

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	142
Le lien entre la compétence et le fond	143
Historique	144
Le traité relatif au « Timor Gap »	147
Plan de l'opinion	149
PARTIE A. LA SITUATION DES ÉTATS TIERS	150
1. La question de la compétence	150
i) Les thèses des Parties	150
ii) Les faits de l'espèce	150
iii) Les faits de l'espèce rendent-ils nécessaire d'examiner le comportement d'un État tiers?	153
iv) La Cour aurait-elle à réexaminer des questions ayant fait l'objet de résolutions de l'Organisation des Nations Unies?	154
2. Le principe de l' <i>Or monétaire</i>	156
i) L'objet	156
ii) Les Parties	156
iii) Le raisonnement	156
iv) Distinction entre les demandes de l'Italie et du Royaume-Uni	157
v) La règle de la tierce partie et l'obligation des juges de statuer	158
vi) Le critère du caractère raisonnable	161
vii) Jurisprudence antérieure	163
a) Avis consultatifs	163
b) Affaires contentieuses	164
viii) Jurisprudence postérieure	167
3. Autres facteurs pertinents	169
i) Garanties des tierces parties	169
ii) Le principe de la responsabilité individuelle des États	170
iii) Droits <i>erga omnes</i>	172
iv) Le caractère de plus en plus multilatéral des obligations internationales modernes	173
v) La distinction entre un traité et les actes unilatéraux dont il résulte	173
vi) L'action est-elle mal dirigée?	174
vii) Historique de la question	176
viii) Conclusion	178
	53

PARTIE B. LA QUALITÉ POUR AGIR DU PORTUGAL	178
i) Les positions respectives des Parties	178
ii) L'économie des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux territoires dépendants	179
iii) Les Nations Unies peuvent-elles se substituer à une puissance administrante évincée?	181
iv) Le droit de représentation	181
v) Les résolutions qui reconnaissent au Portugal la qualité de puissance administrante	182
vi) La valeur juridique des résolutions	185
1. Les résolutions de l'Assemblée générale	185
2. Résolutions du Conseil de sécurité	188
vii) Le Portugal avait-il besoin d'une autorisation préalable de l'Organisation des Nations Unies pour introduire la présente instance?	188
viii) Les résolutions sont-elles affectées par l'amenuisement du soutien dont elles ont bénéficié à l'Organisation des Nations Unies?	189
ix) Les résolutions sont-elles tombées en désuétude?	190
x) Les résolutions ont-elles été rendues caduques par les événements ultérieurs?	191
xi) Les antécédents coloniaux du Portugal sont-ils pertinents?	191
PARTIE C. LES DROITS DU TIMOR ORIENTAL	193
i) Le peuple du Timor oriental a indubitablement le droit à disposer de lui-même	193
ii) Le principe de l'autodétermination	193
iii) Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles	197
iv) Pertinence des résolutions de l'Organisation des Nations Unies relatives à l'autodétermination	199
v) La position de l'Australie à l'égard de l'autodétermination	200
vi) La contradiction entre la reconnaissance de la souveraineté indonésienne sur le Timor oriental et la reconnaissance du Timor oriental en tant que territoire non autonome	201
vii) Le prétendu conflit entre les droits du peuple du Timor oriental et les droits du peuple australien	202
PARTIE D. LES OBLIGATIONS DE L'AUSTRALIE	204
A. Obligations en droit international général	205
i) Obligations découlant des sources générales du droit international	205
ii) Les obligations expressément souscrites aux termes de traités	205
B. Obligations qui découlent des résolutions de l'Organisation des Nations Unies	205
C. Quelques perspectives juridiques	208
i) La corrélation entre droits et obligations	208
ii) L'obligation se limite-t-elle à l'exécution d'instructions et d'interdictions spécifiques?	209
iii) Obligations découlant de l'opposabilité <i>erga omnes</i>	213

PARTIE E. LES EXCEPTIONS SOULEVÉES PAR L'AUSTRALIE DU CHEF DE L'OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE	216
i) Absence de différend justiciable	217
ii) Utilisation des procédures de la Cour à mauvais escient	217
iii) L'arrêt serait sans objet légitime	217
iv) L'arrêt demandé n'aurait aucun effet utile car il ne favoriserait pas les intérêts du Timor oriental	218
v) La Cour ne devrait pas rendre un arrêt dont elle n'a ni le pouvoir ni la capacité d'assurer l'exécution	219
vi) La Cour est-elle l'instance appropriée?	219
CONCLUSION	220

INTRODUCTION

Je souscris à la première partie de la décision de la Cour, qui rejette l'exception soulevée par l'Australie selon laquelle il n'existe aucun différend véritable entre elle et le Portugal. A mon avis, un tel différend existe effectivement et j'appuie l'arrêt de la Cour sur ce point.

Je souscris également aux observations de la Cour concernant le droit du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même, son droit à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles et le caractère *erga omnes* de ces droits. J'appuie entièrement et sans réserve la Cour lorsqu'elle insiste sur le fait que le droit à l'autodétermination est «un des principes essentiels du droit international contemporain» (paragraphe 29 de l'arrêt).

Cependant, je regrette de parvenir, pour ce qui est de la deuxième partie de l'arrêt, à des conclusions différentes de celles de la grande majorité de mes collègues, qui ont estimé que la Cour ne peut statuer sur la demande du Portugal en l'absence de l'Indonésie. Respectueux de leur opinion et conscient de l'importance de la question, je me sens obligé d'expliquer dans le détail les motifs pour lesquels je conclus que l'absence de l'Indonésie ne fait pas obstacle à ce que la Cour examine la demande du Portugal.

Le principe qui est en jeu ici n'est pas simplement essentiel à l'instance; il est important aussi pour la jurisprudence de la Cour, étant donné les conséquences qu'il a sur l'étendue de la compétence de celle-ci à l'égard des différends très variés concernant aussi des tiers dont elle est de plus en plus fréquemment saisie dans un monde plus étroitement interdépendant.

Si la Cour avait tranché différemment la question préliminaire de sa compétence, elle aurait été amenée à examiner dans son arrêt de nombreuses autres questions d'une grande importance. Du fait de sa décision préliminaire, la Cour s'arrête pour ainsi dire «au seuil de l'affaire»¹. Par conséquent, elle n'aborde pas de sujet aussi fécond que celui des obligations découlant pour l'Australie du droit à l'autodétermination ou du droit à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles du peuple du Timor oriental. La Cour n'étudie pas les conséquences du traité relatif au «Timor Gap» sur les droits de ce peuple. Elle n'examine pas la qualité du Portugal pour tenter la présente action au nom du peuple du Timor oriental.

L'exception préliminaire soulevée à l'encontre de la qualité pour agir du Portugal amène à s'interroger sur l'efficacité du système de protection mis au point par la Charte des Nations Unies pour sauvegarder les intérêts des territoires non autonomes qui ne sont pas encore en mesure de le faire eux-mêmes.

L'affirmation de l'Australie selon laquelle elle n'a contrevenu à aucune

¹ Comme l'a dit M. Jessup au début de son opinion dissidente dans les affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 325.

obligation internationale rend nécessaire un examen des obligations découlant implicitement pour les Etats du principe d'autodétermination, qui constitue le fondement même de l'existence, en tant que nations, de la majorité des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies. Cette affirmation soulève également la question juridique importante de la nature des obligations internationales qui correspondent à des droits opposables *erga omnes*. Ces obligations se limitent-elles au simple respect de directives et interdictions déterminées, ou s'inscrivent-elles dans la perspective d'un principe supérieur, qui transcende ces directives et interdictions?

En raison des exceptions à la compétence qui ont été soulevées par l'Australie, il convient d'examiner aussi le statut et les effets juridiques des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. De plus, l'Australie a mis l'accent, dans ses conclusions, sur plusieurs questions relatives à l'opportunité judiciaire.

Le lien entre la compétence et le fond

Il est de mon devoir de juge d'examiner ces questions puisqu'elles ont été plaidées d'une manière exhaustive par les deux Parties, qu'elles revêtent toutes une très grande importance et que mon analyse dépasse le seuil de la compétence pour aborder le fond¹. Quoi qu'il en soit, le point de vue que j'adopte en ce qui concerne l'exception à la compétence que la Cour a accueillie m'oblige à examiner toutes ces questions, quelle que soit leur pertinence quant au fond de l'affaire. En effet, dans la présente instance, les exceptions préliminaires et le fond sont si étroitement liés qu'ils ne peuvent être considérés séparément.

Lors d'une réunion tenue le 1^{er} juin 1992 à la demande du Président, en application de l'article 31 du Règlement de la Cour, les Parties sont convenues que les questions soulevées par l'Australie concernant la compétence et la recevabilité étaient inextricablement liées au fond et qu'elles devaient être tranchées dans le cadre de l'examen au fond. Il a donc été procédé à un examen exhaustif à la fois sur les questions préliminaires et sur le fond.

Cette décision était conforme à la position que l'Australie a prise dans son contre-mémoire, et selon laquelle:

«ces obstacles qui empêchent la Cour de connaître de la demande sont, en l'espèce, inextricablement mêlés au fond, de sorte qu'il serait difficile de les traiter séparément et d'établir qu'ils ont un caractère exclusivement préliminaire» (contre-mémoire, par. 20).

Par conséquent, on ne trouve pas dans la présente instance la division tranchée que l'on constate fréquemment dans les affaires dont la Cour est

¹ Voir la déclaration de M. Jessup dans les affaires précitées du *Sud-Ouest africain*: «Comme je suis arrivé à la conclusion que la Cour est compétente ... je pense qu'il est de mon devoir de juge d'examiner les problèmes juridiques soulevés par la présente affaire...» (C.I.J. Recueil 1966, p. 325.)

saisie, comme par exemple les affaires du *Sud-Ouest africain*, entre les questions relevant de la compétence et la recevabilité, d'une part, et les questions relevant du fond, d'autre part.

Historique

Un bref rappel des faits permettra de replacer dans leur contexte historique les points d'ordre juridique analysés par la suite.

La longue occupation coloniale du Timor oriental par le Portugal, qui avait débuté au XVI^e siècle, a pris fin plus de quatre cents ans plus tard, en 1975, lorsque l'administration portugaise s'est retirée du Territoire. Dans un premier temps, l'administration portugaise a quitté l'île de Timor pour se retirer le 27 août 1975 sur l'île d'Atauro, qui fait également partie du Territoire. Le 28 novembre 1975, c'est-à-dire trois mois après l'évacuation de l'île de Timor par le Portugal, le FRETILIN (Frente Revolucionária de Timor-Leste Independente), un groupe qui revendiquait l'indépendance pour le Territoire, a proclamé cette indépendance. Quelques jours plus tard, le 7 décembre 1975, les forces militaires indonésiennes entraient au Timor oriental. Le lendemain, l'administration portugaise quittait Atauro.

L'Indonésie contrôle le Territoire depuis l'entrée de ses forces militaires. Le 17 juillet 1976, elle a adopté une loi qui incorporait le Timor oriental dans son territoire national, en affirmant que le peuple du Timor oriental lui aurait demandé le 31 mai 1976 d'accepter que le Timor oriental fasse partie intégrante du territoire indonésien. Cependant, cette incorporation n'a encore été ni acceptée ni reconnue par l'Organisation des Nations Unies, laquelle, selon les termes mêmes du Secrétaire général, est à la recherche « d'une solution globale et acceptable sur le plan international de la question du Timor oriental »¹. Cette question, qui n'a toujours pas reçu la solution internationalement acceptable que recherche le Secrétaire général, est régulièrement abordée dans les rapports de celui-ci. L'Assemblée générale l'inscrit également chaque année à son ordre du jour.

Plusieurs résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale font état des circonstances du retrait portugais et de l'occupation indonésienne. Il suffit pour l'instant de se référer à deux résolutions du Conseil de sécurité, les résolutions 384, du 22 décembre 1975, et 389, du 22 avril 1976.

Dans la première de ces résolutions, le Conseil de sécurité note tout d'abord que l'Assemblée générale, dans sa résolution 3485 (XXX) du 12 décembre 1975, a demandé au Comité des Vingt-Quatre (le 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) d'envoyer une mission d'enquête au Timor oriental, puis exprime sa pro-

¹ Rapport intérimaire du 11 septembre 1992, doc. A/47/435, par. 1 (voir réplique, vol. II, annexe I.8). Voir, dans le même sens, le rapport du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation, 2 septembre 1994, doc. A/49/1, par. 505.

fonde préoccupation face à la détérioration de la situation dans ce territoire. Le Conseil de sécurité se dit également profondément préoccupé par les pertes en vies humaines au Timor oriental et déplore l'intervention des forces armées indonésiennes sur ce territoire. Enfin, il regrette 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.

En conséquence, le Conseil de sécurité :

«1. *Demande* à tous les Etats de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental ainsi que le droit inaliénable de son peuple à l'autodétermination, conformément à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale;

2. *Demande* au Gouvernement indonésien de retirer sans délai toutes ses forces du Territoire;

3. *Demande* au Gouvernement portugais, 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;

4. *Prie* instamment tous les Etats et toutes les autres 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.»

Dans la seconde résolution, le Conseil réaffirme de nouveau :

«le droit inaliénable du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à l'indépendance conformément aux principes de la Charte des Nations Unies et à la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, contenue dans la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1960»;

et demande à tous les Etats :

«de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental ainsi que le droit inaliénable de son peuple à l'autodétermination, conformément à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale».

Le Conseil demande également au Gouvernement indonésien de «retirer sans plus tarder toutes ses forces du Territoire».

L'Australie a été entendue avant l'adoption de chacune de ces résolutions par le Conseil de sécurité.

Six jours avant l'adoption de la première résolution, lors de la 1865^e séance du Conseil de sécurité tenue le 16 décembre 1975, le représentant de l'Australie, invité par le président à prendre la parole, a déclaré ce qui suit :

«L'exigence immédiate nous semble être un cessez-le-feu pour épargner à la population de Timor une nouvelle effusion de sang et pour créer un climat dans lequel pourra reprendre un programme constructif de décolonisation» (Nations Unies, *Documents officiels*

du Conseil de sécurité, trentième année, 1865^e séance, 16 décembre 1975, par. 99; voir mémoire, vol. II, annexe II.24),

et il a conclu :

«je voudrais souligner à nouveau, comme l'a fait l'Assemblée générale, du reste, dans sa résolution 3485 (XXX), que l'objectif et le but des Nations Unies, à la base de toute action que le Conseil pourrait arrêter, consistent à permettre à la population du Territoire d'exercer librement son droit à l'autodétermination. La question qui se pose maintenant avant tout, c'est la création des conditions dans lesquelles les Timorais pourront eux-mêmes exercer leur libre choix.» (*Ibid.*, par. 106; voir mémoire, *ibid.*)

Huit jours avant l'adoption de la seconde résolution, c'est-à-dire lors de la 1909^e séance du Conseil de sécurité tenue le 14 avril 1976, le représentant de l'Australie, de nouveau invité par le président à prendre la parole, a déclaré ce qui suit :

«Dans ma dernière déclaration devant le Conseil sur la question du Timor oriental [1865^e séance], j'ai souligné que le Gouvernement et le peuple australiens se rendaient parfaitement compte qu'un règlement stable de la situation au Timor oriental ne pouvait reposer que sur le libre choix du peuple intéressé. Telle est toujours la politique du Gouvernement australien, à savoir que le peuple du Territoire doit exercer librement et effectivement son droit à l'autodétermination et que, si l'on veut que cette décision ait quelque validité, il faut qu'elle soit prise avec la pleine conscience des diverses options offertes. Mon gouvernement n'a toutefois pas la prétention de présenter une formule ou des modalités précises permettant l'autodétermination. Nous préférierions nous en remettre aux vœux du peuple timorais lui-même quant à la meilleure façon dont il peut véritablement exercer son droit à l'autodétermination.» (Nations Unies, *Documents officiels du Conseil de sécurité*, trente et unième année, 1909^e séance, 14 avril 1976, par. 38; voir mémoire, vol. II, annexe II.25.)

Il n'est pas nécessaire à ce stade de rappeler les libellés des huit résolutions de l'Assemblée générale qui ont toutes souligné l'importance du droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et présumé que ce droit restait à exercer. Elles seront mentionnées plus loin, le moment venu.

En l'instance, le Portugal, prétendant qu'il demeure la Puissance administrante du Timor oriental, demande à l'Australie réparation en raison du traité qu'elle a conclu le 11 décembre 1989 avec l'Indonésie sur les ressources situées entre les côtes du Timor oriental et celles de l'Australie. Au cours de l'instance, ce traité a été dénommé «le traité relatif au «Timor Gap», du fait que l'Australie et l'Indonésie ont laissé en dehors de la délimitation de leurs secteurs respectifs du plateau continental la partie située entre la côte méridionale du Timor oriental et la côte septentrionale de l'Australie. La partie du plateau continental qui demeure

ainsi non délimitée est dénommée le «Timor Gap» (mémoire, vol. I, par. 2.01).

Il convient d'ajouter que la compétence de la Cour se fonde sur la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour faite par l'Australie en application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. L'Indonésie n'a pas déposé de déclaration au titre de cette disposition.

Il faut également dire un mot du passé colonial du Portugal, dont la pertinence juridique sera examinée plus en détail dans une autre partie de la présente opinion. D'après l'Australie, ce passé laisse beaucoup à désirer. En effet, le Portugal avait résolument rejeté le principe de l'autodétermination pour ses colonies. Cependant, à la suite du changement de régime survenu le 25 avril 1974, le Gouvernement portugais a réaffirmé ses obligations en application du chapitre XI de la Charte et, le 24 juillet 1974, le Conseil d'Etat du Portugal a approuvé une loi constitutionnelle abrogeant l'ancienne définition du territoire de la République portugaise et reconnaissant le droit à l'autodétermination, y compris l'indépendance, des territoires sous administration portugaise (mémoire, vol. II, annexe II.6).

