et son préambule qualifie le droit, des Etats toujours, sur leurs ressources naturelles de «droit inaliénable».

9. Bien entendu, et l'Australie ne le conteste nullement, ce droit de souveraineté permanente a été conçu, prioritairement même si pas exclusivement, comme un instrument de protection des pays en développement. Il n'en reste pas moins qu'il appartient à tous les Etats. Comme on l'a écrit, «en élaborant ce nouveau concept de souveraineté, le Tiers Monde ... n'a pas recherché exclusivement son propre développement; encore moins a-t-il visé son développement exclusif au détriment de celui des pays industrialisés» (Mohammed Bedjaoui. Avant-propos à Dominique Rosenberg, *Le principe de la souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, LGDJ, Paris, 1983, p. 23).

Au surplus et de toutes manières, comme je l'ai rappelé tout à l'heure, ce sont deux Etats développés qui se présentent devant vous.

Mais il y a plus.

Même dans sa version «droit des peuples», la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est un droit de *tous* les peuples. Comme le dit l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de chacun des deux pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966, «Pour atteindre leurs fins, *tous* les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles.» (Les italiques sont de nous.)

Il y a là un principe universel qui doit être appliqué à tous les Etats et à tous les peuples, sans discrimination, conformément aux principes de l'égalité de droits des peuples et de l'égalité souveraine des Etats qui, aux termes des articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, et 2, paragraphe 1, de la Charte, constituent un but des Nations Unies et un principe sur lequel l'Organisation est fondée.

10. Il en résulte quelque chose d'à la fois très simple et très important si l'on veut envisager l'affaire qui nous réunit en toute objectivité :

- en premier lieu, le peuple de Timor a, comme tout peuple, des droits sur ses ressources et richesses naturelles, quel que soit l'Etat qui puisse exercer ces droits en son nom puisque, en définitive, ce sont toujours les Etats qui exercent au nom du peuple les droits de souveraineté permanente; et c'est bien, en effet, ce que le Portugal prétend faire dans le cadre de cette instance aussi discutables que soient, en l'espèce et aujourd'hui, ses prétentions sur le plan juridique; et,
- en second lieu, et c'est le point qui nous intéresse pour l'instant, l'Australie aussi bénéficie de droits de souveraineté permanente sur ses ressources et ses richesses naturelles, et elle peut en revendiquer l'exercice à la fois en tant qu'Etat souverain et au nom du peuple australien qui, lui aussi, comme tous les autres peuples, en bénéficie.

11. En concluant le traité du 11 décembre 1989 - j'ose à peine ajouter «avec l'Indonésie» puisque le Portugal veut nous interdire de parler de cette partie absente ... -, en concluant ce traité donc, l'Australie n'a fait qu'exercer un droit lui appartenant. En même temps, elle s'est acquittée d'un devoir, celui qui lui incombe à l'égard du peuple australien, de favoriser son développement, puisque, comme le rappelle l'article 3, paragraphe 1, de la Déclaration sur le droit au développement adoptée par l'Assemblée générale le 4 décembre 1986,

«Les Etats ont la responsabilité première de la création des conditions nationales et internationales favorables à la réalisation du droit au développement»,

droit inaliénable de l'homme et des peuples (art. 1<sup>er</sup>, par. 1).

Tel est précisément l'objet du traité de 1989 dont le préambule affirme la détermination des parties

«to co-operate further for the mutual benefit of their peoples in the development of the resources of the area of the continental shelf yet to be subject of permanent continental shelf delimitation between their two countries» (alinéa 6).

12. Ainsi, le traité a été, pour l'Australie, le moyen, le seul moyen envisageable en pratique, de mettre en oeuvre le droit subjectif que le droit international lui reconnaît, et qu'il reconnaît au peuple australien, de souveraineté permanente sur les ressources et les richesses naturelles de son plateau continental.

À cela, si je le comprends bien, le Portugal oppose deux objections :

- en premier lieu, l'Australie pouvait certes conclure un accord international à cette fin, mais elle



devait le faire avec lui, Portugal et non avec ..., j'allais m'oublier, Monsieur le Président, et prononcer le mot «Indonésie» !; et

- en second lieu, en concluant ce traité, l'Australie aurait disposé de ressources ne lui appartenant pas (voir par exemple CR 95/2, p. 37 ou CR 95/4, p. 71)

Puisque je n'aurais pas dû dire «Indonésie», Monsieur le Président, je ne reviens pas sur le fait, déjà largement débattu, que le Portugal s'est, s'il veut rester cohérent, interdit la première objection. Mais, tout de même, s'il y a là une illicéité, c'est bien parce que l'Australie a conclu le traité de 1989 avec ... l'Indonésie et on en revient toujours à cela ! Et c'est, décidément, très important car, si un traité de ce type avait pu être conclu avec le Portugal, c'est bien que c'est uniquement la capacité de l'Indonésie, partie absente, que conteste le Portugal. Le professeur Crawford a exposé ce point essentiel lors de l'audience de mardi dernier. Au surplus, c'est l'Indonésie qui a *cédé* ces droits dont, en effet, légalement ou non, elle disposait; elle et pas l'Australie. J'en ai parlé lors de ma précédente plaidoirie.

13. Je passe donc à la seconde objection portugaise. Elle est, à la fois, contradictoire en elle-même et incompatible avec la première. Si, en effet, le Portugal admet qu'un accord était nécessaire - et il l'admet : sa troisième conclusion (et, en partie, sa cinquième conclusion, sous la lettre *a*) l'impliquent nécessairement (voir aussi le mémoire portugais, par. 8.18, p. 218 et la réplique, par. 6.74, p. 194) - puisque, donc, le Portugal admet la nécessité d'un accord, c'est évidemment parce qu'il considère que la consistance ou mieux, peut-être, la territorialité des ressources naturelles en cause étaient incertaines. Il n'est donc pas possible d'affirmer que celles-ci «appartiennent», par la grâce d'une espèce de droit naturel, à l'une ou l'autre des Parties. Leurs prétentions s'opposent et c'est tout ce que l'on peut dire. Et le Portugal lui-même admet cela puisque, par la voix de son très éminent coagent, le professeur Sérvulo Correia, il reconnaît qu'il s'agit «to prevent Australia from disposing of petroleum resources which *might be* subject to East Timorese permanent sovereignty» (CR 95/2, p. 45; les italiques sont de nous). «*Which might be*», «*qui pourraient être*» voilà au moins l'aveu très franc d'une incertitude !

Et quelle incertitude !

Le 1er février, Me Galvão Teles est venu dire à cette barre que c'est en effectuant des «prélèvements»" «au nord de la ligne de 200 milles mesurés à partir des lignes de base australiennes», que l'Australie porterait atteinte aux droits portugais et timorais (CR 95/4, p. 72; les italiques sont de nous). Soit dit incidemment, elle n'effectue aucun prélèvement, mais passons... Ce qui nous importe pour l'instant, c'est que le coagent du Portugal déclare que ce qu'il appelle l'«emprise directe» de l'Australie «sur les ressources de Timor oriental» commence au-delà de la ligne se trouvant à 200 milles marins des lignes de base australiennes et cette ligne est figurée en rouge sur la deuxième carte incluse dans le dossier que l'Australie a remis à la Cour et à la Partie portugaise. Ingénument, nous pensions que c'était la thèse de la Partie portugaise.

Pas du tout, vient dire le professeur Higgins le lendemain, 2 février ! rien, selon cet autre conseil du Portugal, n'autorise «Australia to seek access, through arrangements with a third party, to oil reserves on the East Timor *side of the line*» - et il s'agit cette fois, Monsieur le Président, de la ligne d'équidistance, de la «*median line*» (CR 95/5, p. 32; les italiques sont de nous).

Si les conseils du Portugal ne sont pas d'accord entre eux - et sur ce point, qui n'est tout de même pas indifférent -, il paraît difficile qu'ils persuadent l'Australie - et la Cour - de l'évidence de leur thèse. Quelle thèse d'ailleurs ?

Car cette dissension interne montre quelque chose d'important : l'étendue de la zone maritime sur laquelle chacun des pays se faisant face peut prétendre à des droits souverains est pour le moins incertaine. Le Portugal avance deux thèses incompatibles; l'Australie en soutient une troisième...

14. D'une certaine manière, le problème se pose dans des termes assez voisins de celui qui divisait la Guinée-Bissau et le Sénégal dans l'affaire qui a donné lieu à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 dans laquelle la Guinée-Bissau estimait que l'accord franco-portugais du 26 avril 1960 était incompatible avec le droit de souveraineté sur les ressources de son plateau continental.

Je ne pense pas, Monsieur le Président, que je vous apprendrai que le tribunal et l'arbitre dissident ont analysé ce problème en des termes très différents; mais, en ce qui concerne l'affaire qui nous occupe aujourd'hui, l'une et l'autre de ces analyses opposées contredisent la thèse portugaise.

Au paragraphe 39 de la sentence, il est dit :

«Avant l'Accord, les limites maritimes n'étaient pas fixées et, par conséquent,

aucun des deux Etats ne pouvait affirmer qu'une fraction déterminée de la zone maritime était «sienne». D'un point de vue logique, la Guinée-Bissau ne peut soutenir que la norme qui a déterminé quel était *son* territoire maritime (l'Accord de 1960) lui a enlevé une partie du territoire maritime qui était le «sien.» (Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime, Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989.)

Ceci est la façon la plus directe de répondre à l'objection portugaise : aussi longtemps qu'il n'y a pas eu d'accord, l'extension territoriale de la «souveraineté permanente» des deux parties demeure indéterminée et le Portugal n'est pas fondé à proclamer *a priori* que le traité de 1989 porte atteinte aux droits portugais ou timorais.

15. Il est cependant une autre manière de voir, que l'arbitre dissident a exposée de la façon suivante : chaque peuple ou chaque Etat a un droit «inhérent» sur ««son» domaine maritime même si celui-ci n'est pas encore concrètement délimité» (p. 77, par. 1). En apparence, un tel raisonnement contredit moins manifestement la thèse du Portugal que le précédent et M. Galvão Teles, pour toute démonstration, de citer *in extenso* le passage pertinent de l'opinion dissidente (CR 95/3, p. 77), mais en se gardant bien d'en faire application en l'espèce, à notre affaire.

