

OPINION DISSIDENTE DE M. SKUBISZEWSKI

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
Introduction: points de dissidence et points d'accord	1-2
I. LES FAITS ESSENTIELS CONCERNANT LE TIMOR ORIENTAL	3-32
Historique	4
La loi constitutionnelle portugaise et la politique appliquée par le Portugal à ses colonies, y compris le Timor oriental, préalablement à la révolution démocratique de 1974	5-6
Les mesures adoptées par l'Organisation des Nations Unies avant 1974	7-9
La nouvelle attitude du Portugal (1974)	10-12
Le changement de la situation au Timor oriental en 1974 et en 1975, y compris l'invasion et l'occupation par l'Indonésie	13-16
La réaction de l'Organisation des Nations Unies	17-22
Attitude à l'égard de la présence de l'Indonésie au Timor oriental	23-27
Le traité relatif au «Timor Gap»	28-32
II. L'EXISTENCE DU DIFFÉREND	33-39
Le différend dont la Cour est saisie	34-38
La question portée devant les organes politiques	39
III. COMPÉTENCE, RECEVABILITÉ, OPPORTUNITÉ	40-112
A. Compétence	40-96
Le droit et la justice	42-48
La première conclusion du Portugal	49-58
Distinction entre la mise en jeu d'intérêts et la détermination de droits ou devoirs	59-67
Le droit des Nations Unies sur la question de savoir si l'Indonésie est une partie indispensable	68-81
Objet de la décision	82-88
Contrôle de l'Indonésie sur le Timor oriental	89-92
Le traité relatif au «Timor Gap»	93-96
B. Recevabilité	97-104
Généralités	97-99
La qualité pour agir de l'Etat demandeur	100-104
C. L'«opportunité judiciaire»	105-112
Généralités	105-108
S'agit-il d'un différend justiciable?	109-112

IV. LE TERRITOIRE DU TIMOR ORIENTAL	113-153
A. Le Statut	113-133
Maintien du statut	114-116
La position de l'Australie	117-121
Reconnaissance et non-reconnaissance	122-133
B. L'autodétermination	134-141
« Les principes essentiels »	134-138
La position de l'Australie	139-140
Erosion par suite de l'acceptation du fait accompli	141
C. La puissance administrante	142-155
La puissance administrante en tant que composante du statut du Territoire	142
La puissance administrante en tant que souverain	143-146
Continuité de la qualité de puissance administrante du Portugal	147-155
V. CONCLUSION	156-167

1. Il m'est impossible de souscrire à l'arrêt de la Cour qui dit que:

«elle ne saurait, en l'espèce, exercer la compétence à elle conférée par les déclarations faites par les Parties conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, pour statuer sur le différend porté devant elle par la requête de la République portugaise» (arrêt, par. 38).

Je ne suis pas non plus à même de souscrire aux motifs sur lesquels cette conclusion se fonde.

2. En revanche, je souscris au rejet par la Cour de l'exception de l'Australie selon laquelle «il n'existerait pas véritablement de différend» entre elle et le Portugal (arrêt, par. 21-22). Je partage l'avis de la Cour lorsque, dans les motifs de l'arrêt, elle note que «pour les deux Parties le Territoire du Timor oriental demeure un territoire non autonome et son peuple a le droit à disposer de lui-même» (*ibid.*, par. 37). On pourrait dire que limiter la pertinence du statut du Territoire et dudit droit à la position des Parties constitue le minimum absolu. Toutefois, cette approche relève plus de la méthode que du fond: la Cour est elle-même d'avis que le Timor oriental continue d'avoir juridiquement le statut de territoire non autonome et que lui est applicable le principe de l'auto-détermination. Je suis persuadé que cette réaffirmation du droit par la Cour est importante pour la position que le Portugal a prise dans la présente instance et prend au-delà de cette instance. La réaffirmation dans l'arrêt est importante pour un règlement équitable de la question du Timor oriental. Je crois que tous ceux qui ont à cœur les buts et principes des Nations Unies doivent féliciter la Cour de ce *dictum*.

I. LES FAITS ESSENTIELS CONCERNANT LE TIMOR ORIENTAL

3. Dans les paragraphes 11 à 18, l'arrêt rappelle brièvement les faits dont il est nécessaire d'avoir connaissance pour comprendre le différend. La présente section est une sorte de supplément à la description qui figure dans l'arrêt.

Historique

4. Les navigateurs portugais puis néerlandais débarquent sur l'île de Timor au XVI^e siècle. Au cours de la conquête coloniale, la partie orientale de l'île est acquise à la souveraineté portugaise et la partie occidentale à celle des Pays-Bas. C'est en 1859 qu'une frontière est tracée aux termes d'un traité conclu par les deux Etats. La convention et la déclaration de 1893 et une autre convention de 1904 portent également sur cette question frontalière. En 1914, les Pays-Bas et le Portugal sont parties à un arbitrage concernant une partie de ladite frontière. En 1941-1942, les

forces néerlandaises et australiennes entrent au Timor portugais pour le défendre contre l'invasion japonaise. Elles n'y parviennent pas et l'île est occupée par les Japonais jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale. Les autorités portugaises reviennent alors au Timor oriental. Par ailleurs, à la suite de l'accession à l'indépendance de l'Indonésie désormais reconnue comme Etat, il est mis fin à la souveraineté néerlandaise sur le Timor occidental et cette région fait désormais partie du territoire indonésien.

*La loi constitutionnelle portugaise et la politique
appliquée par le Portugal à ses colonies, y compris le Timor oriental,
préalablement à la révolution démocratique de 1974*

5. Aux termes de la loi constitutionnelle portugaise, le Timor oriental était une colonie ou dépendance du Portugal et, par conséquent, faisait partie du territoire portugais. Le Timor oriental était qualifié soit de «colonie» soit de «province d'outre-mer». La constitution de 1933 retient la seconde expression. Celle-ci énonce une notion juridique: la région en question fait partie de l'Etat unitaire du Portugal et ses populations font partie de la nation portugaise. A l'époque, le chef d'Etat définit comme suit la situation au regard de la constitution: «les provinces d'outre-mer sont déjà indépendantes avec l'indépendance de la nation» (mémoire, par. 1.07). Mais la constitution maintient le concept de «métropole», concept qui est en opposition formelle avec l'interprétation donnée ci-dessus dans la phrase citée. Autrement dit, la loi constitutionnelle portugaise nie aux peuples coloniaux le droit de disposer d'eux-mêmes et de ce fait empêche les colonies d'accéder à l'indépendance. L'article I de la constitution de 1933 interdit l'aliénation de toute parcelle du territoire national; le Timor oriental ainsi que toutes les autres colonies sont alors un élément constitutif de ce territoire. Par suite, quand il est admis à l'Organisation des Nations Unies (1955), le Portugal s'oppose à l'application du chapitre XI de la Charte à ses possessions d'outre-mer, y compris le Timor oriental. Pendant quelques années, le gouvernement de Lisbonne réussit à empêcher l'Organisation de soumettre les colonies portugaises au régime prévu par ledit chapitre, mais à partir de 1960 le Timor oriental est qualifié par l'Organisation des Nations Unies de territoire non autonome (résolution 1542 (XV) de l'Assemblée générale).

6. En 1971, les provinces d'outre-mer sont qualifiées, aux termes de la loi portugaise, de «régions dotées de l'autonomie politique et administrative, pouvant prendre le nom d'Etats» (mémoire, par. 1.07). Toutefois, ce nouveau classement ne modifie en rien la façon dont le Timor oriental (ainsi que les autres colonies portugaises) est traité dans les affaires intérieures de l'Etat ni l'attitude du Portugal à l'égard de l'application du chapitre XI de la Charte. D'ailleurs, comment aurait-il pu y avoir modification du moment que ces colonies continuaient de faire partie de l'Etat unitaire? La rupture intervient trois ans plus tard avec l'avènement de la démocratie au Portugal.

Les mesures adoptées par l'Organisation des Nations Unies avant 1974

7. L'Organisation des Nations Unies a eu du mal à mettre en place, en ce qui concerne les colonies portugaises, un état de choses qui soit conforme à la Charte.

8. Dans sa résolution 180 (1963), le Conseil de sécurité invite le Portugal à «reconnaître immédiatement le droit des peuples qu'il administre à l'autodétermination et à l'indépendance» (par. 5, lettre *a*) et affirme que

«la politique du Portugal, qui prétend que les territoires qu'il administre sont des «territoires d'outre-mer» et font partie intégrante du Portugal métropolitain est contraire aux principes de la Charte et aux résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité» (par. 2).

Le Conseil renouvelle les mêmes appels et les mêmes affirmations dans ses résolutions 183 (1963) et 218 (1965). Dans sa résolution 312 (1972), le Conseil de sécurité réaffirme «le droit inaliénable des peuples de l'Angola, du Mozambique et de la Guinée (Bissau) à l'autodétermination et à l'indépendance» et reconnaît «la légitimité de la lutte qu'ils mènent pour jouir de ce droit» (par. 1). On retrouve la même attitude dans la résolution 322 (1972) du Conseil et dans les résolutions 2270 (XXII), 2395 (XXIII) et 2507 (XXIV) de l'Assemblée générale.

9. L'Organisation des Nations Unies décide également de prendre des mesures allant plus loin que de simples invitations et affirmations. Dans sa résolution 180 (1963), le Conseil de sécurité prie

«tous les Etats de s'abstenir immédiatement d'apporter au Gouvernement portugais toute assistance lui permettant de poursuivre la répression contre les populations des territoires qu'il administre et de prendre toutes mesures pour empêcher la vente et la fourniture à cette fin d'armes et d'équipements militaires au Gouvernement portugais» (par. 6).

Le Conseil de sécurité formule des demandes et des appels du même ordre dans ses résolutions 218 (1965) et 312 (1972) et l'Assemblée générale fait de même dans ses résolutions 2270 (XXII), 2395 (XXIII) et 2507 (XXIV). Dans cette dernière résolution, l'Assemblée générale demande en outre à tous les Etats, aux institutions spécialisées des Nations Unies et à toutes les organisations internationales intéressées d'«accroître [... leur] aide morale et matérielle aux peuples des territoires sous domination portugaise luttant pour leur liberté et leur indépendance» (par. 11).

La nouvelle attitude du Portugal (1974)

10. Il ne faut pas s'étonner que le Mouvement des forces armées (MFA) qui déclenche la révolution démocratique du 25 avril 1974 (connue sous le nom de «révolution des œillets») tienne à chercher une solution politique et non plus militaire au problème colonial. C'est la guerre

coloniale menée par le Portugal d'avant 1974 en Afrique (en Angola, en Guinée-Bissau et au Mozambique) qui est la cause directe de la révolution. Le premier gouvernement provisoire parle de l'autodétermination des colonies. Cette politique s'exprime dans le décret-loi 203/74. Un autre texte législatif, la loi constitutionnelle 7/74, dispose en son article premier que

«la solution des guerres en territoire d'outre-mer est politique et non militaire ... [et] entraîne, conformément à la Charte des Nations Unies, la reconnaissance par le Portugal du droit à l'autodétermination des peuples»

et à l'article 2 que

«la reconnaissance du droit à l'autodétermination, avec toutes ses conséquences, comprend l'acceptation de l'indépendance des territoires d'outre-mer et la dérogation à la partie correspondante de l'article premier de la constitution politique de 1933».

11. Dans sa résolution 3294 (XXIX), l'Assemblée générale des Nations Unies accueille avec satisfaction la nouvelle politique du Portugal. Cette politique est conforme à la Charte.

12. La loi constitutionnelle 7/75 réaffirme «le droit du peuple de Timor à l'autodétermination, ... conformément aux résolutions pertinentes de l'Organisation des Nations Unies...» (article premier). On peut ajouter que l'article 307 de la constitution portugaise de 1976 sauvegarde le «droit à l'indépendance» du Timor oriental tandis que l'article 293 de la constitution de 1989 (celle qui est actuellement en vigueur) est plus large puisqu'il fait état du «droit à l'autodétermination et à l'indépendance».

Le changement de la situation au Timor oriental en 1974 et en 1975, y compris l'invasion et l'occupation par l'Indonésie

13. Contrairement aux autres colonies portugaises, il n'y a pas eu au Timor oriental de mouvement de libération ni de lutte armée, bien que des troubles sporadiques ou autres manifestations de tension s'y soient produits. En 1974, il s'y est constitué trois associations politiques: l'União Democrática Timorense (UDT), d'abord favorable à une autonomie progressive puis à l'octroi de l'indépendance après une période d'association avec le Portugal, avant d'opter en définitive pour l'union avec l'Indonésie; le Frente Revolucionária de Timor-Leste Independente (FRETILIN, mouvement portant initialement un autre nom), partisan de l'indépendance; et l'Associação Popular Democrática Timorense (APODETI), favorable à l'intégration dans l'Indonésie. Par la suite, l'UDT adhère à un groupe de partis pro-indonésiens connus collectivement sous le nom de Mouvement anti-communiste (MAC).

14. En 1975, le Portugal a engagé des consultations avec ces organisations sur l'avenir du Territoire. Il fallait choisir entre l'indépendance, l'intégration dans un Etat autre que le Portugal (à savoir, concrètement,

l'Indonésie), ou l'association avec le Portugal. A Lisbonne, le gouvernement procédait aux préparatifs d'une élection générale sur l'île. Le projet consistait à mettre en place une assemblée populaire. Entre-temps, des élections locales eurent lieu. Mais immédiatement après celles-ci, l'UDT a déclenché un coup d'Etat. Le FRETILIN a réagi en organisant un «contre-coup». La capitale du territoire, Dili, est tombée alors aux mains du FRETILIN. Les divers mouvements politiques ont pris part aux combats. Les autorités portugaises ont souligné qu'elles ne prenaient parti pour aucun de ces mouvements. Pour des raisons de sécurité elles ont quitté la capitale les 26 et 27 août 1975 pour s'installer sur l'île d'Atauro, qui fait partie du territoire.

15. Tandis que les organisations politiques du Timor oriental continuaient de mener des politiques divergentes au sujet de l'avenir du Territoire, le Portugal organisait de nouveaux entretiens avec ces mouvements ainsi que des négociations entre eux. Mais la situation est devenue plus complexe quand, en novembre 1975, le MAC a proclamé l'intégration du Timor oriental à l'Indonésie et que, le 28 novembre 1975, le FRETILIN, de son côté, a proclamé la création de la République démocratique du Timor oriental (RDTL). L'Organisation des Nations Unies n'a pas considéré que ces proclamations donnaient effet au droit à l'auto-détermination du Timor oriental (en 1984, le FRETILIN lui-même a renoncé à prétendre à l'existence de la RDTL).

16. La situation était en discussion à l'Assemblée générale des Nations Unies quand, le 7 décembre 1975, les forces armées indonésiennes ont envahi et occupé le Timor oriental. Le 8 décembre 1975, les autorités portugaises ont quitté le territoire.

La réaction de l'Organisation des Nations Unies

17. Aux paragraphes 14 à 16 de l'arrêt, la Cour décrit la position adoptée par l'Organisation des Nations Unies, en particulier à la lumière des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité (en 1975-1976) et l'Assemblée générale (de 1975 à 1982) après l'invasion et l'occupation par l'Indonésie. Je me bornerai à formuler quelques observations supplémentaires.

18. Premièrement, outre qu'il demande au «Gouvernement indonésien de retirer sans plus tarder toutes ses forces du territoire», le Conseil de sécurité déplore également l'«intervention» de ces forces au Timor oriental et se dit profondément préoccupé par «la détérioration de la situation au Timor oriental», y compris par «les pertes en vies humaines» constatées (résolution 384 (1975), septième, huitième et neuvième alinéa du préambule; cette résolution est ensuite rappelée dans la résolution 389 (1976) du Conseil). De même, l'Assemblée générale «[d]éplore vivement l'intervention militaire» (résolution 3485 (XXX), par. 4). Dans sa résolution suivante (31/53, par. 4), l'Assemblée dit à nouveau qu'elle déplore vivement «le refus persistant du Gouvernement indonésien d'observer les dispositions» des précédentes résolutions. L'Assemblée réaffirme cette prise de position dans ses résolutions 32/34 (par. 2) et

33/39 (par. 2). L'Assemblée se dit également «*[p]rofondément préoccupée* par la situation critique» dans le Territoire (formule qui devient par la suite «par la situation toujours critique») résultant de l'intervention et, dans les résolutions ultérieures, résultant aussi «du refus persistant du Gouvernement indonésien d'appliquer les dispositions des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité» (résolutions citées et résolution 33/39).

19. Deuxièmement, en 1980, l'Assemblée générale accueille avec satisfaction «l'initiative diplomatique prise par le Gouvernement portugais, qui marque un premier pas vers le libre exercice par le peuple du Timor oriental de son droit à l'autodétermination et à l'indépendance» (résolution 35/27, par. 3). En 1981, l'Assemblée prend note

«de l'initiative du Gouvernement portugais, énoncée dans le communiqué du conseil des ministres du Portugal publié le 12 septembre 1980, et invite la puissance administrante à poursuivre ses efforts en vue d'assurer que le peuple du Timor oriental exerce comme il convient son droit à l'autodétermination et à l'indépendance, conformément à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, et à faire rapport au comité spécial chargé d'étudier la situation en ce qui concerne l'application de la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux pour l'informer de l'état d'avancement de cette initiative» (résolution 36/50, par. 4).

Il convient de noter qu'il y a un lien entre l'action du Portugal et le déroulement des «consultations» actuelles de Genève menées sous les auspices du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies avec «toutes les parties directement intéressées» (résolution 37/30, par. 1), c'est-à-dire «le Portugal, en sa qualité de puissance administrante, et les représentants du peuple du Timor oriental, ainsi que l'Indonésie» (résolution 36/50, par. 3).

20. Troisièmement, tant que ces «consultations» se poursuivent, aucun des principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies ne peut pratiquement adopter de résolution sur le Timor oriental, ce qui, du reste, n'est pas nécessaire.

21. Quatrièmement, l'arrêt fait état de résolutions de l'Organisation des Nations Unies «qui ne font pas spécifiquement référence au Portugal comme puissance administrante» mais qui, toutefois, «rappellent une ou plusieurs autres résolutions où le Portugal est mentionné comme telle» (arrêt, par. 15). Autrement dit, la non-désignation en l'occurrence n'a pas d'importance. Il convient d'ajouter que le silence de trois résolutions est plus apparent que réel. Ces résolutions évoquent en effet des déclarations du Portugal mais celui-ci n'a fait ces déclarations qu'en sa qualité de puissance administrante (résolution 389 (1976) du Conseil de sécurité; résolutions 31/53 et 32/34 de l'Assemblée générale). En réalité, il n'y a guère qu'une résolution, la résolution 33/39 adoptée par l'Assemblée générale en 1978, qui ne fait aucune allusion au Portugal. Elle rappelle cependant des résolutions dans lesquelles figure une référence au Portugal.

