

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDEEN

The case touches on important principles of contemporary international law — principles which have changed the shape of the international community, altered the composition of its leading institutions, affected their orientation, and influenced their outlook. But, the mandate of the Court being limited by the consensual nature of its jurisdiction, its decision has turned on the preliminary question how far it may adjudicate where the outcome would have consequences for the legal position of a third party. In support of the Judgment, I would add the following observations.

I. THE PRINCIPLE THAT THE COURT CANNOT EXERCISE JURISDICTION
OVER A STATE WITHOUT ITS CONSENT

Reflecting a view generally held in municipal law, Article 59 of the Statute of the Court provides that “[t]he decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. But it does not follow that the Court is free to determine a dispute between parties in entire disregard of the implications of the decision for the legal position of a non-party. Under one form or another of an “indispensable parties” rule, the problem involved is solved in domestic legal systems through an appropriate exercise of the power of joinder. The Court lacks that power; and the right of intervention, or to institute separate legal proceedings where possible, is not always a sufficient safeguard. Hence, when situations arise in which the requested judgment would in fact, even though not in law, amount to a determination of the rights and obligations of a non-party, the Court is being asked to exercise jurisdiction over a State without its consent. *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* says it cannot do that.

That precedent has given rise to questions¹. In a fundamental sense the questions stem from the fact that, as was remarked by Judge Jessup, “Law is constantly balancing conflicting interests” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J.*

¹ Some were considered in D. H. N. Johnson, “The Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1955, Vol. 4, p. 93. The Court had that article before it in 1984. See Memorial of Nicaragua, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, dated 30 June 1984, para. 257.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

L'affaire met en jeu d'importants principes du droit international contemporain — principes qui ont changé la physionomie de la communauté internationale, modifié la composition de ses principales institutions, agi sur leur orientation et influé sur leur façon de voir. Mais le mandat de la Cour étant limité par le caractère consensuel de sa juridiction, la Cour a fait dépendre sa décision de la question préliminaire de savoir dans quelle mesure elle peut statuer quand l'issue du différend pourrait avoir des incidences sur la position juridique d'une tierce partie. A l'appui de l'arrêt, je formule quelques observations supplémentaires.

I. LE PRINCIPE SUIVANT LEQUEL LA COUR NE PEUT PAS EXERCER SA JURIDICTION À L'ÉGARD D'UN ÉTAT SANS SON CONSENTEMENT

Traduisant une conception générale du droit interne, l'article 59 du Statut de la Cour dispose que «[l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé». Mais il ne s'ensuit pas que la Cour a toute latitude pour trancher un différend entre des parties sans tenir aucun compte des incidences que sa décision peut avoir pour la position juridique d'une non-partie. En vertu de la règle concernant les «parties indispensables», quelque forme que celle-ci revête, le problème est résolu en droit interne par l'exercice approprié du pouvoir de prescrire la participation à l'instance d'un Etat tiers. Or, ce pouvoir fait défaut à la Cour; et le droit d'intervention ou le droit d'introduire une instance distincte quand c'est possible n'est pas toujours une garantie suffisante. Par conséquent, quand la situation est telle que l'arrêt demandé va représenter en fait, sinon en droit, une décision concernant les droits et obligations d'une non-partie, il est demandé à la Cour d'exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat en l'absence de son consentement. Or, l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* dit que la Cour ne le peut pas.

Ce précédent a suscité des interrogations¹. En un sens fondamental, ces interrogations tiennent à ce que, comme l'a fait observer M. Jessup: «Le droit établit constamment un équilibre entre des intérêts divergents.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*,

¹ Certaines de ces questions ont été examinées par D. H. N. Johnson, «The Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943», *International and Comparative Law Quarterly*, 1955, vol. 4, p. 93. La Cour disposait de cet article en 1984. Voir mémoire du Nicaragua, affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, en date du 30 juin 1984, par. 257.

Reports 1970, p. 206, para. 81, separate opinion). The interests which are in conflict here, and which need to be balanced against each other if collision is to be avoided, are those of Portugal in having its case determined by the Court notwithstanding possible effects of the decision on Indonesia, and those of Indonesia in not having its rights and obligations determined by the Court without its consent. Problems of this kind are apt to arise from the fact that, in the increasingly complex character of international relations, legal disputes between States are rarely purely bilateral. The argument follows that, as it was put to the Court in another case, if

“the Court could not adjudicate without the presence of all such States, even where the parties before it had consented fully to its jurisdiction, the result would be a severe and unwarranted constriction of the Court’s ability to carry out its functions”¹.

It is difficult to think of any point at which a balance may be struck between these competing considerations without the Court having sometimes to assume jurisdiction notwithstanding that the interests of a non-party State would to some extent be affected, as has happened in some cases. A fair interpretation is that what the Court has been doing was to identify some limit beyond which the degree to which the non-party State would be affected would exceed what is judicially tolerable. That limit is reached where, to follow the language of the Court, the legal interests of the non-party would not merely be affected by the judgment, but would constitute its very subject-matter.

Possibly another formulation might have been invented; but the test adopted is not in substance new to legal thought. The juridical problem to be solved has recognizable parallels in other areas of the law: it concerns the extent to which a given course of action could be regarded as lying within a permissible field although it produces effects within a forbidden one. No doubt with the constitutional jurisprudence of some countries in mind, in the case of the *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* Judge Sir Percy Spender remarked that a “law may produce an effect in relation to a subject-matter without being a law on that subject matter” (*I.C.J. Reports 1958*, p. 118). That approach could be redirected to the problem before the Court: would the requested judgment produce an effect in relation to the legal interests of Indonesia without being a judgment on those interests?