Bien entendu, s'il n'existe pas de contestation sur l'étendue de ce domaine, la mise en oeuvre de ce principe va de soi. En revanche, en cas de différend, sa mise en oeuvre exige que l'on procède à la délimitation des domaines maritimes respectifs des Etats en litige. Et c'est précisément ce à quoi l'arbitre dissident consacre la seconde partie de son opinion (p. 145-208 de la sentence), conformément au mandat confié au tribunal par le Compromis.

Mais cette délimitation est impossible à la Cour dans notre espèce : ni le Portugal, ni l'Australie ne le lui ont demandé et les Parties sont d'accord pour dire que tel n'est pas l'objet de la présente instance (mémoire, p. 196, 199 et 200, par. 7.03, 7.07 et 7.08; contre-mémoire, p. 167, par. 376; réplique, p. 193, par 6.73; duplique p. 153, 154 et 156, par. 2.72, 2.73 et 2.83; CR 95/3, p. 76). Dès lors, l'allégation du Portugal selon laquelle l'Australie «pillerait» (*would «plunder»*) les ressources timoraises demeure une pure affirmation sans aucune base juridique et, par sa propre attitude, le Portugal empêche la Cour d'en apprécier le bien ou le mal-fondé.

16. Avant de poursuivre, Monsieur le Président, une parenthèse s'impose.

En apparence, l'attitude des deux Parties est, sur ce point, identique : l'une et l'autre entendent

exclure la compétence de la Cour à cet égard. Mais je ne suis pas sûr que, même sur ce point, je puisse partager la vision, modérément optimiste, de M. Galvão Teles qui se félicitait de «trouver enfin une proposition ... commune», fût-elle «négative» (CR 95/3, p. 76) - car cet accord apparent cache des motivations profondément différentes.

Sauf à agir de manière totalement illogique et incohérente, l'Australie ne pouvait évidemment pas demander à la Cour de fixer la limite du plateau continental entre elle-même et le Portugal puisqu'elle considère que l'ancienne puissance coloniale du Timor oriental n'est plus à même d'exercer aucun droit territorial dans la région, en tout cas pas celui de participer à une telle délimitation.

L'attitude du Portugal est plus surprenante. Voilà un Etat qui se plaint de ce que l'Australie ne traite pas avec lui; qui affirme qu'il existe des «concours de droits ou de prétentions sur les espaces maritimes» entre les deux pays; qui prétend vouloir régler complètement le différend qui, selon lui, les oppose sur ce point; et qui, à cette fin, saisit la Cour; mais qui, en même temps, lui interdit de se prononcer sur un point qu'il dit être à la fois en litige et incertain (CR 95/2, p. 45) et qui, à vrai dire, conditionne toute l'affaire si, en tout cas, on se place dans sa logique.

Il doit bien y avoir une explication à une telle incohérence. Et, en effet, je la crois assez évidente : le Portugal sait à quel point sa position sur l'étendue du plateau continental du Timor est contraire aux principes les mieux établis du droit de la délimitation maritime.

17. Monsieur le Président, je ne me hasarderai pas à entrer dans le fond de ce débat puisqu'aussi bien, les deux Parties en sont d'accord, il n'appartient pas à la Cour de délimiter le plateau continental. Donc, refermant cette parenthèse, j'en reviens au constat : certes, et l'Australie et Timor, quel que soit, encore une fois, le souverain sur ce territoire, ont des droits de souveraineté permanente sur les ressources naturelles de leur plateau continental respectif, mais la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur l'étendue de ceux-ci.

Dès lors, de deux choses l'une :

- ou bien, conformément aux vues des arbitres majoritaires dans l'affaire *Guinée-Bissau/Sénégal*, l'extension territoriale de ces droits est indéterminée faute d'accord valide ou, si l'on préfère, faute

pour la Cour de pouvoir tenir compte de l'accord australo-indonésien de 1989;

- ou bien, si l'on suit la position de l'arbitre dissident, ces droits sont condamnés à demeurer contestés, faute pour la Cour de pouvoir procéder à une délimitation *ex novo*.

Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, on aboutit à une impasse et il est en tout cas impossible d'imputer à l'Australie une quelconque atteinte aux droits souverains qu'aurait le peuple de Timor sur les ressources naturelles de «son» - je mets le mot entre guillemets avec la bénédiction exceptionnelle du professeur Crawford, qui n'aime pas les guillemets, comme vous le savez - plateau continental.

18. En revanche, et comme je l'ai dit tout à l'heure, force est de constater qu'en concluant le traité de 1989, l'Australie n'a fait, pour reprendre l'expression de l'Assemblée générale dans la résolution 3171 (XXVIII) du 17 décembre 1973, qu'exercer ses propres

«droits inaliénables, à la souveraineté permanente sur toutes [ses] ressources naturelles ... du fond des mers et de leur sous-sol à l'intérieur des limites de [sa] juridiction nationale et dans les eaux sous-jacentes».

Etant entendu, comme je viens de le démontrer, que ces limites sont soit indéterminées, soit indéterminables. Dès lors, le procédé retenu, la conclusion d'un accord, était le seul compatible avec le droit international, c'est le principe qui résulte de la jurisprudence de la Cour, que synthétise l'article 83, paragraphe 1, de la convention de Montego Bay et que prévoyait déjà l'article 6, paragraphe 1, de la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental.

Peu importe, encore une fois, le partenaire - c'est un sujet tabou -, le fait est que l'Australie devait conclure un accord pour déterminer l'étendue de ses droits et elle ne pouvait le faire, je l'ai montré aussi, qu'avec l'Etat exerçant un contrôle effectif sur les côtes et les eaux faisant face aux siennes.

Encore convient-il de rappeler l'objet précis de ce traité, sur lequel le professeur Bowett reviendra plus longuement dans un instant : il ne s'agit pas, les Parties en conviennent (mémoire, p. 56-57, par. 2.05; contre-mémoire, p. 171 et 174, par. 385, 404 et 405; réplique, p. 169, par. 6.20; CR 95/3, p. 76), d'un accord sur la délimitation du plateau continental, mais, conformément à ses

termes mêmes, d'un accord provisoire dans l'attente d'une telle délimitation. L'alinéa premier du préambule, les paragraphes 3 et 4 de l'article 2, ou l'article 34 ne laissent aucun doute sur ce point. Il s'agit très exactement d'un «arrangement provisoire de caractère pratique» conclu dans l'attente d'un accord définitif, conformément aux directives de l'article 83, paragraphe 3, de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, que vise expressément le premier alinéa du préambule du traité.

19. Comme tout traité, celui du 11 décembre 1989 bénéficie d'une présomption de validité. Ce principe est tellement évident qu'il est difficile de trouver des précédents jurisprudentiels en ce sens, mais à ma connaissance, aucune voix discordante ne s'est fait entendre dans la doctrine et comme l'a fait remarquer le professeur Paul De Visscher, «(s)emblable présomption est dans la logique du système de l'article 65 [de la Convention de Vienne de 1969] qui place le bénéficiaire des causes de nullité dans la situation d'un demandeur» (Cours général de droit international public, *RCADI* 1972-II, vol. 136, p. 930 - voir aussi Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester U.P., 1984, p. 162).

On peut d'ailleurs noter aussi qu'avant d'énoncer le principe sous la forme négative que lui confèrent les articles 42 et 65 de la convention sur le droit des traités, la Commission du droit international avait, dans un premier temps, envisagé de le formuler positivement (voir notamment le 2<sup>e</sup> rapport de sir Humphrey Waldock, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 40 et les discussions de la Commission, *ibid.*, p. 318-319 et 1966, vol. I, 1<sup>ère</sup> partie, p. 4-9) et qu'elle n'y a renoncé que parce qu'une majorité de ses membres, suivis par la conférence de Vienne, ont estimé qu'il s'agissait d'un truisme superflu et qu'il était évident qu'un traité était fait pour s'appliquer (voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I, p. 128-129).

Au demeurant, l'Australie convient bien volontiers que cette présomption n'est pas irréfragable. Mais elle ne tombe qu'en cas de contrariété avec une norme impérative du droit international général. Sur ce point, le Portugal ne semble pas avoir fait sa religion puisque, après avoir affirmé qu'il était indifférent à sa thèse de savoir si les normes qu'il invoque ont ou non un caractère impératif (cf. mémoire du Portugal, p. 123-124, par. 4.71; CR 95/3, p. 34), il les déclare

expressément *cogens* par la voix du professeur Rosalyn Higgins (cf. CR 95/5, p. 26). James Crawford a montré, mardi dernier, les conséquences qui en résulteraient inévitablement en ce qui concerne l'irrecevabilité de la requête portugaise (CR 95/8, p. 50-60). Mais, indépendamment de ceci, et de toutes manières, il faut remarquer que ce serait «norme impérative contre norme impérative», «souveraineté permanente de l'Australie contre droits de souveraineté du Portugal».

Je sais bien, Monsieur le Président, que le Portugal distingue la validité du traité de la licéité de sa conclusion (mémoire du Portugal, p. 75, par. 3.06; réplique du Portugal, p. 14, par. 2.08, p. 16-19, par. 2.11, 2.12, 2.14, p. 21, par. 7.21; CR 95/6, p. 32-33); mais comment la conclusion d'un traité valide pourrait-elle être «illicite» dès lors que

«la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat" (affaire du *Vapeur Wimbledon*, arrêts, C.P.J.I. série A n° 1, p. 25) et qu'en l'espèce, la conclusion d'un traité était indispensable et même juridiquement obligatoire.

Quoi qu'il en soit, la validité de l'accord australo-indonésien paraît difficilement contestable.