22. Cinquièmement, les dispositions des résolutions évoquées aux paragraphes 17 à 21 ci-dessus sont muettes sur la question des droits de l'homme. Toutefois, dans les résolutions qu'elle adopte de 1975 à 1982, l'Assemblée générale rappelle les principes de la Charte et de la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV)). Certains de ces principes protègent expressément les droits de l'homme. Tous les ans, l'Assemblée a dit qu'elle avait examiné le chapitre pertinent du rapport du Comité des Vingt-Quatre. Là encore, le souci des droits de l'homme dans les colonies a toujours fait partie des travaux de cet organe. Dans sa résolution 37/30, l'Assemblée prend acte à la fois du rapport du Secrétaire général et de la résolution 1982/20 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Le nom de la sous-commission est éloquent. Ainsi, l'élément relatif aux droits de l'homme est également présent, fût-ce indirectement, et il est pertinent pour pouvoir apprécier la situation au Timor oriental. Il y a d'ailleurs également un lien direct: la résolution adoptée en 1993 par la Commission des droits de l'homme sur la violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales au Timor oriental (Nations Unies, doc. E/CN.4/1993/L.81/Rev.1).

Attitude à l'égard de la présence de l'Indonésie au Timor oriental

23. Le 31 mai 1976, une assemblée populaire réunie dans la capitale du Timor oriental, Dili, sous occupation indonésienne, adresse à l'Indonésie une pétition en faveur de l'intégration (Nations Unies, doc. S/12097, annexe II). Des observateurs officiels venus de l'Arabie saoudite, de l'Inde, de l'Indonésie, de l'Iran, de la Malaisie, de la Nouvelle-Zélande, du Nigéria et de la Thaïlande assistent à cette réunion. Dans les rapports sur ces événements, il est fait mention des «vœux du peuple» ultérieurement «vérifiés» par une équipe d'enquêteurs du Parlement national indonésien. Certains observateurs diplomatiques étrangers accompagnent cette équipe pendant son enquête. Mais l'Organisation des Nations Unies n'est représentée à aucune des différentes phases de cette action. Le Parlement indonésien incorpore le Timor oriental à l'Indonésie le 16 juillet 1976. Conformément à la loi indonésienne, le Timor oriental devient partie intégrante du territoire indonésien et constitue la vingt-septième province du pays.

24. L'Organisation des Nations Unies a clairement refusé et continue de refuser de reconnaître la situation créée au Timor oriental par l'invasion, l'occupation et l'annexion indonésiennes. En 1976, l'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 31/53, dit qu'elle

«*Rejette l'allégation selon laquelle le Timor oriental a été intégré à l'Indonésie, dans la mesure où la population du Territoire n'a pas été en mesure d'exercer librement son droit à l'autodétermination et à l'indépendance.*»

Le même rejet figure au paragraphe 3 de la résolution 32/34.

25. L'arrêt souligne que l'Australie a reconnu l'incorporation du Timor oriental à l'Indonésie (arrêt, par. 17).

26. D'autres Etats ont également reconnu cette incorporation, d'une façon ou d'une autre, parfois *de facto* seulement et sans aller jusqu'à confirmer que l'autodétermination avait eu lieu. Selon les informations contenues dans le contre-mémoire et la duplique de l'Australie (par. 175 et 45-48, respectivement), il s'agit, dans l'ordre alphabétique des Etats suivants: Bangladesh, Etats-Unis d'Amérique, Inde, Iran, Iraq, Jordanie, Malaisie, Maroc, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, Singapour, Suède, Suriname et Thaïlande. Je n'ai pas énuméré tous les Etats mentionnés par l'Australie comme «reconnaissant l'incorporation du Timor oriental» (contre-mémoire, titre du paragraphe 175) ou reconnaissant «la réalité de l'autorité indonésienne» (duplique, par. 44). La raison pour laquelle j'ai omis certains Etats (inclus par l'Australie) est qu'après avoir examiné leurs déclarations je doute qu'on puisse les considérer comme ayant procédé à une telle reconnaissance (par exemple, la Nouvelle-Zélande, duplique, par. 48). Qui plus est, il est permis d'hésiter s'agissant de certains des Etats précités. Somme toute, les Etats ayant reconnu ledit statut sont peu nombreux.

27. On étudiera plus loin, au paragraphe 122, le point de savoir si les clauses territoriales figurant dans certaines conventions fiscales conclues par divers autres Etats avec l'Indonésie reconnaissent implicitement la souveraineté de celle-ci sur le Timor oriental.

Le traité relatif au « Timor Gap »

28. Dans ses conclusions 2 à 5, le Portugal (arrêt, par. 10) formule plusieurs demandes liées au fait que l'Australie a conclu ce traité.

29. Les accords conclus par l'Australie et l'Indonésie le 18 mai 1971 et le 9 octobre 1972 au sujet de leurs droits respectifs sur le plateau continental dans les zones des mers d'Arafura et de Timor n'ont pas porté sur la délimitation de la zone faisant face à la côte du Timor oriental. Ces accords ménageaient donc, dans la délimitation du plateau continental situé dans ces mers, une sorte d'ouverture, le «Timor Gap». Cette appellation a été par extension donnée ensuite à toute la zone située entre le Timor oriental et l'Australie. Les limites définies dans ces accords traçaient toute la frontière du plateau continental entre l'Australie et l'Indonésie. Mais il n'était pas tracé de frontière dans la zone située entre l'Australie et le Timor oriental. De l'avis du Portugal (mémoire, par. 2.01),

«les accords de 1971 et de 1972, et spécialement ce dernier, signifient la reconnaissance par l'Australie que la question des droits sur le plateau continental entre territoires dont les côtes se font face et celle de la délimitation «frontale» du plateau dans la zone dite du «Timor Gap», c'est-à-dire dans la zone en vis-à-vis du Timor oriental, ne

concernaient que l'Australie elle-même et ce territoire. Une telle reconnaissance est, par ailleurs, pleinement confirmée par les contacts établis entre l'Australie et le Portugal, entre 1970 et 1974, au sujet de l'ouverture formelle de négociations pour la délimitation du plateau dans la zone en cause, ainsi que par le différend qui surgit entre eux par suite notamment de la concession octroyée par le Portugal à Oceanic Exploration Company Ltd.»

30. L'Australie a changé d'attitude une fois que l'Indonésie s'est assuré le contrôle effectif du Timor oriental. En 1979, l'Australie et l'Indonésie ont entamé des négociations concernant l'exploration, l'exploitation et la délimitation du plateau continental situé dans la zone du «Timor Gap». Les deux Etats sont convenus de s'abstenir de pêcher dans une zone comprenant le «Timor Gap» (mémoire d'accord de 1981). En attendant la délimitation du plateau continental du «Timor Gap» ils ont signé également, le 11 décembre 1989, le traité relatif à la zone de coopération établie dans un secteur situé entre la province indonésienne du Timor oriental et l'Australie septentrionale (connu sous le nom de traité relatif au «Timor Gap»). Cette zone est destinée à permettre l'exploration et l'exploitation des ressources pétrolières du plateau continental du «Timor Gap». Ladite zone, qui couvre à peu près 67 800 kilomètres carrés, est divisée en trois aires: l'aire A au centre, la plus grande, avec approximativement 62 000 kilomètres carrés), l'aire B, au sud, et l'aire C, au nord. Les aires B et C sont des espaces d'exploration, d'exploitation et de juridiction de l'Australie et de l'Indonésie respectivement. Toutefois, chaque Etat a droit à certaines notifications concernant l'aire de l'autre Etat et à une partie des revenus perçus. L'aire A est un espace d'exploration, d'exploitation et de juridiction conjointes. A cette fin, les deux Etats ont créé une autorité conjointe placée sous le contrôle d'un conseil ministériel bilatéral.

31. Depuis 1985, le Portugal, en sa qualité de puissance administrante, n'a cessé de protester auprès de l'Australie, tout d'abord contre les négociations que celle-ci avait engagées avec l'Indonésie puis contre la conclusion du traité lui-même. L'Australie a exclu toute négociation avec le Portugal sur le «Timor Gap».

32. Les renseignements disponibles font ressortir que la zone du «Timor Gap» est très riche en pétrole et en gaz naturel.

II. L'EXISTENCE DU DIFFÉREND

33. Si je suis en désaccord avec la décision de la Cour concernant sa compétence, et c'est là l'essentiel de toute l'affaire, je suis évidemment du même avis que la Cour pour ce qui est de l'existence d'un différend entre les Parties. Dans la présente section, par conséquent, mon opinion n'est pas dissidente mais simplement individuelle.

Le différend dont la Cour est saisie

34. La Cour a raison de rejeter l'exception de l'Australie suivant laquelle il n'existe pas de «différend» l'opposant au Portugal (arrêt, par. 22).

35. La première démarche qui s'impose est manifestement de s'assurer qu'il y a bien différend. En l'absence de différend, les questions de compétence et de recevabilité, par définition, ne se poseraient pas. L'Australie introduit une distinction entre le différend «allégué» et le différend «véritable» (contre-mémoire, par. 4-17) et elle s'appuie sur «le caractère abstrait et irréel du «différend» présenté par le Portugal» (dupliche, par. 34). Elle met parfois le mot de différend lui-même entre guillemets (comme dans la citation précédente) et elle dit aussi «s'il y a litige» (contre-mémoire, par. 2). Mais la prétendue non-existence du différend ne fait pas l'objet d'une argumentation systématique ni exhaustive. L'Etat défendeur n'est pas allé, semble-t-il, jusqu'au bout, c'est-à-dire qu'il ne rejette pas une fois pour toutes l'idée qu'il y ait un différend entre lui-même et l'Etat demandeur. Le défendeur s'attache longuement à plaider l'irrecevabilité des demandes, ce qui revient à accepter implicitement l'existence d'un différend.

36. La Cour rappelle sa jurisprudence et celle de sa devancière (arrêt, par. 22). Je me permettrai de citer sir Gerald Fitzmaurice. Celui-ci, partageant l'avis exprimé par M. Morelli dans les affaires du *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt (C.I.J. Recueil 1962, p. 566-568)*, a défini le minimum requis pour établir l'existence «d'un différend pouvant mettre en jeu la fonction judiciaire de la Cour» de la façon suivante:

«Il faut au moins que l'une des Parties formule ou ait formulé, à propos d'une action, d'une omission ou d'un comportement présents ou passés de l'autre Partie, un grief, une prétention ou une protestation que l'autre partie conteste, rejette ou dont elle dénie la validité, soit expressément, soit implicitement en persistant dans l'action, l'omission ou le comportement incriminés, ou bien en ne prenant pas la mesure demandée, ou encore en n'accordant pas la réparation souhaitée.»

Citant la définition du différend juridique donnée par le Royaume-Uni (en l'amendant légèrement, selon son expression), l'éminent juge déclarait encore:

«il n'existe à proprement parler de différend juridique (pouvant être pris en considération par un tribunal et mettant en jeu la fonction judiciaire de celui-ci) que si l'issue ou le *résultat* du différend, *sous forme de décision de la Cour*, peut affecter les intérêts ou les rapports *juridiques* des parties, en ce sens que cette décision confère ou impose à l'une ou l'autre d'entre elles un droit ou une obligation juridique (ou qu'elle confirme ce droit ou cette obligation), ou bien

qu'elle joue le rôle d'une injonction ou d'une interdiction pour l'avenir, ou encore qu'elle constitue un élément de détermination à l'égard d'une situation juridique continuant à exister» (*Cameroun septentrional, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 109 et 110 respectivement).

37. A lire la requête introductive d'instance et les pièces de procédure, on constate que le différend soumis à la Cour répond aux critères de définition ci-dessus. L'affaire du *Timor oriental* est un différend qui relève du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. C'est un différend juridique au sens de cette disposition et de la pratique de la Cour.

38. De quelque point de vue que l'on se place, y compris (semble-t-il) celui du peuple du Timor oriental, le différend porté devant la Cour n'équivaut pas à un différend potentiel ou existant entre le Portugal et l'Indonésie, même si certaines questions en litige sont, effectivement ou éventuellement, identiques.

La question portée devant les organes politiques

39. Il ne faut pas confondre ce différend particulier dont la Cour est saisie avec le problème plus large, auquel il ne s'identifie pas non plus, et qui, à l'Organisation des Nations Unies, portait l'intitulé de «Question des Territoires sous administration portugaise» (Assemblée générale) ou de «La situation au Timor» (Conseil de sécurité) et que l'on appelle maintenant «Question du Timor oriental». Quand elle utilise dans ses résolutions les expressions «toutes les parties intéressées» (résolution 36/50) et «toutes les parties directement intéressées» (résolution 37/30) — et ces expressions couvrent l'Indonésie — l'Assemblée générale désigne ceux que concerne la «Question du Timor oriental» et non pas les parties à une future instance devant la Cour, quelles que puissent être ses ramifications. La «Question du Timor oriental» concerne l'Organisation des Nations Unies, le Portugal, les représentants du peuple timorais et l'Indonésie. Mais cela ne veut pas dire que, d'après les résolutions de l'Assemblée générale, le règlement de n'importe quel problème relatif au Timor oriental implique nécessairement tous ces participants et notamment l'Indonésie, ni que les consultations sont la seule voie conduisant à une solution. Les consultations entre les parties intéressées n'excluent pas le recours à d'autres modes de règlement. Un différend particulier auquel sont parties un seul des États prenant part aux consultations et un État tiers n'est pas, par définition, artificiel. Et il ne l'est certainement pas en ce qui concerne l'Australie. Parmi les pays reconnaissant l'incorporation à l'Indonésie du Timor oriental, l'Australie est celui qui a poussé le plus loin possible les conséquences de son acte de reconnaissance: elle a conclu le traité relatif au «Timor Gap», lequel porte sur les intérêts du Timor oriental concernant les ressources du plateau continental et les ressources de la mer. C'est là un domaine qui revêt la plus haute importance pour n'importe quel État ou pour n'importe quelle entité territoriale non étatique, tel que le Timor oriental.

III. COMPÉTENCE, RECEVABILITÉ, OPPORTUNITÉ

A. Compétence

40. Comme je l'ai indiqué au paragraphe 1, je ne partage pas la conclusion de la Cour quant à sa compétence, non plus que les raisons qui l'ont amenée à cette conclusion. Je suppose que ce que la Cour entend, c'est qu'elle n'a pas compétence pour statuer en l'espèce. Il est vrai que la Cour s'exprime en des termes différents: puisqu'elle dit qu'elle ne «saurait ... exercer la compétence à elle conférée» (arrêt, par. 38). La Cour parvient à cette conclusion après avoir examiné «l'exception principale de l'Australie selon laquelle la requête du Portugal obligerait la Cour à se prononcer sur les droits et obligations de l'Indonésie» (arrêt, par. 23). Dans la procédure écrite, l'Australie présente cette exception sous la rubrique de l'irrecevabilité, mais dans ses conclusions elle dit tout d'abord que la Cour n'a pas compétence et seulement ensuite que les demandes sont irrecevables (duplicque, par. 288). Dans ses conclusions finales, l'Australie a pris la même position: «la Cour devrait ... dire et juger qu'elle n'a pas compétence pour statuer sur les demandes du Portugal, ou que les demandes du Portugal sont irrecevables» (CR 95/15, p. 56, M. G. Griffith, agent et conseil de l'Australie; arrêt, par. 10).

41. Selon l'arrêt (par. 33 et 34), la raison qui amène la Cour à ne pas exercer sa compétence en l'espèce est l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de statuer sur la licéité du comportement de l'Indonésie sans le consentement de celle-ci. De l'avis de la Cour, pour qu'elle puisse se prononcer sur la responsabilité alléguée de l'Australie, il lui faudrait d'abord statuer sur le comportement de l'Indonésie. L'arrêt s'appuie sur la décision adoptée dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* (C.I.J. *Recueil 1954*, p. 19). En conséquence, afin d'expliquer les raisons de mon désaccord, je vais consacrer l'essentiel de mon argumentation à la portée qu'il faut attribuer à l'absence de l'Indonésie dans la présente instance et à la signification et la pertinence du précédent de l'*Or monétaire*. Mais d'abord, je vais examiner les incidences plus larges de la question de la compétence et le problème particulier que soulève la première conclusion du Portugal.

Le droit et la justice

42. Incontestablement, pour reprendre les termes de M. Shabtai Rosenne, la Cour a «une certaine latitude ... pour refuser de statuer sur une affaire»; mais elle doit «en user avec modération»¹.

43. Je soutiens respectueusement que la Cour aurait dû trancher le différend entre le Portugal et l'Australie non seulement sur la base des règles régissant la compétence et/ou la recevabilité (ces règles doivent être appliquées), mais encore conformément aux exigences de la justice. La dichotomie

¹ *The Law and Practice of the International Court*, 2^e éd. rev., 1985, p. 305.

tomie entre le droit et la justice est éternelle. La Cour a toujours cherché à la résoudre. Cette recherche devient difficile et les contours de la dichotomie ressortent encore davantage lorsqu'une interprétation trop étroite des principes régissant la compétence freine la justice. Je crains donc aussi que l'arrêt ne ravive d'anciennes craintes quant à une conception restrictive de la fonction de la Cour. On ne saurait réduire le problème à une simple question de conformité juridique. C'est particulièrement vrai lorsque la Cour est aux prises avec certains éléments essentiels de la constitution de l'organisation et avec certains des principes fondamentaux du droit international. Il y a un intérêt réel à maintenir et à renforcer le rôle de la Cour dans ce que M. Sette-Camara a décrit comme étant «l'institutionnalisation de la règle du droit parmi les nations»¹.

44. Voilà quelques années, le Président Bedjaoui a écrit que: «La connaissance des lignes de force de cette société [internationale] et de leurs brisures ... permet de mieux comprendre ... quelles peuvent être ses futures conquêtes.» De l'avis du Président, la phase actuelle du droit international est une phase de transition, passant «d'un droit de coordination à un droit de finalités». Et l'éminent commentateur de déclarer que «l'une des finalités essentielles» est le développement, «un vrai développement, propre à redonner la dignité à leurs peuples [des «Etats nouveaux»] et à mettre fin aux rapports de domination»².

45. L'arrêt va-t-il suffisamment dans le sens du droit ainsi conçu? L'objet du différend et ses incidences plus larges justifieraient l'adoption de l'optique du Président. Le Timor oriental n'a pas été bien servi par les intérêts et les souverainetés traditionnelles des plus forts. D'où l'importance de la position de la Cour touchant au Territoire et aux droits de son peuple (ci-dessus par. 2). Mais cette position serait de plus de poids si l'arrêt n'était pas muet sur l'autodétermination et le statut du Territoire. C'est un silence éloquent, car il va de pair avec le rejet *quasi* total des demandes du Portugal. La Cour n'a-t-elle pas été trop prudente?