Le traité relatif au «Timor Gap»

Le Portugal prétend que ce traité conclu le 11 décembre 1989 entre l'Australie et l'Indonésie porte atteinte aux droits du peuple du Timor oriental. Il est intitulé «Traité entre l'Australie et la République de l'Indonésie relatif à la zone de coopération établie dans un secteur situé entre la province indonésienne du Timor oriental et l'Australie septentrionale» (requête, annexe 2, texte de l'accord du 11 décembre 1989). Son préambule énonce le souhait des parties

«de permettre l'exploration et l'exploitation des ressources pétrolières dans le secteur du plateau continental situé entre la province indonésienne du Timor oriental et l'Australie septentrionale et devant encore faire l'objet d'une délimitation permanente entre les Etats contractants».

Selon le Portugal, ces ressources pétrolières ont été estimées à un volume de 500 millions à 5 milliards de barils¹. Mais quel qu'en soit le volume exact, on peut présumer sans crainte qu'elles ont une valeur considérable.

Le traité a mis sur pied un régime conjoint australo-indonésien pour l'exploitation des ressources pétrolières du plateau continental situé entre l'Australie et le Timor oriental. Le traité exprime le souhait des parties que «l'exploration et l'exploitation de ces ressources commencent sans retard» et prévoit le partage entre les deux gouvernements des ressources

¹ Mémoire, vol. I, par. 2.02, citant *Australian Yearbook of International Law*, 1981-1983, vol. 10, p. 135. Selon une source citée dans le mémoire portugais, certaines estimations «arrivent jusqu'à 7 milliards de barils, plus un million de barils de distillats» (*Petroleum Gazette*, n° 3, 1988, p. 18).

d'une zone de coopération constituée de trois aires, A, B et C, et située entre la « province indonésienne du Timor oriental » et l'Australie septentrionale, selon les modalités suivantes :

- a) dans l'aire A, les Etats contractants exercent la direction conjointe de l'exploration et de l'exploitation des ressources pétrolières, en vue de parvenir à une utilisation commerciale optimale desdites ressources et au partage équitable entre les deux Etats contractants des profits de l'exploitation des ressources pétrolières, conformément aux dispositions du présent traité;
- b) dans l'aire B, l'Australie adresse certaines notifications à la République d'Indonésie et partage avec elle les recettes fiscales perçues, au titre de l'impôt locatif sur les ressources pétrolières, sur la production pétrolière en vertu de l'article 4 du présent traité;
- c) dans l'aire C, la République d'Indonésie adresse certaines notifications à l'Australie et partage avec elle les recettes fiscales perçues au titre de l'impôt sur le revenu des entrepreneurs sur la production pétrolière sur la base de l'article 4 du présent traité» (requête, annexe 2, texte de l'accord du 11 décembre 1989, art. 2).

Selon son article 33, le traité sera en vigueur pendant une période initiale de quarante ans à compter de la date de son entrée en application. Sauf accord contraire des Etats contractants, à l'expiration de la période initiale de quarante ans, il demeure en vigueur pour des périodes successives de vingt ans, à moins qu'avant la fin d'une période, y compris le terme initial de quarante ans, les deux Etats contractants ne concluent un accord de délimitation permanente du plateau continental dans le secteur couvert par la zone de coopération.

Le préambule du traité fait mention d'arrangements provisoires ayant pour effet de « ne pas compromettre ni entraver la conclusion d'un accord définitif sur la délimitation du plateau continental ».

Pour donner effet au traité, le Parlement australien a adopté la loi de 1990 sur les pétroles (zone de coopération Australie-Indonésie) (loi n° 36 de 1990). L'article 3 de cette loi indique qu'elle vise à permettre à l'Australie de s'acquitter des obligations que le traité met à sa charge. Selon l'article 8 :

« Nul ne peut entreprendre des opérations pétrolières dans l'aire A de la zone de coopération, si ce n'est dans le cadre d'un contrat de partage de la production et conformément à un tel contrat, et avec l'approbation de l'autorité conjointe » (requête, annexe 2),

constituée en application de l'article 7 du traité.

Les mesures de législation interne prises par l'Australie pour mettre en œuvre le traité font partie des actes qui, selon le Portugal, contreviennent aux droits du peuple du Timor oriental, aux pouvoirs du Portugal en sa

qualité de puissance administrante, aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et à l'obligation qu'ont les Etats Membres de coopérer de bonne foi avec l'Organisation des Nations Unies.

Plan de l'opinion

La partie A de la présente opinion consiste en une analyse de la règle de la tierce partie et porte une attention particulière à ce qui a été dénommé le principe de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, que l'Australie a invoqué à l'appui de son exception préliminaire à la compétence de la Cour. C'est sur ce principe que se fonde la Cour pour débouter le Portugal. L'analyse visera à vérifier si les agissements de l'Australie peuvent, en soi, être considérés comme des violations par celle-ci des obligations internationales qui lui incombent indépendamment des obligations et des agissements de l'Indonésie. Si tel est le cas, il existe contre l'Australie un motif d'action autonome, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les obligations juridiques et le comportement de l'Indonésie.

La partie B traite de l'exception préliminaire relative à la qualité du Portugal pour introduire la présente instance. Les questions qui se posent à ce titre sont notamment celle du système de protection des territoires non autonomes mis au point par la Charte des Nations Unies, celle de l'effet juridique des résolutions pertinentes de l'Organisation des Nations Unies et celle de savoir si le Portugal devait obtenir l'autorisation préalable de l'Organisation pour déposer sa requête.

L'établissement de la compétence dépend de la preuve d'un grief contre l'Australie qui serait fondé sur les obligations dont celle-ci est seule débitrice en droit international et sur les agissements imputables à celle-ci individuellement, sans aucun égard à l'Indonésie. Il s'agira donc, dans la présente opinion, d'examiner les droits du Timor oriental en droit international ainsi que les obligations internationales de l'Australie corrélatives à ces droits.

La partie C porte donc sur les droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles, principes sur lesquels le Portugal se fonde au principal. Si l'on présume que ces principes s'appliquent au Timor oriental, la question essentielle à trancher est de savoir si l'Etat défendeur s'y est conformé.

La partie D analyse les obligations internationales de l'Australie. Elle expose d'une manière détaillée la nature juridique des obligations générales qui incombent à tous les Etats en application du principe d'autodétermination, ainsi que les obligations juridiques particulières dont l'Australie doit s'acquitter à l'égard du Timor oriental. Elle étudie ensuite la question de savoir si l'Australie a manqué à ses obligations juridiques internationales en concluant le traité relatif au «Timor Gap».

La partie E porte sur les questions d'opportunité judiciaire, que l'Australie présente sous plusieurs angles. La présente opinion n'aborde pas la

conclusion de l'Australie selon laquelle il n'existe pas de différend justiciable, conclusion dont la Cour traite dans son arrêt. Cependant, nous examinerons sommairement dans cette partie quelques-uns des autres moyens de l'Australie, selon lesquels notamment la présente instance constituerait un abus de la procédure de la Cour, aurait un objet illégitime, ou n'aurait pas été introduite devant l'instance appropriée.

La présente opinion n'aborde aucune question en dehors des exceptions préliminaires soulevées par l'Australie. Elle n'aborde pas non plus les agissements ou le comportement de l'Indonésie, hormis les circonstances relatives à l'intervention armée de celle-ci, que la Cour a abordées également au paragraphe 14 de son arrêt.

PARTIE A. LA SITUATION DES ÉTATS TIERS

1. *La question de la compétence*

i) *Les thèses des Parties*

En cherchant à obtenir de l'Australie réparation en raison de la conclusion de ce traité, le Portugal s'aventure-t-il sur un terrain judiciaire où l'on ne saurait s'engager en l'absence de l'Indonésie? S'agit-il en fait d'un différend entre le Portugal et l'Indonésie sous couvert d'un différend avec un autre Etat qui n'est pas le véritable défendeur? Dans l'affirmative, les conclusions de l'Australie doivent être accueillies et la requête du Portugal doit être rejetée.

L'Australie invoque l'affaire de *l'Or monétaire pris à Rome en 1943* (C.I.J. *Recueil 1954*, p. 19) comme l'un des fondements de sa conclusion selon laquelle la Cour est incompétente pour connaître de la requête du Portugal. Elle prétend que la Cour ne saurait rendre une décision contre elle sans avoir au préalable décidé que l'Indonésie occupe illégalement le Timor oriental. En l'absence de l'Indonésie à l'instance, le principe de l'affaire de *l'Or monétaire*, selon lequel la Cour ne pouvait se prononcer, en l'absence de l'Albanie, sur les prétentions de l'Italie et du Royaume-Uni à recevoir une certaine quantité d'or albanais, fait selon elle obstacle à la compétence de la Cour à l'égard de la requête du Portugal.

En revanche, le Portugal prétend que sa demande n'est pas dirigée contre l'Indonésie, mais contre l'Australie, que l'acte illicite qu'il allègue n'a pas pour auteur l'Indonésie mais l'Australie, et que sa thèse repose entièrement sur des arguments tirés des obligations internationales et des agissements unilatéraux de la seule Australie. Selon lui, l'Indonésie pourrait bien être affectée par l'arrêt, mais c'est le comportement de l'Australie, et non celui de l'Indonésie, qui forme l'objet même de l'instance.

ii) *Les faits de l'espèce*

La compétence n'est pas une question relevant exclusivement du droit mais une question de droit et de fait.

Comme il est dit dans un ouvrage bien connu sur la compétence de la Cour pour déterminer sa propre compétence :

«La compétence de la Cour internationale pour déterminer sa propre compétence revêt donc deux aspects: l'interprétation des actes attributifs de compétence, d'une part, et l'interprétation (et la qualification) des faits constitutifs du différend, d'autre part. En fait, la compétence de la Cour ne peut découler que de l'interaction des éléments qui font partie de ce processus.»¹

Pour mieux situer la discussion qui va suivre, il convient d'évoquer brièvement quelques faits essentiels.

Les faits que l'Australie a reconnus, qui ressortent manifestement des pièces ou qui sont suffisamment notoires pour que la Cour en prenne acte, sont les suivants :

- a) le peuple du Timor oriental a le droit de disposer de lui-même, et l'Australie est tenue de reconnaître ce droit (voir la partie C, ci-après);
- b) le peuple du Timor oriental a le droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles du Territoire, et l'Australie est tenue de reconnaître ce droit (ce point est discuté de façon plus approfondie dans la partie C, ci-après);
- c) ces ressources comprennent une fraction des ressources maritimes de la région du «Timor Gap», c'est-à-dire de la zone maritime située entre les côtes se faisant face du Timor oriental et de l'Australie, que le peuple du Timor oriental partage avec l'Australie;
- d) en droit, ces ressources continuent d'appartenir au Timor oriental tant que celui-ci demeure un territoire non autonome;
- e) l'Australie a reconnu tout au long de l'instance que le Timor oriental demeure un territoire non autonome²;
- f) l'Organisation des Nations Unies considère toujours le Timor oriental comme un territoire non autonome;
- g) cette région est très riche en pétrole et en gaz naturel. Quel qu'en soit le volume, ces ressources constituent selon toute vraisemblance la principale richesse du peuple du Timor oriental, qui ne lui écherra que lorsqu'il aura exercé son droit à disposer de lui-même;

¹ Ibrahim F. I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, 1965, p. 299.

² Lors de l'audience du 16 février 1995, l'agent de l'Australie a déclaré :

«L'Australie reconnaît que le peuple du Timor oriental a le droit de disposer de lui-même selon le chapitre XI de la Charte des Nations Unies. Le Timor oriental reste un territoire non autonome sous le régime 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.)

- h) le Portugal, l'ancienne autorité coloniale, a quitté le Territoire mais est toujours considéré comme la puissance administrante par l'Organisation des Nations Unies;
- i) l'Organisation des Nations Unies n'a reconnu à aucune autre puissance l'autorité sur le Territoire;
- j) le 7 décembre 1975, des forces armées indonésiennes sont entrées sur le Territoire, que l'Indonésie contrôle totalement à l'heure actuelle;
- k) à ce jour, l'Organisation des Nations Unies n'a pas reconnu l'Indonésie comme ayant l'autorité sur le territoire et elle continue de rechercher «une solution globale et acceptable sur le plan international de la question du Timor oriental» (réplique, vol. II, annexe I.8, par. 1);

- l) l'Australie a conclu avec l'Indonésie un traité qui partage entre ces deux pays les ressources de la région du «Timor Gap»;
- m) dans ce traité, l'Australie reconnaît expressément que le Timor oriental est «la province indonésienne du Timor oriental»;
- n) devant le besoin légitime d'exploiter ses propres ressources et la nécessité de conclure à cette fin un traité avec l'Etat côtier lui faisant face, l'Australie n'a demandé à l'Organisation des Nations Unies ni instruction ni autorisation avant de conclure ledit traité, bien que le Timor oriental demeurât un territoire non autonome et que l'Organisation des Nations Unies n'en eût pas reconnu l'incorporation à l'Indonésie. Il n'a jamais été suggéré devant la Cour qu'une telle instruction ou autorisation avait été demandée;
- o) le traité a été conclu pour un terme initial de quarante ans et peut être renouvelé pour des périodes successives de vingt ans;
- p) le traité ne prévoit pas qu'une partie quelconque du produit de l'exploitation de la zone soit réservée au peuple du Timor oriental, en prévision du jour où son statut aura été déterminé;
- q) jamais le peuple du Timor oriental n'a consenti au traité, directement ou par l'intermédiaire d'un mandataire dûment désigné;

- r) certes l'Australie a droit à sa part des ressources de la région du «Timor Gap», mais elle n'a procédé à aucune délimitation valable en droit avec le Timor oriental. Tant que cela ne sera pas fait, on ne saura pas avec précision comment les ressources se répartissent entre l'Australie et le Timor oriental. On ne peut donc écarter la possibilité que l'Australie tire certains profits de ressources qui, si elles étaient réparties conformément au droit, pourraient revenir au Timor oriental;
- s) l'Australie a conclu un traité qui pourrait entraîner pour le peuple du Timor oriental la perte définitive de ressources naturelles non renouvelables dans la mesure où ledit traité en autorise l'exploitation. Sur une période de quarante ans, les ressources risquent d'être entièrement et définitivement perdues;
- t) s'il a gain de cause, le Portugal ne peut juridiquement tirer aucun

avantage financier de la présente instance et il devra en outre rendre compte à l'Organisation des Nations Unies et agir sous la surveillance de celle-ci.

L'opinion qui suit ne sort pas de ce cadre.

iii) *Les faits de l'espèce rendent-ils nécessaire d'examiner le comportement d'un Etat tiers?*

C'est dans ce contexte précis de faits reconnus ou patents qu'il convient d'examiner l'exception préliminaire afin de décider si le «principe de l'*Or monétaire*» empêche d'examiner la demande du Portugal. Il a été soutenu avec force que l'affaire de l'*Or monétaire* constituait un tel empêchement. Eu égard aux nombreux faits énumérés ci-dessus qui ne concernent que les obligations et les agissements de l'Australie, je suis au regret de ne pouvoir souscrire à cette thèse. A mon avis, tous les éléments sont réunis pour que la Cour se prononce sur la demande du Portugal contre l'Australie sans qu'il soit nécessaire de formuler de conclusion, quelle qu'elle soit, contre l'Indonésie.

L'Australie est partie à un traité portant notamment sur des ressources qui appartiennent notoirement au peuple du Timor oriental, lequel est notoirement non autonome. En vertu de principes incontestables du droit international, ce peuple reste propriétaire de ses ressources jusqu'à ce qu'il accède à l'autonomie. Lorsqu'il aura exercé son droit à l'autodétermination, il pourra disposer de ces ressources à son gré. D'ici là, le système juridique international protégera ses droits en son nom et devra examiner sérieusement tout fait tendant à aliéner ses droits ou à en disposer autrement sans son consentement. En effet, le droit d'un peuple non autonome à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles a pour caractéristique essentielle que la communauté internationale est tenue de protéger ces biens pour lui.

Le défendeur reconnaît sans réserve que le Timor oriental demeure un territoire non autonome, comme le reconnaît également l'Organisation des Nations Unies qui est l'autorité compétente en la matière. Tandis que l'Organisation des Nations Unies attend toujours que la question reçoive une «solution acceptable sur le plan international», la Cour doit décider s'il est conforme au droit international qu'un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies soit en mesure:

- a) de conclure avec un autre Etat un traité reconnaissant qu'un territoire dont le peuple n'a pas encore exercé son droit à l'autodétermination a été incorporé comme province dans cet autre Etat;
- b) de devenir partie à des arrangements prévus dans ce traité, qui disposent des ressources de ce territoire sans le consentement du peuple en question ou de son mandataire autorisé.

Telle est la question principale dont la Cour est saisie. Elle porte sur le comportement du défendeur et non pas sur celui de l'Etat tiers.

Compte tenu de tous les faits indiscutables qui ont été énumérés dans la présente section, point n'est besoin pour la Cour d'examiner la licéité du comportement de cet Etat tiers ou de sa présence au Timor oriental.

Si le Timor oriental demeure un territoire non autonome, tous les membres de la communauté des nations, y compris l'Australie, ont l'obligation de reconnaître le droit de son peuple à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. S'il en est bien ainsi, comme c'est incontestablement le cas, la Cour est en possession de tous les faits dont elle a besoin pour statuer sur la responsabilité de l'Etat défendeur, lequel participe à l'instance. Elle ne s'engagerait nullement dans le domaine interdit des décisions concernant des tierces parties absentes.

iv) *La Cour aurait-elle à réexaminer des questions ayant fait l'objet de résolutions de l'Organisation des Nations Unies?*

L'Australie prétend qu'en dépit des résolutions de l'Organisation des Nations Unies qui demandent au Gouvernement indonésien de retirer ses forces du Timor oriental, qui réaffirment le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et qui contestent l'incorporation du Timor oriental à l'Indonésie, la Cour devrait déterminer elle-même la licéité du contrôle que l'Indonésie exerce sur le Timor oriental, si elle devait poursuivre l'examen de l'affaire. Selon l'Australie, en l'absence d'une telle détermination, la Cour ne saurait dire que l'Indonésie ne pouvait licitement conclure le traité et, partant, que l'Australie a agi d'une manière illicite en concluant ce traité.