Obviously, there could be argument concerning marginal situations; but there is a dividing line, and it is often practicable to say that a given situation falls on one side or the other of it. *Monetary Gold* represents

¹ Memorial of Nicaragua, cited in the preceding note, para. 248.

arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 206, par. 81; opinion individuelle.) En l'espèce, les intérêts contradictoires entre lesquels il faut assurer l'équilibre si l'on veut éviter qu'ils se heurtent sont ceux du Portugal — obtenir que la Cour statue sur le différend indépendamment des effets possibles de la décision sur l'Indonésie — et ceux de l'Indonésie — obtenir que la Cour ne se prononce pas sur ses droits et obligations sans son consentement. Des problèmes de ce type sont susceptibles de se poser parce que, vu le caractère de plus en plus complexe que revêtent les relations internationales, il est rare que les différends d'ordre juridique entre Etats soient purement bilatéraux. Comme on l'a fait valoir devant la Cour à l'occasion d'une autre affaire, l'argument qui suit logiquement est que :

«vouloir empêcher la Cour de statuer sans la présence de tous ces Etats, même quand les parties à la procédure ont pleinement accepté sa compétence, serait donc soumettre à une restriction grave et arbitraire sa faculté de s'acquitter de ses fonctions»¹.

Il est difficile de situer avec précision le point d'équilibre entre ces considérations opposées sans que la Cour ait parfois à exercer sa compétence quand bien même les intérêts d'un Etat non partie à l'instance devraient en être affectés dans une certaine mesure, comme il est arrivé dans quelques affaires. Une interprétation équitable serait de dire que la Cour s'emploie à définir une limite au-delà de laquelle l'effet de sa décision pour l'Etat non partie atteindrait un degré qui ne serait plus judiciairement tolérable. Cette limite est atteinte lorsque, pour reprendre les termes mêmes de la Cour, les intérêts juridiques de l'Etat non partie ne seraient pas simplement affectés par l'arrêt mais en constitueraient l'objet même.

Peut-être aurait-on pu trouver une autre formule; mais le critère ainsi adopté n'est pas, quant au fond, un élément nouveau de la pensée juridique. Ce problème juridique à résoudre se retrouve de manière similaire dans d'autres secteurs du droit: il s'agit de savoir dans quelle mesure un choix donné peut être considéré comme se situant dans un domaine autorisé bien qu'il produise des effets dans un domaine exclu. En songeant certainement à la pratique constitutionnelle de certains Etats, sir Percy Spender, dans l'affaire relative à l'*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, faisait observer qu'«une loi peut produire des effets dans une certaine matière sans être pour autant une loi portant sur cette matière» (*C.I.J. Recueil 1958, p. 118*). Il serait possible *mutatis mutandis* d'appliquer cette approche au problème dont la Cour est saisie: l'arrêt qui lui est demandé produirait-il un effet qui touche aux intérêts juridiques de l'Indonésie sans être pour autant un arrêt portant sur les intérêts en question?

Bien sûr, on peut tirer argument des situations marginales; mais il y a une ligne de démarcation et dans la pratique il est souvent possible de dire que telle situation se situe en deçà ou au-delà. L'affaire de l'*Or monétaire*

¹ Mémoire du Nicaragua, cité à la note précédente, par. 248.

that line. Whatever the academic criticisms, the essential principle of the case has not been challenged. The case may be distinguished, but the cases distinguishing it have also affirmed it. Nor would it be correct to say, without important qualification, that since 1954 the principle of the case has in no sense been applied; it is possible to attribute the shape of the judgments given in some of the cases to the need to take account of it¹. Certainly, where a case cannot be distinguished, the principle applies. In this case, the effort of Portugal was to distinguish and not to attack *Monetary Gold*; its counsel rejected what he understood to be an Australian attempt to “imply that Portugal is questioning the soundness of the *Monetary Gold* case” (CR 95/6, p. 11, Professor Dupuy). It is not necessary to examine all the cases, real or hypothetical, which may be thought supportive of an attempt to distinguish *Monetary Gold*. The case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* has been considered in the Judgment. I shall limit myself to one other case.

Corfu Channel, Merits, comes closest to the view that the Court is not necessarily prevented from acting by the circumstance that the lawfulness of the conduct of a third State may seem to be involved. In that case, the argument of Albania, as correctly recalled in Judge Weeramantry’s dissenting opinion to the present Judgment, should have been enough to alert the Court to the question whether it could properly find against Albania if it could not do so without making a determination as to Yugoslavia’s international responsibility in its absence². However, it does not appear to me that the evidence was examined with a view to making a finding of international responsibility against Yugoslavia in respect of its alleged conduct; it was examined as a method of proof, or disproof, of the British allegation that the mines had been laid with the connivance of Albania. Assuming that the minelaying operation had been carried out by two Yugoslav warships, the United Kingdom argued that this

“would imply collusion between the Albanian and the Yugoslav Governments, consisting either of a request by the Albanian Gov-

¹ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1981, p. 20, para. 35; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, pp. 61-62, para. 75, and p. 94, para. 133, subpara. C (3), last sentence; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984, pp. 25-27, paras. 40-43; and *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 25-28, paras. 21-23.

² See also, I.C.J. Pleadings, *Corfu Channel*, Vol. IV, pp. 609-610, duplique de M. Joe Nordmann, conseil du Gouvernement albanais.

représente cette ligne de démarcation. Quelles que soient les critiques de la doctrine, le principe fondamental de l'affaire n'a pas été contesté. Même si les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* ne se sont pas reproduites de manière identique, le principe de l'arrêt a été affirmé. Il ne serait pas non plus exact de dire, sans nuancer fortement l'affirmation, que, depuis 1954, le principe de l'*Or monétaire* n'a d'aucune manière été appliqué; il est possible d'attribuer la façon dont les arrêts ont été formulés dans certaines affaires à la nécessité de tenir dûment compte du principe¹. Quand il n'est pas possible de distinguer entre les circonstances d'une affaire et celles de l'*Or monétaire*, ledit principe s'applique incontestablement. En l'espèce, ce que le Portugal a voulu faire, c'est précisément différencier l'instance de l'affaire de l'*Or monétaire*, et non pas contester ce précédent. Son conseil a rejeté les arguments de l'Australie qui tendaient, à son avis, «à faire penser que le Portugal remet en cause le bien-fondé de l'*Or monétaire*» (CR 95/6, p. 11, M. Dupuy). Il n'y a pas lieu d'examiner ici toutes les affaires, réelles ou hypothétiques, dont on peut penser qu'elles appuient la tentative de s'écarter de l'*Or monétaire*. L'arrêt se réfère à l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*. Je me bornerai, pour ma part, à évoquer une autre affaire.