46. Et pourtant, la Cour a eu, je pense, ses grands moments, et a été le plus fidèle à sa fonction lorsque, tout en restant sur le plan du droit positif, elle a tenu compte des grands courants de l'évolution contemporaine. Une juridiction n'a pas à — et même ne doit pas — reprendre une doctrine d'«hier», ou pis encore — pour reprendre les termes d'Albert V. Dicey — d'«avant-hier»³. La Cour doit et peut se tourner vers l'avenir, sinon nous n'aurions pas de décisions comme celle qui a été rendue dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

47. Je crois que ce que M. Lauterpacht, juge *ad hoc*, a dit dans l'affaire

¹ José Sette-Camara, «Les modes de règlement obligatoire», dans M. Bedjaoui (dir. gén.), *Droit international. Bilan et perspectives*, 1991, p. 569.

² M. Bedjaoui, «Introduction générale», *op. cit.*, p. 1, 15 et 17, respectivement.

³ *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, 1905, p. 32 et 367.

relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* s'applique à la présente instance :

«la Cour [ne doit pas], en l'abordant [la présente affaire], se départir de son impartialité traditionnelle et de son ferme attachement aux normes juridiques. En même temps, les circonstances exigent que l'on aborde la situation avec beaucoup de compréhension et de sensibilité et que l'on examine les problèmes en évitant toute attitude étroite ou excessivement formaliste. Si les exigences des principes juridiques ne sauraient être négligées, il faut cependant rappeler que l'application rigide des principes n'est pas une fin en soi, mais seulement un élément — de toute importance, certes — dans l'élaboration constructive d'une réponse juridique aux besoins des bénéficiaires ultimes du droit, c'est-à-dire les individus non moins que les structures politiques au sein desquelles ils se sont organisés.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 408, par. 3.*)

48. Il y a un certain déséquilibre dans le dispositif: il est bien trop favorable à l'Australie et nettement trop défavorable au Portugal; mais il reste encore à savoir si le vrai gagnant n'est pas un Etat tiers. La Cour souhaite éviter un tel résultat qui pourrait aisément aller à l'encontre du souci incontestable de la Cour de ne viser aucun Etat tiers.

La première conclusion du Portugal

49. Pour toutes ces raisons je crois que la Cour aurait dû examiner la première conclusion du Portugal, par laquelle ce dernier demande à la Cour de :

«1) Dire 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.»

50. Le cœur du problème est que la Cour ne peut s'en tenir à déclarer qu'elle n'a pas compétence pour les questions concernant le traité relatif au «Timor Gap». Le fond de l'affaire est plus large et va plus loin que le traité. En un mot: la Cour aurait dû examiner en détail les principes visés dans la première conclusion du Portugal. Le traitement qu'elle leur réserve actuellement dans les motifs, bien qu'important, est trop succinct. Il est aussi insuffisant en ce sens qu'à mon avis la question relève également du dispositif.

51. Bien que la Cour déclare que «cette conclusion s'applique à toutes les demandes» (par. 35), l'arrêt ne traite pas, en réalité, de la première

conclusion, dont la recevabilité n'a d'ailleurs pas été mise en question. En conséquence, il faudrait appliquer la règle réitérée dans l'affaire de la *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile*, selon laquelle «la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales»¹ (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 402). En l'espèce, il n'y a pas conflit entre ce devoir et la prudence judiciaire, à supposer que cette seconde question se pose; je ne pense pas que ce soit le cas.

52. A cet égard, il convient de dire un mot du fait qu'au cours de la procédure les deux parties ont invoqué les intérêts du peuple du Timor oriental, mais ne nous ont guère donné de preuves indiquant quels étaient effectivement ses vœux. Quoi qu'il en soit, je pense que la Cour peut se fonder sur certaines hypothèses élémentaires: les intérêts d'un peuple sont favorisés lorsque l'on recourt à des mécanismes pacifiques, non à l'intervention militaire; lorsqu'il y a libre choix et non incorporation dans un autre Etat opérée essentiellement par l'emploi de la force; lorsque la participation active de la population est garantie et non lorsque des arrangements sont conclus par certains Etats seuls, à l'exclusion du peuple et/ou des Membres de l'Organisation des Nations Unies qui ont accepté «la mission sacrée» qui leur était confiée par le chapitre XI de la Charte. La Cour aurait pu examiner ces questions et d'autres problèmes connexes sans modifier sa prise de position actuelle touchant à son défaut de compétence à l'égard des conclusions 2 à 5 du Portugal. Car ces problèmes font partie de l'autodétermination. Ils relèvent aussi de la première conclusion. Je le répète: je vois mal pourquoi l'arrêt a préféré rester muet sur cette conclusion.

53. Les déclarations faites (dans l'exposé des motifs) à propos du statut du Timor oriental et de l'autodétermination auraient pu être plus détaillées. Le statut de non-autonomie implique manifestement l'«intégrité» du Territoire. Ici l'arrêt s'en tient à citer les résolutions du Conseil de sécurité (par. 31). Rien n'est dit de l'application du droit à l'autodétermination à la situation actuelle du peuple du Timor oriental et de l'avis de chaque Partie en ce qui concerne la mise en œuvre de ce droit. L'arrêt ne dit mot sur la question de la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles. Les Parties ont des vues divergentes quant à la position du Portugal, qui est une autre question à trancher par la Cour. Beaucoup de questions font l'objet de contestations entre les Parties à propos de la première conclusion, indépendamment du traité relatif au «Timor Gap». La première conclusion ne peut être réduite à la question du pouvoir de conclure des traités, notamment en matière de délimitation de zones maritimes.

¹ La partie de la règle qui n'est pas citée parle du devoir «de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes». Le danger d'enfreindre cette règle n'existe pas vu l'attitude générale d'abstention et de prudence de la part de la Cour en l'espèce. J'estime que cette opinion n'enfreint pas non plus cette règle en suggérant l'élargissement de l'arrêt.

54. La première conclusion du Portugal est rédigée en des termes tels qu'en l'examinant au fond la Cour ne risquerait pas d'avoir à traiter des droits et devoirs de l'Indonésie ou de sa position. La règle du consentement (répétée dans l'*Or monétaire*) aurait été strictement respectée.

55. L'Indonésie ne saurait voir dans l'arrêt une légalisation ou légitimation implicite de l'annexion du Timor oriental. Néanmoins, je suis préoccupé par la clause actuelle du dispositif qui ne dit rien des principes énoncés dans la première demande. Il faudrait faire ressortir que cette conclusion diffère considérablement des autres (2 à 5). Ces dernières concernent essentiellement le traité relatif au «Timor Gap» et les problèmes de responsabilité; aux termes de la première il est demandé à la Cour de dire le droit et de spécifier l'obligation de l'Australie de respecter ce droit. Quelle difficulté y aurait-il à faire droit à cette conclusion en tout ou en partie?

56. Je suis prêt à reconnaître qu'avant de pouvoir examiner les conclusions ultérieures, et y faire éventuellement droit, la Cour aurait dû d'abord, tant sur le plan juridique que logique, faire droit à la première conclusion. Mais je ne reconnais pas l'inverse. Dans l'autre sens, ce lien n'existe pas. La première conclusion a en effet un caractère autonome. La Cour peut interpréter les demandes des Parties, ce qu'elle a fait du reste, dans la pratique. La Cour aurait pu examiner la première conclusion et résoudre le problème pertinent sans aborder les autres.

57. La Cour n'est pas un organe composé seulement d'Etats ayant pour fonction de statuer sur des différends entre ceux d'entre eux qui veulent bien reconnaître sa compétence et s'y soumettre. La Cour est avant tout «l'organe judiciaire principal des Nations Unies». Elle s'inscrit donc dans une structure internationale. Sa fonction judiciaire, définie au chapitre II de son Statut et plus particulièrement en son article 36, doit s'exercer conformément aux buts et principes des Nations Unies. La Cour a contribué à élucider et à faire progresser le droit des Nations Unies. La présente affaire lui a offert une occasion de poursuivre cette tâche. «La question du Timor oriental» est encore à l'examen devant les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies. Une fois saisie en bonne et due forme (d'où l'importance d'élucider la qualité pour agir du Portugal), la Cour a son rôle à jouer, pourvu que soient respectées son indépendance et les limites de sa participation aux activités de l'Organisation. Aucune de ces exigences n'aurait été menacée si la Cour avait décidé d'examiner la première conclusion. Cette conclusion, en effet, peut être dissociée de la question du traité relatif au «Timor Gap». Elle ne constitue pas une demande présentée abusivement à la Cour.

58. Pour résumer, le dispositif de l'arrêt aurait pu comporter les conclusions ci-après:

- 1) L'Organisation des Nations Unies a continué de reconnaître la qualité du Portugal en tant que puissance administrante du Timor oriental. Le Portugal a donc qualité pour agir devant la Cour dans la présente instance au nom du Timor oriental.

- 2) Le statut du Territoire du Timor oriental en tant que territoire non autonome et le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination, ainsi que son droit à la souveraineté permanente sur ses richesses et ses ressources naturelles, droits qui sont reconnus par l'Organisation des Nations Unies, doivent être respectés par tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies. La Cour note qu'en l'espèce l'Australie a déclaré qu'elle considère le Timor oriental comme un territoire non autonome et qu'elle reconnaît le droit de son peuple à l'autodétermination.

Distinction entre la mise en jeu d'intérêts et la détermination de droits ou devoirs

59. Je commencerai par rappeler la distinction à faire entre l'intérêt juridique ou les intérêts juridiques d'un Etat tiers (ici, l'Indonésie) qui seraient éventuellement ou effectivement mis en jeu ou affectés par une affaire (mais sans plus), d'une part, et, de l'autre, la décision que la Cour serait appelée à prendre sur ledit ou lesdits intérêts. Dans la dernière hypothèse, l'intérêt ou les intérêts juridiques «seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision» (*Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 32), et cette décision (c'est-à-dire la décision concernant la responsabilité de l'Etat tiers) deviendrait une «condition préalable» à toute décision sur la demande (voir *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 261, par. 55; *ibid.*, p. 296, opinion individuelle de M. Shahabuddeen). Or, la présente affaire ne fait que «toucher» ou «mettre en jeu» l'intérêt ou les intérêts indonésiens. La règle du consentement énoncée à l'article 36 du Statut est respectée; si la Cour avait exercé sa juridiction, elle n'aurait statué sur aucun des droits et/ou des devoirs de l'Indonésie — elle ne l'aurait pas pu. Ce pays est protégé, en particulier, par l'article 59 du Statut, quels que puissent être les effets plus larges de l'arrêt.

60. La nature et l'étendue de la mise en jeu des intérêts juridiquement protégés d'un Etat tiers, y compris ses droits et ses devoirs, varient d'une affaire à l'autre. La Cour doit examiner si elle peut prendre une décision sur une demande sans se prononcer sur les intérêts d'un Etat tiers. La mise en jeu de ces intérêts ne peut pas être purement et simplement assimilée à une détermination des droits ou des devoirs d'un Etats tiers par la Cour ou à une détermination de la responsabilité de cet Etat. Si la Cour peut rendre une décision sur une demande sans pour autant se prononcer à l'égard d'un Etat qui n'est pas partie au litige, elle a alors compétence en ce qui concerne cette demande. A mon avis, c'est précisément le cas dans la relation triangulaire Portugal-Australie-Indonésie. Ici, la distinction en question n'est pas seulement possible, elle existe déjà. Le Portugal n'a pas mis en question les intérêts juridiques d'un Etat tiers, à savoir l'Indonésie. La Cour est compétente.

61. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, la Chambre de

la Cour n'a laissé subsister aucun doute quant à la pertinence de la distinction indiquée aux paragraphes 59 et 60 ci-dessus. Elle a interprété le jugement rendu dans l'affaire de l'*Or monétaire* de la façon suivante :

«si la présence de l'article 62 dans le Statut pouvait autoriser implicitement la continuation de la procédure en l'absence d'un Etat dont les «intérêts juridiques» risqueraient d'être «touchés» par la décision, cela ne justifiait pas sa continuation en l'absence d'un Etat dont la responsabilité internationale constituerait «l'objet même de ladite décision». La Cour n'avait pas besoin de décider ce qui se serait produit si l'Albanie avait présenté une requête à fin d'intervention fondée sur l'article 62.» (*C.I.J. Recueil 1990*, p. 115-116, par. 55.)

La Chambre a recherché ensuite si l'Etat tiers (le Nicaragua) avait établi l'existence d'un «intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par la décision» et justifiant, par conséquent, l'intervention, puis a cherché si cet intérêt pouvait effectivement constituer «l'objet même de ladite décision» (*ibid.*, p. 116, par. 56). Elle a estimé qu'il existait, de la part de cet Etat tiers, «un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par sa décision»; mais elle a conclu que «cet intérêt ne constituerait pas «l'objet même de ladite décision», comme l'étaient les intérêts de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*» (*ibid.*, p. 122, par. 72 et 73).

62. Le critère de «l'objet même de la décision» établit de manière concluante la compétence de la Cour quand les intérêts d'un Etat tiers sont ou semblent être en jeu. Comme l'a dit la Cour, «les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* marquent vraisemblablement la limite du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction». Je crois qu'autrement on pourrait se demander si la Cour s'acquitte de sa tâche et de sa mission: «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, sauf évidemment» lorsque l'élément de l'objet même de la décision intervient (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/ Malte), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 25, par. 40; les italiques sont de moi). Le devoir de remplir sa fonction a pour la Cour une importance primordiale. C'est pourquoi, dans ses précédentes décisions la Cour a adopté une interprétation raisonnable de la règle formulée dans l'affaire de l'*Or monétaire*. On pourrait même dire que cette interprétation n'est pas très large. C'est la position que la Cour a adoptée dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru, exceptions préliminaires*. Dans cette affaire, où Nauru était le demandeur, la Cour a estimé qu'elle avait compétence bien que l'Etat défendeur (l'Australie) ne fût que l'un des trois Etats (les deux autres étant la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni) qui constituaient conjointement l'autorité administrante de Nauru en vertu de l'accord de tutelle. Toute décision sur les devoirs incombant à l'Australie à ce titre serait inévitablement et

simultanément une décision sur les devoirs identiques des deux autres Etats. En d'autres termes, bien que l'«objet» de la décision fût le même, la Cour pouvait n'exercer sa compétence qu'à l'égard d'un seul des Etats composant l'autorité administrante tripartite. La Cour a déclaré :

«Dans la présente affaire, toute décision de la Cour sur l'existence ou le contenu de la responsabilité que Nauru impute à l'Australie pourrait certes avoir des incidences sur la situation juridique des deux autres Etats concernés, mais la Cour n'aura pas à se prononcer sur cette situation juridique pour prendre sa décision sur les griefs formulés par Nauru contre l'Australie. Par voie de conséquence, la Cour ne peut refuser d'exercer sa juridiction.» (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 261-262, par. 55.)

63. Il est tout à fait possible d'appliquer à la présente affaire la notion inhérente à l'avis ainsi exprimé dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* : la Cour n'a pas à se prononcer au sujet de l'Indonésie pour se doter d'une base de compétence à l'égard des demandes du Portugal contre l'Australie, et il n'y a pas non plus de lien nécessaire («logique», *ibid.*, p. 261, par. 55) entre les décisions concernant l'Indonésie et celles concernant l'Australie (l'élément d'une «condition préalable»).

64. Mais notre problème ne se limite pas à ce qui résulte de l'application des critères fournis par la distinction établie dans la règle de l'*Or monétaire*. La pratique de la Cour montre amplement que celle-ci est compétente pour régler des différends bilatéraux concernant des revendications territoriales (y compris des revendications portant sur des zones sous-marines), concernant la délimitation de frontières ou concernant le statut d'un territoire ou d'une entité territoriale. On retrouve cette dernière question dans la présente affaire. Ce que la Cour décide sur ces questions et des questions analogues peut être invoqué à l'égard de tous les Etats. Bien qu'il s'agisse d'un différend entre deux Etats, la décision de la Cour a une valeur *erga omnes*. Dans la pratique de la Cour (et l'observation vaut pour la Cour permanente), ladite ou lesdites catégories d'objets n'ont pas constitué — et ne pouvaient d'ailleurs pas constituer — un obstacle à l'exercice de la compétence dans un différend entre deux Etats seulement, bien que l'effet de la décision fût allé au-delà de la relation bilatérale. La Cour n'a pas considéré que cette dernière circonstance l'empêchait de rendre un arrêt. On peut citer comme exemples les arrêts rendus dans les affaires des *Pêcheries*, des *Minquiers et Ecréhous*, et du *Temple de Préah Vihear*, ainsi que les décisions relatives à divers plateaux continentaux.

65. La compétence (et/ou la recevabilité) ne peut pas être mise en question (comme cela a été fait dans la présente affaire) du fait que l'introduction d'une demande contre un Etat peut avoir des conséquences allant, en fait, au-delà de cette demande, ce qui serait le cas si la Cour se prononçait en faveur de l'Etat demandeur. Dans des circonstances analogues ou identiques, un autre Etat peut logiquement attendre de la Cour une décision analogue ou identique. Mais il s'agit ici d'une situation de fait ou

d'éventualités factuelles. Ces conséquences factuelles d'une demande ou d'un arrêt favorable à l'Etat demandeur sont à distinguer de la demande proprement dite. Ces faits ou ces éventualités factuelles ne rendent pas la demande fictive, ou ne signifient pas non plus qu'elle ne vise qu'un Etat tiers. Les demandes présentées par le Portugal sont réelles et s'adressent à l'Etat défendeur; la non-participation d'un Etat tiers (l'Indonésie) à l'instance n'ôte pas sa compétence à la Cour et ne rend pas non plus les demandes portugaises irrecevables.

66. Dans la présente affaire, il est à la fois possible et nécessaire de dissocier les droits et/ou devoirs de l'Australie de ceux de l'Indonésie. Une décision sur le fond aurait dû et aurait pu exprimer cette dissociation. Dans la présente affaire, les questions essentielles à trancher (pour reprendre une expression de l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Or monétaire* (C.I.J. Recueil 1954, p. 33)) ne concernent pas la responsabilité internationale d'un Etat tiers, à savoir l'Indonésie.