L'examen de ce point nécessiterait un immense travail d'investigation touchant à des questions de fait et de politique; il exigerait que soit de nouveau étudiée une multitude d'éléments de preuve relatifs aux circonstances dans lesquelles l'Indonésie est entrée militairement au Timor oriental et y a établi ensuite son autorité, ainsi qu'aux nombreuses activités militaires, politiques et diplomatiques complexes qu'implique une telle intervention militaire suivie d'une occupation permanente. La Cour devrait tirer des conclusions sur la base de ces éléments de preuve. Et, de toute façon, il est impossible d'entreprendre un tel travail d'investigation en l'absence de l'Indonésie.

Cet argument ne tient pas compte du fait que la Cour a déjà à sa disposition les éléments indispensables pour rendre une décision. Il ne tient pas compte des aspects pratiques du processus judiciaire. Il méconnaît le système prévu par la Charte des Nations Unies, qui répartit les tâches et les responsabilités entre les organes principaux de l'Organisation des Nations Unies. En subordonnant la justice à un préalable quasi impossible à respecter cet argument entraîne un déni de justice, quelque légitime que puisse être la demande.

La Cour ne saurait être ainsi réduite à l'inaction en se laissant imposer une obligation dont les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies se sont dûment acquittés dans le cadre de leur mandat. Cette position semble trop artificielle et éloignée de la réalité pour représenter la règle de droit ou de procédure à suivre par la Cour.

Bien entendu, la Cour peut, en qualité d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, être appelée, dans des circonstances appropriées, à examiner si un organe des Nations Unies a outrepassé ses compétences ou agi de manière illicite. La Cour a été saisie de questions de cette nature dans des affaires comme celles des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni) (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique) (C.I.J. Recueil 1992, p. 3 et 114 respectivement)*. Il n'a nullement été dit que de tels faits existaient en l'espèce. Les seuls motifs pour lesquels la valeur des résolutions a été contestée sont les suivants: elles auraient en quelque sorte perdu de leur poids parce que la majorité dont elles ont bénéficié était de plus en plus restreinte, et de nombreuses années se sont écoulées depuis leur adoption. Comme nous le verrons ensuite en détail, le droit des Nations Unies n'étaie ni l'une ni l'autre de ces thèses.

En résumé, les principes de fond et de procédure qui régissent la compétence de la Cour ne sauraient être appliqués de façon si restrictive qu'ils l'empêcheraient de statuer dans une instance telle que la présente, où elle dispose de tous les éléments et où elle peut parvenir à une décision sans enfreindre la règle consacrée dans son Statut selon laquelle sa compétence ne procède que du consentement des parties. Le fait que l'arrêt *toucherait* les droits d'un Etat tiers ne constitue pas, selon la jurisprudence bien établie sur cette question, un obstacle à sa compétence. De tels effets sur les tiers se manifestent toujours dans le processus judiciaire et sont de plus en plus fréquents dans une communauté internationale dont les éléments sont de plus en plus interdépendants.

Ces questions seront abordées d'une manière plus détaillée plus loin.

* * *

L'exposé qui précède visait à démontrer que les faits de cette affaire rendent le principe de l'*Or monétaire* inapplicable en l'espèce, puisque la requête contre l'Etat défendeur n'exige nullement que l'on examine le comportement d'un Etat tiers et, à fortiori, que l'on rende de conclusion judiciaire contre lui.

Toutefois, vu que ce principe a occupé une place importante dans l'argumentation développée devant la Cour et que celle-ci en fait application, nous étudierons maintenant l'affaire de l'*Or monétaire* d'une manière plus détaillée pour voir si ce précédent ferait obstacle à la demande du Portugal au cas où il serait applicable.

2. *Le principe de l'Or monétaire*

i) *L'objet*

L'une des questions en litige dans l'affaire de *l'Or monétaire* était de savoir s'il y avait lieu d'attribuer l'or albanais à l'Italie en réparation des agissements illicites de l'Albanie. La Cour était manifestement dans l'impossibilité de trancher cette question en l'absence de l'Albanie, dont les biens et les agissements illicites *constituaient l'objet même de la demande de l'Italie*.

La présente affaire est radicalement différente. Les obligations et le comportement de l'Indonésie *ne sont pas* l'objet même de la présente instance. Ce sont les obligations et le comportement de l'Australie qui font l'objet de l'instance, à laquelle l'Australie participe.

La section qui précède a démontré qu'indépendamment de l'examen du comportement de l'Indonésie, la Cour possède suffisamment de preuves relatives aux obligations, aux responsabilités et aux agissements de l'Australie pour statuer sur ceux-ci. Pour se prononcer en l'espèce, la Cour n'a pas à s'engager dans une enquête approfondie sur le comportement ou les opérations militaires de l'Indonésie, ou sur quelque autre sujet ayant pu provoquer des inquiétudes au plan international. Il lui est encore moins nécessaire de *trancher* ces questions. Cela l'empêcherait de concentrer comme il convient toute son attention sur les actions et la responsabilité de l'Australie, pour être à même de se prononcer à ce sujet.

ii) *Les Parties*

Dans l'affaire de *l'Or monétaire*, les deux Etats *sur les droits respectifs desquels* la Cour était appelée à se prononcer étaient l'Italie et l'Albanie pour ce qui est de la première demande, et le Royaume-Uni et l'Albanie pour ce qui est de la seconde (voir ci-après par. iv)). L'Albanie, dont les biens étaient revendiqués et dont les agissements illicites étaient allégués, ne participait pas à l'instance. Or, dans la présente affaire, à l'inverse de celle de *l'Or monétaire*, aucune demande n'est formée contre un tiers absent. Les deux Etats *sur les droits respectifs desquels* la Cour est appelée à se prononcer sont le Portugal et l'Australie, qui sont tous les deux parties à l'instance.

Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, *exceptions préliminaires (C.I.J. Recueil 1992, p. 240)*, les deux parties *sur les droits respectifs desquelles* la Cour avait à se prononcer étaient l'Australie et Nauru, toutes deux parties à l'instance. Dans l'affaire de *Nauru*, tout comme en l'espèce, d'autres parties sont touchées, sans qu'en aucun cas cela ne fasse obstacle à la compétence.

iii) *Le raisonnement*

Deux des énoncés de principe les plus fréquemment cités de l'affaire de *l'Or monétaire* sont les suivants :

« En l'espèce, les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision. En pareil cas, le Statut ne peut être considéré comme autorisant implicitement la continuation de la procédure en l'absence de l'Albanie. » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 32.)

« En revanche, là où, comme dans le cas présent, la question essentielle à trancher a trait à la responsabilité internationale d'un Etat tiers, la Cour ne peut, sans le consentement de ce dernier, rendre sur cette question une décision qui soit obligatoire pour aucun Etat, ni pour l'Etat tiers, ni pour aucune des parties qui sont devant elle. » (*Ibid.*, p. 33.)

La Cour soulignait, très naturellement, que les intérêts de l'Albanie seraient non seulement touchés par la décision, mais qu'ils en formeraient l'*objet même*, et que la « question essentielle » à trancher était celle de la *responsabilité internationale de l'Albanie elle-même*. En raison du caractère général du libellé adopté par la Cour, on a parfois été tenté de citer ces passages pour étayer des thèses d'une portée bien plus large que ne l'autoriseraient les faits très circonscrits de l'espèce; c'est-à-dire qu'on ne pouvait disposer des biens de l'Albanie, en son absence, en se fondant sur ses agissements illicites. Or, en l'instance, aucune demande n'est dirigée contre l'Indonésie, aucune décision n'est requise contre elle et la question fondamentale n'est pas celle de sa responsabilité internationale.

Les intérêts juridiques de l'Indonésie pourraient être touchés par la décision, mais ils ne forment pas l'objet même de celle-ci comme l'or albanais était l'objet réel de l'affaire de l'*Or monétaire*.

La décision de la Cour à l'égard des obligations et des agissements de l'Australie pourrait avoir des conséquences à l'égard non seulement de l'Indonésie mais aussi d'autres pays, puisque plusieurs d'entre eux ont conclu avec l'Indonésie des arrangements qui s'appliquaient au Timor oriental, comme l'Australie en a informé la Cour au cours de ses plaidoiries (CR 95/10, p. 20-21). Si, dans son arrêt, la Cour émet des doutes quant à la validité de ces traités, les autres pays qui ont agi en présumant cette validité pourraient bien être touchés. On ne saurait considérer pour autant que ces pays devraient participer à l'instance ou que, pour cette raison, la Cour est incompétente pour connaître de l'affaire dont elle est saisie.

La portée des *dicta* énoncés dans l'affaire de l'*Or monétaire* ne saurait être étendue au-delà de ce que permettent les circonstances de l'espèce.

iv) *Distinction entre les demandes de l'Italie et du Royaume-Uni*

L'analyse des deux demandes dans l'affaire de l'*Or monétaire* permet de mieux cerner le principe qui sous-tend cette décision.

La première demande portait sur la prétention de l'Italie à recevoir l'or albanais en réparation partielle du préjudice que lui avait causé la loi albanaise du 13 janvier 1945 qui avait exproprié certains biens italiens.

La seconde demande portait sur la prétention de l'Italie à ce que ses droits aient priorité sur ceux du Royaume-Uni à recevoir l'or en exécution partielle de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*.

Il est tout à fait clair que la première demande, qui se fondait sur un acte de l'Albanie que l'Italie prétendait être illicite, ne pouvait être tranchée en l'absence de l'Albanie. Les droits et les actes illicites de l'Albanie faisaient partie intégrante de son objet même. L'arrêt a été rendu à l'unanimité sur ce point.

Tout en étant elle aussi solidement fondée sur un principe de droit, la décision relative à la seconde demande pourrait peut-être être distinguée de la première, en ce que bien que les revendications concurrentes en l'instance fussent celles de l'Italie et du Royaume-Uni la demande de ce dernier contre l'Albanie était déjà chose jugée depuis l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. Etant chose jugée, la dette que, selon l'arrêt, l'Albanie avait envers le Royaume-Uni n'avait pas besoin d'être de nouveau prouvée et ne pouvait non plus être contestée par l'Albanie. Cependant, la réclamation concurrente de l'or par l'Italie soulevait des problèmes de priorité (voir *C.I.J. Recueil 1954*, p. 33) qui compliquaient la situation.

On peut noter, en passant, que l'arrêt n'a pas été rendu à l'unanimité sur le second point, puisque M. Levi Carneiro, juge, a joint son opinion dissidente et déclaré que la Cour pouvait, et aurait dû, statuer sur la seconde conclusion de l'Italie indépendamment de la première, au motif que les seuls Etats directement intéressés par la question de la priorité, c'est-à-dire l'Italie et le Royaume-Uni, étaient parties à l'instance (*ibid.*, p. 43, par. 7) et que la question de la priorité pouvait être résolue sur la simple base de règles de droit (*ibid.*, par. 8).

v) *La règle de la tierce partie et l'obligation des juges de statuer*

L'opinion de M. Carneiro est importante parce qu'elle procède du souci de préserver la compétence de la Cour sans pour autant contrevenir à la règle de la tierce partie. Elle souligne un problème majeur qui se pose constamment à la Cour: la règle de la tierce partie est certes importante et doit être respectée dans tous les cas, mais la Cour est soumise à un autre principe selon lequel elle est tenue de *trancher* les affaires dont elle est saisie dans le cadre de sa compétence.

Dans ce domaine du droit, comme dans de nombreux autres, il n'est pas toujours facile de discerner la limite entre les deux règles quand elles sont en concurrence. Dans de nombreux cas, il subsiste une zone d'incertitude, de sorte que l'affaire peut être régie par l'une ou par l'autre. En la matière, la Cour est juge de sa propre compétence, comme le prévoit expressément le paragraphe 6 de l'article 36 de son Statut.

Une remarquable série de précédents, qui remontent au-delà même de l'arbitrage de l'*Alabama* (1872)¹, ont établi que: «Le principe fondamen-

¹ Citée dans Ibrahim Shihata, *op. cit.*, p. 12 et suiv.

tal du droit international qui s'applique en l'occurrence est qu'une juridiction internationale est maîtresse de sa propre compétence.»¹ Lorsqu'il examine sa compétence, le tribunal ne considère pas en principe que la simple présence d'un doute, si léger soit-il, le fonde à décliner sa compétence.

C'est en établissant un équilibre entre ces principes plutôt qu'en accordant son attention exclusivement au principe de la tierce partie, au détriment de l'autre principe, que la Cour peut exercer au mieux sa compétence. Bien que la compétence doive toujours reposer sur la règle du consentement, «il tombe sous le sens qu'une application trop rigoureuse de ce principe paralyserait toute juridiction internationale»². Les insuffisances de l'article 36 dans sa rédaction actuelle³ ainsi que la nécessité d'une «approche fonctionnelle et téléologique bien définie des problèmes de compétence»⁴ justifient cette façon d'aborder le problème⁵.

C'est donc à juste titre que, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a mis en garde contre l'extension abusive de la portée de l'affaire de l'*Or monétaire*, en disant que les faits de celle-ci «marquent vraisemblablement les limites du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 431, par. 88; voir aussi *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 260, et *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à fin d'intervention*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1990*, p. 116, par. 56)⁶.

Ainsi que la Cour l'a fait observer dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, requête à fin d'intervention: «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...» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 25, par. 40; les italiques sont de moi). Cette obligation absolue de régler le différend porté devant la Cour est ce qui distingue le juge, régulièrement saisi, de nombreux autres fonctionnaires qui ne sont pas *tenus* de par leurs attributions de trancher toutes les questions litigieuses dont ils sont régulièrement saisis dans l'exercice de leurs fonctions. La doctrine sur la nature de la fonction judiciaire n'a cessé de souligner l'obligation des juges de *statuer*. Le Statut de la Cour lui-même exprime ce concept à l'article 38, qui énonce que «la mission [de la Cour] est de régler conformément au droit international les diffé-

¹ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1985, p. 438.

² *Ibid.*, p. 439.

³ *Ibid.*, p. 316.

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir aussi la discussion ci-après, dans la section 3, par. vii).

⁶ Voir D. H. N. Johnson («The Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943», *International and Comparative Law Quarterly*, 1955, vol. 4, p. 110), pour lequel il est nécessaire de bien réfléchir «avant de réduire davantage la juridiction déjà limitée de la Cour» en interprétant trop largement la règle de l'Etat tiers.

rends qui lui sont soumis»¹ (les italiques sont de moi). En fait, il s'agit là de la fonction de la Cour, autour de laquelle s'articulent toutes les autres dispositions du Statut²

Par conséquent, une interprétation par trop limitative de la compétence de la Cour, qui ne permettrait pas à celle-ci de régler un différend dont elle aurait été régulièrement saisie dans le cadre de sa compétence, pourrait l'amener à ne pas s'acquitter de ses obligations statutaires expresses.

Bien qu'il importe que la Cour étudie avec le plus grand soin les exceptions tirées de l'absence de consentement de tierces parties, elle devra, en cas de doute, mettre dans la balance son obligation statutaire, tout aussi importante, de régler les différends dont elle a été régulièrement saisie dans le cadre de sa compétence. Une application trop stricte du premier principe peut prêter à une violation du second.

Dans le système judiciaire international, un demandeur qui cherche réparation devant la présente Cour n'a, en règle générale, aucun recours si celle-ci refuse de l'entendre, contrairement à ce qui se passe dans un système judiciaire national, où le refus d'un tribunal de statuer n'empêche pas le requérant de recourir à d'autres tribunaux ou autorités.

Comme l'a fait observer sir Gerald Fitzmaurice :

«Etant donné que le droit national assure habituellement l'existence de *quelque* instance interne compétente pour statuer sur les affaires qui mettent en jeu des violations de ce droit, ou la revendication de droits qui en découlent, les questions internes de compétence revêtent une importance secondaire, puisqu'un demandeur dont la demande est rejetée par une juridiction pour défaut de compétence peut la présenter à nouveau devant la juridiction appropriée. Ainsi, en règle générale, il est impossible d'éviter une décision sur le fond si le demandeur persiste, et le défendeur n'obtient aucun avantage définitif en soulevant des questions de compétence. Il en va tout autrement dans l'ordre international, où le fait de retenir une exception d'incompétence met normalement fin à l'ensemble de la procédure et

¹ Voir l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)* (C.I.J. Recueil 1974, p. 271) pour la confirmation de ce principe et le nombre limité de cas dans lesquels la Cour peut légitimement décliner sa compétence, par exemple en l'absence d'un différend.

² Dans l'affaire *The Republic of El Salvador v. The Republic of Nicaragua*, la Cour de justice centraméricaine a dit à l'égard de la règle de l'Etat tiers que :

«de nombreuses questions qui pourraient surgir entre des Gouvernements d'Amérique centrale seraient exclues de sa compétence et ne pourraient faire l'objet d'une décision si l'on accordait quelque importance que ce soit à l'argument un peu mince selon lequel un Etat tiers ... possède des intérêts relativement aux questions en litige.

L'acceptation de cet argument aurait pour effet de rendre pratiquement négligeables les pouvoirs judiciaires de la Cour, étant donné que le fait d'invoquer des droits affectant un Etat tiers l'empêcherait d'exercer sa fonction judiciaire...» (*American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 699.)

exclut l'introduction de toute autre instance, non seulement devant le tribunal qui a statué sur sa compétence mais également devant toute autre juridiction. Par conséquent, dans le domaine international ces questions prennent une importance beaucoup plus grande et habituellement fondamentale.»¹

Il est important de relever, s'agissant de toutes les questions de compétence, qu'une fois tous les autres recours épuisés la Cour est la juridiction de dernier ressort du système international chargée d'appliquer les principes du droit international.

vi) *Le critère du caractère raisonnable*

En l'espèce, on cherche à interpréter le précédent de l'*Or monétaire* comme signifiant que la Cour est incompétente parce qu'elle ne peut statuer sur la question dont elle est saisie sans décider au préalable de la licéité de la présence de l'Indonésie sur le Territoire. En bref, cette thèse reviendrait à considérer que si l'on ne pouvait accueillir la demande d'un Etat A contre un Etat B qu'en démontrant au préalable qu'un Etat C a commis un acte illicite, l'Etat B pourrait éviter que son comportement, aussi illicite soit-il, fasse l'objet d'un examen en faisant valoir que sa propre responsabilité ne saurait être déterminée sans qu'il ait été statué au préalable sur l'acte illicite de l'Etat C.