20. Et ce n'est donc qu'avec beaucoup d'hésitation, Monsieur le Président, que je m'engage, brièvement et pour surplus de droit, dans une discussion qui a opposé les Parties au stade de la procédure écrite et qu'a rouverte Me Galvão Teles la semaine dernière (CR 95/3, p. 73-81). Le traité australo-indonésien du 11 décembre 1989 répond-il à l'exigence du résultat équitable, que la jurisprudence de la Cour aussi bien que l'article 83 de la convention de Montego Bay assignent comme objectif à un accord de ce type ?

La réponse à cette question, qui ne fait guère de doute, doit tenir compte d'une considération fondamentale, qui «irrigue», si j'ose dire, tout le droit de la délimitation des espaces marins : les règles pertinentes n'ont que le caractère de directives générales et n'enferment pas les Etats dans un carcan juridique rigide. Les Etats conservent en la matière une compétence discrétionnaire - «discrétionnaire» au sens du droit administratif français; c'est-à-dire qu'ils sont tenus d'aboutir à une solution équitable, mais que cette norme «laisse aux Etats ou au juge le soin de lui donner un contenu précis» (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 30). En outre, comme l'a relevé le professeur Prosper Weil, «le droit de la délimitation ne revêt à l'égard des Etats qu'un caractère supplétif» (*Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Pédone,

Paris, 1988, p. 13).

Faute de quoi, l'exigence fondamentale d'un accord ne se justifierait d'ailleurs nullement. Pourquoi négocier s'il n'y a rien à décider ? Le droit international fixe les directives générales, celles-ci n'ont pas un caractère obligatoire ni, moins encore, impératif et laissent aux Etats, dans leur application, une marge d'appréciation à laquelle, comme elle l'a indiqué dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour n'entend pas se substituer «par une indication détaillée des méthodes de délimitation», qui relèvent des Etats intéressés (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 46).

Allant plus loin, votre haute juridiction a même envisagé, dans son arrêt du 3 juin 1985, qu'il n'y avait «peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte» (affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 40).

C'est à la lumière de ces indications qu'il convient d'apprécier le traité du 11 décembre 1989.

21. Le Portugal s'insurge contre le traité au prétexte qu'il ne fait pas droit aux revendications qu'il avait fait valoir en son temps, lorsque, dans les années soixante-dix, des contacts préliminaires avaient eu lieu entre lui et l'Australie. Certes ! Mais il est de l'essence d'un accord de ce type et, à vrai dire, de tout traité international, de réaliser un compromis entre les prétentions opposées des parties. Et c'est très précisément ce que fait le traité de 1989.

A cet égard, plusieurs points, sur lesquels le professeur Bowett reviendra en partie de manière plus détaillée tout à l'heure, doivent être soulignés :

- 1° Le Portugal a manifesté fort peu d'enthousiasme pour négocier l'accord auquel il dit maintenant aspirer, à l'époque où il en avait, concrètement, la possibilité. Ainsi, il se refusa à ouvrir les négociations en vue de la conclusion d'un accord de délimitation comme l'Australie le lui avait proposé par sa note du 5 mars 1973 (mémoire du Portugal, p. 197-198, par. 7.04, et annexe IV.7, vol. V, p. 289 et annexe IV.11, *ibid.*, p. 327).

- 2° Le traité de 1989 n'entérine pas davantage le point de vue de l'Australie qu'il ne reflète les revendications indonésiennes. Décidément, il s'agit d'un compromis. Et, à cet égard, le Portugal commet, volontairement ou non, une grave confusion. Aux pages 191 à 193 de sa réplique, par



exemple, il affecte de considérer que les limites de la zone de coopération sont des limites territoriales et il insiste sur le fait que la limite nord «de l'aire C visée dans l'«accord» est une ligne simplifiée de l'axe bathymétrique de la «fosse de Timor»» (réplique du Portugal, p. 191, par. 6.69; voir aussi p. 192, par. 6.70; CR 95/3, p. 78-79).

Telle est, en effet, la ligne extrême des revendications australiennes qui correspond à la ligne simplifiée qui partage en deux la fosse de Timor. Elle apparaît, coloriée en violet sur la deuxième carte qui se trouve dans votre dossier, celle que j'ai mentionnée tout à l'heure.

Mais, à l'inverse, la limite sud de l'aire B «correspond à une ligne de 200 milles à partir du Timor oriental» (*ibid.*), c'est-à-dire, à la ligne extérieure des prétentions portugaises puis indonésiennes - ces prétentions sont identiques. Cet équilibre aussi est le signe d'un compromis équitable et même, d'un compromis plutôt désavantageux pour l'Australie.

- 3° En effet, ce résultat, je crois, est infiniment moins favorable à l'Australie que ne l'avaient été ceux des accords de 1971 et 1972 avec l'Indonésie dont le résultat apparaît également, en noir, sur la carte que j'ai mentionnée (c'est la ligne qui porte la légende «Agreed Seabed Boundary»). Sauf à remettre en cause tous ces accords de délimitation entre les deux Etats, ceci montre bien que le traité de 1989 est, si je peux dire, «moins équitable» pour l'Australie que pour son partenaire et que, s'il est porté atteinte aux droits de souveraineté permanente de quelqu'un, ce sont, assurément, ceux de l'Australie qui sont en cause et non pas ceux du Portugal.

- 4° Cet Etat, le Portugal, pose avec beaucoup de légèreté le postulat selon lequel l'Indonésie aurait été, pour l'Australie, un interlocuteur facile et accommodant (mémoire du Portugal, p. 53, par. 2.03; réplique du Portugal, p. 195, par. 6.74). Il n'en va évidemment pas ainsi. L'Indonésie est une puissance régionale de premier plan avec laquelle il faut compter et dont la présence effective est assurément bien plus marquée que ne l'a jamais été celle de la puissance coloniale somnolente qu'était le Portugal qui s'est toujours largement désintéressée de sa lointaine possession. La longueur des négociations qui ont abouti à la conclusion du traité de 1989 montre du reste combien les négociations furent âpres et difficiles.

On peut du reste relever au passage que, dans les zones marines contestées et potentiellement

riches en ressources pétrolières, les divergences de position entre les Etats côtiers trouvent souvent une solution juridique dans le gel des prétentions territoriales (comme ici) et dans l'établissement d'un régime conjoint d'exploitation (comme ici) (voir les exemples donnés par Henry Burmerster, *The Timor Gap Treaty*, *Australian Mining and Petroleum Law Association Yearbook*, 1990, p. 235; H. Fox et as., *Joint Developpement of Offshore Oil and Gas*, *British Yearbook of Comparative Law*, 1989, p. 53-114, ou Ian Brownlie, *Legal Status of Natural Resources in International Law*, *RCADI* 1979-I, vol. 162, p. 290-291).

Le traité de 1989 doit être, Monsieur le Président, considéré pour ce qu'il est : un compromis, certainement «équitable» au sens de ce mot dans le cadre du droit des espaces marins qui laisse aux Etats un pouvoir d'appréciation en la matière, mais un compromis qui, globalement, n'est pas très favorable à l'Australie - ni par rapport à ce qu'elle avait obtenu à la suite de ses précédentes négociations avec l'Indonésie, ni par rapport aux règles générales applicables en la matière, ni par rapport aux droits qu'elle a constamment affirmé détenir.

22. Dans ses écritures, le Portugal a, longuement, tenté de démontrer qu'il ne s'agissait pas de droits, mais de simples prétentions : il ne s'agirait «pas de droits établis, mais de prétentions que le Portugal a contestées et conteste toujours» (réplique du Portugal, p. 191, par. 6.68).

L'Australie maintient évidemment que ses prétentions correspondent à ses droits. Mais, pour dire vrai, il n'est pas besoin de s'appesantir sur ce point dans le cadre de la présente affaire puisque, on le sait, il ne s'agit pas pour la Cour, de procéder à une délimitation *ex novo* ni de confirmer une délimitation existante.

Plus importante est l'idée qu'il s'agit, en effet, de revendications et, contrairement à ce qu'affirme le Portugal (*ibid.* et réplique du Portugal, p. 191-192, par. 6.68-6.70), de revendications anciennes et constantes.

Sans entrer dans tous les détails, il convient de rappeler que dès le 30 octobre 1970, le ministre australien des affaires étrangères a déclaré devant la Chambre des représentants, que, conformément aux dispositions de la convention de 1958 sur le plateau continental et à la jurisprudence de la Cour de rendre son arrêt dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du*

*Nord.*

«the rights claimed by Australia in the Timor area are based unmistakably on the morphological structure of the sea bed, ... the Timor Trough thus breaks the continental shelf between Australia and Timor, so that there are two distinct shelves, and not one and same shelf separating the two opposite coasts. The fall-back median line between the two coasts, provided for in the Convention in the absence of agreement, would not apply for there is no common area to delimit.»

Cette position fut communiquée à l'ambassadeur du Portugal à Canberra par une note du 25 mai 1971 (mémoire du Portugal, vol. V, annexe IV.6, p. 287).

23. Pourquoi, Monsieur le Président, ceci présente-t-il de l'importance ?

Parce que cela établit que, contrairement à ce que laisse entendre le Portugal, de manière un peu déplacée, l'Australie n'a nullement «profité de la situation» malheureuse du peuple timorais (réplique du Portugal, p. 195, par. 6.75; voir aussi mémoire du Portugal, p. 53-55, par. 2.03). Elle avait établi sa position avant que le Portugal soit évincé de Timor et elle souhaitait mener des négociations avec lui sur cette question; c'est le Portugal qui s'est dérobé. Les événements qui se sont déroulés ensuite et dans lesquels le Portugal porte une grande part de responsabilité ont conduit l'Australie à attendre que la situation se stabilise, ceci au détriment de ses intérêts et de ceux du peuple australien, de son développement et de ses droits de souveraineté permanente sur ses ressources naturelles dont, de ce fait, l'exercice s'est trouvé paralysé. Puis, constatant que la situation s'était stabilisée, l'Australie a entamé des négociations en vue de la délimitation de son plateau continental avec la puissance côtière lui faisant face, la seule dont la présence effective pouvait lui garantir l'exercice paisible et effectif de ses droits souverains.