67. Il est certain que l'affaire met en cause ou affecte même certains intérêts de l'Indonésie. Mais ce fait n'est pas un obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour et ne rend pas les diverses demandes irrecevables. La pratique de la Cour, évoquée plus haut, corrobore cette conclusion. Les intérêts de l'Indonésie sont suffisamment protégés par le Statut de la Cour. Ils ne constituent pas «l'objet même de la décision». Par conséquent, le critère d'incompétence énoncé dans l'affaire de l'*Or monétaire* ne peut pas être invoqué en l'espèce: la prémisse nécessaire est absente dans la controverse concernant le *Timor oriental*.

Le droit des Nations Unies sur la question de savoir si l'Indonésie est une partie indispensable

68. Contrairement à ce qu'a soutenu l'Australie, le Portugal ne s'est pas trompé d'adversaire. En d'autres termes, on se trouve ici en présence de la question de la «condition préalable» au sens de l'*Or monétaire* (par. 59 et 63 ci-dessus). Mais, dans la présente instance, les demandes du Portugal sont dirigées uniquement contre l'Australie, et non contre un Etat absent, en l'occurrence l'Indonésie. La Cour n'est pas tenue d'exercer sa juridiction à l'égard d'un tel Etat, quel qu'il soit. L'Australie n'est pas visée «à tort» dans la présente instance, et l'Indonésie n'y est pas visée du tout. Cette distinction est, en l'espèce, à la fois fictive et fautive.

69. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, les Etats-Unis ont affirmé que toute décision en la matière mettrait nécessairement en cause les droits et les obligations d'autres Etats d'Amérique centrale, à savoir le Costa Rica, El Salvador et le Honduras. Tout en rejetant cette affirmation et en rappelant qu'«en principe», elle n'avait à se prononcer que sur les conclusions de l'Etat demandeur, la Cour a déclaré:

«Dans le Statut comme dans la pratique des tribunaux internationaux, on ne trouve aucune trace d'une règle concernant les «parties indispensables» comme celle que défendent les Etats-Unis, qui ne

serait concevable que parallèlement à un pouvoir, dont la Cour est dépourvue, de prescrire la participation à l'instance d'un Etat tiers.» (*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.)

Mutatis mutandis, cette déclaration est utile pour résoudre le problème du «véritable» ou du «faux» adversaire. Qu'il me soit permis de dire que je considère la règle énoncée comme raisonnable. Je ne formule aucune opinion sur le point de savoir s'il était possible de l'appliquer dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* ou si elle a été correctement appliquée compte tenu des éléments de preuve existants.

70. La clé de la décision, pour se prononcer sur la compétence et la recevabilité et, en outre, sur le fond de l'affaire, est le statut du Timor oriental. Selon le droit des Nations Unies, le Timor oriental était et, en dépit de son incorporation à l'Indonésie, demeure un territoire non autonome au sens du chapitre XI de la Charte des Nations Unies. Cette question, qui est fondamentale en l'espèce, est régie par le droit des Nations Unies. A moins que la Cour n'estime que l'Organisation a agi *ultra vires*, l'opinion de la Cour ne peut pas s'écarter de ce droit et de l'application des règles de ce droit dans la pratique de l'Organisation, notamment telles qu'elles sont énoncées dans les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité¹.

71. En droit et dans la pratique de l'Organisation, la mise en œuvre du chapitre XI de la Charte fait partie intégrante des fonctions de l'Assemblée générale. Dans certains cas au moins relevant de ce chapitre, les Etats Membres ne sont pas confrontés à de simples recommandations: l'Assemblée a compétence pour prendre des décisions obligatoires, y compris des décisions quant à savoir si un territoire continue d'être classé dans la catégorie des territoires non autonomes et quelle est la puissance administrante.

72. La Cour reconnaît qu'en certaines matières l'Assemblée générale a le pouvoir d'adopter des résolutions obligatoires. Par sa résolution 2145 (XXI), l'Assemblée a mis fin au mandat sur le Sud-Ouest africain et a déclaré que la République d'Afrique du Sud «n'a[vait] aucun autre droit d'administrer le Territoire». Il ne s'agissait pas d'une recommandation. Dans l'affaire de la *Namibie*, la Cour a précisé:

«il serait ... inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant

¹ Le mémoire parle à cet égard d'une «donnée» dont «la Cour n'aura ... qu'à prendre acte». Cette «donnée» est constituée par les «affirmations ... que le peuple du Timor oriental jouit du droit à disposer de lui-même, que le Territoire du Timor oriental est un territoire non autonome, enfin que le Portugal en est, *de jure*, la Puissance administrante» (par. 3.02).

d'une intention d'exécution» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 50, par. 105*).

73. On voit mal pourquoi, dans la présente affaire, la Cour paraît en fait considérer les résolutions de l'Assemblée générale relatives aux questions coloniales sous un angle différent. La Cour ne nie ni ne confirme leur caractère obligatoire. La Cour dit :

«Sans préjudice de la question de savoir si les résolutions à l'examen pourraient avoir un caractère obligatoire, la Cour estime en conséquence qu'elles ne sauraient être considérées comme des «données» constituant une base suffisante pour trancher le différend qui oppose les Parties.» (Arrêt, par. 32.)

Mais, dans un cas assez significatif, la Cour mentionne une «donnée»: évoquant les résolutions de l'Organisation des Nations Unies, elle qualifie l'action de l'Indonésie contre le Timor oriental et dans ce territoire d'«intervention» (arrêt, par. 13 et 14).

74. Les termes cités au paragraphe 73 ci-dessus soulèvent une autre question. Concernent-ils la compétence ou le fond? Tout le paragraphe 32 de l'arrêt paraît traiter du fond. En même temps, la Cour réduit ce paragraphe à l'examen du problème de «l'obligation [des Etats tiers] de traiter exclusivement avec le Portugal pour ce qui est du plateau continental du Timor oriental». Un examen limité à ce problème ne place manifestement pas la Cour dans une situation qui lui permettrait d'avancer tous les arguments qui justifieraient sa conclusion négative sur les «données». Ces dernières constituent un problème plus vaste, qui ne se limite pas à la question de savoir qui peut traiter avec qui. La conclusion, au paragraphe 31 de l'arrêt, tranche également une question de fond.

75. La Cour lie la continuité du statut du Territoire, y compris la pertinence du principe de l'autodétermination, d'abord à la position des Parties (arrêt, par. 31 et 37). Mais il est assez difficile de définir la position de la Cour, car dans les passages suivants les résolutions reprennent leur signification autonome. On ne voit pas pourquoi la Cour, après avoir passé en revue les actes de l'Organisation des Nations Unies, n'étudie pas le problème des «conséquences juridiques qui s'attachent à la mention du Portugal comme puissance administrante dans ces textes» (arrêt, par. 31); au lieu de procéder à cet examen, la Cour s'attache à la conclusion du traité. Cette question n'est pas examinée à fond et pourtant la Cour exprime des doutes quant à la prétention du Portugal à l'exclusivité du pouvoir de conclure des accords concernant le Timor oriental et au nom de celui-ci. Une fois de plus, incidemment, c'est là encore un problème de fond.

76. La prise de position de la Cour, dont il est question dans les paragraphes 74 et 75 ci-dessus, présente un certain contraste avec les ordonnances rendues dans les affaires relatives à des *Questions d'interprétation*

et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (C.I.J. Recueil 1992, p. 3 et 114). Ces ordonnances respectent la décision du Conseil de sécurité sur le fond des deux affaires, bien que cette décision ait été adoptée après la clôture des plaidoiries (*ibid.*, p. 14-15, par. 34-42, et p. 125-127, par. 37-45) et que le droit, tout en laissant à la Cour une certaine liberté d'appréciation, puisse être entendu comme appelant une solution différente (voir *ibid.*, opinions dissidentes, p. 33 et suiv. et 143 et suiv.). S'agissant du Timor oriental, la question est régie par le droit et par des résolutions qui ont force obligatoire. On pourrait penser que la Cour ne saurait éviter d'appliquer les règles pertinentes. Mais la Cour préfère garder ses distances.

77. En prenant acte du statut du Timor oriental au regard du droit des Nations Unies, y compris des résolutions pertinentes, la Cour ne statuerait aucunement sur les droits, les devoirs, la juridiction ou la compétence de l'Indonésie en matière territoriale ou autre. La Cour n'aurait pas besoin, en l'espèce, d'exiger une preuve quelconque de ce statut de la part du Portugal. Elle n'a pas non plus besoin de se prononcer sur le comportement et la position de l'Indonésie pour statuer sur les demandes du Portugal. Il est intéressant de noter que l'arrêt qualifie l'acte de l'Indonésie d'«intervention» (par. 13-14). Cela aura-t-il des effets? L'intervention (militaire notamment) est par définition illicite et ne crée aucun droit ou titre tant qu'il n'y a pas eu de décision de l'Organisation des Nations Unies en validant les conséquences, ou de reconnaissance universelle.

78. Le droit des Nations Unies lie tous les Etats Membres. Le statut d'un territoire, étant donné son caractère objectif, est opposable non seulement à chacun d'entre eux, mais aussi aux Etats non membres. Cela s'applique au Territoire non autonome du Timor oriental. En outre, le droit du peuple du Timor oriental de déterminer librement son avenir et la position de la Puissance administrante sont opposables à tous les Etats (y compris l'Australie). Il est donc faux, dans ces conditions, de considérer que c'est l'Indonésie, et non l'Australie, qui est le «véritable» défendeur. Une telle distinction ne se justifie pas en l'espèce. Il est sans importance aussi, comme l'explique la Cour, de déterminer si le «différend véritable» oppose le Portugal à l'Indonésie plutôt qu'à l'Australie (arrêt, par. 22). Il existe, sans aucun doute, plus d'un différend au sujet du Timor oriental, mais dans la présente affaire la Cour n'a été saisie que d'un différend spécifique, lequel appelle une décision sur le fond.

79. Il est une autre raison encore pour laquelle la présence de l'Indonésie, pays qui a un intérêt dans l'affaire (bien qu'elle n'ait pas déposé de requête à fin d'intervention), n'est pas une condition préalable à toute décision. Si c'était le cas, la Cour serait pratiquement empêchée de statuer chaque fois que l'application de la règle ou des règles *erga omnes* et l'opposabilité de la situation juridique ainsi créée seraient en cause; or, la pratique de la Cour ne corrobore pas une telle restriction (voir ci-dessus par. 64-65). Il n'est pas indispensable qu'un Etat tiers participe à la procédure devant la Cour (que ce soit en qualité de partie ou

d'intervenant) pour que cet organe applique et interprète les résolutions de l'Organisation des Nations Unies, et en particulier prenne acte de leur effet.

80. L'Australie s'est présentée devant la Cour comme un simple Etat tiers qui a réagi à une situation créée par le Portugal et l'Indonésie. Sans devoir pour autant chercher si ces deux Etats sont responsables au même titre de cette situation, la Cour peut examiner et déterminer la licéité de la réaction de l'Australie à ladite situation. Il n'est pas essentiel que l'Indonésie soit partie à la procédure judiciaire consacrée à cet examen et à cette détermination. Il suffit que le Portugal prouve que sa requête contre l'Australie est fondée.

81. Il découle de ce qui précède que l'Indonésie n'est pas une partie indispensable, au sens où, en l'absence de sa participation, la Cour serait empêchée par son Statut de juger la requête recevable. L'Indonésie n'est pas non plus la « véritable » partie¹. Le différend porté devant la Cour n'est pas un différend, potentiel ou réel, entre le Portugal et l'Indonésie, même si certaines questions en cause sont effectivement ou peuvent être identiques.

Objet de la décision

82. Les droits de l'Indonésie ne peuvent, ne doivent ni ne sauraient constituer l'objet « formel » ou « véritable » de la décision au fond. Les demandes présentées par le Portugal sont distinctes des prétendus droits, devoirs et compétences de l'Indonésie. Il n'est pas difficile de séparer l'objet de la présente affaire de celui d'une affaire théorique entre le Portugal et l'Indonésie. Le fait de l'incorporation du Timor oriental est (ou serait) le même pour les deux affaires — l'affaire existante et l'affaire imaginaire. Mais les droits et les devoirs de l'Indonésie et de l'Australie ne dépendent pas les uns des autres; certains d'eux ont un contenu identique, mais cela n'a rien à voir avec la question de savoir si un certain Etat (l'Australie) s'est conformé aux règles de droit régissant le Timor oriental. La Cour peut trancher cette question sans lier sa décision à une conclusion qu'elle adopterait au préalable ou simultanément sur le comportement d'un autre Etat (l'Indonésie) touchant le même point. Pour exercer sa compétence à l'égard de l'Australie, il n'est pas nécessaire qu'elle se prononce sur la question des devoirs de l'Indonésie à l'égard du territoire.

83. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour a déclaré:

¹ En utilisant dans ses résolutions les expressions « toutes les parties intéressées » (résolution 36/50) et « toutes les parties directement intéressées » (résolution 37/30) — et ces expressions couvrent l'Indonésie —, l'Assemblée générale a désigné les Etats que concerne la « Question du Timor oriental » et non ceux que concernerait une future instance devant la Cour, quelles qu'en soient les ramifications. Pour un point de vue contraire, voir contre-mémoire, par. 214-215.

«Il ne fait pas de doute que, quand les circonstances l'exigent, la Cour déclinera l'exercice de sa compétence, comme elle l'a fait dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, lorsque les intérêts juridiques d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance «seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision» (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 32). En revanche lorsque des prétentions d'ordre juridique sont formulées par un demandeur contre un défendeur dans une instance devant la Cour et se traduisent par des conclusions, la Cour, en principe, ne peut que se prononcer sur ces conclusions, avec effet obligatoire pour les parties et pour nul autre Etat, en vertu de l'article 59 du Statut ... [L]es autres Etats qui pensent pouvoir être affectés par la décision ont la faculté d'introduire une instance distincte ou de recourir à la procédure de l'intervention.» (*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.)

Sans qu'il y ait lieu pour autant de s'exprimer sur la question des Etats tiers dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (voir ci-dessus par. 69), j'estime que l'approche illustrée par cette déclaration aurait dû être suivie dans la présente affaire.

84. L'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Or monétaire* s'applique pleinement en l'espèce dans la mesure où il énonce la règle (ou le principe) de la base consensuelle de la compétence, règle ne prêtant pas à controverse. La Cour corrobore cette règle depuis le tout début de son activité (cf. l'affaire du *Détroit de Corfou, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1948*, p. 27). C'est une règle de son Statut, ce qui est déterminant. En outre, il ne peut y avoir aucun doute en ce qui concerne la pertinence de la distinction à faire entre les intérêts juridiques d'un Etat tiers qui seraient simplement touchés par une décision et ceux qui «constitueraient l'objet même de ladite décision» (*Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 32). Mais le problème qui se posait dans l'affaire de l'*Or monétaire* est entièrement différent de celui qui se pose dans l'affaire du *Timor oriental*. Dans la première affaire, pour déterminer si un pays (l'Italie) avait titre à recevoir le bien d'un autre (l'or albanais), la Cour devait déterminer au préalable si l'autre Etat (l'Albanie) avait commis un délit international contre le premier (l'Italie) et était tenu à réparation envers lui. Dans l'affaire du *Timor oriental*, la position de l'Indonésie ne peut pas être comparée à celle de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire*. En l'espèce, il est question des devoirs qui incombent aux pays en vertu de leur obligation de respecter le statut du Timor oriental tel qu'il a été déterminé par l'Organisation des Nations Unies. Ces devoirs ne sont pas liés entre eux : l'obligation de tout Etat Membre de l'Organisation de se conformer au droit régissant le Timor oriental est une obligation indépendante. Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour ne pouvait statuer sur une certaine demande qu'après avoir fait droit à une demande

différente de réparation. Ce n'est pas ainsi que se présente l'affaire qui est actuellement devant la Cour. Avec tout le respect dû à la Cour, j'ai l'impression qu'en l'espèce elle est allée au-delà des limites dans lesquelles s'applique la règle énoncée dans l'affaire de l'*Or monétaire*.

85. En outre, il s'agit là d'une règle régissant la compétence, et non pas d'une règle interdisant à la Cour de se fonder sur des conclusions formulées par le Conseil de sécurité ou par l'Assemblée générale au sujet d'un différend ou d'une situation, y compris la position ou le comportement d'un autre Etat. En tenant compte de ces décisions « extérieures », la Cour ne formulerait aucune conclusion propre sur les intérêts d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance. Comme on l'a déjà indiqué (voir ci-dessus par. 70), la Cour ne peut pas ignorer le droit des Nations Unies tel qu'il est appliqué par les autres organes principaux de l'Organisation du moment que ceux-ci agissent dans la limite des pouvoirs que leur confère la Charte. Ce n'est donc pas le Portugal qui, devant la Cour, conteste l'occupation du Timor oriental par l'Indonésie, son droit de représenter les intérêts maritimes du territoire et, de manière générale, la conformité de ses actions au principe de l'autodétermination du peuple du Timor oriental. L'Organisation des Nations Unies a déjà procédé beaucoup plus tôt à cette mise en cause¹. En prenant aujourd'hui acte des décisions pertinentes de l'Organisation, la Cour ne statue sur aucune revendication de l'Indonésie et elle ne fait pas non plus des intérêts de ce pays « l'objet même du différend ».

86. La Cour est compétente, ainsi que le montrent plusieurs arrêts et avis consultatifs, pour interpréter et appliquer les résolutions de l'Organisation. Elle est compétente pour se prononcer sur leur légalité, et notamment sur la question de savoir si elles sont *intra vires*. Cette compétence découle de la fonction de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Les décisions de l'Organisation (au sens large que cette notion a en vertu des dispositions de la Charte relatives au vote) peuvent être examinées par la Cour du point de vue de leur légalité, de leur validité et de leur effet. Les conclusions de la Cour sur ces questions mettent en cause les intérêts de tous les Etats Membres, ou du moins de ceux qui sont visés par les résolutions en question. Mais ces conclusions restent dans les limites fixées par la règle énoncée dans l'affaire de l'*Or monétaire*. En évaluant les diverses résolutions de l'Organisation des Nations Unies concernant le Timor oriental par rapport aux droits et aux devoirs de l'Australie, la Cour ne contreviendrait pas à la règle du fondement consensuel de sa compétence.

87. La Cour a toujours été très consciente des limites de sa compétence. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe*

¹ Cette mise en cause est déterminante. Le fait que le Portugal ne conteste pas la licéité des actes de l'Indonésie ne signifie pas que la Cour doive obligatoirement présumer que ces actes sont licites. Il n'existe pas de présomption de ce genre. Pour un point de vue contraire, voir duplique, par. 94.

libyenne), requête à fin d'intervention, arrêt, elle a souligné «qu'aucune inférence ni déduction ne saurait légitimement être tirée de [ses] conclusions ni de [ses] motifs pour ce qui est des droits ou prétentions d'Etats qui ne sont pas parties à l'affaire» (*C.I.J. Recueil 1981*, p. 20, par. 35). Cette position de la Cour qui, dans l'affaire citée, était applicable à Malte, protège sans aucun doute les intérêts de l'Indonésie dans le présent différend.