L'affaire du *Détroit de Corfou, fond*, est celle qui se rapproche le plus de l'idée que la Cour est compétente dans la présente instance nonobstant toutes les questions susceptibles d'être posées au sujet de la licéité du comportement d'un Etat tiers. Dans cette affaire, l'argument de l'Albanie, comme le rappelle très bien M. Weeramantry dans l'opinion dissidente qu'il a jointe au présent arrêt, aurait dû suffire à alerter la Cour quant à la question de savoir si elle pouvait, à juste titre, débouter l'Albanie sans prendre position sur la responsabilité internationale de la Yougoslavie en l'absence de celle-ci². Mais il ne me semble pas que la Cour ait examiné les moyens de preuve dans le but de conclure à la responsabilité internationale de la Yougoslavie en raison du comportement qui lui était reproché; elle cherchait à établir si le Royaume-Uni avait ou non raison de soutenir que le mouillage des mines avait été effectué avec la connivence de l'Albanie. Tenant pour acquis que le mouillage des mines avait été effectué par deux navires de guerre yougoslaves, le Royaume-Uni soutenait que ce fait

«impliquerait une collusion entre le Gouvernement albanais et le Gouvernement yougoslave, collusion qui se serait manifestée ou

¹ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1981, p. 20, par. 35; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 61-62, par. 75, et p. 94, par. 133, al. C 3, dernière phrase; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 25-27, par. 40-43, et *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 25-28, par. 21-23.

² Voir aussi C.I.J. *Mémoires, Détroit de Corfou*, vol. IV, p. 609-610, duplique de M. Joe Nordmann, conseil du Gouvernement albanais.

ernment to the Yugoslav Government for assistance, or of acquiescence by the Albanian authorities in the laying of the mines" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 16; and *I.C.J. Pleadings, Corfu Channel*, Vol. IV, p. 495, Sir Frank Soskice).

By its suggested request or acquiescence, Albania would make Yugoslavia's acts its own; it would be by making Yugoslavia's acts its own that it would engage international responsibility. In effect, proof of the mines having been laid by Yugoslavia would be part of the factual material evidencing the commission of acts by Albania which independently engaged its international responsibility. A determination by the Court that Yugoslavia engaged international responsibility by reason of its alleged conduct in laying the mines would not have to be made for the purpose of making a finding of international responsibility against Albania. The Court did not have before it the type of issue later raised in *Monetary Gold*, in which a determination that the absent State had engaged international responsibility would have had to be made as a precondition to its admitted ownership of the gold being legally set aside by the Court and passed on by it to others. *Corfu Channel* is not at variance with *Monetary Gold*; nor does it show that the latter is inapplicable to the circumstances of the instant case.

In 1984 the Court observed that the "circumstances of the *Monetary Gold* case probably represent the limit of the power of the Court to refuse to exercise its jurisdiction" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 431, para. 88). True, too, outside of the prohibited area, "it must be open to the Court, and indeed its duty, to give the fullest decision it may in the circumstances of each case" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 25, para. 40). But these remarks also recognized that the principle of the case remains intact, being directly founded on the consensual nature of the Court's contentious jurisdiction. Would it apply to prevent the Court from adjudicating on the merits of Portugal's case?

II. WHETHER THE REQUESTED JUDGMENT WOULD REQUIRE THE COURT TO DETERMINE INDONESIA'S LEGAL INTERESTS

The premise of Portugal's claim is that, whatever may be the basis, it possesses the exclusive power to enter into treaties on behalf of East Timor in respect of the resources of its continental shelf; Australia contends that it is Indonesia which possesses the power. The premise of Portugal's claim is thus in dispute.

dans une demande d'assistance par le Gouvernement albanais au Gouvernement yougoslave, ou par un acquiescement au mouillage par les autorités albanaises» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 16, et *C.I.J. Mémoires, Détroit de Corfou*, vol. IV, p. 495, sir Frank Soskice).

Par sa demande d'assistance ou son acquiescement supposé, l'Albanie serait devenue l'auteur des actes de la Yougoslavie; et c'est en devenant l'auteur des actes de la Yougoslavie qu'elle aurait engagé sa propre responsabilité internationale. Concrètement, la preuve du mouillage des mines par la Yougoslavie aurait été l'un des éléments de fait prouvant que l'Albanie avait commis des actes engageant sa propre responsabilité internationale. La Cour, aux fins de conclure à la responsabilité internationale de l'Albanie, n'avait donc pas à décider que la Yougoslavie avait engagé sa responsabilité internationale du fait du comportement qui lui était imputé, c'est-à-dire le mouillage des mines. Il ne se posait pas à la Cour de problème du type de celui qui fut plus tard soulevé dans l'affaire de l'*Or monétaire*, où la Cour aurait dû décider que l'Etat absent avait engagé sa responsabilité internationale avant d'être en mesure d'écarter juridiquement le droit de propriété reconnu de cet Etat sur l'or afin d'en transférer la propriété à d'autres Etats. L'affaire du *Détroit de Corfou* ne s'oppose pas à celle de l'*Or monétaire*; elle n'indique pas non plus que cette dernière soit inapplicable aux circonstances de l'espèce.