Il se trouve que cette puissance est l'Indonésie. Et, sur ce point, on peut retourner contre le Portugal l'argument qu'il répète à satiété : pour le problème qui nous intéresse, peu importe, en effet, la personnalité de l'Etat cocontractant de l'Australie. Le fait est qu'en concluant cet accord, comme les principes du droit de la mer lui en faisaient l'obligation, l'Australie a, tout simplement, exercé son propre droit de souveraineté permanente sur ses ressources naturelles, qu'il lui appartient de protéger au mieux de ses possibilités dans l'intérêt du développement du peuple australien. Du reste, s'intéresser à l'autre cocontractant, c'est, de nouveau, se heurter au principe de l'*Or monétaire*.

24. Moyennant quoi, l'Australie ne peut laisser sans réponse sur le fond les allégations du

Portugal selon lesquelles, en concluant ce traité du 22 décembre 1989, elle se serait appropriée indûment les ressources naturelles relevant de Timor.

En réalité, en se plaçant sur le terrain des «titres potentiels» qu'a invoqués Me Galvão Teles la semaine dernière, il ne fait aucun doute que l'Australie a, très évidemment un tel titre et cela ressort à l'évidence des dispositions de l'article 76, paragraphe 1, de la convention de Montego Bay, disposition sur laquelle le coagent du Portugal a observé un silence prudent... Le professeur Bowett va revenir sur ce point dans un instant, et montrer que le traité préserve soigneusement non seulement les droits de l'Australie, mais aussi ceux de Timor. La consécration de la thèse portugaise reviendrait, au contraire, à stériliser les premiers, ceux de l'Australie, sans garantir davantage les seconds, ceux de Timor.

25. Toutefois, avant d'en terminer, Monsieur le Président, je souhaite, si vous m'y autorisez, récapituler très brièvement les différents points que je pense avoir établis :

L'Australie l'a dit et répété : elle ne conteste nullement que, comme tout peuple, celui du Timor oriental a le droit de disposer de lui-même; il bénéficie des droits de souveraineté permanente que reconnaît aussi le droit international contemporain à tous les peuples. Le peuple australien a, lui aussi, les mêmes droits, et l'Etat australien peut, et doit, les exercer en son nom. En négociant, en concluant et en exécutant l'accord du 11 décembre 1989, le Gouvernement australien a usé de ces droits et il s'est acquitté du devoir qui lui incombe envers le peuple dont il a la charge. Il s'est, au surplus, conformé scrupuleusement aux principes, conventionnels et coutumiers, du droit de la délimitation maritime.

Il se trouve que les côtes australiennes font face à celles du Timor oriental. Il se trouve que le statut de ce pays est disputé entre l'ancienne puissance coloniale et l'Indonésie. Mais il se trouve aussi que c'est celle-ci, et non celle-là, qui est présente; il y a là un fait qu'il est difficile de ne pas reconnaître ou de ... «méconnaître».

Pragmatisme ? Oui, sans doute. Mais cynisme : non ! Car ce traité qui irrite tant le Portugal n'est pas seulement conforme aux droits de l'Australie et du peuple australien, il respecte aussi les droits et les intérêts du peuple de Timor, comme le professeur Bowett va le montrer maintenant.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous remercie bien vivement de m'avoir prêté attention; et, Monsieur le Président, je vous prie de bien vouloir appeler à cette barre le professeur Derek Bowett.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur le professeur Pellet. Je donne maintenant la parole au professeur Derek Bowett.

Mr. BOWETT: Mr. President, Members of the Court.

#### 1. The Effect of the Timor Gap Treaty

My task this morning is to explain the effect of the Timor Gap Treaty and, as Professor Pellet has shown, the negotiations between Portugal and Australia over a maritime boundary revealed a sharp difference of opinion over the extent of their respective rights. It must be added that subsequent negotiations with Indonesia revealed the same difference, and Indonesia proved in negotiations that it was just as tough as Portugal had been in defending the rights of the territory of East Timor.

Portugal would have the Court believe that Australia preferred to negotiate with Indonesia: that Indonesia was a "soft option"! Australia's experience is quite the reverse. Portugal might have been a "soft option", for Portugal had no long-term interest in the area: its days in East Timor were numbered. But Indonesia is an important State in the region, safeguarding its long-term interests. The Gap Treaty is a compromise precisely because Indonesia refused to accept the Australian position on delimitation and each party reserved its position over delimitation. The Court has only to look at the delimitations agreed between Australia and Indonesia on either side of the Gap, in 1971 and 1972, to see that in negotiating the Gap Treaty Indonesia was adopting a far tougher stance.

Mr. President, both Parties were agreed in their written pleadings that this unresolved difference of opinion over delimitation - what I may call the delimitation dispute - is not before the Court.

However, in the course of its oral arguments, Portugal has developed an attack on the Timor Gap Treaty (CR 95/2, pp. 37-45; CR 95/3, pp. 73-81) which essentially argues that, by virtue of this treaty, Australia seeks to deprive the territory of East Timor, and its people, of

resources which attach to the territory under the principle of sovereignty over natural resources. "Plunder" was the word used. For Professor Higgins it is plunder north of the median line (CR 95/5, p. 32); for Mr. Galvão Teles it is plunder only north of Australia's 200-mile limit (CR 95/4, p. 73).

This new line of attack is not without its dangers for Portugal. This is a bilateral treaty. If Australia has unlawfully acquired the resources of the territory thereby in breach of a rule of *jus cogens* - that is the right of self-determination - it must follow that the other party, Indonesia, has unlawfully ceded those resources to Australia in breach of the same rule of *jus cogens*. And that is a finding of illegality by both parties - Indonesia and Australia - a finding which the Court cannot make, given that Indonesia is not before it, or subject to the Court's jurisdiction. The treaty is, on Portugal's own arguments (CR 95/5, p. 26) invalid. Still, Portugal has decided to run that risk.

But let me turn to the substance. Australia does not wish to hide behind this jurisdictional objection so as to avoid facing Portugal's allegation of "plunder" on the merits.

Australia's position over many years prior to 1989 was that its shelf continued to the foot of the continental slope - identified in this case by the bathymetric line along the Timor Trough. In Australia's view, that position was consistent with the accepted definitions of the continental shelf in terms of natural prolongation. That concept continues to form part of the definition of the limits of the continental shelf in Article 76 of the 1982 Convention. Australia ratified that Convention in October 1993 and is an original party to that Convention. So, if Article 76 is to be applied, it is incorrect to state (see CR 95/3, p. 78) that Australia's claims or "potential title" must end at the 200-mile limit. The Court's dictum in *Libya/Malta* cited by Mr. Galvão Teles spoke of the irrelevance of geomorphological features within 200 miles. It did not say that a State could not claim beyond 200 miles, for that would be to contradict Article 76. We are, of course, not concerned with water column rights based on exclusive economic zones. The treaty with Indonesia is only concerned with petroleum resources in the sea-bed. Thus, there was nothing improper in Australia's view of its entitlement, nothing illegal, or even avaricious, in making this claim.

True, there was an "opposite" State, an opposite coast with its own entitlements - East Timor - but, in Australia's view that entitlement stopped at the Trough. Thus, East Timor's shelf ended at the

Trough, just as Australia's did. These were two different shelves, so in reality we were not facing a problem of a delimitation between two opposite States abutting on the same shelf.

Certainly Portugal, and lately Indonesia, saw the position differently. They rejected the view that, based on natural prolongation, there were two different shelves. The 1982 Convention accepted that the continental shelf could, as an alternative, be defined by reference to distance. Both now argued that, on the basis of the "distance principle", and, given that the total distance between the coasts was less than 400 miles, the Trough should be ignored and a median line should be drawn. But this is to ignore Australia's right, on the basis of the Article 76 definition, to rely instead on the natural prolongation element of this definition, given that we are dealing with two separate shelves.

Both claims - Australia's and Indonesia's (the latter taking virtually the same position as Portugal) - are quite genuinely made. It was for this reason that, failing agreement on a delimitation, Australia and Indonesia defined the limits to the Zone of Co-operation on the basis of those claims. Certainly, it was never Australia's view that East Timor had indisputable rights to areas south of the Trough: quite the contrary.

I know of no case where a Court has ever challenged a delimitation agreement, let alone a co-operation agreement, voluntarily reached between two coastal States, on the basis that it allows one party to "plunder" the resources properly attaching to the other State. As I have said, Indonesia had no reason for generosity towards Australia, and in fact struck a hard bargain.

The evidence so far suggests that, far from Australia profiting from the "plunder" of resources belonging to East Timor, Australia will be the loser. As of last month all the drilling which has revealed commercial prospects of oil has been in the Elang fields in Area A. So Australia now has to accept joint control and equal sharing of economic benefits from resources Australia had previously claimed to belong exclusively to it.

Mr. President, I will now return to the charges made by Portugal - and they are quite different charges - in its submissions to the Court.

What is before the Court is whether either by negotiating the Timor Gap Treaty with Indonesia or by implementing that Treaty, Australia has infringed the rights of the people of

East Timor or the powers of Portugal as an Administering Power.

Let me take the first allegation.

(a) Has the Gap Treaty infringed the rights of the people of East Timor?

As I said earlier, if Australia had done nothing, and refused to negotiate this agreement with Indonesia, there would have been no chance of any exploitation of any of the disputed area: the economic benefits to the people would have been nil.

Moreover, it is very doubtful whether Australia could, legally, have done nothing. Article 83, paragraph 3, of the 1982 Law of the Sea Convention anticipates situations in which, for whatever reason, agreement cannot be reached on delimitation. In such situations, States

"Shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation".

The Gap Treaty is very much a provisional arrangement so that to this extent Australia has fulfilled this obligation. The question is, has Australia, in so doing, violated the people's rights?

What, in fact, does the Treaty offer them? To answer this question, one has to distinguish between the three different areas which can be seen on the maps B and C in your folder. The Zone of Co-operation comprises three component areas, A, B and C. The Zone is bounded in the north by a simplified bathymetric axis line and, in the south, by the 200-mile limit drawn from Indonesia's base-lines.