Depuis longtemps, on juge de la qualité d'une interprétation en examinant si elle n'aboutit pas à des résultats déraisonnables, voire absurdes. De toute évidence, la thèse en question peut produire des résultats manifestement déraisonnables si l'on considère les exemples suivants, où A est l'Etat demandeur, B l'Etat défendeur et C l'Etat tiers dont l'acte illicite doit être établi préalablement à l'examen des prétentions du demandeur ou du défendeur. Dans chaque exemple, B a reconnu la compétence de la Cour mais non pas C, qui n'est donc pas partie à l'instance :

- Après que A et B eurent conclu un pacte de défense mutuelle, C commet un acte d'agression contre A. B ne se porte pas au secours de A. Dans une action intentée par A contre B, il est nécessaire, à titre préalable, que A démontre l'acte d'agression de C². Etant donné que C n'est pas partie, la demande de A doit être rejetée.
- Un étroit couloir territorial appartenant à B se trouve entre A et C. C déverse sur le territoire de B une grande quantité de déchets radioactifs qui, de là, se répandent dans le territoire de A. A poursuit B. B cherche à prouver que le problème échappe à son contrôle, dans la mesure où les matériaux nocifs provenaient de C et qu'ils ne pouvaient être conte-

¹ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. II, p. 438; les italiques sont dans l'original.

² Voir Johnson, *op. cit.*, p. 110.

nus une fois parvenus sur son territoire. Etant donné que B doit prouver l'acte illicite de C, il lui est impossible de se défendre.

- Pour mettre en œuvre ses plans de renseignement militaire concernant A, B persuade un allié potentiel, C, de survoler le territoire de A afin d'effectuer une surveillance aérienne illicite. Alors qu'il survole le territoire de A, l'avion de C s'écrase sur une ville très peuplée, provoquant des dommages et des pertes en vies humaines considérables. A poursuit B devant la Cour pour les dommages qu'il a subis. A possède des preuves du fait que B a été l'instigateur de l'acte illicite de C. B peut faire rejeter la demande pour incompétence au motif que la demande requiert au préalable la preuve de l'acte illicite de C.
- C effectue un raid contre A et s'empare d'un objet historique appartenant à ce dernier. B acquiert cet objet de C. A poursuit B afin de récupérer l'objet et doit, au préalable, démontrer qu'il s'agit de l'objet qui a été emporté par C au cours du raid. A ne peut faire valoir sa demande en l'absence de C, étant donné que la preuve de l'acte illicite de C doit nécessairement être apportée avant qu'il puisse être statué sur sa demande (cet exemple ne tient pas compte d'éventuelles dispositions conventionnelles particulières relatives à la restitution d'objets de valeur culturelle ou historique).
- Une entreprise publique appartenant à A dirige un établissement industriel sur le territoire de C. C s'approprie illicitement les usines et les installations hautement spécialisées de cet établissement et invite B, qui dispose de connaissances techniques en la matière, à participer avec lui à la gestion de cet établissement dans le cadre d'une entreprise commerciale conjointe. B accepte et y participe. A poursuit B en invoquant l'illicéité de toute l'opération. La demande doit être rejetée puisqu'il est impossible de la faire valoir sans que la preuve de l'acte illicite de C ait été administrée.

Les exemples peuvent être multipliés.

Dans chacun de ces cas, l'acte illicite d'un tiers doit être prouvé préalablement à l'examen des moyens du demandeur et du défendeur. Dans chacun de ces cas, la règle qui empêche d'apporter cette preuve aboutit à un résultat manifestement injuste et déraisonnable. Il est difficile d'imaginer comment une telle règle peut vraiment représenter un principe «bien établi» de droit international, consacré par le Statut de la Cour, principe sur la base duquel la question fondamentale de la compétence doit être tranchée et dont dépendent à leur tour les droits ultimes des parties dans des affaires d'une grande importance.

On doit donc conclure qu'une interprétation du précédent de l'*Ormonétaire* qui produirait un tel résultat reviendrait clairement à étendre la portée de cet arrêt bien au-delà des limites tolérables. En fait, une telle interprétation semblerait contrevenir au principe de la responsabilité de chaque Etat pour ses propres actes. Le seul fait de prétendre que l'acte illicite d'un tiers doit être prouvé avant que le sien propre puisse l'être ne

saurait dévier le cours de la justice et détourner celle-ci du principe selon lequel chaque Etat est responsable de ses propres actions (sur cette question, voir aussi la section 3, paragraphe ii), ci-après).

vii) *Jurisprudence antérieure*

Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour a dit que :

«Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et *incorporé dans le Statut*, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier.» (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 32; les italiques sont de moi.)

Il convient de noter qu'aucun précédent n'a été cité dans l'affaire de l'*Or monétaire*. C'est une décision qui n'a pas formulé de nouveau principe ni marqué d'avancée. Elle n'avait d'autre prétention que d'appliquer un principe déjà consacré dans le Statut de la Cour.

Il serait donc utile d'examiner quelques précédents.

a) *Avis consultatifs*

Deux précédents bien connus sont les avis consultatifs donnés dans les affaires du *Statut de la Carélie orientale* (1923, *C.P.J.I. série B n° 5*) et de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase* (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 65), qui contiennent l'un et l'autre des déclarations également fermes, formulées dans des termes similaires.

Dans le premier cas, la Cour permanente a conclu qu'il lui était «impossible» de donner un avis portant sur un différend réel né entre la Finlande et la Russie parce que le Gouvernement russe ne participait pas à l'instance. Dans les mêmes termes que ceux employés plus tard dans l'affaire de l'*Or monétaire* (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 32), la Cour permanente qualifiait de «bien établi en droit international» le principe selon lequel aucun Etat «ne saurait être obligé de soumettre ses différends ... soit à la médiation, soit à l'arbitrage» (*C.P.J.I. série B n° 5*, p. 27).

Dans l'avis relatif à l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, également, la Cour a évoqué :

«le principe bien établi de droit international selon lequel toute procédure judiciaire ayant trait à une question juridique pendante entre Etats exige le consentement de ceux-ci» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71).

Si la Cour actuelle s'est appuyée sur ces affaires pour dire que la règle de la tierce partie est un principe «bien établi» en droit international, il convient de faire remarquer que la base de compétence de la Cour n'est pas la même en matière consultative et en matière contentieuse. La déci-

sion de la Cour de se prononcer sur une affaire repose manifestement sur des bases différentes en matière consultative, où le Statut lui laisse peut-être un peu plus de latitude pour décider de donner ou non un avis (Statut, art. 65). Les précédents tirés d'avis consultatifs que la Cour s'est refusée à donner parce qu'une tierce partie était en cause ne sont donc pas directement transposables à la compétence en matière contentieuse.

En outre, il importe de noter qu'en l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, la Cour a parlé des raisons «pour lesquelles tout effort de la Cour de traiter la question actuelle *serait inopportun*» (C.P.J.I. série B n°5, p. 28; les italiques sont de moi) et a déclaré encore qu'«il serait certainement *utile* que les faits sur lesquels l'avis de la Cour est demandé fussent constants» (*ibid.*; les italiques sont de moi).

Il faut donc distinguer la jurisprudence en la matière tirée des avis consultatifs¹. Que l'on puisse ou non tenir compte de considérations d'«opportunité» dans les avis consultatifs, elles n'ont pas de place en matière contentieuse où la Cour *est tenue de statuer* dans un sens ou dans l'autre (voir ci-dessus par. v))².

b) *Affaires contentieuses*

Quant à la jurisprudence tirée des décisions en matière contentieuse, la façon dont la Cour a traité l'affaire du *Détroit de Corfou*, quelques années seulement auparavant, ne correspond pas au principe général formulé dans l'affaire de l'*Or monétaire*.

Dans la première affaire, le Royaume-Uni prétendait, à titre principal, que le champ de mines qui avait causé des dommages à ses navires avait été mouillé par l'Albanie et, à titre subsidiaire, qu'il avait été mouillé par la Yougoslavie, avec la connivence du Gouvernement albanais. Comme la Cour l'a fait observer :

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

Selon cette thèse subsidiaire, la Yougoslavie était l'auteur principal du préjudice. Sans acte illicite de la Yougoslavie, il ne pouvait pas y avoir

¹ Voir D. H. N. Johnson :

«L'arrêt de la Cour donne l'impression que certaines considérations, dont il convient de tenir compte pour déterminer si la Cour doit ou non user de son pouvoir discrétionnaire pour rendre un avis consultatif, ont été appliquées un peu trop littéralement aux circonstances différentes d'une affaire contentieuse.» (*Op. cit.*, p. 110.)

² Voir également *Anglo-Iranian Oil Co.* (C.I.J. Recueil 1952, p. 103) et *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (C.P.J.I. série A n° 15, p. 22) pour d'autres cas où il est affirmé que la compétence de la Cour «dépend de la volonté des Parties».

l'acte illicite de l'Albanie, de même que, comme l'a plaidé l'Australie, sans acte illicite de l'Indonésie, il ne pouvait y avoir l'acte illicite allégué de l'Australie.

Pour démontrer cette collusion, le Gouvernement du Royaume-Uni a produit des moyens de preuve devant la Cour et, selon les propres termes de celle-ci :

« La Cour a longuement examiné le témoignage en question ainsi que les informations documentaires produites par les Parties. Elle a complété et vérifié ces données par l'envoi à Sibenik de deux experts désignés par elle : le capitaine de vaisseau chef de division S. A. Forshell et le capitaine de corvette S. J. W. Elfferich. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 16.)

« Indépendamment du témoignage Kovacic, le Gouvernement du Royaume-Uni a cherché à démontrer l'existence d'une collusion entre l'Albanie et la Yougoslavie par certaines présomptions de fait ou preuves circonstanciées, telles que la possession à l'époque, par la Yougoslavie, à l'exclusion de tout autre Etat voisin, de mines de type GY, et les liens d'étroite alliance, à la fois politique et militaire, entre l'Albanie et la Yougoslavie, résultant du *traité d'amitié et d'assistance mutuelle conclu par ces deux Etats le 9 juillet 1946.* » (*Ibid.*, p. 17; les italiques sont de moi.)

Le Gouvernement yougoslave n'était pas partie à l'instance, mais il a autorisé le Gouvernement albanais à produire certains documents yougoslaves.

Sir Hartley Shawcross a notamment fait, au nom du Royaume-Uni, les déclarations suivantes impliquant la Yougoslavie non seulement à titre accessoire mais même, dans cette partie de l'affaire, en tant qu'auteur principal du préjudice international allégué. Il a déclaré :

- a) qu'il était bien connu qu'à l'époque il existait une association et une collaboration très étroites entre l'Albanie et la Yougoslavie (*C.I.J. Mémoires, Détroit de Corfou*, vol. III, p. 239);
- b) que des membres des forces albanaises avaient été envoyés en Yougoslavie pour y recevoir une formation (*ibid.*, p. 240);
- c) qu'en vertu d'un décret figurant au journal officiel yougoslave, la Yougoslavie s'était vu attribuer « une position de monopole virtuel à l'égard du trafic côtier entre les deux pays » (*ibid.*);
- d) que la Yougoslavie conduisait pratiquement toutes les relations extérieures de l'Albanie et « avait des missions navales, militaires et aériennes en Albanie pour guider l'organisation des arrangements militaires dans ce pays » (*ibid.*);
- e) que la Yougoslavie possédait le type de mines allemandes de type GY qui avaient été mouillées dans le détroit de Corfou (*ibid.*);
- f) que le soupçon que l'on avait que les navires yougoslaves avaient posé ces mines s'était « transformé en certitude » à la suite des témoignages du commandant Kovacic, qui avait appartenu à la marine yougoslave (*ibid.*);

- g) que les mines avaient été chargées à la hâte sur deux navires yougoslaves qui avaient «appareillé silencieusement» pendant la nuit pour les mouiller dans les eaux albanaises (*C.I.J. Mémoires, Déroit de Corfou*, vol. III, p. 243);
- h) qu'il y avait un stock de mines de type GY à Sibenik et que les mines chargées sur ces navires provenaient de ce stock (*ibid.*);
- i) que les navires avaient été vus de nouveau quatre jours plus tard, mais que les mines n'y étaient plus (*ibid.*, p. 243-244);
- j) qu'il y avait des preuves indiquant que la tâche confiée aux navires était de poser un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises (*ibid.*, p. 244).

La Cour n'a pas dit qu'elle n'avait pas compétence pour examiner ces affirmations et ne les a pas écartées: elle a en fait, par sa décision du 17 janvier 1949 (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 151), invité les experts qu'elle avait désignés à se rendre à Sibenik, en Yougoslavie, et dans la région du détroit de Corfou pour mener une enquête sur place. A Sibenik, les experts ont étudié pendant deux jours la configuration géographique de l'endroit où Kovacic avait témoigné avoir vu charger les mines sur les deux mouilleurs de mines yougoslaves¹.

Il s'agissait manifestement en l'espèce de l'allégation bien précise d'un acte internationalement illicite d'un Etat tiers ne participant pas à l'instance. Cette allégation a d'ailleurs provoqué une forte réaction de l'Albanie, dans les termes suivants:

«Comment la Cour pourrait-elle statuer sur les faits de prétendue complicité et sur la demande de réparations introduite contre «le complice», sans avoir rendu une décision contre «l'auteur principal» accusé arbitrairement et sans preuve par le Gouvernement britannique?»²

La Cour a dit en fait que «les auteurs du mouillage [étaient] restés inconnus» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 17). Si elle avait accepté la thèse du Royaume-Uni, elle aurait clairement conclu que la Yougoslavie avait commis un acte illicite. Qu'un tel acte illicite ait été allégué à l'encontre d'une tierce partie n'a pas empêché la Cour d'examiner la thèse qui lui était présentée à titre subsidiaire.

Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, l'implication d'une tierce partie était donc plus nette que dans la présente affaire. On peut même dire que

¹ Pour les arrangements relatifs à cette visite, voir *C.I.J. Mémoires, Déroit de Corfou*, vol. V, p. 257-274. Voir aussi, pour une étude plus détaillée, Il Yung Chung, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, 1959, p. 146 et suiv.

² *C.I.J. Mémoires, Déroit de Corfou*, vol. II, p. 353, par. 102, duplique du Gouvernement albanais.

la limite extrême du principe y était atteinte, voire franchie; mais cette affaire ne confirme pas l'idée exprimée dans l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Or monétaire*, selon laquelle il existerait toute une série de précédents.

Si'il était exact qu'une requête doive être rejetée lorsqu'un acte illicite perpétré par un Etat tiers est à la base même de la requête, la Cour aurait dit au Royaume-Uni que la thèse qu'il avait présentée à titre subsidiaire était indéfendable en l'absence de la Yougoslavie et aurait refusé *in limine litis* de connaître de cet aspect de l'affaire.

Si, bien loin de suivre cette voie, la Cour a «longuement examiné» le témoignage ainsi que les informations documentaires et envoyé des experts pour les étudier, c'est qu'elle ne s'est pas inspirée dans sa conduite du principe qui, selon l'Australie, est fondamental et bien établi. Elle a même autorisé le Gouvernement du Royaume-Uni à essayer de prouver qu'il y avait eu collusion avec l'Etat tiers absent, dans la mesure où non seulement ce dernier était en possession des mines mais encore où il avait conclu une alliance militaire résultant d'un traité d'amitié et d'assistance mutuelle. L'attitude de la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* contraste donc fortement avec sa décision dans la présente l'espèce.

L'affaire *Ambatielos* (C.I.J. Recueil 1953, p. 10) peut aussi être citée comme un exemple où la situation de tiers à l'instance risquait d'être affectée par l'arrêt que la Cour était invitée à rendre.

Lors de l'examen au fond de l'affaire qui l'opposait au Royaume-Uni, le Gouvernement grec a invité la Cour à prendre en considération certains articles de traités conclus entre le Royaume-Uni et le Danemark, le Royaume-Uni et la Suède et le Royaume-Uni et la Bolivie. Le Gouvernement du Royaume-Uni, sans faire objection à ce qu'il fût fait référence à ces traités, a contesté l'exactitude des traductions anglaises de certaines des dispositions invoquées. La Cour était invitée à donner de ces traités une interprétation qui aurait conforté le Gouvernement grec dans son interprétation du traité qu'il avait conclu avec le Royaume-Uni. Il n'a pas été fait d'objection, semble-t-il, à ce que ces traités fussent invoqués¹.

viii) *Jurisprudence postérieure*

Il s'est constitué au fil des ans une abondante jurisprudence où, bien que le principe de l'*Or monétaire* ait été invoqué pour contester la com-

¹ Voir également l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (C.I.J. Recueil 1952, p. 93), où le Royaume-Uni soutenait notamment que lorsque le traité entre l'Iran et le Danemark était entré en vigueur le 6 mars 1935, l'Iran avait été mis dans l'obligation, par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, «de traiter les sujets britanniques sur son territoire conformément aux principes et à la pratique du droit international» (*ibid.*, p. 109).

pétence, la Cour a maintenu ledit principe dans les limites appropriées et refusé qu'il fût étendu indûment au-delà de sa portée légitime. Cette attitude est conforme à l'avis de la Cour, déjà cité, selon lequel l'affaire de l'*Or monétaire* marque 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).

Parmi les affaires où la Cour a statué dans ce sens, il faut citer celles des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* et de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*.

Les principes qui se sont dégagés à mesure que la jurisprudence de la Cour sur ce point évoluait sont les suivants: il ne suffit pas qu'une tierce partie soit touchée (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, arrêt, *C.I.J. Recueil 1990*, p. 115-116, par. 55); il faut que les intérêts de l'Etat tiers fassent partie de «l'objet même de ladite décision» (*ibid.*, p. 121-122, par. 72-73); le «critère n'est pas seulement celui de l'identité d'objet, mais aussi celui de savoir si, par rapport à un même objet, la détermination judiciaire de la Cour porte sur la responsabilité d'un Etat qui n'est pas partie» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 296, opinion individuelle de M. Shahabuddeen); les Etats coauteurs de préjudices peuvent être assignés individuellement (*ibid.*, p. 258-259); et le seul fait qu'une tierce partie puisse être affectée par la décision ne suffit pas à rendre applicable le principe de l'*Or monétaire* (*ibid.*, p. 261-262).