En 1984, la Cour a fait observer que «les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* marquent vraisemblablement la limite du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 431, par. 88). Il est vrai aussi qu'en dehors du domaine où il est exclu qu'elle pénètre «la Cour doit avoir la faculté, et elle a en fait l'obligation, de se prononcer aussi complètement que possible dans les circonstances de chaque espèce» (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 25, par. 40). Mais il est également reconnu dans ces observations que le principe de l'affaire de l'*Or monétaire* demeure intact, car il est fondé directement sur le caractère consensuel de la compétence de la Cour en matière contentieuse. Le principe empêche-t-il la Cour de statuer sur le fond de la requête du Portugal?

II. L'ARRÊT DEMANDÉ À LA COUR LUI IMPOSE-T-IL DE STATUER SUR LES INTÉRÊTS JURIDIQUES DE L'INDONÉSIE?

Le Portugal fonde sa demande sur la prémisse suivant laquelle c'est lui qui possède le pouvoir exclusif de conclure des traités au nom du Timor oriental en ce qui concerne les ressources de son plateau continental, quelle que soit la source dudit pouvoir. L'Australie soutient que c'est l'Indonésie qui possède ce pouvoir. La prémisse du Portugal est donc en litige.

The Court must first resolve this dispute relating to Portugal's premise, by determining that the treaty-making power belonged to Portugal and therefore of necessity that it did not belong to Indonesia, before it could go on to determine whether Australia engaged international responsibility by negotiating and concluding the 1989 Treaty with Indonesia and by commencing to implement it. In effect, a prerequisite to a decision against Australia is a determination that Indonesia did not possess the treaty-making power. In the ordinary way, the Court could not make that determination without considering whether the circumstances of Indonesia's entry into and continuing presence in East Timor disqualified it from acquiring the power under general international law. That would involve the determination of a question of Indonesia's responsibility in the absence of its consent. The Court cannot do that.

*

That would seem to end the case, but for an argument by Portugal that the resolutions of the General Assembly and the Security Council conclusively established its status as the administering Authority; that that status carried with it the exclusive power to enter into treaties on behalf of East Timor in respect of the resources of its continental shelf; that the resolutions should in these respects be treated by the Court as *données*; and that in consequence a decision by the Court on Indonesia's legal interests would not be required.

However, this way of putting the matter does not efface the fact that what Portugal is asking the Court to accept as *données* is not the mere text of the resolutions, but the text of the resolutions as interpreted by Portugal. The various resolutions would constitute the basis of the Court's decision; they would not remove the need for a decision to be taken by the Court as to what they meant. As the Parties accept, the Court has power to interpret the resolutions.

Portugal's interpretation of the resolutions is closely contested by Australia. The issue so raised by Australia is not frivolous; the Court would have to decide it. The Court has done so. On the conclusion which it has reached, the resolutions do not suffice to settle the question whether the treaty-making power lay with Portugal, as Portugal claims, or with Indonesia, as Australia claims. Other matters would have to be investigated before that question could be answered. Such other matters would include the question whether, by reason of its alleged conduct, Indonesia engaged international responsibility which disqualified it from acquiring that power under general international law. Portugal accepts that the Court cannot act if the international responsibility of Indonesia would have to be passed upon.

*

La Cour doit d'abord trancher ce litige concernant la prémisse du Portugal et décider que le pouvoir de conclure des traités appartenait au Portugal et, partant, n'appartenait pas à l'Indonésie, avant d'aller plus loin et de décider si l'Australie a engagé sa responsabilité internationale en négociant et concluant le traité de 1989 avec l'Indonésie et en commençant à l'exécuter. Concrètement, pour statuer contre l'Australie, il faut préalablement décider que l'Indonésie ne possédait pas le pouvoir de conclure des traités. Normalement, la Cour ne peut pas prendre une telle décision avant d'avoir examiné la question de savoir si les circonstances de l'entrée et du maintien de l'Indonésie au Timor oriental empêchaient cette dernière d'acquérir ce pouvoir au regard du droit international général. Cette décision reviendrait à se prononcer sur la responsabilité internationale de l'Indonésie en l'absence de consentement de sa part. La Cour ne peut pas procéder ainsi.

*

Cela semblerait régler l'affaire, si ce n'est que le Portugal fait aussi valoir que les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité ont établi de façon concluante sa qualité d'autorité administrante, que cette qualité implique le pouvoir exclusif de conclure au nom du Timor oriental des traités concernant les ressources du plateau continental de celui-ci, que ces résolutions doivent être considérées par la Cour comme des données et qu'en conséquence la Cour ne serait pas tenue de se prononcer sur les intérêts juridiques de l'Indonésie.

Toutefois, cette façon de présenter la question n'efface pas le fait que ce que le Portugal demande à la Cour d'accepter comme des données n'est pas le simple texte des résolutions, mais bien le texte desdites résolutions tel qu'il les interprète. Les diverses résolutions constitueraient le fondement de la décision de la Cour; elles n'empêcheraient pas que la Cour soit tenue d'en dire la signification. Comme les Parties en conviennent, la Cour a le pouvoir de les interpréter.

L'interprétation que le Portugal donne des résolutions est fortement contestée par l'Australie. Le problème que celle-ci soulève ainsi n'a rien de superficiel; la Cour doit se prononcer à ce sujet et elle l'a fait. D'après la conclusion à laquelle elle est parvenue, les résolutions ne suffisent pas à déterminer si c'est le Portugal qui a le pouvoir de conclure des traités, comme il le revendique, ou bien si c'est l'Indonésie qui a ce pouvoir, comme le soutient l'Australie. Avant de pouvoir répondre à cette question, il faudrait en examiner d'autres et, notamment, se demander si, en raison du comportement qui lui est imputé, l'Indonésie a engagé sa responsabilité internationale d'une façon qui lui ôte, au regard du droit international général, toute qualité pour acquérir ce pouvoir de conclure des traités. Le Portugal accepte que la Cour ne puisse se prononcer si elle doit à cette fin statuer sur la responsabilité internationale de l'Indonésie.