Let me deal first with areas C and B, lying to the north and south of the Zone - I will leave area A, the central area, until later. In a sense areas C and B were less controversial and each party was prepared to accept that the area nearest to its coast should be administered under the national law of that State. Thus, area C is administered under Indonesian law, and area B under Australian law. Both States have well-developed legislation on petroleum exploration and exploitation.

Both States undertake to notify the other of any permits, leases or production licences they grant in their areas. And under Article 4(1)(b) Australia agrees to pay to Indonesia ten per cent of the gross resource rent tax it collects. Correspondingly, Indonesia agrees to pay Australia ten per cent of the contractors' income tax it collects. In a sense, these payments reflect the maintenance of



the claims by the parties: Australia's claim to area C, and Indonesia's claims to area B.

For it must be remembered that the whole zone is an area of overlapping claims, claimed by first Portugal and then Indonesia on the basis of the "distance principle", and by Australia on the basis that all this, geomorphologically, is Australian shelf and, in any event, backed by a much longer Australian coast. I may add that the Australian claim was formulated following the Court's own decision in the *North Sea Continental Shelf* case in 1969, a decision of which the validity has been reaffirmed in all subsequent cases. Let me now deal with area A, the area of true joint development. In this area A there is joint control and joint ownership of all petroleum and equal sharing of the economic benefits: not just tax revenues, but all economic benefits. The area is under joint control, operated on a day-to-day basis by a joint authority responsible in turn to a ministerial council on which each party is equally represented, and all decisions are taken by consensus.

This is not a delimitation agreement. Article 2, paragraph 3, expressly safeguards the position of both parties as regards any future delimitation. So, if East Timor does become independent there is no question of the Treaty, as a boundary treaty, binding East Timor for all time. True, under Article 33, it is to run for 40 years, and can be extended for further periods of 20 years, but a reasonable period of permanence was considered in practice to be essential if licensees from the Joint Authority were to enjoy long-term licences and so have the confidence to invest.

In Australia's view this Treaty offers considerable economic benefits to East Timor. In the Timor Sea, in areas adjacent to the Zone of Co-operation, several high yield discoveries of petroleum have been made. In the Zone of Co-operation itself little is known about the prospects of similar discoveries, and only a number of exploration wells have been drilled so far, but there is every reason to be confident that ultimately the Zone will be productive. Australia entirely rejects Portugal's allegation that, under the Treaty, Australia will be exploiting the natural resources belonging to East Timor. In Australia's view, the real situation is that East Timor will be deriving economic benefits from resources on the Australian shelf.

Obviously, it suits Portugal to pretend that it is Indonesia, and not East Timor, that will benefit. But the evidence is that Indonesia is likely to devote a large measure of these economic

benefits to the good of the territory and its people - far more than Portugal would have done, on past experience.

The Australian Government believes that, with United Nations encouragement, the Indonesian Government can be persuaded to do that. And that is not baseless optimism. Let me quote to you what was said on behalf of the United States Government in hearings in the United States Senate on 14 September 1992.

"Let me now report on what is being done to address the humanitarian and economic development problems that remain in East Timor.

By far the most active and important role is being undertaken by the Government of Indonesia itself, which has significantly expanded its development activities in East Timor each year since 1976.

This Indonesian effort is even more striking when viewed in the context of that country's overall development needs. Although faced in each of its 26 far-flung Provinces with enormous socio-economic problems [it] has given top development priority to East Timor. This year it will spend more per capita on development in East Timor than in any other Province." (ARej., Ann. 5, A22.)

Moreover, Indonesia will not be left with a free hand in deciding how to use its half-share of the benefits to be derived from co-operation with Australia. The United Nations has determined that East Timor is a non-self-governing territory under United Nations supervision. It falls to the United Nations to ensure that the territory genuinely benefits from the economic benefits payable to Indonesia, but arising from the exploitation of the resources covered by this Treaty.

It is a matter of record that no United Nations body - not the General Assembly, not the Committee of 24, nor the Human Rights Committee - has seen fit to criticize the conclusion of the Timor Gap Treaty. This supports Australia's view that the Treaty can be viewed as offering real, long-term economic benefits to the territory and people of East Timor.

Mr. President, I am in your hands, I have perhaps another ten minutes to go.

Le PRESIDENT : Je crois qu'on va faire une pause maintenant et je vous donnerai la parole après la pause-café de quinze minutes.

*L'audience est suspendue de 11 h 30 à 11 h 55*

The PRESIDENT: Please be seated. Thank you, Professor Bowett, for having interrupted your statement. I now give you the floor to complete the statement which you began a few moments ago.

Mr. BOWETT: Thank you, Mr. President.

(b) *Has the implementation of the Treaty infringed the rights of the people of East Timor or the powers of Portugal as Administering Power?*

So far as the people of the territory are concerned, I need not repeat what I have already said: implementation of the Treaty, far from harming the people, is one of their best hopes for the resources needed for their development. And the Treaty offers more than just the possibility of injecting much-needed capital into the territory. The concept of an "equal sharing of benefits", which is fundamental to the Treaty, extends to opportunities for employment and the provision of support-services in connection with the offshore operations.

Certainly Australia recognizes that the rights of the people are political as well as economic. But nothing in this Treaty hinders in any way the political choice which the people of this territory will make as to their future. Indeed, in the discussions by the representative of the Secretary-General and the Governments of Indonesia and Portugal the suggestion has never been made, so far as Australia is aware, that this Treaty is an impediment to the free exercise by the people of their right to self-determination. Nor has the Secretary-General ever made that suggestion directly to Australia, whether in public or in private.

The same is true of the related right to sovereignty over natural resources. Under the Treaty Australia does not acquire resources that appertain to the territory: in Australia's view the converse is true, in that Australia accepts joint control with Indonesia on behalf of the territory, of resources which Australia believes belong to it. And if, in the future, the territory and its people acquire independence, then the new State will have the right to accept, or reject, the Treaty. Australia has made it perfectly clear in its written pleadings (ACM, para. 380) and in its oral arguments that it would not regard the Treaty as binding on an independent East Timor.

So far as Portugal is concerned the allegation that the Treaty infringes the rights of Portugal is

hardly serious. What are these "powers" of Portugal that are infringed? Portugal has quit the territory - just abandoned its responsibilities and left. So what "powers" as regards the development of offshore resources does it have? None! Absolutely none! A power is a capacity to act, and in this area Portugal has no such capacity. It was precisely this lack of power which made negotiations with Portugal futile.

In Australia's view the Portuguese request for an injunction against Australia, to have the Court order Australia to cease all further implementation of the Treaty - that is in effect Portugal's Submission 5(a) - in fact reveals exactly how inadmissible this case is.

As Professor Crawford has shown, if the Treaty is not invalid - and Portugal does not claim it is invalid - how can Australia cease performance without infringing the rights of Indonesia? It clearly cannot. So the effect of any such injunction would be directly to nullify and render unenforceable the rights of Indonesia to the performance of the Treaty: and Indonesia is not a party before this Court.

2. The attack on Australia's capacity is a sham, for it conceals Portugal's real purpose which is to deprive Indonesia of the benefits of its control over East Timor

Mr. President, I now turn to an examination of the sheer artificiality of this case. It is a sham - a blatant artifice, by which, under the guise of attacking Australia's capacity to conclude the Treaty, in reality Portugal seeks to deprive Indonesia of the benefits of its control over East Timor.

Let us consider the essentials of the legal issue now before us. A treaty may be valid or invalid. The invalidity can stem from an intrinsic defect in the complex of rights and obligations - as when the object of the treaty is unlawful - or from a lack of capacity in one or other of the parties. Portugal does not say the Treaty is intrinsically invalid because for the Court to make that finding would obviously be to rule on the rights of Indonesia.

So, we have to proceed on the basis that the validity of the Treaty is not challenged. But if you have a bilateral treaty, and you say one party, Australia, has no capacity to conclude the treaty, how can the treaty be valid? There is this fundamental problem about the whole structure of Portugal's case.

Even apart from that there is the difficulty that, as a challenge to one party's capacity to

conclude the Treaty, the challenge to Australia is really a sham. The real challenge is to Indonesia's capacity. In effect Portugal makes two propositions:

1. Australia had capacity to make the Treaty with Portugal.
2. Australia did not have capacity to make the Treaty with Indonesia.

If you examine those two propositions it is clear that the difference between them relates not to Australia's capacity but to the incapacity of the other party. Either Australia has capacity or it doesn't. That capacity exists or not in relation to all other parties: it cannot vary according to whether Australia treats with Indonesia or Portugal. If I may use a private law analogy, an infant - a minor - has no capacity to contract: but this incapacity exists *erga omnes*. The infant cannot lack capacity to contract with A, but have capacity to contract with B. So, too, with Australia: if Australia had capacity to treat with Portugal, it had capacity to treat with Indonesia. If a treaty with Indonesia is invalid, it must be because Indonesia lacks capacity, not Australia. What Portugal is really saying is that Australia could not treat with Indonesia *because Indonesia had no capacity to represent the territory*. That is what the case is about. It is about Indonesia's capacity, not Australia's.

Now the real substance of Portugal's case - and it is a case against Indonesia - is clear enough. Portugal accuses Indonesia of aggression against East Timor and seeks to do everything in its power to deprive Indonesia of what Portugal sees as the fruits of that aggression. The tragedy for Portugal is that the United Nations, and other States, have not shared that view. Call it "realism", call it "apathy", call it what you like: the facts are that the United Nations and the world at large believe Indonesia is in East Timor to stay. This is not Australia's doing, and Australia on its own cannot change things. Australia must face realities and look after its own interests, in a way consistent with its legal obligations. And that is exactly what Australia has done.

Mr. President, that concludes what I have to say. Could I ask you now to call on the Agent for Australia, Mr. Griffith?

The PRESIDENT: Thank you. I call Mr. Griffith to the bar.

Mr. GRIFFITH: Mr. President, Members of the Court.

I turn to a final group of issues under the heading of judicial propriety.

