

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

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

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

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

Ce précédent a suscité des interrogations<sup>1</sup>. En un sens fondamental, ces interrogations tiennent à ce que, comme l'a fait observer M. Jessup: «Le droit établit constamment un équilibre entre des intérêts divergents.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*,

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> Mémoire du Nicaragua, cité à la note précédente, par. 248.

représente cette ligne de démarcation. Quelles que soient les critiques de la doctrine, le principe fondamental de l'affaire n'a pas été contesté. Même si les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* ne se sont pas reproduites de manière identique, le principe de l'arrêt a été affirmé. Il ne serait pas non plus exact de dire, sans nuancer fortement l'affirmation, que, depuis 1954, le principe de l'*Or monétaire* n'a d'aucune manière été appliqué; il est possible d'attribuer la façon dont les arrêts ont été formulés dans certaines affaires à la nécessité de tenir dûment compte du principe<sup>1</sup>. Quand il n'est pas possible de distinguer entre les circonstances d'une affaire et celles de l'*Or monétaire*, ledit principe s'applique incontestablement. En l'espèce, ce que le Portugal a voulu faire, c'est précisément différencier l'instance de l'affaire de l'*Or monétaire*, et non pas contester ce précédent. Son conseil a rejeté les arguments de l'Australie qui tendaient, à son avis, «à faire penser que le Portugal remet en cause le bien-fondé de l'*Or monétaire*» (CR 95/6, p. 11, M. Dupuy). Il n'y a pas lieu d'examiner ici toutes les affaires, réelles ou hypothétiques, dont on peut penser qu'elles appuient la tentative de s'écarter de l'*Or monétaire*. L'arrêt se réfère à l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*. Je me bornerai, pour ma part, à évoquer une autre affaire.

L'affaire du *Détroit de Corfou, fond*, est celle qui se rapproche le plus de l'idée que la Cour est compétente dans la présente instance nonobstant toutes les questions susceptibles d'être posées au sujet de la licéité du comportement d'un Etat tiers. Dans cette affaire, l'argument de l'Albanie, comme le rappelle très bien M. Weeramantry dans l'opinion dissidente qu'il a jointe au présent arrêt, aurait dû suffire à alerter la Cour quant à la question de savoir si elle pouvait, à juste titre, débouter l'Albanie sans prendre position sur la responsabilité internationale de la Yougoslavie en l'absence de celle-ci<sup>2</sup>. Mais il ne me semble pas que la Cour ait examiné les moyens de preuve dans le but de conclure à la responsabilité internationale de la Yougoslavie en raison du comportement qui lui était reproché; elle cherchait à établir si le Royaume-Uni avait ou non raison de soutenir que le mouillage des mines avait été effectué avec la connivence de l'Albanie. Tenant pour acquis que le mouillage des mines avait été effectué par deux navires de guerre yougoslaves, le Royaume-Uni soutenait que ce fait

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\*

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

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

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

\*

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

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

\*

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

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

Dans l'affaire *El Salvador v. Nicaragua*, El Salvador demandait que le Gouvernement du Nicaragua soit astreint à ne pas appliquer le traité Bryan-Chamorro<sup>1</sup>. La Cour de justice centraméricaine a estimé que:

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

<sup>1</sup> *American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 683.

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

Bien qu'El Salvador n'ait pas demandé une ordonnance déclarant le traité Bryan-Chamorro nul et non avenu<sup>2</sup>, de l'avis de la Cour de justice centraméricaine, la demande d'El Salvador tendant à ce que le Nicaragua «soit astreint à ne pas appliquer» le traité revenait en fait à inviter la Cour à «déclarer ... le traité nul et non avenu», ce que naturellement elle ne pouvait pas faire en l'absence de l'autre partie au traité. Quoi qu'il en soit, «la simple demande d'une injonction *d'abstention*» aurait eu le même effet qu'une demande de nullité; elles seraient toutes deux revenues «à décider des droits de l'autre partie signataire du traité, sans avoir entendu cette dernière et sans que celle-ci ait accepté la juridiction de la Cour». La demande d'injonction a été refusée.

S'agissant, en second lieu, de la validité du traité de 1989, il existe des situations où la Cour peut estimer qu'une obligation internationale a été violée par le fait de négocier et de conclure un traité incompatible avec cette obligation, sans que cette décision soit considérée comme touchant à la validité du traité<sup>3</sup>. Mais une situation de ce genre est différente d'une situation où l'élément essentiel de la prétendue violation et de toute réparation demandée implique nécessairement qu'un Etat partie à un traité bilatéral conclu avec le défendeur, mais qui n'est pas partie à l'instance, n'avait pas le pouvoir, en droit international, de conclure le traité. Si c'était là le véritable fondement de la décision, comme ce serait le cas dans la présente instance, il serait difficile de ne pas conclure que la validité du traité a été décidée en l'absence de l'Etat concerné. En outre, comme on l'a dit, une décision enjoignant à l'Australie de ne pas appliquer le traité présupposerait en elle-même une constatation d'invalidité.

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

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

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

Dans l'affaire *El Salvador v. Nicaragua*, la Cour de justice centraméricaine a dit clairement, et à juste titre, qu'elle ne se refuserait pas à statuer «en invoquant l'argument assez mince qu'un Etat tiers ... a des intérêts liés aux questions en litige»<sup>1</sup>. Mais de toute évidence la Cour centraméricaine n'a pas estimé que l'argument fût «mince» dans la mesure où l'arrêt demandé l'aurait obligée à se prononcer sur les droits d'un Etat non partie, et notamment sur la validité d'un traité entre cet Etat et le défendeur. C'est manifestement en partant du principe qu'elle ne pouvait pas trancher ces questions, soit directement soit indirectement, et qu'elle ne le ferait pas qu'elle a jugé possible de déclarer que le défendeur «[était] dans l'obligation — en recourant à tous les moyens que lui offrait le droit international — de rétablir et de maintenir le statut juridique qui existait antérieurement» au traité<sup>2</sup>. En fait la Cour a pu se dire compétente pour statuer à l'égard de certains moyens de réparation demandés par El Salvador, mais pas de tous. En l'espèce, par contre, il est impossible de faire droit à un seul des chefs de demande formulés par le Portugal sans statuer sur les intérêts juridiques d'un Etat absent.

\*

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

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

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

\*

<sup>1</sup> *American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 699.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 730, cinquième paragraphe du dispositif.

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

### III. LA PREMIÈRE CONCLUSION DU PORTUGAL

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. CONCLUSION

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

(*Signé*) Mohamed SHAHABUDEEN.