88. On peut aussi ajouter que dans tous les systèmes de droit les tribunaux prennent acte des faits de notoriété publique. Cette catégorie de faits comprend notamment des événements historiques tels que la guerre, l'agression, l'invasion et l'incorporation d'un territoire. L'action de l'Indonésie à l'égard du Timor oriental entre dans cette catégorie. Tenir compte de ces faits et en tirer des conclusions n'est pas une usurpation de compétence.

Contrôle de l'Indonésie sur le Timor oriental

89. Une décision sur la licéité de «la présence de l'Indonésie au Timor oriental» n'est pas une condition préalable à une décision sur la responsabilité de l'Australie. C'est là la différence avec l'affaire de l'*Or monétaire*, en particulier selon l'interprétation qui en est donnée dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (voir ci-dessus par. 59 et 62). Mais qualifier d'intervention le comportement de l'Indonésie (arrêt, par. 13 et 14) équivaut implicitement à prendre cette décision.

90. Dans la présente affaire, la Cour n'est pas nécessairement tenue de déterminer le *statut de l'Indonésie au Timor oriental*. Il lui suffit de se référer au *statut du Timor oriental* selon le droit des Nations Unies et les résolutions qui appliquent ce droit. C'est sur les propres actes de l'Australie en rapport avec le statut du Timor oriental que le Portugal fonde sa demande. C'est aussi dans ce seul statut qu'on peut trouver la réponse à la question de savoir quel pays a le pouvoir de conclure des traités concernant les intérêts du Timor oriental. Contrairement à ce qui est dit dans le contre-mémoire (par. 212), la Cour n'a pas besoin de déterminer «le statut juridique de l'administration indonésienne du Timor oriental à la date du 11 décembre 1989 et depuis cette date, à laquelle a été conclu le traité relatif au «Timor Gap». Il suffit à la Cour de dire ce qu'était le statut du Timor oriental pendant la période considérée et ce qu'il est maintenant, en vertu du droit des Nations Unies et des résolutions de l'Organisation. Une décision sur «la revendication de souveraineté de l'Indonésie...» ne constitue pas «une condition préalable à toute détermination de la responsabilité de l'Australie» (*contra: ibid.*). Encore une fois, la clef du problème réside dans le statut du Territoire en vertu des normes des Nations Unies. Pour déclarer comment ces normes définissent ce statut, la Cour n'a besoin de formuler aucune conclusion en ce qui concerne l'Indonésie.

91. Le lien entre les demandes présentées par le Portugal à l'encontre de l'Australie et celles qu'il a présentées ou aurait pu présenter ailleurs

contre l'Indonésie (c'est-à-dire devant une instance autre que la Cour) a un caractère factuel. Les deux séries de demandes concernent la situation au Timor oriental. Ce lien ne suffit pas pour que le règlement du différend entre le Portugal et l'Australie dépende d'une décision judiciaire préalable ou, du moins, simultanée sur les demandes (potentielles ou réelles) du Portugal contre l'Indonésie. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la décision de la Cour dans le différend entre le Portugal et l'Australie ne se fonderait pas sur l'obligation ni la responsabilité de l'Indonésie (voir l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 297, opinion individuelle de M. Shahabuddeen).

92. Les obligations de l'Australie qui découlent de son devoir de respecter le statut du Timor oriental tel que défini par l'Organisation des Nations Unies sont identiques ou analogues à celles des autres Etats Membres de l'Organisation. Mais cette identité (ou analogie) ne signifie pas que le Portugal ait besoin de s'appuyer sur cette donnée de fait ni que la Cour se trouve dans l'obligation ou la nécessité de fonder son arrêt sur cette même donnée. On peut rappeler ici ce que M. Shahabuddeen a dit au sujet de la position de l'Australie dans une autre affaire, celle de *Certaines terres à phosphates à Nauru*:

«Le fait que d'autres aient été tenus à la même obligation n'empêche en rien que l'Australie en était également tenue. La Cour ne s'occupe que de l'obligation de l'Australie.» (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 296-297.)

La requête du Portugal vise certains actes de l'Australie et la question de savoir s'ils sont conformes ou non au statut du Timor oriental tel que défini par l'Organisation des Nations Unies, elle ne vise pas les actes de l'Indonésie. Dans la présente affaire, une décision sur les conclusions de l'Etat demandeur ne constituerait pas une détermination de la responsabilité d'un Etat tiers à l'instance (l'Indonésie), avec tous les effets juridiques qu'une telle détermination entraînerait ou pourrait entraîner.

Le traité relatif au « Timor Gap »

93. Il faut d'abord éclaircir un point. La Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur l'invalidité du traité relatif au «Timor Gap»: elle doit s'abstenir de rendre une décision en ce sens. Aux fins de la présente instance, le traité demeure valable. Sa validité empêche la Cour d'ordonner des mesures qui tendraient à la non-exécution du traité. Ses conséquences dommageables réelles, possibles ou potentielles pour le peuple du Timor oriental ne peuvent être déterminées par la Cour. Statuer sur la validité du traité exigerait la participation de l'Indonésie à la présente instance. Tant le demandeur que le défendeur (bien que dans des contextes quelque peu différents) citent les arrêts rendus par la Cour de justice centraméricaine dans les affaires *Costa Rica v. Nicaragua* (1916) et *El Salvador v. Nicaragua* (1917) (contre-mémoire, par. 189; réplique, par. 7.21-

7.22). La validité du traité relatif au «Timor Gap» n'est pas l'objet du différend. Le Portugal ne demande pas à la Cour de déclarer que le traité est nul.

94. Mais autre chose est de se prononcer sur la licéité de certains actes unilatéraux de l'Australie qui ont conduit à la conclusion du traité ou en constituent l'application. D'un point de vue juridique, la négociation, la conclusion et l'exécution d'un traité sont des actes en droit (c'est-à-dire l'expression de la volonté ou de l'intention d'une personne juridique). Pour avoir un effet en droit, ces actes doivent être conformes aux règles juridiques qui les gouvernent. Plusieurs de ces actes sont unilatéraux, à la différence du traité lui-même. Si une affaire porte sur la licéité ou sur la validité de l'un quelconque de ces actes — et il s'agit là d'un «point de droit international» au sens du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — la Cour est compétente pour examiner la conformité de l'acte en question, et par conséquent pour statuer sur sa licéité ou sa validité. D'un point de vue historique et sociologique, la négociation, la conclusion et l'exécution d'un traité sont des faits. Or certains faits peuvent aussi être soumis à l'examen d'un organe judiciaire dans une mesure qui dépend soit des règles juridiques de l'Etat concerné soit, dans les relations internationales où il n'existe pas de juridiction centrale, des dispositions particulières du droit conventionnel.

95. La Cour est compétente pour se prononcer sur la question de savoir si l'un quelconque des actes unilatéraux de l'Australie conduisant à la conclusion, à l'entrée en vigueur et à l'application du traité relatif au Timor Gap constitue un fait internationalement illicite. En se concentrant exclusivement sur de tels actes, la Cour ne s'intéresse nullement aux actes de l'Indonésie relatifs à la conclusion du traité. Elle demeure dans les limites d'une appréciation qui relève de sa compétence et qui est admissible. La Cour s'acquitterait de sa tâche en examinant ces actes au regard des obligations de l'Australie découlant du droit des Nations Unies et plus particulièrement du corps de dispositions que l'on appelle «droit de la décolonisation».

96. Pour examiner si le comportement de l'Australie qui a abouti à la conclusion du traité relatif au «Timor Gap» était ou non licite, il n'est pas nécessaire que la Cour détermine le caractère illicite du contrôle exercé par l'Indonésie sur le Timor oriental. Il lui suffit d'évaluer le comportement de l'Australie au regard de l'obligation qui était et qui demeure la sienne de traiter le Timor oriental comme un territoire non autonome. Tout en protégeant ses droits maritimes et en prenant des mesures pour préserver ses ressources naturelles, l'Australie avait (en l'occurrence) certaines obligations à l'égard du Territoire: elle a traité non pas avec la puissance administrante, mais avec l'Indonésie, qui n'était pas habilitée par l'Organisation des Nations Unies à assumer l'administration de ce territoire et qui pourtant le contrôlait. C'était aussi les intérêts maritimes et connexes du Territoire qui étaient en jeu, et non seulement ceux de l'Australie. On ne saurait assimiler la situation des Etats tiers (l'Australie étant l'un eux) aux responsabilités d'Etats qui, comme le Portugal, ont

été chargés de l'administration d'un territoire ou de territoires en vertu du chapitre XI de la Charte. Mais les Etats qui ne sont pas des puissances administrantes ont aussi certaines obligations. L'Australie s'en est-elle acquittée? Cette question ne fait pas jouer la règle de l'*Or monétaire*; la Cour est compétente pour y répondre.

B. Recevabilité

Généralités

97. La question de la recevabilité a déjà été abordée sur un plan général dans certains des paragraphes précédents. Mais en la présente instance la Cour devrait, avant d'examiner la recevabilité, statuer sur sa compétence. Compte tenu de sa décision en la matière, il n'y avait pas lieu d'examiner la question de la recevabilité. En l'espèce, cette question peut être résolue après l'examen au fond des différentes demandes présentées par le Portugal. Du reste, l'Australie fait observer que cette question est inextricablement mêlée au fond (contre-mémoire, par. 20).

98. On peut noter que, bien qu'elle ait demandé à la Cour de se déclarer incompétente, l'Australie a traité de l'affaire principalement sous l'angle de la recevabilité, ses «conclusions sur le fond n'[ayant] qu'un caractère subsidiaire» (contre-mémoire, par. 20; en ce qui concerne la recevabilité, ou plutôt l'irrecevabilité, voir *ibid.*, deuxième partie, et duplique, première partie).

99. L'importance que revêt la question de la recevabilité n'est nullement atténuée, encore moins supprimée par l'argument de l'Australie tendant à dire qu'il n'existe pas de différend en l'espèce (ci-dessus par. 34-38).

La qualité pour agir de l'Etat demandeur

100. La présente affaire n'«implique [pas] un préjudice direct causé aux droits de l'Etat demandeur dans le cadre d'un délit», mais en l'espèce la revendication repose «soit sur une notion large de l'intérêt juridique soit sur des conditions particulières conférant à l'Etat en question qualité pour agir en ce qui concerne les intérêts juridiques d'autres entités»¹. Le Timor oriental est l'une de ces entités.

101. Dans la présente affaire, un conflit d'intérêts juridiques oppose le Portugal et l'Australie. A plusieurs reprises au cours de l'instance, l'Australie a admis que le Portugal était l'un des Etats concernés. Elle l'a reconnu pour faire valoir que le Portugal n'avait pas pour autant qualité pour agir devant la Cour en la présente instance. Cependant, pour avoir cette qualité, il suffit qu'un Etat montre qu'il est directement concerné par l'issue de l'affaire. Le Portugal a amplement montré qu'il pouvait demander la protection de ses compétences au service des intérêts du peuple du Timor oriental.

¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., 1990, p. 466-467.

102. L'un des coagents et conseils de l'Australie a déclaré qu'«afin d'avoir qualité pour agir le Portugal doit faire état des droits qu'il possède» (CR 95/8, p. 80, M. Burmester). Le Portugal a qualité pour agir parce qu'il demeure, malgré tous les changements de fait qui se sont produits dans la région, l'Etat chargé de l'administration du Timor oriental. La qualité pour agir découle de la compétence que le Portugal détient en tant que puissance administrante. L'un des éléments fondamentaux de cette compétence est le maintien et la défense du statut du Timor oriental en tant que territoire non autonome; c'est là que réside le devoir de la puissance administrante. Le Portugal a qualité pour agir aux fins de défendre le droit du peuple timorais à l'autodétermination. Le Portugal pourrait aussi se fonder d'une façon générale sur ce qui lui reste des attributs de sa souveraineté sur le Timor oriental, ces attributs allant dans le sens de l'accomplissement de la tâche qui lui incombe en vertu du chapitre XI de la Charte. D'une part, le Portugal affirme qu'il ne fait valoir aucune réclamation fondée sur ses propres droits souverains; il en nie même parfois l'existence (mémoire, par. 3.08 et 5.41, et réplique, par. 4.57). D'autre part, il invoque ses «prérogatives de souveraineté» (réplique, par. 4.54). Quoi qu'il en soit, on ne saurait soutenir que le départ des autorités portugaises du Timor oriental en 1975 a eu pour résultat de mettre «fin à la capacité qu'il [le Portugal] pouvait avoir d'agir en qualité d'Etat côtier à l'égard du territoire» (contre-mémoire, par. 237). Cette façon de voir est contraire à la fois au droit applicable en cas d'occupation militaire liée ou non à une guerre et au droit des Nations Unies relatif à la qualité de puissance administrante.

103. On peut dire que le Portugal n'a pas un intérêt propre au sens strict du terme, c'est-à-dire un intérêt national, un de ces très nombreux intérêts qu'ont les Etats en tant que membres de la communauté internationale. Mais le Portugal a été chargé d'une «mission sacrée» au sens du chapitre XI de la Charte. Il veille à des intérêts qui, certes, sont également les siens mais qui, au premier chef, sont partagés par tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies: les Membres de l'Organisation souhaitent que les tâches définies au chapitre XI soient accomplies. L'Australie se déclare aussi en faveur de la mise en œuvre du chapitre XI. Mais les deux Etats ont des vues très différentes sur la façon de procéder touchant à la question complexe du Timor oriental et sur ce qui est licite en l'occurrence. La question aurait dû être tranchée par la Cour. Par sa décision sur sa compétence, cette haute juridiction s'est privée de cette possibilité. Si elle ne l'avait pas fait, son arrêt aurait permis de lever plusieurs des incertitudes que comportent les relations juridiques entre les Parties et, d'une façon plus générale, quelques incertitudes concernant un territoire non autonome incorporé à un Etat sans le consentement de l'Organisation des Nations Unies. Quoi qu'il en soit, il est clair qu'il existe une véritable controverse. Quel doute pourrait-il y avoir quant à la qualité pour agir?

104. Je crois que le Portugal satisfait aux critères rigides énoncés par le Président Winiarski, s'agissant d'avoir «un droit subjectif, un intérêt individuel, réel, actuel et juridiquement protégé» (*Sud-Ouest africain*,

exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 455). Dans l'affaire en question, l'Éthiopie et le Libéria affirmaient qu'ils avaient un «intérêt juridique à s'assurer par une procédure juridique que la mission sacrée de civilisation créée par le mandat n'[était] pas violée». En réponse, ce juge éminent a dit ceci: «Mais un tel intérêt juridiquement protégé ne leur a été conféré par aucun acte international...» (*Ibid.*, p. 456.) Le Portugal peut étayer sa demande sur la Charte des Nations Unies.

C. L'«opportunité judiciaire»

Généralités

105. Il n'y a rien dans l'arrêt sur la question de l'opportunité judiciaire. Mais peut-on aller jusqu'à dire que la Cour a admis implicitement qu'au stade où elle était parvenue l'examen de l'affaire n'était pas contraire à l'«opportunité judiciaire»? La Cour pouvait tout aussi bien commencer l'examen de l'affaire par l'étude de cette question de l'opportunité. Car, comme l'a fait remarquer sir Gerald Fitzmaurice, la question

«est en effet, lorsqu'elle se pose, sans rapport avec la compétence et rend inutile et indésirable un examen de la compétence, de sorte qu'il ne sera pas question que la Cour décide qu'elle a compétence et refuse de l'exercer» (*Cameroun septentrional, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 106, opinion individuelle*).

La Charte ne fournit aucune réponse à la question des différends d'ordre juridique qui «pourraient, politiquement parlant, être considérés à première vue comme susceptibles d'un règlement judiciaire»¹. Il faudrait se demander si les bases et les conséquences politiques de la présente affaire (y compris les conséquences d'un arrêt sur le fond) sont telles qu'il serait inopportun de recourir à la voie judiciaire.

106. On peut rappeler à ce stade que, dans sa résolution 384 (1975), le Conseil de sécurité a demandé au Portugal, «en tant que puissance administrante, de coopérer pleinement avec l'Organisation des Nations Unies afin de permettre au peuple du Timor oriental d'exercer librement son droit à l'autodétermination». La référence à la coopération avec l'Organisation n'exclut pas que le Portugal agisse de sa propre initiative et prenne des mesures non coordonnées avec l'Organisation des Nations Unies, qui sont ou qui peuvent être liées au processus d'autodétermination. La requête introductive d'instance du Portugal dans la présente affaire relève de cette catégorie de mesures. Dans sa résolution 3485 (XXX), l'Assemblée générale évoque «la responsabilité qu'a la Puissance administrante de faire tout son possible en vue de créer des conditions permettant au peuple du Timor oriental d'exercer librement son droit à l'autodétermination...» L'exercice de cette responsabilité, y compris le choix des moyens, est une question qui doit être tranchée par la Puissance administrante agissant seule ou conjointement avec l'Organisation des Nations Unies.

¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 2^e éd. rev., 1985, p. 92.

107. En l'instance, l'alternative était entre, d'une part, examiner l'affaire au fond et, d'autre part, refuser de statuer. L'abstention ne paraît pas être la meilleure solution de principe. Des considérations d'intérêt général militent en faveur d'un prononcé de la Cour au fond. Pareil prononcé a plus de chance de contribuer au règlement des problèmes soumis à la Cour. Ces problèmes, ou tout au moins certains d'entre eux, sont arrivés au stade où ils peuvent trouver un règlement par l'application du droit international.

108. Les composants juridiques d'un différend résultant de la question du Timor oriental ne doivent pas nécessairement être soumis à la Cour sous la forme d'une demande d'avis consultatif (comme l'affirme l'Australie). La voie contentieuse n'est pas exclue.

S'agit-il d'un différend justiciable?

109. La solution du différend entre le Portugal et l'Australie n'est pas contradictoire avec le «devoir [de la Cour] qui consiste à sauvegarder sa fonction judiciaire» (*Cameroun septentrional, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 38). En d'autres termes, statuer sur le fond est compatible avec la fonction judiciaire de la Cour (voir *ibid.*, p. 37). Le présent différend est justiciable.