Our use of this term does not imply that these issues are in any way subordinate, or secondary, or that they involve merely discretionary issues of a kind that the Court simply has to balance alongside other factors. In some cases, issues of judicial propriety can assume a dominating role, imposing limitations on the exercise of jurisdiction which this Court, as a judicial body, cannot ignore: this was true, for example, in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, p. 15). It is certainly the case here. Indeed, due to the tortuous way in which its case has been presented by Portugal, many of the considerations properly termed considerations of "judicial propriety", are reflections of the basic obstacles and difficulties the Court faces. At each level of this case, these same issues present and represent themselves. And, at each level they have their own logically and legally compelling character.

The difficulties presented for the Court *at the level of judicial propriety* are clearly seen from an analysis of the remedies Portugal says it is seeking from the Court. In its presentation, Portugal separately dealt with remedies and propriety. And, propriety was dealt with under two separate headings of "illegitimate means" (CR 95/6, p. 57) and "inappropriate means" (CR 95/6, p. 67). Also, in its presentation on standing, Portugal strayed into the area of propriety and remedies by discussing the *Northern Cameroons* case (CR 95/6, pp. 47-48).

But, we note, in the presentation on remedies by Professor Dupuy (CR 95/5, p. 34), there was no attempt to show the legitimacy or propriety of the *actual* remedies sought.

We say this link is absolutely essential. An examination of the remedies Portugal seeks *cannot* be divorced from the *actual* claims made by Portugal *and* the propriety of pronouncing on *those* claims.

But first, Mr. President, we must make it clear, beyond misunderstanding, that in addressing the question of remedies, Australia considers the Court should *never* reach the stage where it has to consider such issues. Our principal submission remains that, for the reasons Australia has elaborated at length, the Court should find as a preliminary matter, that the case is inadmissible.

Clearly, if it so finds, that is the end of the matter. It is *only* if the Court rejects Australia's arguments on admissibility issues that it need consider the arguments I now make.

Mr. President, we now make a reluctant, but forced, observation on Portugal's conduct. As an indispensable part of the Court's protection of its judicial propriety, the Court must necessarily make a judgment on the propriety of allowing any particular claimant to use the judicial process. The maxim known to many legal systems: "He who comes to equity must come with clean hands" is only one way of expressing a much broader principle. Here, it means that the Court is entitled to consider the *motives*, the *bona fides*, the *consistency*, the *propriety* of both the allegations made by a claimant *and* also the specific remedies it claims.

In this case, we have Portugal who comes before the Court to plead the right of self-determination of peoples. Yet, we know few States have a worse record in that regard. The "Carnation Revolution" cannot obliterate Portugal's own colonial record. And, it is Portugal's total abdication of responsibility in East Timor *after* that Carnation Revolution which is of particular relevance here.

We know, also, that in the analogous situation of Western Sahara, Portugal has deliberately participated as a principal in the exploitation of the off-shore natural resources of that territory and its people.

As to Portugal's motives, Australia has sufficiently identified that Portugal's real and true target is Indonesia. Australia, and the 1989 Treaty, simply offer a means for Portugal to apply pressure to Indonesia. And there is not the slightest doubt that any judgment in Portugal's favour will not be used by Portugal as a judgment merely prescribing Australia's responsibility. Plainly, also, it will be used to prescribe the responsibility of other States, particularly Indonesia.

So, Mr. President, this case is brought against Australia by Portugal and has been demonstrated as one singularly devoid of essential merit. Here I speak of substantive justice, not the purely legal grounds, which attempt to provide a façade of respectability.

I turn, now to a different point.

One central component of the judicial role is that judgments should be capable of effective

application: this Court will not render judgments which are "fruitless" and "devoid of purpose" (*Northern Cameroons case, I.C.J. Reports 1963*, p. 38; *Nuclear Tests case, I.C.J. Reports 1974*, p. 271). We must ask what would be the purpose and practical effect of a judgment in Portugal's favour?

We examine the *actual* remedies sought by Portugal.

Professor Dupuy (CR 95/5, p. 34) analysed the grounds on which he said Portugal was entitled to the remedies it seeks. These are:

- (a) a declaration of opposability to Australia of the right of the people of East Timor to self-determination, to territorial integrity and to permanent sovereignty over its wealth and natural resources, and the "concomitant opposability" of the duties, powers and rights of Portugal as Administering Power of the territory of East Timor;
  - this was acknowledged to be a "preliminary declaration" (CR 95/5, p. 37) which, it was said, was necessary as any order concerned with declaring Australia's responsibility presupposed such a preliminary declaration of opposability;
  - this is the first submission of Portugal (PM, p. 205);
- (b) declarations that Australia has committed a series of wrongful acts and is still persisting in wrongful conduct by negotiating, concluding and implementing the 1989 Treaty, and in excluding any negotiation with Portugal;
  - these are the second and third submissions of Portugal (PM, pp. 205-206);
- (c) an order to cease the so-called wrongful acts; this is part (a) of Portugal's fifth submission (PM, p. 206);
- (d) a guarantee of non-repetition of those acts:
  - this is part (b) of the fifth submission (PM, p. 206); and
- (e) reparation in the form of damages in a form and determined in a manner decided by the Court:
  - this is the fourth submission of Portugal (PM, p. 206).

Professor Dupuy says these declarations and orders have both a preventive and conservatory aspect (CR 95/5, p. 42). They are consistent, also, with Professor Correia's categories (CR 95/6,



pp. 42-43).

But, *what* are the wrongful acts complained of?

On this, counsel for Portugal are confused amongst themselves. In the written pleadings, it is clear that the illegal conduct in relation to which remedies are sought is the negotiation, conclusion and implementation of the Treaty. But, now, in oral arguments, the conduct that is challenged extends to the exploitation by Australia of resources which Portugal says belong to East Timor.

As we have said, what is not clear, is whether this illegal conduct is alleged *because* the Treaty operates in areas of seabed north of the median line, or only because it operates north of the 200 nautical mile line drawn from Australia. Professor Higgins says the first (CR 95/5, p. 32); Mr. Galvão Teles the second (CR 95/4, p. 72).

What is clear, is that the oral submissions expose that Portugal's real objective *is* an attack on the Treaty. The attack based upon a principle of *jus cogens* - the right of self-determination - must be a pleading that the Treaty is invalid. And, apart from the new *jus cogens* ground, Portugal now seeks, not just a declaration, but the equivalent of an injunction. (Also, in a further display of the bizarre unreality of its whole case, Portugal seeks orders in relation to damages, even though it acknowledges that no material damage has yet occurred.) For the moment, I concentrate on the declaratory relief sought.

Portugal acknowledges that judgment cannot be given in a case *unless* the case has a contentious character: that there exists an "actuality of the controversy" (CR 95/6, p. 48). But this is not enough. It must be possible to render an *effective* judgment. I remind the Court of what was said in *Northern Cameroons*:

"There are inherent limitations on the exercise of the judicial function which the Court, as a court of justice, can never ignore. There may thus be an incompatibility between the desires of an applicant, or, indeed, of both parties to a case, on the one hand, and on the other hand the duty of the Court to maintain its judicial character. The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity." (*I.C.J. Reports 1963*, p. 29.)

The Court also said:

"If the Court were to proceed and were to hold that the Applicant's contentions were all sound on the merits, it would still be impossible for the Court to render a judgment capable of effective application." (*Ibid.*, p. 33).

Here it is necessary to analyse the Portuguese submissions by reference to this requirement of effectiveness.

This can be done by having regard to both the positive and negative remedies sought by Portugal.

As to the positive, Portugal seeks declarations

- that Australia is under a *duty to respect* the right of the people of East Timor to self-determination;
- that Australia is *obliged to respect* the status of Portugal as the Administering Power with respect to East Timor; and
- that by its conduct it has acted wrongfully contrary to these duties.

In relation to the first of these declarations, Australia has, of course, made it clear that it recognizes the right of self-determination. There is no dispute, so such a declaration would be meaningless. I will return to this issue later.

As to the negative, Portugal seeks, in effect, declarations that

- Australia *not* negotiate with a State other than Portugal, and that
- Australia *not* give effect to the 1989 Treaty.

These negative declarations are of course dependent, or consequential, on the positive declarations first being made, and are a direct legal consequence of its request for an order to cease the alleged wrongful acts.

#### *Declarations*

I turn first to examine the declarations sought - the second and third submissions of Portugal.

I remind the Court that before the Court could award satisfaction of any sort, it must first determine the responsibility of Australia. It is asked by Portugal to pronounce on Australia's conduct. Assuming it considers the claims admissible, it can do that only do that if it first finds a breach of an obligation by Australia.

If one examines both the positive and negative propositions, it becomes clear that the declarations sought are incapable of effective application. Truly they are divorced from reality.

This is confirmed whether one examines the Portuguese claims from the perspectives of:

- (1) the interests of the people of East Timor;
- (2) the role of the United Nations;
- (3) the impact of any judgments on Indonesia;
- (4) the ability of Portugal to negotiate with Australia in place of Indonesia over the resources of the Timor Gap;
- (5) the position of member States; and finally,
- (6) the position in which Australia would be placed in any judgment.

I turn first to:

1. The interests of the people of East Timor

Mr. President, Members of the Court, I ask you to put yourself in the position of the people of East Timor. What will be the effect of any judgment on them? Indonesia will still control the territory. Portugal will have no greater ability to advance their interests: not one iota will have changed in terms of securing the economic well-being or the exercise of the right of self-determination of the people of East Timor.

Certainly, judgment in Portugal's favour would not lead to, or even assist, the realization of self-determination in East Timor.

If recognition of Portugal as the sole legitimate authority pending self-determination would be helpful in the process of self-determination, one would have expected the General Assembly to have adopted such a policy already to achieve that very objective.