Il convient de mentionner spécialement l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (C.I.J. Recueil 1992*, p. 240) qui, en un sens, est celle où l'on se rapproche le plus du principe en cause dans la présente espèce. Dans cette affaire, l'administration de Nauru était confiée conjointement à trois autorités administrantes — l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni — et toute conclusion selon laquelle l'Australie avait violé l'accord de tutelle impliquerait nécessairement, prétendait-on, la même conclusion à l'encontre de ses partenaires. La Cour n'a cependant pas hésité à rejeter cette exception et à dire qu'elle avait compétence pour examiner l'affaire au fond. Elle a jugé que les intérêts de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni ne constituaient pas l'objet même de la décision à rendre sur le fond de la requête de Nauru. La Cour a rejeté l'affirmation de l'Australie selon laquelle il y aurait détermination *simultanée* de la responsabilité des trois Etats et selon laquelle, s'agissant de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, les motifs fondamentaux de l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Or monétaire* feraient obstacle à une telle détermination (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 261, par. 55). Le fait que l'arrêt de

la Cour affectait clairement des tiers non parties à l'instance n'a donc pas empêché celle-ci de statuer sur le différend entre les parties effectivement présentes¹.

Le principe, incontestablement nécessaire et inattaquable, énoncé dans l'affaire de l'*Or monétaire* a donc été maintenu dans des limites raisonnables par la jurisprudence de la Cour, en évolution constante. Avec tout le respect dû à la décision de la Cour en l'espèce, il convient de faire observer qu'elle marquera apparemment un recul par rapport à la tendance de cette évolution et, ce faisant, étendra le principe limité énoncé dans cette affaire en même temps qu'elle restreindra le domaine de compétence de la Cour. Le principe de l'*Or monétaire* ainsi appliqué remplira une fonction toute différente de celle qu'il a remplie dans l'affaire à l'occasion de laquelle il a été formulé.

3. Autres facteurs pertinents

i) Garanties des tierces parties

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a indiqué que, comme elle l'avait fait dans l'affaire de l'*Or monétaire*, dans des circonstances appropriées elle déclinerait l'exercice de sa compétence lorsque les intérêts juridiques d'un Etat non 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)» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 431, par. 88).

La Cour a poursuivi en énonçant dans les termes suivants les garanties qui s'offrent aux tierces parties :

¹ Dans ce cadre, on peut faire état de la situation assez semblable à la présente instance, dont la Cour de justice centraméricaine a été saisie dans l'affaire *The Republic of El Salvador v. The Republic of Nicaragua*, où El Salvador se plaignait que le traité Bryan-Chamorro conclu entre le Nicaragua et les Etats-Unis pour la construction d'un canal interocéanique contrevenait aux traités antérieurs de Washington conclus entre El Salvador et le Nicaragua. La position du Nicaragua était que le traité Bryan-Chamorro avait été conclu avec un Etat non soumis à la juridiction de la Cour et donc que celle-ci n'avait pas compétence. La Cour de justice centraméricaine a fait observer ce qui suit :

«Ce que l'on peut appeler l'argument fondamental, à savoir que la Cour n'a pas compétence à l'égard de l'objet de cette affaire parce que celle-ci implique les intérêts d'un Etat tiers qui n'est pas soumis à l'autorité de la Cour, est également dénué de fondement de l'avis des juges...» (*American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, p. 698.)

La Cour a déclaré ensuite que le Gouvernement du Nicaragua était dans l'obligation de rétablir et de maintenir la situation juridique antérieure à l'adoption du traité Bryan-Chamorro (*ibid.*, p. 730), mais elle n'a pas voulu aller jusqu'à constater la nullité de ce traité, ce qui aurait mis en cause les droits d'un tiers qui n'avait pas reconnu sa compétence. Par conséquent :

«La Cour centraméricaine n'a pas été empêchée de statuer sur un différend entre les deux Etats effectivement parties à l'instance, par l'obstacle que constituait la possibilité qu'elle ait à trancher sans le consentement d'un Etat tiers des questions touchant ce dernier Etat de très près.» (Johnson, *op. cit.*, p. 109.)

«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. Comme la Cour l'a déjà indiqué ... les 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.» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 431, par. 88.)

La protection des tierces parties, qui découle également des principes généraux du droit international, est assurée, pour ce qui concerne la compétence de la Cour, par l'article 59 de son Statut.

Ce souci de protection des Etats tiers est du reste porté plus loin encore par l'article 62, en vertu duquel lorsqu'un Etat estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique *est pour lui en cause*, il peut adresser à la Cour une requête à fin d'intervention.

Il ne fait aucun doute que, lors de la conception du Statut de la Cour, il a été clairement compris qu'un arrêt de celle-ci pourrait fort bien avoir des effets sur les droits des tiers. Par conséquent, on a incorporé dans le Statut ces garanties bien structurées protégeant les intérêts des Etats tiers qui pourraient être *pour eux en cause*, et qui tout à la fois les protègent et leur permettent d'intervenir. L'affaire de l'*Or monétaire* a simplement mis en application ces dispositions du Statut. On n'entendait certainement pas faire de ces garanties un principe autonome formant un troisième et nouveau moyen de protection dont la portée dépasserait même celle du Statut.

Au surplus, il convient de rappeler que, même si dans les juridictions nationales où s'applique le principe de *stare decisis* les autres parties à des instances de nature identique peuvent se trouver elles-mêmes liées par un principe de droit qui a été établi dans une affaire à laquelle elles n'étaient pas parties, en droit international, en revanche, les tierces parties bénéficient de la protection supplémentaire de l'absence du principe de *stare decisis*.

ii) *Le principe de la responsabilité individuelle des Etats*

Selon les principes relatifs à la responsabilité des Etats, qui reposent sur le caractère autonome et individuel de chaque Etat, lorsque deux Etats participent à un acte illicite, chacun d'eux porte la responsabilité internationale de l'acte internationalement illicite qu'il a commis.

Ce principe a été bien formulé par le Portugal au cours des audiences :

«[en vertu de la Charte] la sécurité comme la bonne marche de l'Organisation ... sont collectives parce que chacun ... a des devoirs dont il est redevable vis-à-vis des autres comme de l'Organisation elle-même en tant qu'elle constitue leur conjonction corporative. C'est, en d'autres termes, parce que le système est universel que cha-

cun y conserve individuellement la responsabilité de ses actes et le devoir de respecter les principes communs à tous. Il en résulte qu'aucun des membres ne peut s'abriter derrière le fait qu'une situation a été créée par un autre pour ne pas avoir à réagir lui-même à cette situation en application des règles de droit consacrées par la Charte commune.» (CR 95/5, p. 72).

Dans son septième rapport sur la responsabilité des Etats, l'éminent rapporteur spécial, M. Ago, a traité comme évidente la proposition selon laquelle la violation par un Etat d'une obligation internationale engageait la responsabilité de celui-ci, quelle que soit la participation d'un autre Etat à cet acte. Le rapport a fait observer que :

«Il est à peine nécessaire de préciser que si les agissements par lesquels se traduit la participation d'un Etat à la réalisation d'un fait internationalement illicite d'autrui représentaient à eux seuls la violation d'une obligation internationale, ils engageraient à ce titre déjà la responsabilité internationale de l'Etat auteur desdits agissements, indépendamment des conséquences qui pourraient en outre découler de la part prise au fait internationalement illicite d'un autre Etat.»¹

En vertu de ce principe, l'Etat défendeur doit répondre individuellement de ses propres actes.

Cette individualisation de la responsabilité a été illustrée également dans l'arrêt de la Cour dans l'affaire de *Nauru* où, bien que le mandat et la tutelle en question aient été conférés aux trois gouvernements « conjointement », la Cour a permis que l'affaire se poursuive contre l'une des trois composantes de l'autorité administrante malgré les incidences que cela pouvait avoir sur la responsabilité des autres. Dans cette affaire, la Cour a précisé qu'elle n'était pas empêchée de statuer sur la requête qui lui était soumise

«pour autant que les intérêts juridiques de l'Etat tiers éventuellement affectés ne constituent pas l'objet même de la décision sollicitée. Dans l'hypothèse où la Cour est ainsi à même de statuer, les intérêts de l'Etat tiers qui n'est pas partie à l'affaire sont protégés par l'article 59 du Statut de la Cour selon lequel: «La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.» (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 261, par. 54.)

Il serait encore plus inapproprié qu'un Etat qui n'a pas accepté la juridiction de la Cour puisse exciper de ce défaut d'acceptation pour empê-

¹ Chapitre IV: «Implication d'un Etat dans le fait internationalement illicite d'un autre Etat», *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, première partie, A/CN.4/307 et Add.1 et 2, par. 52, note 99; réplique, vol. I, par. 7.35-7.37; voir aussi Ian Brownlie, *State Responsibility*, première partie, 1983, p. 190.

cher des Etats qui l'ont acceptée de régler leurs différends conformément au droit.

La conclusion de l'Australie selon laquelle sa responsabilité «ne pourrait, de toute manière, qu'être consécutive, dérivée, de celle de l'Indonésie» (CR 95/8, p. 8) ne s'accorde pas avec les principes fondamentaux de la responsabilité des Etats car, pour reprendre les termes du rapporteur spécial déjà cité :

«L'un des principes les plus profondément ancrés dans la doctrine du droit international — l'un des mieux confirmés par la pratique des Etats et par la jurisprudence — est le principe selon lequel tout comportement d'un Etat qualifié par le droit international de fait juridiquement illicite entraîne en droit international une responsabilité dudit Etat.»¹

Même si la responsabilité de l'Indonésie est la principale source dont dérive celle de l'Australie, cette dernière ne peut se soustraire à sa propre responsabilité en invoquant cette responsabilité première.

iii) *Droits erga omnes*

L'Australie a très justement déclaré qu'elle «ne conteste pas que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue un principe *erga omnes*» (duplique, par. 78). Elle a réitéré cette position à maintes reprises dans ses plaidoiries. Le concept de droits et d'obligations *erga omnes* est examiné plus en détail dans la partie D.

Un droit *erga omnes* est constitué, il va sans dire, d'une série de droits distincts *erga singulum*, y compris notamment un droit distinct *erga singulum* opposable à l'Australie et un droit distinct *erga singulum* opposable à l'Indonésie. Ces droits ne dépendent aucunement les uns des autres. Du fait qu'un Etat a violé une des obligations qui lui incombent à ce titre, les droits *erga omnes* lui deviennent opposables *erga singulum*.

Prétendre que la participation de l'Indonésie à l'instance est nécessaire pour qu'il puisse être statué sur la violation d'une telle obligation par l'Australie reviendrait à entraver en pratique l'application du principe *erga omnes*. Cela signifierait, à peu près de la même façon que dans les exemples cités à la section 2, paragraphe vi), ci-dessus, que l'Indonésie pourrait mettre à l'abri d'une assignation devant la Cour tout Etat qui traiterait avec elle à propos du Timor oriental, parce qu'elle-même ne reconnaît pas la compétence de la Cour. Devant les instances judiciaires, le principe de l'opposabilité *erga omnes* pourrait ainsi être en grande partie privé de son efficacité.

En outre, l'Indonésie serait de toute manière à l'abri de toute velléité d'application du principe de la chose jugée à son encontre. Lorsqu'il est invoqué contre l'Australie, le droit *erga omnes* devient un droit *erga singulum*, puis *res judicata erga singulum* contre l'Australie dans l'hypothèse

¹ R. Ago, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II, première partie, p. 215, par. 30.

où il est fait droit à la demande. La décision n'aurait aucunement la valeur d'une décision judiciaire contre l'Indonésie; on ne saurait donc invoquer «le principe de l'*Or monétaire*» pour faire obstacle à l'instance contre l'Australie.

iv) *Le caractère de plus en plus multilatéral des obligations internationales modernes*

L'importance croissante du caractère multilatéral des obligations en droit international moderne a déjà été évoquée. Toute instance chargée d'appliquer le droit international dans ce contexte doit en tenir compte de façon à ne pas entraver le développement du droit international dans cette direction.

Au premier rang des sources d'obligations multilatérales se trouve la Charte des Nations Unies, qui investit de la même façon tous les Etats de droits et de responsabilités que tous les autres doivent reconnaître.

Dans ce réseau de relations internationales qui s'imbriquent les unes dans les autres, tout Etat accusé par un autre de ne pas s'être acquitté de ses obligations internationales doit se justifier, conformément au principe de la responsabilité individuelle qui a déjà été exposé. Il ne peut pas invoquer la responsabilité d'un autre Etat pour excuser sa propre carence. Cet autre Etat devra se justifier le moment venu et subira peut-être les effets de l'arrêt que la Cour rendra dans l'affaire portée devant elle.

Si, par exemple, la Cour concluait en l'espèce au bien-fondé de la thèse du Portugal, cette décision aurait des conséquences pour de nombreux autres Etats, qu'ils aient ou non agi conformément à leur propre obligation de reconnaître les droits du Timor oriental. La Cour ne saurait prendre en compte toutes les ramifications que risque d'avoir une conclusion qu'elle énonce dans le respect des normes contraignantes du droit international. La Cour ne saurait les anticiper toutes dans un ordre mondial formé d'obligations multilatérales entrecroisées.

Comme M. Shahabuddeen l'a fait remarquer dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*:

«On a fait observer à juste titre «qu'au fur et à mesure que les relations entre les Etats deviennent plus complexes, il est de moins en moins probable qu'un différend, quel qu'il soit, présente un caractère strictement bilatéral» (L. F. Damrosch, «Multilateral Disputes», dans L. F. Damrosch (dir. publ.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, p. 376).» (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 298.)

v) *La distinction entre un traité et les actes unilatéraux dont il résulte*

Il est bien évident que si un traité est un instrument bilatéral ou multilatéral, il procède de la fusion d'au moins deux actes unilatéraux, selon le cas. Ce que la Cour est invitée à examiner en l'espèce n'est pas l'illicéité

du traité bilatéral lui-même mais l'illicéité des agissements unilatéraux du défendeur qui ont abouti à la conclusion de ce traité.

C'est un principe bien établi du droit interne des obligations que l'illicéité d'un contrat et l'illicéité du comportement des parties sont deux notions différentes. Un principe analogue existe dans le droit des traités où, par exemple, un traité peut être valide même si une partie agit illicitement au regard de son droit interne en le concluant (convention de Vienne, art. 46), ou si un représentant agit en violation d'une restriction particulière que lui a valablement imposée l'Etat dont il relève (art. 47). Le traité n'en a pas moins force obligatoire.

La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la licéité du traité, ni sur la licéité du comportement de l'Indonésie, mais bien sur la licéité de l'acte unilatéral par lequel l'Australie l'a conclu. Quelles sont les obligations juridiques d'une partie donnée, quels sont ses actes, dans quelle mesure ces actes sont-ils contraires à ses obligations — telles sont les questions qui ont trait au comportement unilatéral d'une partie, et que la Cour est appelée à trancher. L'invalidité du traité ou l'illicéité du comportement de l'autre partie n'est pas, comme le suggère l'Australie, la *condition préalable* des conclusions de la Cour touchant l'illicéité du comportement de l'Australie.

Les actes d'un Etat contractant, tels que les décisions de signer, d'accorder la reconnaissance *de jure*, de ratifier, d'exécuter, de légiférer, sont autant d'actes unilatéraux sur lesquels la Cour peut se prononcer.

vi) *L'action est-elle mal dirigée?*

Pour l'Australie, c'est l'Indonésie qui est le vrai défendeur en la présente instance. Selon cette thèse, le véritable adversaire du Portugal est l'Indonésie, les griefs du Portugal s'adressent à elle, et il n'y a de véritable motif d'action que contre elle.

Au cours des plaidoiries, l'Australie a résumé sa position à cet égard dans les termes suivants:

- «— d'une part, l'Australie est attachée au règlement juridictionnel des différends internationaux qui s'y prêtent; mais elle est attachée aussi au principe du consentement à la juridiction (au moins aussi longtemps qu'un consensus en faveur de la compétence universelle et obligatoire de la Cour n'aura pas été atteint); et elle estime que ce forum ne doit pas être détourné à des fins qui ne sont pas les siennes; Etat souverain, l'Indonésie a choisi de ne pas accepter la clause facultative; c'est son affaire;
- d'autre part, l'Australie entend ne pas être utilisée comme un bouc émissaire dont la principale fonction serait d'apaiser la mauvaise conscience du Portugal qui, faute de pouvoir s'en prendre à l'Indonésie, s'attaque à un Etat qui, vraiment, ... n'en peut mais et dont la prétendue responsabilité, forgée de toutes

pièces pour les besoins de la cause, ne pourrait, de toute manière, qu'être consécutive, dérivée, de celle de l'Indonésie»¹.

Si l'Indonésie avait effectivement comparu devant la Cour, on peut penser que le Portugal aurait probablement plaidé sa cause contre elle en des termes très différents de ceux qu'il a employés contre l'Australie. Un plus grand nombre d'éléments de fait qui ne concernent que l'Indonésie, et n'intéressent pas l'affaire contre l'Australie, auraient pu être présentés à la Cour. On peut même dire que si le Portugal avait pu introduire des instances à la fois contre l'Indonésie et l'Australie, ce sont sans doute ses prétentions à l'encontre de l'Indonésie qui auraient revêtu le plus d'importance.