110. Les écritures et les plaidoiries montrent amplement qu'il y a en l'espèce «un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties». En examinant les demandes du Portugal, la Cour et son arrêt affecteront les droits et obligations juridiques des Parties, «dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques». Par conséquent, «les conditions essentielles de la fonction judiciaire» pourraient être remplies et en fait elles le seraient (*Cameroun septentrional, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 34). Dans la présente affaire, il existe entre les deux Parties un différend juridique que la Cour, si elle veut s'acquitter de sa fonction, ne peut refuser de trancher. Car une conséquence nécessaire de l'existence d'un différend, y compris en l'espèce, est l'intérêt de la partie (c'est-à-dire le Portugal) à obtenir une décision sur le fond (ici, je reprends la notion de différend telle qu'elle est exposée par M. Morelli, *ibid.*, p. 133, par. 3). Le Portugal a suffisamment démontré son intérêt pour que la Cour examine l'affaire. Cet intérêt demeure et la controverse entre les deux Etats n'a pas pris fin à ce jour.

111. En ce qui concerne la question du Timor oriental, il y a des points d'interprétation et d'application du droit au sujet desquels il est utile de faire appel à la Cour. Ces points ne sont pas abstraits, il ne s'agit pas d'«une question éloignée de la réalité» (pour reprendre l'expression employée dans l'affaire du *Cameroun septentrional (C.I.J. Recueil 1963*, p. 33) et évoquée au cours de la procédure orale par M. Crawford, qui a été d'un avis contraire (CR 95/9, p. 27, par. 17, et CR 95/15, p. 51, par. 9)). La procédure a montré que les Parties s'opposaient sur des questions juridiques que la Cour pouvait régler sans la participation d'un quelconque Etat tiers à l'instance (en l'espèce l'Indonésie). Même si l'on assume que «le différend sous-jacent ne peut être réglé que par voie de

négociation» (contre-mémoire, par. 316), il n'est pas vrai que le différend soumis à la Cour (qu'il faut distinguer du différend «sous-jacent») ne se prête pas à un règlement judiciaire. Sir Robert Jennings nous rappelle que :

«Il pourrait être utilement reconnu de façon plus générale que la méthode du règlement judiciaire n'est pas nécessairement indépendante, et qu'elle peut parfaitement être utilisée en complément d'autres méthodes, telle que la négociation.»¹ [*Traduction du Greffe.*]

Ce juge éminent a donné l'exemple des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* mais on pourrait donner d'autres exemples.

112. On peut aussi envisager notre problème sous un tout autre angle : il y a des différends dont le règlement ne constitue pas une opération unique. Le règlement est un processus ou le devient. Telle est la nature de la question du Timor oriental. Le règlement judiciaire fait partie de ce processus et il n'y a pas de raison de l'éliminer.

IV. LE TERRITOIRE DU TIMOR ORIENTAL

A. *Le statut*

113. «La Cour rappellera ... qu'elle a pris note dans le présent arrêt (paragraphe 31), du fait que pour les deux Parties le Territoire du Timor oriental demeure un territoire non autonome...» (arrêt, par. 37). Et l'on peut conclure, sur la base de sa décision, que la Cour partage ce point de vue. Il est à regretter que cette affirmation importante n'ait pas trouvé sa place dans le dispositif.

Maintien du statut

114. Depuis 1960, le Timor oriental a figuré sans interruption sur la liste des territoires non autonomes de l'Organisation des Nations Unies et y figure toujours. L'Organisation continue de reconnaître ce statut au Timor oriental. Elle est la seule à pouvoir le modifier. Le rejet du statut par la Puissance souveraine initiale, l'emploi de la force par un pays pour s'assurer le contrôle du territoire, ou la reconnaissance par tel ou tel Etat des conséquences de fait du recours à la force, aucun de ces actes unilatéraux ne saurait abolir ou modifier le statut de non-autonomie. Ce statut prend sa source dans le droit des Nations Unies et aucun acte unilatéral ne peut prendre le pas sur ce droit.

115. Il est vrai qu'avec le temps l'Assemblée générale a utilisé dans ses résolutions des termes à certains égards moins fermes et catégoriques, et que le nombre de voix en faveur de ses résolutions a diminué. Mais cela s'explique par l'évolution de l'approche politique et la recherche d'une solution par d'autres voies que celles de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. La situation au regard du chapitre XI de la Charte

¹ «Comité restreint sur le règlement pacifique des différends. Note préliminaire», Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 65, deuxième partie, session de Milan, 1993, Pedone, Paris, 1994, p. 281.

n'a aucunement varié, et les consultations de Genève au titre de la résolution 37/30 de l'Assemblée générale, actuellement en cours, n'ont par ailleurs rien changé au statut du Territoire.

116. A l'évidence, nous sommes en présence d'une situation de fait qui est susceptible de durer longtemps. L'Australie a raison de soutenir que le fait que le Portugal a rejeté, de 1955 à 1974, ce statut attribué au Territoire par l'Organisation des Nations Unies n'a pas modifié le statut juridique du Timor oriental. Il est donc difficile de comprendre comment en même temps l'Australie peut plaider le caractère effectif de l'incorporation du Timor oriental à l'Indonésie et soutenir en particulier que les actes de reconnaissance de cette incorporation ont contribué à la rendre effective. En droit, le statut du Timor oriental est demeuré le même tout au long de la période qui s'est écoulée depuis que le Portugal est devenu Membre de l'Organisation des Nations Unies et que l'Organisation a placé le Timor oriental sous l'empire des dispositions du chapitre XI de la Charte. Il s'agit d'un statut défini par le droit des Nations Unies. Des actes unilatéraux — ceux du Portugal à l'époque de la dictature, puis ceux de l'Indonésie depuis 1975 et ceux des quelques Etats ayant procédé à la reconnaissance — n'ont pas pu et ne peuvent pas prendre le pas sur ce droit.

La position de l'Australie

117. En dépit des diverses nuances que l'Australie a parfois introduites en exposant cette partie de l'affaire, on doit supposer, sur la foi de ce qu'elle dit, qu'elle reconnaît que le Timor oriental est toujours un territoire non autonome. «L'Australie n'a jamais reconnu la légalité de l'acquisition initiale par l'Indonésie du Territoire du Timor oriental.» (Duplique, par. 224.) L'Australie se réfère aussi au fait que c'est un autre Etat qui exerce désormais son autorité sur ce territoire non autonome (l'Indonésie ayant pris la place du Portugal). Cela implique qu'à cet égard le statut (en tant que tel) du Timor oriental n'a pas subi de modification. L'agent et conseil de l'Australie a déclaré :

«L'Australie reconnaît que le peuple du Timor oriental a le droit de se déterminer lui-même selon le chapitre XI de la Charte des Nations Unies. Le Timor oriental reste un territoire non autonome sous le couvert du chapitre XI. L'Australie a reconnu cet état de choses bien avant que le Portugal ne le fasse en 1974. Elle a réaffirmé sa position, tant avant qu'après avoir reconnu la souveraineté de l'Indonésie. Elle le réaffirme maintenant.» (CR 95/14, p. 13.)

118. En même temps, l'Australie ne semble pas exclure que, dans l'intervalle, la situation juridique du territoire ait pu évoluer de façon à correspondre à la situation de fait créée par l'Indonésie. Une telle évolution a-t-elle eu lieu? Le texte du traité relatif au «Timor Gap» et de quelques déclarations officielles (voir ci-après par. 127 et 140) peut être considéré comme allant dans le même sens de la thèse du changement, et non de la continuité. Plus précisément, la position de l'Australie est ambivalente pour trois raisons.

119. Premièrement, on se heurte à une difficulté fondamentale: comment concilier la reconnaissance par l'Australie de la souveraineté indonésienne et le maintien du statut de non-autonomie? La difficulté est d'autant plus grande que l'Indonésie nie l'existence d'un tel statut. Cette reconnaissance ne signifie-t-elle pas inévitablement que l'Australie a accepté la thèse de l'Indonésie au sujet de la situation actuelle du Territoire?

120. Deuxièmement, une autre difficulté vient de ce qu'on peut douter que l'Australie soit fondée à traiter sur un pied d'égalité, en termes identiques, les deux pays (le Portugal et l'Indonésie) en tant que souverains successifs du Timor oriental (voir ci-dessus par. 117). Le titre de souveraineté du Portugal n'est cependant pas comparable à la revendication de l'Indonésie. Depuis 1974, le Portugal se conforme au principe énoncé dans la déclaration relative aux relations amicales¹.

121. Troisièmement, il y a également lieu de noter une tendance générale de la part de l'Australie à insister sur la portée du fait que le Portugal «ne dispose d'aucune autorité gouvernementale» sur le Timor oriental et n'y a «aucune présence matérielle» (CR 95/8, p. 79). Je ne prétends pas que cette affirmation trahisse nécessairement une préférence pour les faits par rapport au droit, mais l'attitude de l'Australie à l'égard du statut du Territoire s'en trouve obscurcie, d'autant que l'Indonésie ne se considère pas elle-même comme une nouvelle «puissance administrante».

Reconnaissance et non-reconnaissance

122. Il convient d'écarter d'emblée l'argument tiré de l'analogie entre le traité relatif au «Timor Gap» et certains traités conclus par l'Indonésie visant à éviter la double imposition. L'Australie a appelé l'attention sur ces traités (contre-mémoire, appendice C, et duplicte, par. 52-54; pour le point de vue du Portugal, voir réplique, par. 6.14). La Cour mentionne de façon générale (c'est-à-dire sans indiquer leur catégorie et leur objet) les «traités susceptibles de s'appliquer au Timor oriental, mais ne comportant aucune réserve quant à ce territoire» (arrêt, par. 32). La Cour ne tire aucune conclusion expresse de ces traités, mais s'y réfère dans le contexte du pouvoir de conclure des traités et non dans celui de la reconnaissance. C'est l'Australie qui se place du point de vue de la reconnaissance. Cette position est fallacieuse dans la mesure où les traités en matière fiscale n'impliquent aucune reconnaissance. En effet, ils ne portent pas sur les problèmes territoriaux, ne visent pas explicitement le Timor oriental et concernent le territoire indonésien soumis à la législation indonésienne uniquement à des fins fiscales. C'est là une question qui peut être réglée par les parties contractantes sans contredire leur position de non-reconnais-

¹ «Le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède, en vertu de la Charte, un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'Etat qui l'administre; ce statut séparé et distinct en vertu de la Charte existe aussi longtemps que le peuple de la colonie ou du territoire non autonome n'exerce pas son droit à disposer de lui-même conformément à la Charte et, plus particulièrement, à ses buts et principes.»

sance (si elles ont adopté cette attitude) ni entraîner une reconnaissance. En revanche, le traité relatif au « Timor Gap » mentionne « la province indonésienne du Timor oriental » et part de l'hypothèse que l'Indonésie exerce sur cette région sa souveraineté, que l'Australie a reconnue.

123. Qu'il me soit permis de faire remarquer qu'en cas de changements violents aboutissant à une domination étrangère ou à une influence étrangère dominante il faut se placer dans une perspective à plus long terme. L'histoire récente vient encore de nous montrer que ce qui avait été pendant très longtemps considéré comme quasi permanent et impossible à modifier s'est effondré sous nos yeux — résultat que les tenants de la *Realpolitik* et de l'acceptation du fait accompli n'avaient pas prévu. On nous a dit, à propos du Timor oriental, que « notre opposition à ce qui s'[est] passé ne changer[a] rien à la réalité de la situation » (position des Etats-Unis d'Amérique, citée dans la duplique, par. 47). C'est peut-être vrai pour le moment, mais nous connaissons tous des cas où une opposition s'est manifestée et où il est arrivé que diverses « réalités » ont offert moins de résistance au changement que n'auraient pu l'imaginer les gouvernements.

124. Dans la présente instance, la Cour a préféré ne pas examiner le problème de la non-reconnaissance d'une situation, d'un traité ou d'un arrangement résultant de l'emploi de moyens contraires à l'interdiction de « recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies » (article 2, paragraphe 4, de la Charte). Lorsque l'on formule ou confirme les principes pertinents en l'espèce, cette attitude de réserve n'est cependant pas la seule possible.

125. La *politique* de non-reconnaissance, qui remonte à une époque antérieure à la première guerre mondiale, a commencé à se transformer en une *obligation* de non-reconnaissance dans les années trente. Les Etats-Unis d'Amérique ont, grâce à la doctrine Stimson, fait œuvre de pionnier et joué un rôle utile dans cette évolution¹. La règle ou, comme sir Hersch Lauterpacht l'appelle², le principe de non-reconnaissance fait aujourd'hui partie du droit international général. On peut affirmer que cette règle est peut-être en voie d'atteindre aujourd'hui le stade où elle participerait de la nature du principe qui est son corollaire, à savoir le principe du non-recours à la force. Dans cette hypothèse, la non-reconnaissance deviendrait une norme impérative de ce droit (*ius cogens*). Il s'agit cependant là d'une évolution future qui doit encore prendre forme et qui demeure incertaine. La déclaration relative aux relations amicales³ décrit bien l'état du droit en ce domaine: « Nulle acquisition territoriale

¹ R. Langner, *Seizure of Territory. The Stimson Doctrine and Related Principles in Legal Theory and Diplomatic Practice*, 1947.

² *Recognition in International Law*, 1947, chap. XXI.

³ Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies. Le texte de la déclaration est annexé à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies. La règle se trouve dans la section concernant l'interdiction de l'emploi de la force.

obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale.» Contrairement aux affirmations faites (contre-mémoire, par. 365; duplique, par. 74), l'obligation de ne pas reconnaître une situation créée par l'emploi illicite de la force ne découle pas uniquement d'une décision du Conseil de sécurité prescrivant la non-reconnaissance. Il s'agit d'une règle directement applicable.

126. Mais en dehors de ce qui a été dit au paragraphe 125 ci-dessus, il est permis de penser que l'Organisation des Nations Unies a rejeté la possibilité d'une reconnaissance. En effet, le Conseil de sécurité a demandé à «tous les Etats de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental» (résolutions 384 (1975) et 389 (1976), paragraphe 1 du dispositif de chacune de ces résolutions) et l'Assemblée générale a fait mention de l'intégrité territoriale du Timor oriental (résolution 34/85 (XXX), par. 5; cette résolution a été réaffirmée par l'Assemblée en 1976-1978). Que peuvent signifier tous ces textes sinon qu'il est interdit de faire quoi que ce soit qui puisse porter atteinte à l'intégrité du Territoire? La reconnaissance de ce territoire en tant que province de l'Indonésie est contraire aux résolutions citées. L'Assemblée a rejeté l'intégration du Timor oriental à l'Indonésie (ci-dessus par. 24).

127. L'Australie a pourtant reconnu la souveraineté de l'Indonésie sur le Timor oriental et elle a, à cette occasion, également contesté le caractère juridique de la règle de non-reconnaissance¹. Des formulations moins précises ont parfois été utilisées: il a été dit au cours des plaidoiries que l'Australie «a reconnu la présence de l'Indonésie au Timor oriental» (CR 95/8, p. 10, par. 3, M. Pellet). Le terme «présence» pourrait, au sens strict du terme, avoir une portée moindre que celui de «souveraineté».

¹ Le sénateur Gareth Evans, alors ministre des ressources et de l'énergie, a fait la déclaration suivante devant le Sénat australien le 20 mars 1986:

«J'indique avec clarté que le statut juridique de cette déclaration [citée ci-dessus p. 262, note 3], qui ne constitue en aucun sens un traité, fait depuis longtemps l'objet de contestations très énergiques. Nous croyons comprendre qu'il n'existe aucune obligation juridique internationale contraignante de ne pas reconnaître l'acquisition d'un territoire obtenue par la force. En droit international, la licéité de l'acquisition initiale d'un territoire par un Etat doit être distinguée des relations ultérieures entre les Etats tiers et l'Etat qui acquiert un territoire nouveau. Chaque Etat a le droit souverain de décider des relations qu'il aura avec les Etats qui acquièrent, par quelque moyen que ce soit, de nouveaux territoires et de décider s'il entend ou non reconnaître la souveraineté sur un tel territoire.

Comme le premier ministre (M. Hawke) l'a déclaré devant la Chambre le 22 août 1985, quand il a répondu à M. Peacock, l'Australie reconnaît la souveraineté indonésienne sur le Timor oriental depuis février 1979. Bien entendu, cette déclaration s'accompagnait de la reconnaissance, une fois encore de la part de M. Hawke, et que des représentants du gouvernement ont formulée en de nombreuses occasions, des préoccupations que nous inspire la manière dont le Timor oriental a été incorporé à l'Indonésie. La reconnaissance ne modifie en rien les préoccupations toujours actuelles relatives à ce fait historique.

Permettez-moi de poursuivre en disant qu'entreprendre maintenant des négociations avec l'Indonésie au sujet du «Timor Gap» est parfaitement compatible avec la reconnaissance, par l'Australie, de la souveraineté de l'Indonésie sur le Timor oriental.» (Reproduit à l'annexe III.28 du mémoire.)

128. L'Australie a avancé la justification suivante :

« Sur un plan pratique, l'Australie ne pouvait éluder la décision de reconnaître l'Indonésie [*sic*] et de négocier avec elle dans le but de conclure un traité relatif au « Timor Gap », si elle voulait garantir et exercer là les droits souverains qui étaient les siens. Il n'existait aucun autre Etat avec lequel elle pouvait négocier et conclure un accord efficace. Aucun accord avec le Portugal n'aurait permis de réaliser l'objectif légitime de l'Australie, car cet Etat ne possédait pas le contrôle de la zone en question et il n'existait pas la moindre perspective qu'il puisse jamais le posséder. » (Contre-mémoire, par. 354.)

Le problème ne saurait toutefois se réduire à des considérations « pratiques ». Celles-ci ne dispensent pas l'Etat de son obligation de non-reconnaissance. La thèse avancée, si elle n'est pas nuancée, est inacceptable. Admise sans réserves, elle pourrait saper le fondement de n'importe quelle règle juridique.

129. Même si la reconnaissance d'Etats ou de gouvernements demeure « un acte libre », elle cesse de l'être en cas d'acquisition irrégulière d'un territoire: le caractère discrétionnaire de l'acte est alors modifié par la règle interdisant la menace ou l'emploi de la force.

130. Comme il a été indiqué ci-dessus (par. 125), la règle de non-reconnaissance est directement applicable. Il n'est pas nécessaire, pour qu'elle s'applique, que l'Organisation des Nations Unies ou une autre organisation internationale la réitère. En conséquence, le fait que l'Organisation des Nations Unies n'a pas donné de directive en ce sens dans un cas particulier ne dispense aucun Etat de l'obligation de non-reconnaissance. L'absence de « sanctions collectives » n'a pas non plus cet effet. L'Australie est de l'opinion contraire (voir contre-mémoire, par. 355-356, et duplique, par. 229).