Here we know enough to be sure that a judgment in Portugal's favour could only make more difficult the delicate negotiations between Indonesia and Portugal under the auspices of the Secretary-General. Only a few weeks ago the Secretary-General expressed the need for the two governments to co-operate with him in his initiative (paras. 3 and 4 of Press Release in Folder). A finding by this Court that Portugal, and only Portugal, may represent the people of East Timor, cannot possibly help the Secretary-General. And, such a finding would also contradict the decisions of the Security Council and General Assembly to involve separate representatives of the people of East Timor quite distinct from Portugal itself.

Further, many States, including Australia, would be debarred from dealing with Indonesia as the competent governmental authority in East Timor.

## 2. *The role of the United Nations*

Portugal does not ask this Court to criticize directly the United Nations nor to pronounce the resolutions of the Security Council or General Assembly in some way invalid (see PR, para. 9.08). But a finding by this Court that the 1989 Treaty violates the right of self-determination of the East Timorese must at the least imply a dereliction of duty on the part of the General Assembly and the Security Council for the past 12 years since they last considered the issue. They have known about the Treaty since 1988 and have kept silent.

Moreover, a judgment for Portugal will contribute nothing to the actual achievement of self-determination. The United Nations General Assembly has taken note the right of the people of East Timor to self-determination and independence (resolution 37/30). But it has not endorsed any particular outcome for the process of consultations. Although integration with Indonesia, independence, or restoration of Portuguese control are but some of the range of possible outcomes, Portugal seems to assume that *independence* is the *only* possible outcome from the exercise of the fact of self-determination. Indeed, at times much of its argument seems to equate the exercise of the right of self-determination *with* independence (cf. Art. 297 of the Portuguese Constitution).

One thing is clear. A judgment by the Court that a State such as Australia (and, consequently, *any* State) can *only* deal with Portugal in relation to a treaty such as the 1989 Treaty (or, indeed, any treaty) can do nothing to create a "real" role for Portugal within the territory of East Timor such as would advance the people's right to conduct an act of self-determination.

The futility of any court judgment in this regard is evident. Portugal does not, and cannot, establish any causal link between the future exercise of the right to self-determination, in a form that might be approved by the United Nations, and any judgment in the form sought by Portugal. The situation is comparable to that referred to in *Northern Cameroons* in the passage I previously quoted. No judgment will bind the United Nations political organs, or contribute anything towards a

political solution.

Contrary to what Professor Dupuy has said (CR 95/3, p. 12), the admitted right of people of East Timor to self-determination nonetheless is a vague general principle which requires to be given particular content and application by the General Assembly. In this case, the United Nations organs have not given any guidance. In its absence, it is for each State to promote the right to self-determination as is appropriate. It is a firmly established principle of international law that limitations upon State sovereignty cannot be presumed (cf. *Lotus case (1927) P.C.I.J., Series A, No. 10*).

It is because issues concerning the exercise of self-determination are essentially for political resolution, that the Charter "leaves the General Assembly a measure of discretion with respect to the forms and procedures by which the right is to be realized" (*Western Sahara case, I.C.J. Reports 1975, p. 36*). Here, as in the *Western Sahara case*, there is no dispute about the right to self-determination, the issue is how that right may be exercised. But, in terms of providing an answer to this, any judgment of this Court, whether on the broad issue or the narrow treaty issue, can be of no direct effect.

We know that the General Assembly has indicated a means to resolve the dispute in relation to East Timor. The latest report of the Secretary-General shows that progress is occurring in the dialogue between Portugal and Indonesia. The Court have a copy of that in their folder. A judgment for Portugal could only derogate from this process of dialogue. One thing is certain: whatever this Court orders Portugal will *never* have any ability to negotiate exclusively on behalf of the people of East Timor in relation to the territory. A judgment in Portugal's favour might require the Secretary-General *not* to treat Indonesia as having any governmental role in East Timor or, more to the point, not to deal with any other alleged representatives of the people of East Timor. Portugal invites the Court into potentially disruptive action.

Speaking of its advisory opinions, in the *Western Sahara case*, the Court said:  
"to what extent or degree its opinions will have an impact on the action of the General Assembly is not for the Court to decide. The function of the Court is to give an opinion based on law, once it has come to the conclusion that the questions put to it are relevant and *have a practical and contemporary effect* and consequently are not devoid of object or purpose" (*I.C.J. Reports 1975, p. 37, para. 73; emphasis added*).

Here, a judgment for Portugal would fail to meet these minimum requirements of relevance and object and purpose. It would, we say, support a role which common sense tells us it is quite impossible for Portugal to assume.

One can contrast the Advisory Opinion requested in relation to *Western Sahara*. As we have noted, Portugal's claim has the features of a *substitute* for an advisory opinion. But, unlike such an opinion, it has no object or purpose related to the discharge by the United Nations of its role in the self-determination exercise. It is inconceivable that a judgment for Portugal will assist the United Nations in any way. Yet, Portugal puts the issue of self-determination as if it were acting on behalf of the United Nations.

Portugal's pretence is that what it seeks is a judgment, a narrowly circumscribed issue concerning a maritime resources issue, it cannot disguise, what is, in fact in the heart of the dispute - namely, a claimed crucial role, by Portugal, in the exercise of a right of self-determination by the peoples of East Timor. If one examines closely the role of the United Nations in relation to the issue of East Timor, it becomes apparent that a judgment for Portugal would elevate Portugal to a central role which may be entirely contrary to the political solution sought by the United Nations.

It is precisely because any judgment on the particular claims against Australia can serve no purpose or have any effect in relation to that ultimate issue, that Australia says, apart from and additional to the other admissibility grounds raised by it, that the Court should conclude that the claim is inadmissible.

### *3. Impact of judgment in relation to actions of Indonesia*

Portugal continues to insist that the case does not concern or involve any issue concerning the use of force by Indonesia or the rights or wrongs of Indonesian actions since it obtained possession of East Timor in 1975. Portugal carefully asserts, in its Reply, that:

"the Portuguese Application does not relate to the violation of the duty of non-recognition of a situation resulting from the wrongful use of force as such but rather to the failure of Australia to recognize the existing rights of the people of East Timor and of Portugal" (PR, p. 182, para. 7.28; see also CR 95/9, p. 24, Mr. Crawford).

As we have seen, to assert this is to demonstrate the unreality of the Portuguese claim, and to

confirm the plain reasons of judicial propriety for not entertaining them. As the submissions by Professors Crawford and Pellet have shown, Indonesian actions are at the heart of the Portuguese claims.

Portugal is asking the Court to take note of *and* then ignore the fact that the Indonesian army entered East Timor in 1975. Portugal says it does not need to establish the illegality of Indonesia's presence. It then says that, even though Indonesia remains in East Timor, and Portugal is not there, the Court should say that Australia cannot deal with Indonesia. What Portugal wants the Court to do is to assume a *lawful, (or not unlawful)* occupation by Indonesia, yet deal with Portugal's role in relation to the self-determination issue as if Indonesia was *not* there at all. What could be more remote from reality than the Court being so asked to determine the issue on a basis that cannot address the key issue of Indonesia's presence as the State in actual control of the territory?

Further, Portugal insists that it is not making any claim as to the invalidity of the Treaty, or of Indonesia's capacity to make it. Yet, it attacks Australia's capacity to conclude it. It is only Australia's actions that are in some way said to be unlawful. What, as we heard from Professor Bowett, could be more divorced from the reality of the situation?

Professor Crawford has outlined in his submissions on admissibility the way in which Portugal's attempts to distinguish "validity" and "unlawfulness" fail. This failure is further evidence of the futility of a judgment against Australia which cannot, because of Article 59, also speak to Indonesia.

As between Australia and Indonesia, Australia would be bound by a judgment in Portugal's favour, but Indonesia would not. For Australia, its obligations to Indonesia under the Treaty would have necessarily been declared invalid. But, except in the content of mandatory Security Council resolutions, the Court cannot enjoin a State from performing a valid treaty. Indonesia would not be bound, and could insist (and, as far as the Statute of the Court is concerned (Art. 59), would be entitled to insist) on performance of the Treaty. But Australia would be forced into the position of not complying with the Treaty. This would deprive Indonesia of Australia's performance.

Thus, by seeking an order, and an injunction restraining Australia, Portugal is, in essence,

seeking to create a dispute between Indonesia and Australia. Any Court order effectively invalidating a treaty which settled a real dispute between two neighbouring States would force those States back into their conflicting claims, whilst prohibiting one State (here Australia as a third party to the real dispute over East Timor) from doing anything effective to settle the dispute.

Indonesia would not be prevented by the Court's judgment from unilaterally exploiting the petroleum resources in the Timor Gap. Indeed, Indonesia might unilaterally exploit the resources in the *entire* area which Australia claims as its own. It cannot be part of the judicial function to pronounce judgment and award remedies which dictate an inter-State dispute unresolvable because of the terms of the judgment which created it!

#### *4. The ability of Portugal to negotiate and to comply itself with the Court's order*

This issue relates to the status of Portugal. If Portugal's specific claims are to be upheld, it can only be on the basis that in some way - whether on its own behalf or in some other way as representative of the people of East Timor - it is in a position to act and negotiate as a coastal State in relation to the maritime entitlements of East Timor.

The unreality and the futility of any judgment in this regard also is obvious.

Even if Portugal is an Administering Power, how can Australia be expected to negotiate with Portugal as a coastal State in relation to adjacent maritime resources? Does Portugal offer to send its warships to defend the continental shelf of East Timor which it abandoned almost 20 years ago? Of course not. Whatever its status as "administering Power", Portugal is in no position to discharge the rights let alone the responsibilities of a coastal State. International law, and this Court, do not operate in a vacuum. Portugal's inability to act as the coastal State is common ground. Yet in the absence of such capacity, the unreality of any judgment in favour of Portugal's claims against Australia is manifest.

#### *5. The position of member States*

Any judgment for Portugal would require those having recognized Indonesia in sovereignty over East Timor to withdraw that recognition. It would require those having concluded treaties with Indonesia relating to East Timor to suspend, or terminate, their capacity to implement those treaties



with respect to the territory of East Timor.

There would be a whole series of one-legged treaties created by the judgment of the Court.