On pourrait également aborder de la façon suivante l'argument selon lequel l'action est mal dirigée :

Si l'Indonésie avait participé à l'instance, ou bien le Portugal aurait plaidé sa cause contre elle de manière identique — à savoir qu'il aurait prétendu que l'Indonésie avait elle aussi agi illicitement en concluant le même traité — ou bien il aurait davantage étayé sa position, en avançant d'autres allégations relatives au comportement illicite de l'Indonésie. Dans la première hypothèse, la Cour se serait retrouvée dans la même situation exactement que dans l'affaire de *Nauru*, dans laquelle les arguments contre les tierces parties auraient été les mêmes, si elles avaient été assignées, que ceux effectivement invoqués devant la Cour. Il est clair que, sur la base de sa jurisprudence, la Cour aurait été compétente. Dans la seconde hypothèse, le Portugal aurait plaidé sa cause différemment contre l'Indonésie, en faisant appel à d'autres moyens de preuve et en soulevant une autre série de questions. Les griefs formulés contre l'Australie portent sur les obligations de cette dernière, qu'elle a violées en concluant le traité. Les griefs contre l'Indonésie auraient porté sur les circonstances dans lesquelles cette dernière est entrée au Timor oriental, sur les arrangements politiques et administratifs qui s'en sont suivis et sur nombre d'autres détails pertinents se rapportant au prétendu comportement illicite de l'Indonésie. En un mot, il se serait agi d'une tout autre affaire. Pareille situation irait directement à l'encontre de la thèse de l'Australie, qui soutient que l'instance engagée contre elle est en réalité une instance contre l'Indonésie et qu'il y a erreur sur le défendeur.

La Cour a seulement à déterminer si une demande juridiquement va-

¹ Audience publique du 7 février 1995, CR 95/8, p. 8.

lable a été formée contre l'Australie. Si c'est le cas, peu importe que des griefs plus importants ou plus étoffés eussent pu être formulés contre l'Indonésie si celle-ci avait accepté la compétence de la Cour.

Par conséquent, pour répondre à l'argument selon lequel l'action est mal dirigée, il suffit que la Cour détermine si une demande juridiquement valable a été formée contre la partie qui a effectivement été assignée.

vii) *Historique de la question*

Pour compléter cette discussion, il ne serait pas hors de propos de se reporter aux délibérations de la Société des Nations concernant la clause particulière du Statut de la Cour sur laquelle repose toute cette affaire.

A propos de la consultation des travaux préparatoires dans le cas de certaines dispositions importantes du Pacte de la Société des Nations, M. Jessup a fait observer :

«Je ne crois pas que, comme certaines déclarations des deux Cours internationales pourraient le laisser supposer, on doive s'excuser de recourir aux travaux préparatoires aux fins de l'interprétation. Très souvent, le dossier fournit des éléments de preuve précieux dont il faut tenir compte pour interpréter un traité.» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 352; opinion dissidente.)

Le 13 décembre 1920, jour de l'adoption du Statut, la première Assemblée de la Société des Nations examinait le principe de la juridiction facultative, énoncé au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour permanente et qui, avec de légères variations, est devenu le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la présente Cour. Qu'attendait-on de l'adoption de cette clause et comment comptait-on qu'elle serait appliquée?

Certains représentants ont critiqué le principe du consentement comme base de la compétence de la Cour. C'est ainsi que M. Tamayo (Bolivie) a pensé que ce serait là élever un édifice de justice sur des matériaux instables et périssables¹.

D'autres ont vu dans le Statut, et dans le principe du consentement sur lequel reposait la compétence, un instrument grâce auquel on pourrait, avec l'expérience, mettre en œuvre avec une efficacité accrue, au bénéfice de la communauté des nations, le nouveau concept de *règlement judiciaire* international qui, jamais dans l'histoire n'avait pu jusqu'alors être universellement invoqué². C'est toujours selon cette tradition d'un idéal élevé que la Cour continue d'œuvrer.

¹ *Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et à l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, p. 248.

² La Cour était considérée au moment de sa création comme «le plus grand instrument que le monde ait jamais pu [mettre en place] pour l'application de la justice internationale» (M. Balfour, Empire britannique, *ibid.*, p. 247).

Insistant encore sur le principe de ce développement progressif, M. Balfour a déclaré :

«pour que ce projet réussisse, il faut le laisser se développer graduellement. Pour qu'il aboutisse au résultat désiré par ses auteurs, il faut lui permettre de suivre le développement naturel qui est le secret de toutes les réussites permanentes dans les affaires humaines...»¹

Les insuffisances de l'article 36 ont été reconnues en 1945 également, lors de l'élaboration du Statut de la présente Cour, mais on n'a pu s'entendre sur la façon de le reformuler².

Trois quarts de siècle se sont écoulés depuis l'adoption de la disposition à l'étude. Cette période a été riche d'enseignements, sur lesquels se sont appuyées la Cour et sa devancière pour forger une interprétation conforme aux besoins auxquels, selon le Statut, elle devait répondre. Constatant que «la notion même d'une conception de la compétence de la Cour qui reposerait sur une base plus large gagne du terrain»³, et que : «le principe selon lequel la compétence d'un tribunal international dérive du consentement des parties fait depuis longtemps l'objet d'un processus d'affinement»⁴, Rosenne poursuit : «Le résultat en est que l'application du principe est moins rigide qu'on ne pourrait le croire d'après la façon dont il est énoncé.»⁵

Comme le montre la section 2, paragraphe viii), ci-dessus, la jurisprudence de la Cour à l'égard des tierces parties absentes a effectivement évolué régulièrement dans le sens envisagé au moment de l'adoption du principe du consentement comme base de la compétence.

Dans toute la jurisprudence qu'elle a édifiée autour du «principe de l'*Or monétaire*», la Cour s'est constamment souciée d'accorder l'importance voulue aux intérêts des tierces parties, tout en empêchant que l'application trop large de ce principe ne l'entrave dans l'exercice légitime et approprié de sa compétence. Dans cette optique, et pour les raisons déjà exposées, la Cour, à mes yeux, aurait dû statuer dans cette affaire. Selon moi — et je le dis encore une fois avec tout le respect dû à la décision contraire de la Cour — le présent arrêt marque une rupture dans l'évolution constante qui a jusqu'à présent permis d'élucider le «principe de l'*Or monétaire*» et d'en perfectionner l'application.

¹ Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et à l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente, p. 247. En termes plus imaginés, un autre orateur a déclaré :

«Il faut commencer par élever une modeste chapelle et avec le temps la Société des Nations sera en mesure de construire une cathédrale. Aussi bien entendons-nous déjà ... le bruit des marteaux de ceux qui commencent à élever le temple de la justice.» (M. de Aguerro, Cuba, *ibid.*)

² Rosenne, *op. cit.*, p. 316.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 317.

viii) *Conclusion*

En conséquence, il y a lieu de rejeter toutes les exceptions par lesquelles l'Australie fait valoir que le principe de l'*Or monétaire* s'opposerait à la compétence de la Cour, que la Cour serait amenée, si elle statuait, à se prononcer sur le comportement de l'Indonésie, et que l'action serait mal dirigée. Les raisons de ce rejet ont été suffisamment explicitées. Les obligations de l'Australie en droit international et le fait pour elle d'avoir négocié et conclu le traité, d'en avoir commencé l'exécution, d'avoir pris des mesures législatives internes pour son application et de continuer de négocier avec l'Etat partie à ce traité sont justiciables au regard de la seule situation juridique et du seul comportement de l'Australie.

PARTIE B. LA QUALITÉ POUR AGIR DU PORTUGAL

Si la Cour a compétence pour connaître de l'affaire, comme il est affirmé dans la partie A de cette opinion, on ne peut examiner la question plus avant sans tenir compte de l'importante exception australienne selon laquelle le Portugal n'aurait pas qualité pour agir au nom du Timor oriental.

i) *Les positions respectives des Parties*

L'Australie conteste au Portugal sa qualité pour introduire l'instance. Elle affirme que, puisqu'il a perdu le contrôle du Territoire depuis plusieurs années et qu'une autre puissance, à savoir l'Indonésie, a tout ce temps exercé le contrôle effectif du Territoire, le Portugal n'a pas qualité pour agir au nom de ce dernier.

En outre, s'agissant plus spécialement du pouvoir de conclure des traités, l'Australie affirme que le Portugal n'est nullement en mesure d'exécuter un traité qu'il pourrait conclure à l'égard du Timor oriental. En conséquence, il ne saurait négocier un traité produisant des effets utiles à l'égard de ce territoire, ni se plaindre qu'une autre puissance, qui exerce le contrôle effectif, ait conclu un tel traité sans s'en référer à lui.

A l'appui de sa thèse, l'Australie relève que, depuis 1982, l'Assemblée générale n'a reconnu le statut du Portugal dans aucune de ses résolutions et que le Conseil de sécurité ne l'a pas fait non plus depuis 1976. Elle soutient donc que, même si des résolutions antérieures à ces dates ont valablement reconnu un tel statut à un moment donné, elles sont tombées en désuétude depuis et ont été dépassées par les événements. De plus, l'Australie fait observer que les résolutions de l'Assemblée générale relatives au Timor oriental reconnaissant la position du Portugal ont été adoptées à des majorités décroissantes.

En revanche, le Portugal soutient que, s'il a physiquement quitté le Territoire et ne le contrôle plus, il n'en demeure pas moins la Puissance administrante, avec toutes les responsabilités qui lui incombent en vertu

des dispositions du chapitre XI de la Charte des Nations Unies, et qu'il a été reconnu comme telle par une série de résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Il soutient en outre qu'à aucun moment son autorité en tant que puissance administrante n'a été révoquée, qu'aucune limitation n'a été apportée à cette autorité, et qu'aucune autre puissance n'a été reconnue comme ayant autorité sur le Timor oriental.

ii) *L'économie des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux territoires dépendants*

Pour examiner la qualité du Portugal pour agir, il faut brièvement exposer l'économie des dispositions de la Charte des Nations Unies visant la protection des territoires dépendants.

La Charte a été ainsi conçue que les intérêts des territoires n'ayant pas droit de parole dans les instances internationales seraient sauvegardés par un Membre de l'Organisation des Nations Unies chargé de veiller à leur bien-être, qui posséderait la compétence nécessaire à cette fin. En vertu de la philosophie qui l'inspire à l'égard des territoires dépendants, la Charte a voulu éviter de les laisser sans voix et sans défense dans un ordre mondial ne leur ayant pas encore reconnu un statut indépendant.

Cette attitude n'est pas surprenante compte tenu des idéaux élevés qui animent la Charte, en vertu desquels les puissances assumant la responsabilité de l'administration de ces territoires sont dites chargées d'une «mission sacrée» et en vertu desquels, aussi, la primauté des intérêts des habitants desdits territoires est affirmée. Traduisant ces idéaux en termes concrets, la Charte a prévu que l'Organisation des Nations Unies superviserait les autorités responsables et a demandé à cet effet que des renseignements soient communiqués régulièrement au Secrétaire général (art. 73 e)). Les autorités administrantes ont été appelées également à assurer le progrès politique, économique et social des populations en question ainsi que le développement de leur instruction, à les traiter avec équité et à les protéger des abus.

C'est dans le contexte de ce régime global que les affirmations de l'Australie doivent être examinées. La thèse à l'étude n'hésite pas à affirmer que la perte par la puissance administrante du contrôle physique d'un territoire la prive du statut et des fonctions d'une puissance administrante, et que la structure de protection et de communication de renseignements, si soigneusement mise en place par la Charte des Nations Unies, peut être ainsi écartée.

C'est là une thèse qui doit susciter de vives préoccupations car, quelle qu'en soit la raison, la perte de contrôle par la puissance administrante entraînerait du même coup la perte du statut juridique.

Pour juger du bien-fondé de cette thèse, on pourrait, à titre purement hypothétique, prendre l'exemple extrême d'un territoire non autonome qui serait envahi par les troupes d'une tierce puissance soucieuse non pas d'assurer le «progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de [l']instruction» des habitants, mais bien plutôt d'utiliser le

pays comme base militaire ou industrielle. Supposons, dans cet exemple hypothétique, que l'envahisseur supplante entièrement la puissance administrante qui exerçait jusqu'alors une autorité légale dûment reconnue. Si la puissance administrante ne peut alors parler au nom du territoire envahi et si la population de ce territoire n'a pas elle-même le droit de se faire entendre devant une instance internationale, cette population est privée de tout accès à la communauté internationale, soit directement en son nom propre, soit indirectement, par l'entremise de la puissance administrante. Le souci profond de son bien-être, qui est l'objet essentiel du chapitre XI de la Charte, et la notion de «mission sacrée», qui en est la plus haute expression conceptuelle, seront alors réduits à néant, et le dispositif de protection, fondé avec une si grande attention sur ces notions, s'écroulerait et ce pour la raison la plus indéfendable: l'emploi de la force. En pareil cas, l'emploi de la force, proscrit par tout le système de la Charte des Nations Unies, aurait le dessus, l'emportant sur un des idéaux les plus élevés consacrés par la Charte. Il est difficile de souscrire à une thèse qui encourage, voire récompense, ainsi l'emploi de la force.

L'exemple qui vient d'être cité à titre de pure hypothèse avait pour objet de déterminer l'efficacité pratique d'une proposition juridique qui paraît aller à l'encontre de tout le système prévu par la Charte des Nations Unies. Comme bien souvent en droit, l'exemple hypothétique aide à comprendre la règle pratique.

Il convient de formuler de graves réserves à l'égard de toute interprétation qui ouvre une si large brèche dans le dispositif de protection mis en place par la Charte et porte ainsi atteinte aux principes essentiels qui en sont le fondement même.

Trois préoccupations juridiques majeures procèdent de cet argument. Premièrement — et nous l'avons déjà évoqué — cet argument paraît admettre qu'indépendamment des moyens par lesquels le contrôle a été perdu le facteur important est la perte matérielle du contrôle. C'est là une proposition dangereuse que le droit international ne saurait entériner.

Deuxièmement, les précédents en la matière ne vont pas dans le sens de l'argument australien. Un exemple qui vient à l'esprit est celui de la Rhodésie, dans lequel il n'a jamais été suggéré que la perte par le Royaume-Uni du contrôle matériel du territoire entraînait la perte de son autorité juridique sur ce territoire. L'action de l'Organisation des Nations Unies a reposé entièrement sur l'hypothèse du maintien de l'autorité juridique du Royaume-Uni.

Troisièmement, le statut de puissance administrante va bien au-delà du simple contrôle matériel. En effet, une puissance administrante est chargée de maints devoirs relatifs au bien-être de la population du territoire. Elle peut perdre le contrôle matériel, mais cette perte n'entraîne pas l'extinction de ses obligations. La puissance administrante demeure tenue d'appliquer, aux fins du bien-être de la population et de la préservation de ses richesses et de ses droits, toutes les mesures de protection qui restent à sa disposition. La responsabilité majeure de la puissance administrante est donc de préserver le droit du peuple du territoire à la

souveraineté permanente sur ses ressources naturelles et surtout de protéger la principale richesse économique de ce peuple contre le risque de la voir disparaître à jamais. Ces responsabilités juridiques continuent de faire partie du devoir solennel de la puissance administrante, même si le contrôle matériel a été perdu.

iii) *Les Nations Unies peuvent-elles se substituer à une puissance administrante évincée ?*

Pour répondre à ce type de raisonnement, on avancera peut-être qu'en pareil cas l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité peuvent assumer les responsabilités de la puissance administrante.

Il est exact, bien entendu, que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, dans toute la plénitude de leurs pouvoirs, président à la grande œuvre de décolonisation et de protection des peuples dépendants. Ils n'en sont pas pour autant, avec tout le respect qui leur est dû, subrogés à l'obligation de veiller aux besoins de chaque territoire avec cette attention particulière manifestement voulue par la Charte. Protéger contre l'exploitation interne et les dangers extérieurs, administrer au quotidien, assurer le respect des droits de l'homme, favoriser les intérêts et le bien-être économiques, réparer les préjudices, promouvoir l'autonomie, assurer un rôle de représentation dans les instances mondiales, y compris devant la Cour, tout cela nécessite l'attention particulière d'une puissance expressément chargée de responsabilités à cet égard. De plus, le contrôle exercé par l'Organisation des Nations Unies dépend aussi de la communication de renseignements en vertu de l'article 73, alinéa e), et, en l'absence d'une puissance administrante, cette fonction serait totalement négligée, ce qui entraverait la surveillance exercée par l'Organisation. La Charte ne peut guère avoir voulu laisser une population dépendante se tirer d'affaire seule, dépourvue de toute cette assistance. Moins encore peut-on concevoir de laisser l'emploi de la force la priver de ces droits. On ne saurait ainsi faire fi du régime fondamental de protection instauré par la Charte.

iv) *Le droit de représentation*

L'Australie allègue que le Portugal ayant perdu le contrôle du Territoire depuis plusieurs années a du même coup perdu le droit de représenter le peuple du Timor oriental: cette thèse est indéfendable pour les mêmes raisons. Toute autre conception aboutirait à une situation anormale, le système international actuel laissant sans défense et sans voix un territoire et une population qui sont titulaires de droits importants notamment opposables au monde entier, au moment même où ces droits risquent d'être menacés et violés. Du reste, le conseil du Portugal a bien décrit le lien que représente la Puissance administrante entre le Timor oriental et la communauté internationale en le qualifiant de «cordon ombilical».

Si l'on reconnaît que le Portugal n'a pas en l'espèce cherché à fonder sa qualité pour agir sur quelque autre base que son statut de puissance administrante, on peut illustrer d'une autre manière encore cette anomalie. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt (C.I.J. Recueil 1966, p. 6)*, deux Etats qui n'avaient aucun lien direct avec le territoire en question ont voulu porter devant la Cour diverses allégations de violations du mandat de la Société des Nations commises par l'Afrique du Sud. Il n'existait aucune relation directe entre ces Etats et le Sud-Ouest africain. Leur qualité pour agir se fondait uniquement sur leur appartenance à la communauté des nations et sur leur droit d'exercer, à ce titre, un recours juridique pour faire valoir un intérêt public.

Dans la présente espèce, l'Etat demandeur a un lien direct avec le Territoire et a été reconnu en fait comme puissance administrante tant par l'Assemblée générale que par le Conseil de sécurité.