131. Il n'a pas été demandé à la Cour de statuer ou de faire une déclaration de non-reconnaissance en ce qui concerne l'autorité de l'Indonésie sur le Timor oriental. Mais qu'il me soit permis de reformuler la question: la Cour peut-elle éluder cette question lorsqu'elle formule certains principes? La non-reconnaissance pourrait protéger, et protège d'ailleurs en fait, les droits à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Tout pays a l'obligation corrélative de respecter ces droits et aucun acte de reconnaissance ne peut le dispenser de cette obligation. Autrement dit, il pourrait être nécessaire d'examiner s'il existe un lien entre l'attitude de l'Australie à l'égard de l'annexion par l'Indonésie et ses obligations à l'égard du Timor oriental. Se prononcer sur l'existence d'un tel lien n'équivaudrait pas à rendre un arrêt visant l'Indonésie, car la Cour se bornerait alors à statuer sur un acte unilatéral de l'Australie. Contrairement à ce que pense l'Australie (contre-mémoire, par. 350), cet acte signifie davantage que la simple constatation que l'Indonésie « exerce effectivement son autorité sur le territoire » et que le

gouvernement qui procède à la reconnaissance est «disposé à traiter avec cet Etat ou ce gouvernement pour ce qui se rapporte à ce territoire». La reconnaissance conduit à la validation du contrôle de fait sur un territoire et à l'établissement de droits correspondants.

132. Une décision collective de la communauté internationale peut modifier l'attitude de non-reconnaissance. En droit, il y a une différence fondamentale entre une telle décision et des actes séparés de reconnaissance. Sir Robert Jennings parlait d'«une sorte de collectivisation du processus, peut-être par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations Unies elle-même...»¹. Mais jusqu'à présent il ne s'est rien produit de semblable pour le Timor oriental. Il n'y a pas eu non plus consolidation du «titre» indonésien par d'autres moyens.

133. La dichotomie entre le fait et le droit est l'une des caractéristiques de la présente affaire. J'ai déjà évoqué un des aspects de cette dichotomie au paragraphe 123 ci-dessus. Selon la présente opinion, il n'est pas possible d'examiner d'une manière générale le rôle de l'élément factuel ou des faits comme source de droits, d'obligations et de pouvoirs. Il serait cependant trop simple de refuser d'admettre le maintien du statut du Timor oriental et du Portugal tel que reconnu par l'Organisation des Nations Unies parce qu'il serait trop éloigné des réalités. Chaque fois qu'il y a emploi illicite de la force, il faut avoir soin de ne pas estomper la différence entre les faits et le droit, entre la position juridique et la situation de fait. Même dans des situations apparemment désespérées, le droit doit être respecté. Dans de telles circonstances, ce respect ne saurait être considéré comme irréaliste. L'histoire est riche de surprises, et l'histoire contemporaine montre que, dans le vaste territoire qui s'étend de Berlin à Vladivostok, les prétendues «réalités», résultant le plus souvent de crimes et d'actes illicites commis à une vaste échelle, se sont révélées moins réelles et moins permanentes que beaucoup ne l'imaginaient. S'agissant de questions comme l'invasion militaire, la décolonisation et l'autodétermination, on devrait prendre ses distances par rapport à ce genre particulier de réalisme. Et on ne peut considérer que le chapitre XI méconnaît le problème de la licéité de l'administration d'un territoire non autonome.

B. *L'autodétermination*

«*Les principes essentiels*»

134. La Cour déclare que le principe de l'autodétermination est «un des principes essentiels du droit international contemporain». Elle évoque l'opposabilité «*erga omnes*» du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La Cour considère «qu'il n'y a rien à redire» à l'affirmation du Portugal sur ce point (arrêt, par. 29). La Cour rappelle également «qu'elle a pris note, dans le présent arrêt (paragraphe 31), du fait que pour les deux Parties ... [le peuple] du Timor oriental ... a le droit à disposer de

¹ *The Acquisition of Territory in International Law*, 1963, p. 61.

lui-même» (par. 37). Il est à regretter que ces déclarations importantes n'aient pas été reprises dans le dispositif de l'arrêt.

135. Selon M. Bedjaoui, Président de la Cour, l'autodétermination est devenue, avec le temps, «un principe primaire, d'où découlent les autres principes qui régissent la société internationale». Ce principe fait partie du *jus cogens*; par conséquent, «la communauté internationale ne pouvait pas rester indifférente à son respect». Les Etats, «individuellement et collectivement», ont le devoir de contribuer à la décolonisation, devenue «une affaire de tous»¹. Selon M. Ranjeva, «[l']inaliénabilité des droits du peuple implique leur caractère impératif et absolu, qui s'impose à tout l'ordre international»². M. Mbaye interprète le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en liaison avec «le principe de l'intangibilité des frontières»³. Cette liaison souligne encore l'incompatibilité de l'incorporation d'un territoire non autonome par la force avec l'exigence du droit à l'autodétermination.

136. Le droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental constitue, en vertu du chapitre XI de la Charte, l'élément clé du statut du Territoire. Ce fait a été confirmé par plusieurs résolutions de l'Organisation des Nations Unies qui ont été adoptées depuis l'invasion du Timor oriental par l'Indonésie et depuis l'incorporation dudit territoire à cet Etat.

137. La question de l'autodétermination ne se limite pas à une relation quadrilatérale (qui se traduit aujourd'hui par les consultations de Genève), c'est-à-dire entre le peuple du Timor oriental, l'Organisation des Nations Unies, le Portugal et l'Indonésie. En particulier, l'obligation de respecter le principe de l'autodétermination en ce qui concerne le Timor oriental n'incombe pas uniquement au Portugal et à l'Indonésie. Certaines obligations à cet égard pourront incomber ou incomberont aussi à d'autres Etats selon les circonstances. L'Australie s'est mise elle-même dans cette obligation en négociant, en concluant et en commençant à exécuter le traité relatif au «Timor Gap».

138. La déclaration relative aux relations amicales énonce :

«Tout Etat a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres Etats ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe...»

¹ M. Bedjaoui, dans J.-P. Cot et A. Pellet (dir. publ.), *La Charte des Nations Unies*, 2^e éd., 1991, p. 1082-1083.

² R. Ranjeva, «Les peuples et les mouvements de libération nationale», dans M. Bedjaoui (dir. gén.), *Droit international. Bilan et perspectives*, 1991, p. 113, par. 16.

³ Kéba Mbaye, introduction à la quatrième partie («Les droits de l'homme et des peuples»), *ibid.*, p. 1125, par. 62.

Le droit à l'autodétermination engendre une responsabilité qui n'est pas uniquement à la charge des parties directement intéressées.

La position de l'Australie

139. L'Australie souscrit au principe de l'autodétermination. Dans ses écritures et plaidoiries, elle a insisté sur le fait qu'elle reconnaissait le droit du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même.

140. Or, dans certaines déclarations australiennes officielles, cette position générale se nuance quelque peu en ce qui concerne le cas particulier du Timor oriental. Le 14 novembre 1994, M. Gareth Evans, ministre des affaires étrangères, a déclaré au Sénat :

«L'autodétermination dont parle l'Australie et qu'elle veut encourager est l'autodétermination dans le cadre de la souveraineté indonésienne. C'est ce qu'implique la reconnaissance *de jure* dont l'autre camp politique australien a pris l'initiative en 1979 et que nous avons par la suite entérinée lorsque nous sommes arrivés au pouvoir.

Ce que l'autodétermination signifie dans ce contexte, et dans le sens où ce terme est souvent employé au niveau international aujourd'hui, c'est le respect véritable des différentes ethnies ainsi que le respect véritable des revendications formulées en matière de droits de l'homme par des groupes particuliers au sein d'entités nationales ou étatiques plus larges. C'est ce dont nous parlons. On pourrait penser dans ce contexte qu'une certaine forme d'autonomie politique ou un statut spécial — du genre de ce qu'on trouve par exemple à Jogjakarta ou à Aceh — contribuerait utilement au processus plus large de la réconciliation. Certes, cela ne suffit pas en soi pour régler l'ensemble du problème, mais c'est au moins une partie de la réponse. Les autres éléments de la réponse sont ceux que j'ai décrits, en particulier la réduction de la présence militaire ainsi que la prise d'autres mesures visant à faire mieux respecter les sensibilités locales, religieuses et culturelles que cela n'a été le cas jusqu'à présent.» (Compte rendu des débats au Sénat, p. 2973.)

Il y a lieu de noter ici les expressions «l'autodétermination dans le cadre de la souveraineté indonésienne», ainsi que «le respect ... des différentes ethnies», «le respect ... des revendications formulées en matière de droits de l'homme par des groupes particuliers», la prise de mesures «visant à faire mieux respecter les sensibilités locales, religieuses et culturelles» du peuple du Timor oriental et également «autonomie politique ou ... statut spécial». Ce sont là des objectifs importants qui cadrent parfaitement avec un certain type d'autodétermination. Mais cette déclaration ne satisfait pas entièrement aux exigences de la résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale. Le 7 février 1995, le ministre des affaires étrangères a expliqué ce qu'il entendait par «dans le cadre de la souveraineté» :

«Avant 1975, l'Australie reconnaissait la souveraineté portugaise sur le Timor oriental tout en reconnaissant en même temps le droit à

l'autodétermination du peuple du Timor. Il n'y a aucune différence entre la situation à cette époque et celle d'aujourd'hui. La revendication d'un droit à l'autodétermination peut coexister avec une reconnaissance de souveraineté. Nous avons reconnu la souveraineté portugaise à cette époque — et, en fait, jusqu'en 1979, date à laquelle nous avons formellement reconnu la souveraineté indonésienne, mais nous avons également durant toute cette période reconnu le droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental.» (Hansard, compte rendu des débats au Sénat, base de données, p. 572.)

Le ministre a cette fois mentionné toutes les solutions possibles :

«[L]’autodétermination peut aboutir à différents résultats, notamment, bien sûr, à l’accession au statut d’Etat indépendant, mais également à l’intégration à un Etat ou à une certaine forme d’association avec lui, ou encore à un certain degré d’autonomie à l’intérieur d’un autre Etat. Il me semble que cela est important.

Pour ce qui est du Timor oriental, l’Australie reconnaît que son peuple a le droit de disposer de lui-même — de choisir effectivement la façon dont il sera gouverné. Telle était la position de l’Australie avant les événements de 1975 et elle n’a pas changé depuis lors. L’Organisation des Nations Unies a certainement reconnu, dans le cas du Timor oriental, qu’on ne saurait trouver de solution au problème de l’autodétermination et aux autres problèmes connexes sans la coopération du Gouvernement indonésien...» (*Ibid.*)

La position adoptée dans la déclaration se fait donc plus restrictive dans le cas du Timor oriental : l’autodétermination se réduit à choisir la forme de gouvernement («la façon dont il sera gouverné»).

Erosion par suite de l'acceptation du fait accompli

141. Il faut remarquer qu'on ne saurait apprécier dans l'abstrait le parallélisme existant entre, d'une part, la reconnaissance de souveraineté (quelle que soit la manière dont cette souveraineté a été acquise sur un territoire) et, d'autre part, le soutien (fût-il verbal) à l'autodétermination. La situation actuelle du Timor oriental se caractérise par un déséquilibre entre ces deux éléments. La reconnaissance milite en faveur du caractère permanent de l'incorporation tandis que l'autodétermination est en fait suspendue. La reconnaissance fige la situation. Comme l'a dit M. George H. Aldrich, conseiller juridique adjoint du département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique «[i]l reste ... à savoir ce que nous sommes tenus de faire si ce droit [à l'autodétermination] n'est pas respecté comme nous pourrions le souhaiter...» (cité dans la duplique, par. 47). La question se pose toujours. Les Etats-Unis d'Amérique, qui ont reconnu l'incorporation, n'ont pas trouvé de réponse; ils agissent «sur la base de la situation de fait existante» (c'est-à-dire l'autorité indonésienne au Timor oriental) (*ibid.*).

C. *La puissance administrante*

La puissance administrante en tant que composante du statut du territoire

142. L'Australie affirme que «le chapitre XI de la Charte ne vise nullement le concept de «puissance administrante» (duplique, par. 186). Selon elle, la pratique des Nations Unies «fait ressortir que l'expression «puissance administrante», à la différence de l'expression «territoire non autonome», n'a pas été considérée par l'Organisation des Nations Unies comme un titre officiel ni une référence à un statut juridique propre» (*ibid.*, par. 185). Cela n'est pas exact. L'expression «puissance administrante», qui apparaît dans les résolutions de l'Organisation des Nations Unies depuis plus de trente ans (depuis 1962), est une abréviation de l'expression suivante figurant dans la Charte: «Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes» (art. 73). Un tel Etat Membre, ou puissance administrante, exerce une fonction qui fait partie du statut du territoire non autonome. Cette fonction comporte des pouvoirs, droits et devoirs établis par le droit et la pratique des Nations Unies. Le chapitre XI contient les règles de base de la fonction de puissance administrante. Si l'on dit, à juste titre, comme c'est aussi l'avis de l'Australie, que «le concept de «territoires non autonomes» est tiré de la Charte des Nations Unies elle-même (voir l'intitulé du chapitre XI) et qu'il est reconnu que ce statut correspond à un statut juridique emportant des conséquences juridiques en droit international» (duplique, par. 185), la «puissance administrante» fait alors inévitablement partie de ce «statut juridique»: au sens du chapitre XI, il n'y a pas de «puissance administrante» en l'absence de territoire non autonome et vice versa.

La puissance administrante en tant que souverain

143. Depuis la révolution démocratique du 25 avril 1974 (la «révolution des œillets»), le Portugal a réaffirmé sa position selon laquelle il n'a «aucune revendication territoriale sur le Timor oriental» (voir, par exemple, le document des Nations Unies A/36/PV.6, par. 264). Cette attitude met l'accent sur la prééminence des intérêts du Timor oriental. C'est à ce dernier qu'il revient de décider de son avenir; le Portugal acceptera cette décision, y compris l'indépendance du Territoire si tel est le résultat de l'exercice du droit à l'autodétermination.

144. Conformément à la loi constitutionnelle 7/74, le Timor oriental a cessé de faire partie du «territoire national» au sens que la constitution portugaise de 1933 donnait à cette notion. Cependant, la prééminence du droit à l'autodétermination, avant qu'il n'ait été librement exercé, ne signifie pas la renonciation à la souveraineté que le Portugal exerce sur le Territoire depuis le XVI^e siècle. L'abolition du régime de 1933 au titre duquel les colonies faisaient partie du «territoire national» a créé, en droit interne portugais, une différence entre ces colonies et le territoire

métropolitain, différence déjà prévue dans le droit des Nations Unies, en particulier le chapitre XI de la Charte et la déclaration relative aux relations amicales (par. 53 ci-dessus). En droit international, la position au regard de la souveraineté demeurerait inchangée :

« sans préjudice pour la reconnaissance immédiate de l'« altérité » du Territoire du Timor oriental et de la souveraineté de son peuple pour définir librement son avenir politique, le Portugal s'est réservé ses propres prérogatives de souveraineté et d'administration. Il s'agit évidemment de toutes les prérogatives qui accompagnent, d'une manière générale, l'exercice de la juridiction des Etats sur les territoires qui leur appartiennent pleinement, à la seule exception des prérogatives qui ne soient pas compatibles avec le statut de droit international des territoires non autonomes. Ces prérogatives seraient temporaires de par leur nature, puisqu'elles prendraient fin au terme du processus de décolonisation. Cependant ce processus n'a pas atteint son terme à la date prévue^[1] pour des raisons indépendantes de la volonté du Portugal. Il faut donc entendre que le Portugal maintient, *de jure*, sur le Timor oriental, tous les pouvoirs propres à la juridiction d'un Etat sur l'un quelconque de ses territoires, à condition qu'ils ne soient pas incompatibles avec l'« altérité » du Timor oriental et avec le droit à l'autodétermination du peuple timoréen. » (Réplique, par. 4.54.)

145. On peut ajouter que la renonciation à la souveraineté a parfois abouti à l'apparition d'un territoire non soumis à la souveraineté d'un Etat quelconque, ce territoire devenant une zone où l'élément de souveraineté étatique fait défaut (comme dans le cas, par exemple de la Ville libre de Dantzig en application des traités de 1919 et 1920). Le statut d'un territoire non autonome, en vertu de la Charte des Nations Unies, est différent. S'agissant des colonies d'outremer des pays occidentaux, ce statut englobe l'Etat administrant qui a la souveraineté sur la colonie. Aucune renonciation à la souveraineté n'est d'autre part prévue dans les constitutions post-révolutionnaires du Portugal, que ce soit en 1976 (art. 307), en 1982 (art. 297) ou en 1989 (art. 293). Par ces dispositions, le Portugal s'est imposé le devoir d'assurer les intérêts du peuple du Timor oriental, sans se dépouiller lui-même de sa souveraineté.

146. Il est ici utile de distinguer entre la souveraineté et son exercice. Ainsi qu'on l'a déjà rappelé, la déclaration relative aux relations amicales prévoit que « le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède, en vertu de la Charte, un statut séparé et distinct de celui du territoire [métropolitain] de l'Etat qui l'administre ». La raison de ce caractère séparé et distinct est l'autodétermination. Mais la disposition citée ne vise pas à priver l'Etat du titre de souveraineté qu'il détenait

¹ Aux termes de l'article 5, paragraphe 1, de la loi constitutionnelle 7/75, la décolonisation devait prendre fin « le troisième dimanche d'octobre 1978 ».

avant l'adoption de la Charte et de la déclaration. L'Etat demeure souverain. Ladite disposition prévoit des restrictions à l'exercice de la souveraineté de l'Etat. Ces restrictions sont d'une grande portée. Le Portugal s'est justement référé à ses «prérogatives de souveraineté» (par. 75 ci-dessus), bien qu'il ait évité parfois le terme de «souveraineté» en décrivant sa position à l'égard du Timor oriental. Il a ainsi utilisé les termes «juridiction» (CR 95/4, p. 10, par. 2, coagent, conseil et avocat du Portugal, J. M. S. Correia) et «autorité» (CR 95/12, p. 44, par. 3, *id.*). Le Portugal explique néanmoins que:

«les puissances administrantes sont des Etats indépendants qui conservent leurs attributs d'Etats lorsqu'ils agissent dans la sphère internationale pour les territoires non autonomes de l'administration desquels ils sont responsables» (*ibid.*).

Ces «attributs» ne correspondent à rien de plus que la souveraineté, dont l'exercice a été restreint en faveur de l'autodétermination du peuple concerné. Le Portugal souligne que le peuple du territoire «est le détenteur de la souveraineté inhérente à la capacité de décider par lui-même de son futur statut juridique international» (CR 95/4, p. 13, par. 6, *id.*) et que «le droit international de la décolonisation a dévolu la souveraineté sur ces territoires à leurs propres populations» (CR 95/12, p. 44, par. 3, *id.*). Conformément au droit international, ces arguments doivent être compris comme visant l'autodétermination: c'est le peuple qui décide de son exercice; mais le «peuple» en tant que détenteur de la «souveraineté» est un concept qui, tout au moins en partie, dépasse le domaine du droit.