*

However, even if Portugal's interpretation of the resolutions is correct, the result need not be affected. The prerequisite of which the Court must ultimately be satisfied is that, whatever may be the basis, the treaty-making power lay with Portugal and not with Indonesia. If the Court were to accept Portugal's interpretation of the resolutions as correct, what it would be deciding, without hearing Indonesia on a substantial question of interpretation, is that it was Portugal and not Indonesia which possessed the treaty-making power; acceptance of Portugal's interpretation as correct would merely shorten the proof of Portugal's claim to the power. Indonesia's legal interests would nonetheless be determined in its absence. In effect, the question is not merely whether Portugal's interpretation is correct, but whether, in reaching the conclusion that it is correct, the Court would be passing on Indonesia's legal interests.

There is a further point. As the Court would be barred by the *Monetary Gold* principle from acting *even if* Portugal's interpretation of the resolutions were correct, it is possible to dispose of Portugal's Application without the necessity for the Court to determine whether or not the resolutions do indeed bear the interpretation proposed by it; the Court could arrive at its judgment assuming, but without deciding, that Portugal's interpretation is correct.

*

The matter may also be considered from the point of view of the effects of the requested judgment on the rights of Indonesia under the 1989 Treaty and on the validity of the Treaty itself.

First, as to Indonesia's rights under the Treaty. Submission 5 (b) of the requested judgment would require Australia to abstain from implementing the Treaty; Indonesia would thus lose the benefit of implementation of the Treaty by Australia. That is not a matter of theoretical interest; Indonesia would be deprived of concrete benefits to which it is entitled under the Treaty, including possible financial benefits, in much the same way as the judgment requested in *Monetary Gold* would have deprived Albania of its right to the property involved in that case. Article 59 of the Statute of the Court would not protect Indonesia against these effects.

In *El Salvador v. Nicaragua*, El Salvador asked that "the Government of Nicaragua be enjoined to abstain from fulfilling the . . . Bryan-Chamorro Treaty . . ." ¹. The Central American Court of Justice replied:

"The Court is without competence to declare the Bryan-Chamorro Treaty to be null and void, as in effect, the high party complainant requests it to do when it prays that the Government of Nicaragua be

¹ *American Journal of International Law*, 1917, Vol. 11, p. 683.

Cependant, même si l'interprétation que donne le Portugal des résolutions était correcte, on aboutirait au même résultat. En fin de compte, la Cour doit, avant toute chose, être convaincue que, quel qu'en soit le fondement, le pouvoir de conclure des traités appartient au Portugal et non à l'Indonésie. Si la Cour devait accepter l'interprétation que donne le Portugal des résolutions, elle déciderait en effet, sans entendre l'Indonésie sur une question d'interprétation portant sur le fond, que c'est le Portugal et non l'Indonésie qui détenait le pouvoir de conclure des traités; accepter l'interprétation du Portugal reviendrait simplement à étayer plus rapidement la revendication du Portugal du pouvoir de conclure des traités. Mais les intérêts juridiques de l'Indonésie n'en seraient pas moins déterminés sans son consentement. En fait, il s'agit de savoir non seulement si l'interprétation du Portugal est juste mais également si, en concluant qu'elle l'est, la Cour se prononcerait sur les intérêts juridiques de l'Indonésie.

De surcroît, comme la Cour ne pourrait pas se prononcer, en vertu du principe de l'*Or monétaire*, même si l'interprétation que le Portugal donne des résolutions était correcte, il est possible d'écarter la requête du Portugal sans que la Cour ait à déterminer si oui ou non les résolutions doivent être interprétées comme l'indique le Portugal; la Cour pourrait parvenir à sa décision en présument que l'interprétation du Portugal est correcte, sans pourtant se prononcer à ce sujet.

*

La question peut être également examinée du point de vue des effets qu'aurait l'arrêt demandé sur les droits de l'Indonésie en vertu du traité de 1989 et sur la validité du traité lui-même.

Tout d'abord, en ce qui concerne les droits de l'Indonésie en vertu du traité, aux termes de la conclusion 5 *b*) de la requête, s'il y était fait droit, l'Australie devrait s'abstenir de donner effet au traité, et l'Indonésie perdrait ainsi le bénéfice de l'application du traité par l'Australie. Il ne s'agit pas là d'une question d'intérêt purement théorique, puisque l'Indonésie serait privée des avantages concrets auxquels elle a droit conformément au traité, y compris d'éventuels avantages financiers, comme l'arrêt demandé dans l'affaire de l'*Or monétaire* aurait, d'une manière analogue, privé l'Albanie de son droit aux biens visés dans cette affaire. L'article 59 du Statut de la Cour ne protégerait pas l'Indonésie contre de tels effets.

Dans l'affaire *El Salvador v. Nicaragua*, El Salvador demandait que le Gouvernement du Nicaragua soit astreint à ne pas appliquer le traité Bryan-Chamorro¹. La Cour de justice centraméricaine a estimé que:

«La Cour n'a pas compétence pour déclarer nul et non avenue le traité Bryan-Chamorro, selon la requête de la haute partie demanderesse tendant à ce que le Gouvernement du Nicaragua «soit

¹ *American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 683.

enjoined 'to abstain from fulfilling the said Bryan-Chamorro Treaty'. On this point the Court refrains from pronouncing decision, because, as it has already declared, its jurisdictional power extends only to establishing the legal relations among the high parties litigant and to issuing orders affecting them, and them exclusively, as sovereign entities subject to its judicial power. To declare absolutely the nullity of the Bryan-Chamorro Treaty, or to grant the lesser prayer for the injunction of *abstention*, would be equivalent to adjudging and deciding respecting the rights of the other party signatory to the treaty, without having heard that other party and without its having submitted to the jurisdiction of the Court."¹

Although El Salvador had not asked for an order declaring the Bryan-Chamorro Treaty to be invalid², in the view of the Central American Court of Justice its prayer for an order enjoining Nicaragua "to abstain from fulfilling" the Treaty was "in effect" a request that the Court should "declare the . . . Treaty to be null and void", which of course it could not do in the absence of the other party to the Treaty. Thus, to grant "the lesser prayer for the injunction of *abstention*" would have the same effect as a declaration of invalidity; they would both "be equivalent to adjudging and deciding respecting the rights of the other party signatory to the treaty, without having heard that other party and without its having submitted to the jurisdiction of the Court". The injunction was refused.