La présente affaire comporte des ressemblances avec celles du *Sud-Ouest africain*: il s'agit d'un territoire qui n'est pas en mesure de parler en son propre nom; l'occupation par une autre puissance est intervenue autrement que par un moyen reconnu en droit; un autre Etat tente d'effectuer une démarche devant la Cour au nom du territoire; et une exception est opposée à la qualité pour agir du demandeur.

La différence essentielle est que dans la présente affaire, contrairement aux autres, l'Etat demandeur a un lien direct avec le Territoire et que l'Organisation des Nations Unies lui reconnaît directement un statut particulier vis-à-vis du Territoire. La position de l'Etat demandeur est donc plus forte ici que ne l'était celle des Etats dont les juges de la Cour ont, pour la moitié d'entre eux, admis, dans l'arrêt sur le *Sud-Ouest africain (ibid.)*, la qualité pour agir, et, en fait dont la majorité des juges avaient admis la qualité pour agir lors de la phase précédente de l'instance (affaires du *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 319*).

v) *Les résolutions qui reconnaissent au Portugal la qualité de puissance administrante*

Il est demandé à la Cour de décider si les résolutions en question de l'Assemblée générale sont dénuées de valeur juridique. Préalablement à l'analyse de cette question juridique, il y a lieu de rappeler brièvement la teneur desdits textes.

Les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale sont les suivantes: 3485 (XXX), 31/53, 32/34, 33/39, 34/40, 35/27, 36/50 et 37/30.

Dans certaines d'entre elles, l'Assemblée reconnaît expressément au Portugal la qualité de puissance administrante (résolutions 3485 (XXX), 34/40, 35/27, 36/50 et 37/30); dans aucune ne reconnaît-elle de statut juridique à l'Indonésie. Bien plutôt, quelque-unes d'entre elles (résolutions 31/53, 32/34, 33/39) réaffirment les résolutions du Conseil de sécurité, appellent l'attention du Conseil sur le caractère critique de la situation au Timor oriental et recommandent au Conseil de prendre toutes les

mesures effectives en vue de l'application des résolutions du Conseil de sécurité visant à assurer le plein exercice par le peuple du Timor oriental de son droit à l'autodétermination. Parfois, l'Assemblée *prie* le 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 de continuer à s'occuper activement de la situation au Timor oriental (résolutions 31/53 et 32/34 du 28 novembre 1977); 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 à même d'exercer librement son droit à l'autodétermination et à l'indépendance (résolution 32/34 du 28 novembre 1977); elle *déclare* que le peuple du Timor oriental doit avoir la possibilité de déterminer librement son propre avenir, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies (résolution 35/27 du 11 novembre 1980); elle *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 (*ibid.*); elle *prie instamment* toutes les parties intéressées de coopérer pleinement en vue de créer les conditions nécessaires à l'application rapide de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale (*ibid.*); elle *déclare* que le peuple du Timor oriental doit avoir la possibilité de déterminer librement son propre avenir, sur la base des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et des procédures admises sur le plan international (résolution 36/50 du 24 novembre 1981); et elle *invite* le Portugal, en sa qualité de 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 (*ibid.*).

Comme aucune des résolutions ne restreint en quoi que ce soit la qualité de puissance administrante du Portugal, l'on doit estimer que le Portugal reste investi de toutes les responsabilités et compétences normales d'une puissance administrante. Bien entendu, il convient de souligner que toutes les compétences dont une puissance administrante peut être investie lui sont conférées dans le seul intérêt du territoire et de la population confiés à ses soins, et non, en aucune manière, pour le profit de la puissance administrante. C'est là un truisme, mentionné seulement ici parce que certains ont allégué, lors des plaidoiries, que le Portugal avait introduit la présente instance pour d'autres motifs que le désir de sauvegarder les intérêts du Territoire et du peuple du Timor oriental.

Tout avantage que le Portugal aurait pu obtenir en la présente instance aurait été non seulement conservé strictement dans l'intérêt du peuple du Timor oriental, mais aussi sous la rigoureuse surveillance de l'Organisation des Nations Unies. Dans une telle perspective, l'argument australien selon lequel le chapitre XI de la Charte des Nations Unies «n'est pas une charte coloniale destinée à consolider juridiquement les droits de l'ancienne puissance coloniale...» (CR 95/10, p. 65) perd toute portée.

L'Australie affirme non seulement que le Portugal a un passé colonial

médiocre, mais qu'en fait il a abandonné la population du Timor oriental. Quels qu'aient pu être les faits à cet égard, ils n'étaient pas inconnus de l'Assemblée générale, qui n'en a pas moins *invité* le Portugal à poursuivre ses efforts. L'organe le mieux à même d'apprécier la conduite du Portugal ayant décidé, nonobstant toutes les informations dont il disposait, d'adresser cette invitation, la Cour doit respecter cette décision. Il convient de faire observer en outre qu'en formulant cette invitation l'Assemblée générale n'a apporté aucune restriction à la qualité de puissance administrante du Portugal et qu'elle n'en a pas non plus apporté depuis lors. Il est significatif également que, dans sa résolution 384 (1975), le Conseil de sécurité ait en fait reproché au Portugal de ne pas s'être acquitté pleinement de ses responsabilités en tant que puissance administrante, mais n'en n'a pas moins continué de lui reconnaître cette qualité.

Les résolutions du Conseil de sécurité 384 (1975) et 389 (1976) ont déjà été citées dans la présente opinion. Reconnaisant et réaffirmant le droit inaliénable du peuple du Timor oriental à l'autodétermination, le Conseil de sécurité, dans les deux résolutions, demande à *tous les Etats* de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental ainsi que le droit inaliénable de son peuple à l'autodétermination et prie instamment *tous les Etats* et toutes les autres 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.

Ces deux résolutions du Conseil de sécurité n'ont jamais été abrogées ni remplacées par des résolutions ultérieures qui les auraient rendues caduques.

Dans sa résolution 384, le Conseil de sécurité mentionnait expressément le Portugal comme puissance administrante et lui imposait de façon précise l'obligation de coopérer pleinement avec l'Organisation des Nations Unies de façon à permettre au peuple du Timor oriental d'exercer librement son droit à l'autodétermination. Le Conseil de sécurité y indiquait clairement au Portugal ses obligations s'agissant de sauvegarder ce droit du peuple du Timor oriental. Comme la souveraineté économique est un élément important du concept de souveraineté, le Conseil de sécurité imposait donc au Portugal, indépendamment des dispositions de la Charte, le devoir de sauvegarder la richesse économique la plus précieuse du Territoire jusqu'à ce que son peuple puisse exercer librement son droit à l'autodétermination.

Ce qui est vrai de l'Assemblée générale l'est aussi du Conseil de sécurité: le passé colonial du Portugal n'a pas empêché le Conseil de reconnaître à celui-ci la qualité susvisée et de lui imposer les obligations correspondantes.

Cette qualité ainsi reconnue par le Conseil de sécurité l'a été également à plusieurs reprises ensuite par l'Assemblée générale (voir les résolutions 35/27 (1980), 36/50 (1981) et 37/30 (1982)).

Après ces observations générales, il convient d'examiner plus en détail les effets juridiques des résolutions pertinentes.

vi) *La valeur juridique des résolutions*1. *Les résolutions de l'Assemblée générale*

La compétence de l'Assemblée générale à l'égard des territoires non autonomes a été reconnue très tôt dans l'histoire de l'Organisation des Nations Unies. C'est ainsi que Kelsen parle de

«la compétence que possède l'Assemblée générale à l'égard des territoires non autonomes non soumis à tutelle, en vertu de l'article 10 et (conjointement avec le Conseil de sécurité) en vertu de l'article 6»¹

et avance que l'Assemblée générale peut débattre de la non-exécution par un membre des obligations qui lui incombent en vertu du chapitre XI, et même aller jusqu'à imposer des sanctions, agissant de concert avec le Conseil de sécurité en application de l'article 6 (voir également *American Journal of International Law*, 1954, vol. 48, p. 103).

Après avoir adopté en 1960 la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, l'Assemblée générale a établi un comité chargé de veiller à la mise en œuvre de la déclaration, appliquant ainsi à «tous les territoires non autonomes, une forme de supervision internationale comparable au régime de tutelle»². L'Assemblée générale considère que tout ce qui a trait à l'autodétermination relève de son champ de compétence au point que l'on constate une tendance de sa part «à estimer qu'aucun aspect du «colonialisme» ne doit être considéré comme une question relevant «essentiellement» de la compétence interne des Etats»³.

L'Assemblée générale maintient un regard vigilant sur toutes les questions relatives aux territoires non autonomes, par l'intermédiaire de la Quatrième Commission (commission de la décolonisation)⁴ et du Comité des Vingt-Quatre. On reconnaît ainsi depuis longtemps que les questions relatives à l'extinction du statut de territoire dépendant une fois exercé le droit à l'autodétermination relèvent de la compétence de l'Assemblée générale. Dans sa résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960, celle-ci

¹ *The Law of the United Nations*, 1950, p. 553, note 1.

² Goodrich, Hambro et Simons, *Charter of the United Nations*, 3^e édition mise à jour, 1969, p. 70. Pour l'évolution de la pratique à cet égard, voir également Bruno Simma (dir. publ.), *The Charter of the United Nations*, 1994, p. 925-928 :

«A terme, l'Assemblée générale a réussi à soumettre les colonies à un système de surveillance semblable à celui prévu pour les territoires sous tutelle, encore que, d'après le libellé même de l'article 73, lettre e), de la Charte des Nations Unies, ce contrôle se limite au droit, pour l'Assemblée générale, de se voir communiquer des renseignements statistiques et de nature technique...» (*Ibid.*, p. 925.)

³ Goodrich, Hambro et Simons, *ibid.*

⁴ Devenue, en vertu de la résolution 47/233 du 17 août 1993, la commission politique spéciale de la décolonisation après son fusionnement avec la commission politique spéciale.

évoque de manière précise (dans le cadre du principe VI) la question de savoir à quel moment un territoire non autonome peut être considéré comme ayant atteint la pleine autonomie.

Ainsi, lorsque l'Assemblée générale décide qu'un territoire dépendant n'a pas exercé son droit à l'autodétermination ou qu'un Etat donné est reconnu comme puissance administrante d'un territoire dépendant, elle se prononce dans son propre domaine de compétence, et cela après examen de la vaste documentation dont elle dispose. De telles décisions ont des effets juridiques.

Il existe, bien sûr, des résolutions de l'Assemblée générale qui ont un simple caractère d'exhortation. C'est le cas de nombre d'entre elles. En revanche, une résolution contenant une décision relevant effectivement de son domaine de compétence peut très bien produire des effets juridiques. Ainsi que la Cour l'a fait remarquer dans son avis consultatif sur la Namibie, l'Assemblée générale n'est pas «empêchée d'adopter, dans des cas ... relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant 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*).

Cela vaut à plus forte raison lorsque ces résolutions ont été expressément acceptées et entérinées par le Conseil de sécurité, ce qui est le cas des résolutions relatives à la qualité de puissance administrante du Portugal.

Ainsi, les résolutions où l'Assemblée générale rejette expressément l'allégation selon laquelle le Timor oriental a été intégré à l'Indonésie (32/34 du 28 novembre 1977), déclare que le peuple du Timor oriental doit avoir la possibilité de déterminer librement son propre avenir dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies (35/27 du 11 novembre 1980) et reconnaît expressément le Portugal comme la puissance administrante (3485 (XXX), 34/40, 35/27, 36/50 et 37/30) sont des résolutions produisant des effets juridiques.

Comme le prévoit clairement l'article 18 de la Charte, l'Assemblée générale peut, «sur des questions importantes», prendre des «décisions» et, à cet égard, la Cour a relevé que:

«Ainsi, tandis que c'est le Conseil de sécurité qui possède le droit exclusif d'ordonner une action coercitive, les fonctions et pouvoirs de l'Assemblée générale selon la Charte ne sont pas limités à la discussion, à l'examen, à l'étude et à la recommandation; ses attributions ne sont pas simplement de caractère exhortatif. L'article 18 traite des «décisions» de l'Assemblée générale «sur les questions importantes». Ces «décisions» comprennent en effet certaines recommandations, mais d'autres ont une valeur et un effet de caractère impératif.» (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 163; les italiques sont dans l'original.*)

Waldock, dans son cours général publié dans le *Recueil des cours de*

l'Académie de droit international de La Haye (1962, t. 106, p. 26), se référant à cette conclusion de la Cour, souligne que l'Assemblée générale est compétente pour prendre des décisions ayant valeur et effet de caractère impératif¹.

Dans plus d'une de ses résolutions, l'Assemblée générale s'est référée à sa compétence

«pour *décider* si un territoire non autonome a atteint ou non l'autonomie complète visée au chapitre XI de la Charte» (résolution 748 (VIII) du 27 novembre 1953, relative à Porto Rico, et résolution 849 (IX) du 22 novembre 1954, relative au Groenland); (les italiques sont de moi).

L'Assemblée générale a également affirmé cette compétence à l'égard du Suriname et des Antilles néerlandaises, de l'Alaska et de Hawaï². L'Assemblée générale n'a pas hésité à exercer ce pouvoir, par exemple lorsque le Portugal et l'Espagne, à la suite de leur admission comme Membres à l'Organisation des Nations Unies, ont affirmé n'administrer aucun territoire relevant du chapitre XI. En 1960, l'Assemblée générale a déclaré que les territoires du Portugal étaient non autonomes «au sens du chapitre XI» (résolution 1540 (XV) du 15 décembre 1960). Elle a affirmé ses compétences à cet égard avec plus de force encore l'année suivante, condamnant le Portugal pour son «manquement persistant» aux obligations incombant à celui-ci en vertu du chapitre XI et pour son refus de coopérer avec le comité des renseignements relatifs aux territoires non autonomes; l'Assemblée a créé également un comité spécial habilité à recevoir des pétitions et entendre des pétitionnaires sur cette question (résolution 1699 (XVI) de l'Assemblée générale du 19 décembre 1961). La compétence de l'Assemblée générale à agir ainsi en tant qu'organe de l'Organisation habilité à établir si un territoire non autonome a réalisé ou non son droit à l'autodétermination n'a pas été mise en doute dans la pratique des Nations Unies.

Dans un traité intitulé *Legal Effects of United Nations Resolutions*, Castañeda se livre à une analyse juridique de cette compétence, notant qu'une résolution de l'Assemblée générale n'exprime pas une obligation, mais établit plutôt de manière définitive l'hypothèse ou la condition dont découle un effet juridique, ce qui permet l'application d'une règle de droit. «Par sa nature, cet effet peut être un ordre d'agir ou de ne pas agir,

¹ En ce qui concerne le rôle joué par l'Assemblée générale dans la formulation du droit international, voir, également, Gaetano Arangio-Ruiz, «The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1972, t. 137, p. 421; Obed Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, 1966, et Christoph Schreuer, «Recommendations and the Traditional Sources of International Law», *German Yearbook of International Law*, 1977, vol. 20, p. 103-118.

² Voir Goodrich, Hambro et Simons, *op. cit.*, p. 460-461, ainsi que les renvois aux résolutions pertinentes.

une autorisation, ou l'octroi ou le refus d'une compétence juridique à un organe.»¹

Les observations précédentes valent pour la question des effets déterminants des résolutions de l'Assemblée générale pour ce qui est du statut du Portugal, du statut de territoire non autonome du Timor oriental et du droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination. Qui plus est, étant donné que l'Assemblée générale est l'organe compétent pour reconnaître la puissance détentrice de l'autorité sur un territoire non autonome, l'absence de toute résolution de l'Assemblée générale reconnaissant l'autorité de l'Indonésie sur le Timor oriental permet également de tirer des conclusions juridiques. Les résolutions de l'Assemblée générale jouent également pour ce qui est de la responsabilité incombant à tous les Etats de coopérer pleinement afin que le peuple du Timor oriental réalise son droit à l'autodétermination. Les diverses résolutions de l'Assemblée générale évoquant ce droit de manière générale, qui ont par ailleurs aidé à forger le droit international public et constituent une source matérielle importante du droit international coutumier sur cette question², sont expressément renforcées, pour ce qui est de la situation au Timor oriental, par les résolutions spécifiques relatives à ce territoire.

2. Résolutions du Conseil de sécurité

207. Ces résolutions confirment elles aussi la qualité de puissance administrante du Portugal. Elles seront examinées à la partie D dans le contexte des obligations de fond de l'Australie.

vii) *Le Portugal avait-il besoin d'une autorisation préalable de l'Organisation des Nations Unies pour introduire la présente instance ?*

Les compétences du Portugal en tant que puissance administrante n'ont fait l'objet d'aucune restriction de la part de l'Organisation des Nations Unies dans les résolutions reconnaissant cette qualité au Portugal. L'argument de l'Australie selon lequel il faudrait au Portugal l'autorisation de l'Organisation des Nations Unies pour introduire la présente instance (duplique, par. 136, 144) sous-entend une restriction des compétences d'une puissance administrante que ne semble pas prévoir la Charte des Nations Unies.

Il convient par ailleurs d'examiner un autre aspect de la question, à savoir qu'il est du devoir de la puissance administrante de préserver les intérêts du peuple du territoire. Dans le cadre de leurs obligations de nature fiduciaire, les puissances administrantes reconnaissent, aux termes mêmes de l'article 73 de la Charte, «l'obligation de favoriser *dans toute la mesure du possible* ... leur prospérité [des habitants de ces territoires]» et, à cette fin, «d'assurer ... leur progrès ... économique» (art. 73, lettre a) ;

¹ Jorge Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, 1969, p. 121.

² Simma, *op. cit.*, p. 240.

les italiques sont de moi) et «de favoriser des mesures constructives de développement» (art. 73, lettre *d*). Une telle obligation exige une protection extrêmement attentive des ressources économiques du territoire. La puissance administrante ne saurait s'en acquitter si elle n'a pas la capacité juridique de prendre les mesures nécessaires pour protéger les intérêts en question. Si la puissance administrante apprend que d'autres entités s'occupent des intérêts économiques du territoire, éventuellement au détriment de la population, elle a le *devoir* d'intervenir pour défendre ces intérêts. Toute omission à cet égard serait même condamnable.