Continuité de la qualité de puissance administrante du Portugal

147. Le Portugal demeure la Puissance administrante du Territoire du Timor oriental. Cette qualité du Portugal a été expressément corroborée par la résolution 384 (1975) du Conseil de sécurité et par les résolutions 3485 (XXX), 34/40, 35/27, 36/50 et 37/30 de l'Assemblée générale. Elle a été implicitement réaffirmée dans plusieurs autres résolutions (voir ci-dessus par. 22). Dans la résolution 384 (1975), le Conseil de sécurité a regretté «que le Gouvernement portugais ne se soit pas pleinement acquitté des responsabilités qui lui incombent en tant que puissance administrante du Territoire aux termes du chapitre XI de la Charte». Cette déclaration n'a entraîné aucune modification des responsabilités du Portugal; au contraire, il a été demandé à celui-ci, en tant que puissance administrante, «de coopérer pleinement avec l'Organisation des Nations Unies». Bien qu'il ait perdu le contrôle territorial du Timor oriental, le Portugal a ainsi été confirmé dans sa mission et dans ses fonctions.

148. La question de la souveraineté est liée à la question de la continuité. Ainsi qu'il a été expliqué aux paragraphes 144 et 145, c'est l'Etat qui a la souveraineté sur la colonie qui, aux termes du chapitre XI de la Charte, devient et demeure la Puissance administrante. C'est une conséquence automatique du fait même d'être souverain et partie à la Charte,

c'est-à-dire Membre de l'Organisation. On n'est ni «nommé» ni élu à cette «fonction» d'autorité chargée de l'administration. Mais il convient de ne pas confondre souveraineté et contrôle factuel et effectif sur le territoire. Un tel contrôle ne confère pas en soi à celui qui l'exerce la qualité de puissance administrante.

149. Lors de l'invasion par l'Indonésie, l'Australie a reconnu ce qui suit: «Assurément, le Portugal conserve la responsabilité en droit.» (Nations Unies, *Documents officiels du Conseil de sécurité*, 1865^e séance, 16 décembre 1975, par. 101). Mais l'Australie a modifié sa position quelque temps plus tard.

150. Le fait que l'Assemblée n'ait pas, comme dans sa résolution 3458 A (XXX) sur le Sahara occidental, mentionné expressément «la responsabilité de la puissance administrante et celle de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne la décolonisation du territoire» n'a pas d'importance. La résolution sur le Timor oriental confirme cette «responsabilité» en utilisant d'autres termes.

151. L'Australie admet que «le Portugal est peut-être la Puissance administrante pour certaines fins de l'Organisation des Nations Unies» (duplique, par. 98). La perte du contrôle du Territoire en question a certes eu pour résultat de faire disparaître en fait l'administration portugaise sur place. Il peut y avoir lieu de traiter avec l'Etat qui exerce le contrôle effectif en ce qui concerne certaines questions particulières (voir l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 56, par. 125).

152. Mais l'invasion étrangère n'a pas éliminé tous les éléments constitutifs de la compétence de l'administrateur légitime. En outre, il n'existe pas non plus un droit pour les autres Etats de reconnaître «qu'il y a eu changement de l'Etat administrant ce territoire» (voir, dans le sens contraire, duplique, par. 183). Ce changement est une question qui relève exclusivement de la compétence de l'Organisation des Nations Unies. Aussi longtemps que l'Organisation n'a pas pris une nouvelle décision, la qualité de puissance administrante se maintient, juridiquement intacte, nonobstant la perte de contrôle du territoire.

153. L'Australie soutient que

«Le Portugal ne fit aucune tentative pour prévenir ou repousser l'intervention militaire indonésienne. Le repli de son administration sur Atauro en août 1975, son inaction pendant qu'elle se trouvait dans cette île, et son départ d'Atauro le lendemain de l'intervention indonésienne en décembre 1975 constituaient manifestement un abandon par le Portugal de ses responsabilités de Puissance administrante.» (Contre-mémoire, par. 41.)

154. On ne saurait accepter cette interprétation. Le repli sur Atauro était dicté par des raisons de sécurité, Dili ayant été prise par les forces du FRETILIN (ci-dessus par. 14). Matériellement éloignées de la capitale,

les autorités portugaises n'ont pu être mêlées aux combats entre les factions du Timor oriental. Il fallait d'ailleurs éviter qu'elles le fussent, dans l'intérêt de l'administration du Timor oriental. Quant à l'invasion indonésienne, le Portugal ne disposait pas au Timor oriental de troupes lui permettant d'opposer la moindre résistance: le gouverneur n'avait plus à sa disposition que deux sections de parachutistes. Indépendamment de cette impossibilité matérielle d'agir, il était probablement de l'intérêt de toutes les parties concernées de ne pas étendre ni d'intensifier les opérations militaires. Lorsque l'invasion a eu lieu, le Portugal n'a pas eu d'autre choix que de retirer ses fonctionnaires du Timor oriental. Mais ce retrait n'équivalait pas et ne pouvait pas équivaloir à l'abandon de la fonction de puissance administrante. Et ce, premièrement, parce que le Portugal n'avait nullement l'intention de renoncer à cette fonction et, deuxièmement, parce qu'aucune puissance administrante n'a le pouvoir de renoncer à sa qualité sans que l'Organisation des Nations Unies n'y consente. Un acte unilatéral en ce sens n'aurait pas d'effet juridique. L'action menée au niveau international par le Portugal au sein de l'Organisation des Nations Unies à la suite de l'invasion prouve amplement qu'il avait décidé de continuer à exercer ses fonctions de puissance administrante. En même temps, l'Organisation n'a pas déchargé le Portugal de ses obligations.

155. Il serait erroné de prétendre que le Portugal a perdu sa qualité de puissance administrante du fait que certaines résolutions ont passé cette qualité sous silence ou que les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies ont cessé d'adopter des résolutions sur le Timor oriental. Ce statut ne pouvait être changé que par une décision expresse, notamment la reconnaissance qu'un autre Etat (à savoir l'Indonésie) assumait désormais la responsabilité du Territoire. Tel n'a pas été le cas jusqu'à présent.

V. CONCLUSION

156. La décision de la Cour, selon laquelle celle-ci ne peut pas exercer sa juridiction dans l'affaire du *Timor oriental*, ne doit pas être considérée comme affaiblissant le concept de territoire non autonome, même s'il aurait été bon qu'elle insistât davantage sur le fond de la question. Aujourd'hui la liste de ces territoires dressée par l'Organisation des Nations Unies est courte puisque le processus de décolonisation arrive à son terme. Mais le chapitre de la non-autonomie n'est pas encore clos pour autant: les idéologies, les régimes politiques et de nombreux pays sont en pleine transition et en cours de transformation. La stratégie du droit exige que les institutions anciennes (comme le chapitre XI de la Charte) s'adaptent aux nouveaux défis. Il serait donc préférable que la Cour exerce sa compétence: préférable dans l'optique de l'évolution actuelle, préférable aussi pour la primauté du droit.

157. Il est à regretter que le dispositif de l'arrêt ne cite pas comme élé-

ments pertinents l'interdiction du recours à la force; la non-reconnaissance; l'autodétermination des peuples; le statut du Timor oriental selon le droit des Nations Unies, y compris la règle voulant que seule l'Organisation puisse modifier ce statut; la position du Portugal en tant que puissance administrante; l'obligation qu'ont les Etats de respecter ce statut, en particulier l'obligation pour les Etats qui concluent certains arrangements avec le gouvernement exerçant son contrôle sur le territoire, lorsque ces arrangements sont d'une certaine importance politique et juridique, de consulter le Portugal, les représentants du peuple du Timor oriental et l'Organisation des Nations Unies. Il est non seulement approprié, mais aussi hautement significatif, que dans l'exposé des motifs l'arrêt affirme certains de ces principes. Mais le sujet est trop important pour faire l'objet d'un exposé prudent des motifs. La fonction et la responsabilité de la Cour sont également concernées.

158. Cette affaire offrait l'occasion d'apprécier les activités d'un Membre des Nations Unies sous l'angle de la Charte. La question revêt une importance capitale dans le contexte de la crise que traverse actuellement l'Organisation et, plus généralement, dans le climat actuel, caractérisé partout dans le monde par l'affaiblissement du respect du droit.

159. Le comportement de l'Australie, comme de tout autre Etat Membre, peut être évalué à la lumière des résolutions de l'Organisation des Nations Unies. Logiquement, cette évaluation ne présuppose pas ni n'exige que l'on examine d'abord la licéité du comportement d'un autre pays. Les Etats membres ont, envers les Nations Unies, des obligations qui revêtent souvent un caractère individuel et qui ne dépendent pas des actes passés ou présents d'un autre Etat. Dans cette mesure, la Cour a compétence. Il n'y a en l'occurrence aucune condition préalable obligatoire. La Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ne saurait refuser de procéder à une telle évaluation quand le différend porté devant elle relève du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut. En revanche, à cause de la non-participation de l'Indonésie, la Cour n'a pas compétence en l'espèce pour se prononcer sur le comportement de cet Etat.

160. Il a été affirmé que puisque l'Australie reconnaît le droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental, il n'y a pas, pour la Cour, matière à décision. Ce n'est pas le cas. Le Portugal a soulevé plusieurs questions concernant ce droit; d'autres aspects du statut du Territoire ont été également discutés. Et dans la présente opinion j'ai tenté de montrer qu'à cet égard plusieurs points restent à éclaircir. La Cour devrait par conséquent statuer. Une partie du dispositif de l'arrêt devrait porter sur le fond, ou du moins sur certains aspects de celui-ci.

161. On a mis en doute l'efficacité d'un tel arrêt. Qu'il me soit maintenant permis de traiter d'un argument précis fondé sur des considérations d'«opportunité judiciaire» et auquel on semble devoir accorder un certain poids, à savoir que l'arrêt ne serait pas susceptible d'exécution. On a fait remarquer que la présente affaire est, à cet égard, différente de l'affaire du *Cameroun septentrional* puisque le Portugal ne demande pas

l'annulation du traité relatif au «Timor Gap». Pourquoi serait-il inopportun que la Cour examine le comportement de l'Australie, c'est-à-dire le fait que celle-ci a négocié, conclu et mis en œuvre le traité? Une décision à cet égard serait-elle inexécutable? La mise en œuvre du traité s'effectue au quotidien. Ce qui se produit après le prononcé de l'arrêt ne relève pas des fonctions de la Cour, mais il n'y a aucune raison de penser que l'arrêt ne serait pas exécuté. La loyauté de l'Australie envers la Cour a été reconnue.

162. La Cour administre la justice dans les limites du droit. Dans la présente affaire nous avons, d'une part, l'insistance avec laquelle on invoque les intérêts nationaux — légitimes, il est vrai — et la *Realpolitik*: on nous a dit que la reconnaissance de la conquête était inévitable. Mais on invoque, d'autre part, la défense du principe de l'autodétermination, le principe de l'interdiction du recours à la force militaire, la protection des droits de l'homme du peuple du Timor oriental et enfin, et ce n'est pas le moins important, la défense des procédures de l'Organisation des Nations Unies pour la résolution des problèmes nés de la colonisation par des pays d'Europe occidentale, en l'occurrence le Portugal. L'on peut dire sans crainte de se tromper qu'en cette affaire le Portugal ne poursuit pas ses propres intérêts nationaux. Il ne veut pas être le souverain du Timor oriental, ou en obtenir des avantages divers, notamment maritimes. Sa position est tout à fait à l'opposé de l'égoïsme. Le Portugal a embrassé une grande cause. Cela aurait dû être reconnu par la Cour, dans les limites que dicte l'opportunité judiciaire. Comment cette cause a-t-elle pu être rejetée pour des arguments discutables touchant la compétence?

163. Quels sont les devoirs des Etats tiers (notamment l'Australie) à l'égard du Timor oriental? Premièrement, ne rien faire qui puisse porter atteinte au statut du Territoire ou l'affaiblir, y compris en ce qui concerne l'exercice par son peuple du droit à l'autodétermination. Deuxièmement, lorsqu'un Etat tiers (c'est-à-dire un Etat qui n'est ni la puissance administrante ni l'Etat qui contrôle en fait le territoire) conclut un traité ou passe un accord concernant les intérêts du territoire et/ou de son peuple, cet Etat doit prendre particulièrement soin de protéger lesdits intérêts, dans la mesure où il est à même de le faire. On peut dire que ce devoir est inclus dans l'exhortation du Conseil de sécurité, qui demandait à «tous les Etats et toutes les parties intéressées de coopérer pleinement avec l'Organisation des Nations Unies dans ses efforts pour apporter une solution pacifique à la situation existante et faciliter la décolonisation du Territoire» (résolution 384 (1975), par. 4, et résolution 389 (1976), par. 5; ces résolutions ont été reprises par Assemblée générale en 1976-1978). En ce qui concerne le Timor oriental, compte tenu des circonstances (y compris la situation en matière de droits de l'homme), un Etat tiers a l'obligation de consulter la Puissance administrante et les représentants légitimes du Territoire. Enfin, certains autres devoirs peuvent découler tant de la situation juridique que de la situation de fait du territoire; ces devoirs peuvent être dictés par des considérations diverses, y compris l'appartenance de l'Etat tiers en question à la même région:

164. Il fallait, il est vrai, protéger les intérêts maritimes légitimes de l'Australie. Mais étant donné que ceux-ci concernent également une zone maritime du Timor oriental, le statut de ce territoire mettait l'Australie dans l'obligation de prendre contact à cet égard avec l'Organisation des Nations Unies et/ou la Puissance administrante.

165. La négociation, la conclusion et l'exécution par l'Australie du traité relatif au «Timor Gap» sont soumis à l'exigence de conformité aux règles et normes juridiques qui découlent du devoir de respecter le statut du Territoire, notamment l'impératif de l'autodétermination. Selon le résultat de cette analyse, la responsabilité pourrait effectivement être engagée. Ainsi, le traité relatif au «Timor Gap» est muet sur tout avantage matériel que pourrait en tirer le peuple du Timor oriental et qui pourrait lui être attribué. En vertu du droit des Nations Unies, une grande partie des ressources couvertes par le traité appartient à ce peuple. Comment sera-t-il dédommagé?

166. Les devoirs auxquels je fais référence dans les paragraphes précédents sont indépendants de la relation bilatérale entre les parties au traité relatif au «Timor Gap» et ne concernent pas cette relation. Ils ont trait au statut du Territoire et à la compétence de la Puissance administrante en tant que gardienne de ce statut. Il s'agit là d'un point qui relève du droit et des résolutions des Nations Unies; ce droit et ces résolutions doivent être appliqués par la Cour. L'Australie a assuré celle-ci qu'en concluant le traité relatif au «Timor Gap» elle a aussi protégé les droits et les intérêts du Timor oriental. La Cour est compétente pour vérifier l'exactitude des assurances ainsi données.

167. Pour conclure: la Cour a compétence en l'espèce et les demandes du Portugal sont recevables. Il ne serait nullement inopportun d'examiner l'affaire au fond. Un arrêt sur le fond aurait pu être rendu dans le sens suivant:

- 1) L'Organisation des Nations Unies a continué de reconnaître au Portugal la qualité de puissance administrante du Timor oriental. Par conséquent, le Portugal a qualité pour agir devant la Cour au nom du Timor oriental.
- 2) Le statut de Territoire non autonome du Timor oriental, et le droit de son peuple à l'autodétermination, y compris son droit à la souveraineté permanente sur ses richesses et ses ressources naturelles, reconnus par les Nations Unies, imposent à tous les Membres de l'Organisation de les respecter. La Cour note qu'en l'instance l'Australie a formellement déclaré qu'elle considère le Timor oriental comme un territoire non autonome et qu'elle reconnaît le droit de son peuple à disposer de lui-même.
- 3) Toute modification du statut du Timor oriental ne peut se faire qu'en vertu d'une décision de l'Organisation des Nations Unies. Selon le droit des Nations Unies, aucun recours à la force ou acte de reconnaissance par un ou plusieurs Etats ne peut suffire à modifier le statut du Territoire.

- 4) L'Australie devrait s'acquitter des obligations qui découlent de l'alinéa 2 ci-dessus, conformément au droit et aux résolutions de l'Organisation des Nations Unies. Ses intérêts nationaux ne sauraient l'empêcher de respecter ses obligations.
- 5) Le Portugal est la Puissance administrante du Timor oriental et l'Australie, comme tout autre Etat, a le devoir de respecter cette qualité du Portugal. La perte par le Portugal de l'administration territoriale du Timor oriental ne le prive pas des autres attributs de sa compétence qui sont pertinents en l'espèce. Il n'a pas renoncé à ses responsabilités de Puissance administrante. Le Portugal demeure investi de la «mission sacrée» au titre du chapitre XI de la Charte.
- 6) En protégeant ses droits et intérêts maritimes, l'Australie ne saurait se soustraire aux devoirs qui lui incombent du fait du statut du Timor oriental, et qui comprennent notamment l'obligation de respecter la compétence de la Puissance administrante, et d'en tenir compte. Le fait qu'un autre Etat ou que d'autres Etats n'aient pas respecté la fonction de la puissance administrante ne dispense pas l'Australie de s'acquitter de ses devoirs.
- 7) L'Australie n'a eu recours à aucun des mécanismes qu'offrait l'Organisation des Nations Unies et notamment elle n'a procédé à aucune consultation sur la négociation du traité relatif au «Timor Gap» ainsi que sur la question de savoir comment le traité pourrait être appliqué sans porter préjudice au peuple du Timor oriental. Elle avait notamment l'obligation de procéder, au moins dans une certaine mesure, à des consultations avec la Puissance administrante et les représentants du peuple du Timor oriental. Elle n'en a rien fait et elle en porte la responsabilité.
- 8) A certains égards (al. 7), le comportement de l'Australie n'a pas été conforme aux devoirs (obligations) qui lui incombaient d'après le droit des Nations Unies concernant le statut du Timor oriental. Une décision de la Cour en ce sens constituerait en soi une satisfaction appropriée. La Cour pourrait notamment ordonner à l'Australie de respecter intégralement les droits du peuple du Timor oriental dans l'application et la mise en œuvre dudit traité relatif au «Timor Gap», pour le jour où ce peuple exercera son droit à l'autodétermination.
- 9) Il n'y a actuellement aucune preuve d'un préjudice matériel; on ne saurait donc imposer à l'Australie une obligation de réparation.
- 10) Le traité ne serait pas opposable à un Timor oriental devenu indépendant ou autonome.

(Signé) Krzysztof SKUBISZEWSKI.