Second, as to the validity of the 1989 Treaty. There are situations in which the Court may determine that an international obligation has been breached by the act of negotiating and concluding an inconsistent treaty, without the decision being considered as passing on the validity of the treaty³. But a situation of that kind is distinguishable from one in which the essential ground of the alleged breach and of any relief sought necessarily implies that a State which is a party to a bilateral treaty with the respondent but not a party to the case lacked the capacity in international law to enter into the treaty. Where this would be the true ground of decision, as it would be here, it is difficult to avoid the conclusion that the validity of the treaty was being passed upon in the absence of the State concerned. Further, as pointed out above, an order enjoining Australia from implementing the Treaty would itself presuppose a finding of invalidity.

¹ *American Journal of International Law*, 1917, Vol. 11, p. 729.

² Cf. the third prayer of Costa Rica in *Costa Rica v. Nicaragua* (*American Journal of International Law*, 1917, Vol. 11, p. 202), where the Central American Court of Justice was asked to "declare and adjudge said treaty to be null and void and without effect". The prayer was refused.

³ See the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Art. 30, para. 5, and the decisions of the Central American Court of Justice in *Costa Rica v. Nicaragua* (*American Journal of International Law*, 1917, Vol. 11, p. 181), and *El Salvador v. Nicaragua* (*ibid.*, p. 674); and consider Judge Schücking's understanding of the judgment in *Oscar Chinn* (*P.C.I.J., Series A/B, No. 63*, p. 148, third paragraph).

astreint à ne pas appliquer le traité Bryan-Chamorro». Sur ce point, la Cour s'abstient de se prononcer puisque, ainsi qu'elle l'a déjà déclaré, sa compétence se borne à déterminer les relations juridiques entre les hautes parties en litige et à rendre des ordonnances les concernant exclusivement, en tant qu'entités souveraines soumises à sa juridiction. Prononcer d'une manière absolue la nullité du traité Bryan-Chamorro ou même faire droit à la simple demande d'une injonction *d'abstention* reviendrait à décider des droits de l'autre partie signataire du traité, sans avoir entendu cette dernière et sans que celle-ci ait accepté la juridiction de la Cour.»¹

Bien qu'El Salvador n'ait pas demandé une ordonnance déclarant le traité Bryan-Chamorro nul et non avenu², de l'avis de la Cour de justice centraméricaine, la demande d'El Salvador tendant à ce que le Nicaragua «soit astreint à ne pas appliquer» le traité revenait en fait à inviter la Cour à «déclarer ... le traité nul et non avenu», ce que naturellement elle ne pouvait pas faire en l'absence de l'autre partie au traité. Quoi qu'il en soit, «la simple demande d'une injonction *d'abstention*» aurait eu le même effet qu'une demande de nullité; elles seraient toutes deux revenues «à décider des droits de l'autre partie signataire du traité, sans avoir entendu cette dernière et sans que celle-ci ait accepté la juridiction de la Cour». La demande d'injonction a été refusée.

S'agissant, en second lieu, de la validité du traité de 1989, il existe des situations où la Cour peut estimer qu'une obligation internationale a été violée par le fait de négocier et de conclure un traité incompatible avec cette obligation, sans que cette décision soit considérée comme touchant à la validité du traité³. Mais une situation de ce genre est différente d'une situation où l'élément essentiel de la prétendue violation et de toute réparation demandée implique nécessairement qu'un Etat partie à un traité bilatéral conclu avec le défendeur, mais qui n'est pas partie à l'instance, n'avait pas le pouvoir, en droit international, de conclure le traité. Si c'était là le véritable fondement de la décision, comme ce serait le cas dans la présente instance, il serait difficile de ne pas conclure que la validité du traité a été décidée en l'absence de l'Etat concerné. En outre, comme on l'a dit, une décision enjoignant à l'Australie de ne pas appliquer le traité présupposerait en elle-même une constatation d'invalidité.

¹ *American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 729. [Traduction du Greffe.]

² Voir la troisième demande du Costa Rica dans *Costa Rica v. Nicaragua* (*American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 202), qui priait la Cour de «dire et juger que ledit traité est nul et non avenu». Cette demande a été rejetée.

³ Voir convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, art. 30, par. 5, ainsi que les décisions de la Cour de justice centraméricaine dans les affaires *Costa Rica v. Nicaragua* (*American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 181) et *El Salvador v. Nicaragua* (*ibid.*, p. 674), ainsi que l'interprétation par M. Schücking de l'arrêt rendu dans l'affaire *Oscar Chinn* (*C.P.J.I. série A/B n° 63*, p. 148, troisième paragraphe).

In *El Salvador v. Nicaragua*, the Central American Court of Justice made it clear, and rightly so, that it would not decline to act on “the trivial argument that a third nation . . . possesses interests connected with the matters or questions in controversy”¹. But the Court obviously did not consider that the argument was “trivial” in so far as the requested judgment would require it to determine the rights of a non-party State, inclusive of the question of the validity of a treaty entered into between that State and the respondent. It was on the clear basis that it could not and would not determine these matters, either directly or indirectly, that it found it possible to declare that the respondent “*is under the obligation* — availing itself of all possible means provided by international law — to re-establish and maintain the legal status that existed prior to the” treaty². In effect, the Court was able to assume competence to act in relation to some of the reliefs claimed by El Salvador, but not in relation to all. Here, by contrast, none of the reliefs requested by Portugal could be granted without passing on the legal interests of an absent State.