*6. The position of Australia*

Mr. President, Members of the Court, the unreality of the present action is highlighted in this aspect. As Professor Crawford said, a decision in this case which denies Australia the ability to exercise its *own* vested rights as a coastal State over its *own* continental shelf, would require Australia to retreat backwards across the continental shelf to avoid dealing with Indonesia. Or, as Professor Bowett said, it would require Australia to surrender, or forfeit, its *bona fide* claims to continental shelf rights beyond the median line.

As any judgment under Article 59 of the Statute will not be binding on Indonesia, unilateral exploration, exploitation unilaterally by Indonesia of Area A of the Zone of Co-operation (the area north of the median line) cannot be prevented by any judgment of this Court. Yet this is the likely consequence if Australia is told it must negotiate only with Portugal.

Alternatively, because Portugal says the invalidity of the Treaty is not an issue upon which it wishes the Court to pronounce, Indonesia could continue to demand performance by Australia of its treaty obligations. This is an absurd situation and its contemplation reinforces the unreality of the claims brought by Australia.

Here, the observations already made about Indonesia being placed in dispute with Australia as a result of a judgment with Portugal apply just as strongly. Australia, and the rest of the international community, could only suffer from such perverse outcome.

Restraining Order

Mr. President, I turn now to Portugal's claims for a restraining order - in effect an injunction. This, and the claim for damages, confirm the inability of any decision sought in this case from the Court to be effective.

Portuguese Submission 5, unlike Submissions 2 and 3, is concerned solely with the future conduct of Australia. Portugal here seeks a declaration that "until the people of East Timor shall

have exercised its right to self-determination", Australia is bound by international law to refrain from certain conduct.

The conduct to which the proposed declaration would apply extends far beyond the confines of the existing dispute. Submission 5(a) would require Australia to refrain not only from proposed future dealings with Indonesia, in respect of a maritime delimitation in the area, as foreseen in the 1989 Treaty, but would apply to any future dealings by Australia with any State other than Portugal in relation to the matters specified. Similarly, Submission 5(b) would apply to any "plurilateral" title to which Portugal is not a party, whether or not Indonesia was in any way involved. The declaration sought by Portugal would amount to an injunction against Australia, requiring it to refrain from all future conduct relating to exploration and exploitation in the continental shelf in the area of the Timor Gap, and not merely the particular conduct originally complained of by Portugal, namely, the conclusion of the Treaty. The injunction would be permanent, at least until such uncertain time as the people of East Timor "shall have exercised its right to self-determination, under the conditions laid down by the United Nations".

Such an injunction, indefinite in duration, and extending to unspecified and uncertain future dealings by Australia with unspecified and uncertain third States, would be unprecedented in the history of this Court. Indeed, it would be unprecedented in the history of international adjudication.

Even on Portugal's theory, it is possible that at some future date, before the people of East Timor have exercised their right to self-determination, the United Nations could take action which resulted in the cessation of any remaining rights of Portugal in relation to the territory. To give but one example, the General Assembly might expressly determine that Indonesia is now the Administering Power of East Timor. According to Portugal's own argument, in that event, Australia would be required to deal solely with Indonesia with respect to the territory. However, if the declaration sought by Portugal were granted by the Court, Australia would remain bound by a judgment of this Court to continue to deal solely with Portugal. And Australia could not have resort to a request for a revision of a judgment. No new unknown fact would have been discovered, for the purpose of Article 99 of the Rules and Article 61 of the Statute. Rather, the international situation

would have evolved.

*Damages*

Mr. President, Members of the Court, I now turn to consider the claim for damages.

In its Submission 4, Portugal seeks reparation for the damage which Australia allegedly "has caused" by the conduct referred to in Submissions 2 and 3. However, it is not possible for the Court in this case to determine whether there have been any injuries sustained at all by the people of East Timor. As you have heard often enough, there has been no continental shelf delimitation in the area of the Timor Gap between Australia and East Timor. Australia still claims sovereign rights in respect of the *whole* of the area covered by the 1989 Treaty. Portugal, of course, disputes this, but the Court is not asked to resolve, and of course, it cannot resolve, the dispute in this area.

Portugal itself acknowledges that it is not possible for the Court finally to determine the extent of any patrimonial injuries sustained by the people of East Timor until such time as a maritime delimitation has been effected (PM, para. 9.13; CR 95/5, p. 45). Yet, it is not possible for the Court to undertake such a delimitation in this case, and it is not possible to say when, if ever, such a delimitation might occur. Speaking last Thursday (CR 95/5, p. 45), Professor Dupuy asserted that, any resources in the area north of a 200-mile limit from Australia's coast, were clearly East Timorese. He suggested that the Court should, as a minimum remedy, order Australia to refrain from any exploration or exploitation north of the 200-mile limit - in effect, granting an injunction against Australia. Professor Higgins referred instead to the median line.

What Portugal is inviting the Court to do is to adopt the 200-mile limit, or the median line, as a kind of *de facto* boundary: a boundary which could be of indefinite duration. As we have seen, Mr. President, this is, in essence, inviting the Court to make a delimitation - precisely what both Parties have agreed the Court cannot do!

Further, if the Court were to grant the declaration sought, the result would be an award of damages of an indeterminate amount which may never be determined.

As the Court recognized in the *Fisheries Jurisdiction* case, to award compensation the Court:  
"can only act with reference to a concrete submission as to the existence and the amount

of each head of damage. Such an award must be based on precise grounds and detailed evidence concerning those acts which have been committed, taking into account all relevant facts of each incident and their consequences in the circumstances of the case. It is only after receiving evidence on these matters that the Court can satisfy itself that each concrete claim is well founded in fact and in law." (*I.C.J. Reports 1974*, p. 204, para. 76.)

The Court added that it "is prevented from making an all-embracing finding of liability which would cover matters as to which it has only limited information and slender evidence" (*ibid.*, p. 205).

The Court indicated that it could only grant a general declaration establishing a principle that compensation is due if the Court is able to receive evidence and to determine the amount of damage in a subsequent phase *of the same proceedings* (*ibid.*).

If the Court cannot ascertain the extent of any damage in a certain amount, it would be inconsistent with this established principle for it to award unspecified damages at large. To do so would merely be to create another dispute.

But, in any event, there is simply *no* evidence of any material injury to the patrimony of East Timor. Portugal admitted this in argument last week (CR 95/5, p. 44; see also PM, paras. 9.12-9.13; PR, para. 9.49). Its suggestion of a Fund (CR 95/5, p. 46) into which damages would be paid merely obscures, by its imprecision, the legal difficulties in Portugal's claim for damages. Also, it overlooks two things. *First*, unless there was a sufficient legal basis for awarding damages, there would be nothing to pay into the Fund. *Second*, the use of the moneys from the Fund *inside the territory of East Timor* would be impossible without the goodwill and co-operation of Indonesia. With this kind of judgment Portugal is seeking, such goodwill and co-operation is unlikely. Further, any implementation of such an order would depend on outside bodies, and the Court cannot make an order which it cannot supervise.

#### Declaration of Opposability

Mr. President, Members of the Court, the preceding analysis has concentrated on the

substantive remedies sought by Portugal. There is one preliminary remedy - the declaration of opposability - on which I should say a little more. If the Court rejects all Portugal's substantive claims against Australia, we say that it should also refuse to make the first declaration sought.

Portugal's Submission 1 (PM, p. 204) seeks first a general declaration that the people of East Timor has the right to self-determination and to permanent sovereignty over natural resources. Secondly, as we have seen, it seeks an order that Portugal has certain rights as Administering Power, and that these rights are opposable against Australia. But, if the Court determines that the specific acts of Australia referred to in Portuguese Submissions 2 and 3 do not infringe any rights of Portugal or the people of East Timor, there is no longer any matter in dispute between the Parties.

As Professor Crawford reminded the Court, this submission is no more than a "moyen" (CR 95/7, p. 66; ACM, para. 10, ARej., para. 69).

To adopt the language of the Court in the *Norwegian Fisheries* case, Submission 1 is no more than a statement of "propositions which ... purport to justify certain contentions and do not constitute a precise and direct statement of claim" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 126). In that case, the Court said that the contents of such a final submission "may be taken into account only in so far as they would appear to be relevant for deciding the sole question in dispute". The Court said the contents of such a submission, "might furnish reasons in support of the Judgment, *but cannot constitute the decision*" (*ibid.*, emphasis added).

In truth, Submission 1, standing alone, is an abstract statement about the rights of the people of East Timor, and the status of Portugal as Administering Power, unrelated to whether any conduct of Australia infringes those rights.

Further, there is no basis for a finding as to Portugal's right to represent the territory as Administering Power, if Submissions 2 and 3 are rejected. The claim is illusory. It would be inconsistent with the judicial function for Portugal to use the Court's contentious jurisdiction to obtain an abstract declaration of rights, where there is no dispute, or there has been found to be no breach of those rights, by the other party. In particular, there is no occasion for the Court to grant a declaration that the people of East Timor have the right to self-determination. Australia agrees that

they have this right. There is simply *no* legal dispute requiring judgment or a declaration by the Court.

The declaration of Submission 1 should not be made.

*Conclusion*

Mr. President, Members of the Court, the conclusion is inescapable. The remedies Portugal seeks are impractical, unjustified and unrealistic. They raise, for the Court, the very obvious question of the judicial impropriety of entertaining the submissions *at all*.

Mr. President, Members of the Court,

That concludes Australia's submissions in the first round of oral argument. I thank the Court for the patience, and attention it has displayed throughout this week, and the one which has gone before.

The PRESIDENT: I thank Mr. Griffith, the Agent of Australia, for his statement. This concludes the first round of oral arguments in the case concerning *East Timor*. I thank the delegations of both Portugal and Australia for their valuable efforts to assist the Court in the accomplishment of its task.

The Court will resume its hearings next Monday, 13 February, and will hear the second round of oral arguments presented by Portugal, the Applicant. It will hear the representative of Australia on Thursday, 16 February, which will conclude the hearings. Meanwhile, the hearings are adjourned until next Monday. Thank you.

*The Court rose at 12.55 p.m.*

---