*

In an interesting and careful argument, counsel for Portugal submitted that

“other courts . . . have ruled on the violation of obligations derived from a treaty, in cases where there was a conflict of obligations, without ruling on the resolution of the conflict, despite the absence of the other party to the treaty from which the other incompatible obligation derived” (CR 95/13, p. 55, Professor Galvão Teles).

Counsel cited *Soering v. United Kingdom* (EHRR, Vol. 11, p. 439), *The Netherlands v. Short* (ILM, 1990, Vol. 29-II, pp. 1375 *et seq.*) and *Ng v. Canada* (CC PR/C/49/D.469/1991), adding that the judicial function of the adjudicating bodies in those cases obliged them “to *answer the question that was put to them*. They were not, for example, required to decide on the rights of the United States, which was a party to the treaty and absent from the proceedings.” As this argument of counsel seems to recognize, the dividing line is set by asking whether the requested judgment would be deciding not merely the rights of the parties, but those of the absent State as well. In my opinion, the judgment requested in this case would decide the rights of an absent State. Institutional and structural differences apart, this is a point on which the three cited cases are distinguishable.

*

¹ *American Journal of International Law*, 1917, Vol. 11, p. 699.

² *Ibid.*, p. 730, fifth paragraph of the *dispositif*.

Dans l'affaire *El Salvador v. Nicaragua*, la Cour de justice centraméricaine a dit clairement, et à juste titre, qu'elle ne se refuserait pas à statuer «en invoquant l'argument assez mince qu'un Etat tiers ... a des intérêts liés aux questions en litige»¹. Mais de toute évidence la Cour centraméricaine n'a pas estimé que l'argument fût «mince» dans la mesure où l'arrêt demandé l'aurait obligée à se prononcer sur les droits d'un Etat non partie, et notamment sur la validité d'un traité entre cet Etat et le défendeur. C'est manifestement en partant du principe qu'elle ne pouvait pas trancher ces questions, soit directement soit indirectement, et qu'elle ne le ferait pas qu'elle a jugé possible de déclarer que le défendeur «[était] dans l'obligation — en recourant à tous les moyens que lui offrait le droit international — de rétablir et de maintenir le statut juridique qui existait antérieurement» au traité². En fait la Cour a pu se dire compétente pour statuer à l'égard de certains moyens de réparation demandés par El Salvador, mais pas de tous. En l'espèce, par contre, il est impossible de faire droit à un seul des chefs de demande formulés par le Portugal sans statuer sur les intérêts juridiques d'un Etat absent.

*

Présentant un argument intéressant et réfléchi, le conseil du Portugal a fait valoir que :

«d'autres juridictions ... se sont prononcées sur la violation d'obligations découlant d'un traité, dans des affaires où il y avait conflit d'obligations, sans qu'elles se prononcent sur la résolution de celui-ci en dépit de l'absence de l'autre partie au traité duquel découlait l'autre obligation incompatible» (CR 95/13, p. 55, M. Galvão Teles).

Le conseil a cité les affaires *Soering v. United Kingdom* (EHRR, vol. 11, p. 439), *The Netherlands v. Short* (ILM, 1990, vol. 29-II, p. 1375 et suiv.) et *Ng v. Canada* (CC PR/C/49/D.469/1991), ajoutant que la fonction des organes judiciaires dans ces affaires les obligerait «à répondre à la question qui leur était posée. [Ils] n'avaient pas, par exemple, à décider sur les droits des Etats-Unis, partie au traité et absents de l'instance.» Comme semble le reconnaître cet argument, la ligne de démarcation est déterminée par la question de savoir si l'arrêt demandé porterait non seulement sur les droits des parties, mais également sur ceux de l'Etat absent. A mon avis, la décision demandée en l'occurrence toucherait aux droits d'un Etat absent. Les différences d'institution mises à part, il s'agit là d'un point sur lequel les trois affaires citées peuvent être distinguées.

*

¹ *American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 699.

² *Ibid.*, p. 730, cinquième paragraphe du dispositif.

It was also argued for Portugal that, by virtue of Article 59 of the Statute of the Court, a judgment of the Court in favour of it would be binding only as between itself and Australia; Indonesia, as a non-party to the case, would not be bound. But the problem involved is more fundamental than that to which that provision is directed. The provision applies to a judgment duly given as between the litigating parties; until such a judgment has been given, the provision does not begin to speak (see, on this point, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 33, first paragraph). For the reasons set out above, the judgment requested by Portugal would not be a judgment duly given even as between the litigating Parties. The fact that, by virtue of Article 59 of the Statute, Indonesia would not be bound is not a reason why the Court should attempt to do what it cannot legally do: the provision does not operate as a standing reservation in law subject to which the Court is at liberty to pronounce on the legal interests of a State in the absence of its consent.

III. PORTUGAL'S FIRST SUBMISSION

A word may be said on the question whether the grounds on which the Judgment rests prevented the Court from granting the first of Portugal's five submissions, in which the Court was asked

“[t]o adjudge and declare that, first, the rights of the people of East Timor to self-determination, to territorial integrity and unity and to permanent sovereignty over its wealth and natural resources and, secondly, the duties, powers and rights of Portugal as the administering Power of the Territory of East Timor are opposable to Australia, which is under an obligation not to disregard them, but to respect them”.

There is no need to dwell on the distinction between arguments and *conclusions*¹. Portugal recognizes the distinction; it does not suggest that the Court can grant its first submission considered as an argument intended to support the requested judgment but not in itself constituting part of the decision. It is necessary then to see what is the sense in which Portugal's first submission could be regarded as part of the requested decision.

Portugal's first submission can only be considered as part of the requested decision if, as the wording of the submission itself implies, a judicial declaration that the claimed rights are opposable to Australia is required to ensure that Australia recognizes that it “is under an obligation not to disregard them, but to respect them”. The implication is that

¹ See the discussion of the cases in Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. 2, pp. 578 ff.

Il a également été soutenu au nom du Portugal que, en vertu de l'article 59 du Statut de la Cour, une décision de cette dernière en faveur de ce pays ne serait obligatoire que pour lui et l'Australie; l'Indonésie, en tant que non-partie à l'affaire, ne serait pas liée. Mais le problème a un caractère plus fondamental que celui visé dans cette disposition. Celle-ci s'applique à une décision dûment rendue pour les parties en litige; la disposition n'entre pas en jeu avant qu'une telle décision ait été rendue (voir, sur ce point, l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 33, premier paragraphe). Pour les raisons exposées ci-dessus, la décision demandée par le Portugal ne serait pas une décision dûment rendue même pour les Parties en litige. Le fait qu'en vertu de l'article 59 du Statut l'Indonésie ne serait pas liée n'est pas une raison pour que la Cour tente de faire ce qu'elle ne peut pas juridiquement faire: cette disposition ne joue pas comme une restriction juridique permanente, sous réserve de laquelle la Cour pourrait librement se prononcer sur les intérêts juridiques d'un Etat en l'absence de son consentement.

III. LA PREMIÈRE CONCLUSION DU PORTUGAL

On peut dire un mot sur la question particulière de savoir si les motifs sur lesquels se fonde l'arrêt ont empêché la Cour de faire droit à la première des cinq conclusions du Portugal, dans laquelle il était demandé à la Cour de

«[d]ire et juger que, d'une part, les droits du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même, à l'intégrité et à l'unité de son territoire et à sa souveraineté permanente sur ses richesses et ressources naturelles et, d'autre part, les devoirs, les compétences et les droits du Portugal en tant que puissance administrante du Territoire du Timor oriental sont opposables à l'Australie, laquelle est tenue de ne pas les méconnaître et de les respecter».

Point n'est besoin de s'étendre sur la distinction entre moyens et *conclusions*¹. Le Portugal reconnaît cette distinction; il ne suggère pas que la Cour puisse faire droit à sa première conclusion considérée en tant que moyen en faveur de l'arrêt demandé, sans constituer en soi un élément de cet arrêt. Il est alors nécessaire d'examiner dans quel sens la première conclusion du Portugal pourrait être considérée comme un élément de l'arrêt demandé.

Cela ne serait possible que si, comme l'indique l'énoncé même de cette conclusion, une déclaration judiciaire selon laquelle les droits revendiqués seraient opposables à l'Australie était nécessaire pour que l'Australie reconnaisse qu'elle est tenue «de ne pas les méconnaître et de les respecter». On suppose donc que l'Australie les a méconnus et ne les a

¹ Voir l'examen de la jurisprudence réalisé à ce propos par sir Gerald Fitzmaurice dans *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. 2, p. 578 et suiv.

Australia has been disregarding them, and not respecting them. But, if it is asked why it should be thought that Australia has been disregarding them and not respecting them, the answer can only be that Australia has negotiated and concluded the 1989 Treaty with Indonesia and has commenced to implement it.

Thus, the fundamental issue raised by Portugal's first submission is the same as the question whether the treaty-making power is held in law by Portugal or by Indonesia. As the Court cannot determine that question in the absence of Indonesia, it cannot competently grant the submission. A submission, however worded, can only be granted if the granting of it is necessary for the resolution of the dispute between the parties to the case. If the Court cannot determine the dispute, it cannot grant any of the submissions sought.

IV. CONCLUSION

International law places the emphasis on substance rather than on form. When the matter is thus regarded, it is apparent that Portugal's Application would require the Court, in the absence of Indonesia, to determine Indonesia's legal interests, inclusive of its claim to the treaty-making power in respect of East Timor and a question of its international responsibility, as a prerequisite to a determination of Portugal's claim that Australia engaged international responsibility to Portugal by negotiating and concluding the 1989 Treaty with Indonesia and by commencing to implement it. I agree that the Court cannot act.

(Signed) Mohamed SHAHABUDEEN.

pas respectés. Mais si l'on se demande pourquoi elle serait censée avoir agi ainsi, la seule réponse est que l'Australie a négocié et conclu le traité de 1989 avec l'Indonésie et a commencé de lui donner effet.

Ainsi, la question fondamentale que pose le Portugal dans sa première conclusion équivaut à celle de savoir si le pouvoir de conclure des traités revient juridiquement au Portugal ou à l'Indonésie. Comme la Cour ne peut pas trancher cette dernière question en l'absence de l'Indonésie, elle n'a pas compétence pour faire droit à cette conclusion. Il ne peut être fait droit à une conclusion, quelle que soit la manière dont elle est formulée, que s'il y a lieu de le faire pour régler le différend entre les parties à l'instance. Si la Cour ne peut trancher le différend, elle ne peut faire droit à aucune des conclusions présentées.

IV. CONCLUSION

Le droit international met l'accent sur le fond, plutôt que sur la forme. Si l'on considère le problème sous cet angle, il est manifeste que la requête du Portugal amènerait la Cour à déterminer, en l'absence de l'Indonésie, les intérêts juridiques de celle-ci, y compris le pouvoir qu'elle revendique de conclure des traités au sujet du Timor oriental et la question de sa responsabilité internationale, comme condition préalable à une décision sur l'allégation du Portugal selon laquelle l'Australie aurait engagé sa responsabilité internationale envers lui en négociant et en concluant le traité de 1989 avec l'Indonésie et en commençant l'exécution. Je conviens que la Cour ne saurait statuer.

(*Signé*) Mohamed SHAHABUDEEN.