Avancer que la Charte imposerait ces lourdes responsabilités aux puissances administrantes tout en leur refusant le droit de représenter le territoire revient à priver ces dispositions de la Charte de toute signification pratique. Cette interprétation restrictive des pouvoirs d'une puissance administrante n'est, autant que je sache, confirmée ni par la pratique des Nations Unies ni par la doctrine.

La Charte pourvoit amplement à la surveillance des puissances administrantes et l'on voit difficilement comment on pourrait, en droit ou en principe, justifier que les puissances exerçant une fonction de nature fiduciaire soient entravées davantage dans l'accomplissement normal et effectif des devoirs que leur impose la Charte.

De plus, le pouvoir accordé par le chapitre XI de la Charte est de toute évidence de nature fiduciaire. Il dérive directement de la notion de «mission sacrée», ce qui confirme son caractère de confiance. La notion de tutelle comporte le pouvoir de représentation, qu'on l'envisage sous l'angle du *trusteeship* connu en *common law* ou de la *tutela* propre au droit civil. Une fois désignée, la puissance tutélaire exerce toujours sous surveillance les devoirs qui lui incombent, mais elle n'est pas tenue, chaque fois qu'elle entend exercer le pouvoir de représentation, d'en demander l'autorisation puisque ce pouvoir fait partie intégrante du concept même de tutelle.

viii) *Les résolutions sont-elles affectées par l'amenuisement du soutien dont elles ont bénéficié à l'Organisation des Nations Unies?*

Selon un des arguments de l'Australie, la diminution progressive du nombre de voix en faveur des résolutions de l'Assemblée générale invoquées par le Portugal montre que ces résolutions faisaient de moins en moins autorité. Cette idée invite en fait la Cour à s'aventurer dans le domaine incertain de l'histoire politique des résolutions de l'Assemblée générale et à se livrer à un décompte des voix afin d'apprécier la valeur de telle ou telle résolution. Or, les conjectures sur la signification qui pourrait être attribuée aux procédures de vote de l'Assemblée générale ne sont pas du ressort de la Cour. Pour celle-ci, en effet, il importe plutôt de savoir si une résolution de l'Assemblée générale a été dûment adoptée par cet organe principal de l'Organisation des Nations Unies dans les limites des ses pouvoirs juridiques. Une fois adoptée, une résolution doit être

dûment reconnue et il convient, conformément à la courtoisie que se doivent naturellement deux organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, de respecter cette résolution, quels que soient ses antécédents politiques ou le nombre de voix exprimées en sa faveur.

Comme l'a fait observer M. Lauterpacht :

«Quelle que soit la teneur de la recommandation, et *quelles que soient la nature et les caractéristiques de la majorité qui l'a votée*, la recommandation n'en reste pas moins un acte juridique de l'organe principal des Nations Unies, que tous les Membres de l'Organisation sont juridiquement tenus de considérer avec le respect qui est dû à une résolution de l'Assemblée générale.» (*Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1955, p. 120, opinion individuelle; les italiques sont de moi.*)

Cet argument de l'Australie a même de graves incidences en l'espèce, car les résolutions dont, selon l'Australie, la Cour ne devrait pas tenir compte affirment justement le principe important de l'autodétermination, qui est un principe bien établi du droit international coutumier. La partie qui prétendrait que la validité d'une telle résolution serait compromise par la diminution du nombre des voix exprimées en sa faveur à l'Organisation des Nations Unies assumerait une lourde tâche.

ix) *Les résolutions sont-elles tombées en désuétude?*

Selon un autre argument vigoureusement développé par l'Australie, la valeur et le caractère obligatoire des résolutions en question sont en quelque sorte entamés du fait qu'il n'en a pas été adopté d'analogues pendant de nombreuses années. Or, les résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité n'ont pas à être répétées pour conserver leur validité. Une fois que ces résolutions sont dûment adoptées, il est à présumer qu'elles restent valables tant qu'elles n'ont pas été dûment annulées ou remplacées par une résolution ultérieure.

Il convient de considérer avec la plus grande prudence cet argument d'après lequel le passage du temps atténuerait le caractère obligatoire des résolutions. S'agissant de résolutions qui imposent effectivement des obligations en droit international, la Cour annulerait en fait des obligations que l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies, dûment saisi de la question, aurait, lui, choisi d'imposer. La Cour doit se montrer particulièrement circonspecte à l'égard de résolutions traitant d'obligations *erga omnes* et de droits tels que l'autodétermination, qui sont fondamentaux pour l'ordre juridique international. En l'absence d'un motif impérieux en sens contraire, la Cour devrait agir avec la déférence due à une résolution valable dûment adoptée par l'un des autres organes principaux de l'Organisation des Nations Unies.

Il convient de noter que l'argument de l'Australie en vertu duquel les

résolutions du Conseil de sécurité sont tombées en désuétude ne saurait être retenu pour une autre raison encore.

En effet, la thèse de la désuétude tombe devant le fait que le Comité des Vingt-Quatre, qui est l'organe chargé par l'Assemblée générale de surveiller tout ce qui a trait à la décolonisation, a, d'année en année, maintenu la question du Timor oriental à son ordre du jour. Par ailleurs, le Comité a fait état chaque année de cette question dans son rapport à l'Assemblée générale. Si, comme l'Australie le prétend, cette question était dépassée, le Comité ne s'y référerait pas dans ses documents.

Le Secrétaire général continue de soumettre des rapports intérimaires à l'Assemblée générale. Dans son rapport du 11 septembre 1992 (A/47/435, par. 1; réplique, vol. II, annexe I.8), il évoque la recherche d'une « solution globale et acceptable sur le plan international de la question du Timor oriental »; dans son rapport annuel du 2 septembre 1994, le plus récent, il déclare: « J'ai continué à offrir mes bons offices dans la recherche d'un règlement juste, global et internationalement acceptable de la question du Timor oriental. » (A/49/1, 2 septembre 1994, par. 505.) Le fait que, d'année en année, l'Assemblée générale a inscrit cette question à son ordre du jour montre aussi clairement que la situation n'est pas encore acceptable aux yeux de la communauté internationale.

La thèse de la désuétude, impliquant que la question est dépassée, ne saurait être retenue si l'Organisation des Nations Unies choisit elle-même d'en faire une question d'actualité¹.

x) *Les résolutions ont-elles été rendues caduques par les événements ultérieurs?*

Cet argument avancé par l'Australie appelle des considérations analogues. Si des événements ultérieurs ont rendu caduques des résolutions dûment adoptées par le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale, c'est à ces organes qu'il appartient de prendre acte du changement de situation et d'agir en conséquence. Comme nous l'avons déjà dit, ces organes ne semblent pas avoir considéré qu'il s'agissait de questions closes.

xi) *Les antécédents coloniaux du Portugal sont-ils pertinents?*

L'Australie a fait valoir que les antécédents coloniaux du Portugal sont tels qu'ils le privent de la qualité pour introduire cette instance. Le passé colonial du Portugal laisse effectivement beaucoup à désirer et le conseil du Portugal l'a reconnu sans peine. On se souviendra que, dans l'affaire de la *Namibie*, il a été noté que l'Assemblée générale avait adopté ses résolutions contre l'*apartheid* à l'unanimité à deux voix près, celles du Portu-

¹ Voir Thomas M. Franck (« Fairness in the International Legal and Institutional System »; *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1993, t. 240, p. 165), selon qui le processus touchant le Timor oriental permet, « à tout le moins, de ne pas enterrer la question et de la maintenir à l'ordre du jour ».

gal et de l'Afrique du Sud (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 79; M. Ammoun, opinion individuelle). Il n'est guère nécessaire d'en dire davantage sur les anciennes attitudes du Portugal en matière coloniale.

Cela dit, lorsque la qualité juridique de puissance administrante a été dûment reconnue par l'autorité politique compétente, la Cour ne peut pas prendre sur elle d'accorder ou de refuser cette qualité, selon les antécédents coloniaux, positifs ou négatifs de l'Etat intéressé. A retenir ce critère, le régime des puissances administrantes deviendrait impraticable, car rares seraient les puissances coloniales capables d'y satisfaire. La question juridique qui se pose à la Cour est celle de savoir si, en droit, l'Etat possède effectivement cette qualité.

Au début de la présente opinion, on a évoqué le changement intervenu, depuis 1974, dans l'attitude du Portugal à l'égard de l'autodétermination de ses colonies¹.

Il y a lieu d'insister sur le fait qu'il s'agit bien ici, non pas des antécédents du Portugal, mais de la protection des droits du peuple du Timor oriental. On ne saurait affirmer qu'un peuple ou territoire protégé, à cet égard irréprochable, devrait se voir refuser, en raison d'une faute commise par sa puissance administrante, le droit d'être représenté ou de recevoir réparation.

Une telle affirmation est contraire aux principes fondamentaux de la tutelle, qui veulent que les intérêts des entités confiés aux soins fiduciaires ou tutélaires soient prioritaires. Cela vaut autant en droit international qu'en droit interne.

* * *

Les divers moyens invoqués par l'Australie pour contester la qualité du Portugal pour agir en l'instance semblent ainsi ne pas résister à l'examen. Les principes de la Charte, associés aux principes bien établis des relations de nature fiduciaire et de la tutelle, mettent en évidence l'importance prédominante que revêtent, par rapport à tous autres intérêts, ceux du territoire non autonome. Cette priorité d'intérêts n'est pas facilement écartée. La puissance administrante a pour fonction d'y veiller; le droit international a pour fonction d'en assurer le respect.

Ce n'est pas servir les intérêts du territoire que de dire qu'une puissance administrante, dûment reconnue par l'Organisation des Nations Unies et juridiquement tenue de lui rendre compte, a été évincée par un autre Etat qui n'est pas reconnu comme puissance administrante par l'Organisation,

¹ Le supplément à la Constitution portugaise, figurant dans l'annexe II.6 du mémoire du Portugal et daté du 27 juillet 1974, dispose, en son 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.»

Le Portugal s'est ainsi engagé, sans ambiguïté aucune, en faveur de l'autodétermination de ses anciennes colonies.

et qui n'est pas juridiquement tenu de lui rendre compte. Le pouvoir sur un peuple non autonome, s'il n'est pas assorti de l'obligation de rendre compte de son exercice à la communauté internationale, est contraire au principe de protection consacré dans la Charte.

PARTIE C. LES DROITS DU TIMOR ORIENTAL

Le principe central en l'instance est celui de l'autodétermination, qui a pour corollaire celui de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. De ces principes découlent les droits revendiqués en l'espèce au nom du Timor oriental.

i) *Le peuple du Timor oriental a indubitablement le droit à disposer de lui-même*

La Cour n'a pas en l'espèce à s'attaquer au problème très débattu de savoir quels peuples ou entités ont le droit à disposer d'eux-mêmes. L'Australie a constamment admis que le Timor oriental était et demeure un territoire non autonome¹. Le Timor oriental figure expressément sur la liste des territoires non autonomes, au sens du chapitre XI de la Charte, figurant dans la résolution 1542 (XV) de l'Assemblée générale du 15 décembre 1960 (voir mémoire, vol. II, annexe II.4)².

On doit donc se pencher en l'espèce sur la question de l'autodétermination à partir de ce solide fondement que constitue le caractère incontestable du droit d'un territoire à l'autodétermination. La question à résoudre est celle des conséquences qui en découlent.

ii) *Le principe de l'autodétermination*

Dans son arrêt (par. 29), la Cour a catégoriquement réaffirmé le principe de l'autodétermination, relevant que celui-ci s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies et notant du reste que le caractère normatif du droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination n'est pas contesté en l'espèce. Dans la présente opinion, on part de cette constatation afin d'examiner le moyen de donner effet au principe de l'autodétermination dans les circonstances de l'affaire.

L'Australie a admis l'existence du principe, mais envisage de manière plutôt limitée les obligations étatiques qui en découlent.

¹ L'Australie a, dans ses écritures (contre-mémoire, par. 322), mentionné, dans un autre contexte, l'incertitude qui s'attache à la question de savoir quels peuples ont le droit à l'autodétermination (citant H. Blix, *Sovereignty, Aggression and Neutrality*, 1970, p. 13-14). Cette incertitude ne s'applique pas au Timor oriental pour les raisons exposées.

² Concernant l'expression « s'administrer elles-mêmes », à la lettre b) de l'article 73 de la Charte, Simma (*The Charter of the United Nations, op. cit.*, p. 928, citant notamment les arrêts dans les affaires de la Namibie et du Sahara occidental) précise que « cette expression ne saurait, de nos jours, s'entendre que du droit sans réserve à l'autodétermination ».

Par exemple, elle a fait valoir lors des plaidoiries que :

«On ne trouve dans la Charte des Nations Unies aucune obligation expresse qui serait faite aux Etats individuellement de favoriser l'autodétermination de territoires sur lesquels ils n'exercent eux-mêmes aucun contrôle. L'obligation générale de solidarité énoncée au paragraphe 5 de l'article 2 de la Charte vise seulement l'assistance à donner à l'Organisation des Nations Unies «dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte.» (CR 95/9, p. 64.)

Dans ses écritures, l'Australie a notamment soutenu qu'il n'existe pas d'obligation indépendante de non-reconnaissance qui aurait interdit la conclusion du traité relatif au «Timor Gap» (contre-mémoire, par. 360-367), que la communauté internationale n'a formulé aucune critique à l'encontre des Etats (y compris l'Australie) qui ont reconnu la présence de l'Indonésie au Timor oriental et traité avec elle dans ce contexte (*ibid.*, par. 368-372), et qu'en concluant le traité relatif au «Timor Gap» l'Australie n'a fait obstacle à aucun acte d'autodétermination du peuple du Timor oriental pouvant résulter de négociations (*ibid.*, par. 373-375). Bien qu'elle ait reconnu dans le traité le Timor oriental comme province de l'Indonésie, l'Australie prétend n'avoir rien fait qui soit susceptible de porter atteinte à la possibilité pour le peuple du Timor oriental d'accomplir par la suite un acte d'autodétermination (*ibid.*, par. 375).

Tous ces arguments nous imposent de noter brièvement le caractère central de ce droit en droit international contemporain, l'évolution constante du concept et la large acceptation dont il a bénéficié au plan international. Dans ce contexte, toute interprétation de ce droit qui ne lui donnerait pas une signification pleine et effective devrait être considérée avec la plus grande circonspection.

Premièrement, ce principe est confirmé par toutes les sources du droit international, qu'il s'agisse d'instruments internationaux (comme le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), du droit international coutumier, des principes généraux du droit, de la jurisprudence et de la doctrine des publicistes. On peut puiser, dans chacune de ces sources, des arguments décisifs à l'appui de ce droit, arguments qu'il n'y a pas lieu de détailler ici.

Deuxièmement, ce droit occupe une place centrale dans l'économie de la Charte des Nations Unies, qui s'y réfère dans plusieurs contextes.

A l'article 1, paragraphe 2, de cet instrument, les Nations Unies se sont notamment fixé pour principe de développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. C'est là l'un des buts des Nations Unies, qui est au cœur même de l'existence de l'Organisation et de sa mission. Il y a donc un lien indissociable entre l'un des buts principaux des Nations Unies et le concept d'autodétermination. Ce concept

est réaffirmé à l'article 55, selon lequel l'idéal des relations pacifiques et amicales entre les nations est fondé sur le respect de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

L'article 55 donne à ce concept une expression pratique. Il reconnaît que les relations pacifiques et amicales, bien que fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, exigent des conditions de stabilité et de bien-être, dont le progrès et le développement dans l'ordre économique.

Etant donné que le développement des relations amicales entre les nations est au cœur même de la Charte et que celle-ci fonde les relations amicales sur l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, on peut dire que le principe de l'autodétermination se situe lui-même au cœur de la Charte.

Une préoccupation particulière à l'égard de l'autodétermination est manifestée au chapitre XI de la Charte. A propos de l'aspect économique de l'autodétermination, il y est souligné, à l'article 55, que la stabilité et le bien-être sont nécessaires aux relations pacifiques et amicales entre les nations, ces relations étant, à leur tour, fondées sur le *respect* du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. En vue de créer ces conditions de stabilité et de bien-être, les Nations Unies ont le devoir de favoriser, entre autres, les «conditions de *progrès et de développement dans l'ordre économique ...*» (les italiques sont de moi).

Il est *expressément* prévu ensuite à l'article 56 que «les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation». Il s'agit là d'une obligation contractuelle solennelle, assumée expressément et individuellement par *chaque* Etat Membre en vue de créer les conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique sur la base du respect du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

A propos spécifiquement des territoires non autonomes, il est prévu à l'article 73 de la Charte des Nations Unies que l'un des objectifs de l'administration des territoires dont les populations ne s'administrent pas elles-mêmes est de

«développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques...» (art. 73, lettre *b*)).

Cette responsabilité incombe à la puissance administrante en vertu du principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Le caractère solennel de cette responsabilité est souligné par sa qualification de «mission sacrée».

L'importance centrale de ce concept et le désir de le traduire dans les faits sont au cœur même du droit des Nations Unies. La Charte est pétrie de cet esprit de coopération dont doivent faire preuve les nations pour atteindre les buts fixés. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-

mêmes fait partie intégrante de ces buts et en constitue le fondement même.

Troisièmement, c'est en s'appuyant sur les dispositions fondamentales de la Charte que l'Organisation des Nations Unies s'est employée sans relâche à édifier une superstructure qui tend à son tour à mettre ce concept en pratique. Par sa contribution concrète à la liberté des nations, la communauté mondiale a montré qu'elle était résolue à inscrire ce concept dans la réalité.

L'Assemblée générale a en effet manifesté avec constance et fermeté son souci de traduire en termes pratiques ce concept juridique, notamment en créant le comité des renseignements relatifs aux territoires non autonomes puis en le transformant en organe semi-permanent, par une résolution de décembre 1961. En tant que successeur du comité des renseignements, le 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 (Comité des Vingt-Quatre) continue de suivre la question. Ce comité a invariablement inscrit l'affaire du Timor oriental sur sa liste des questions en attente d'un règlement satisfaisant.

Un certain nombre de déclarations marquantes de l'Organisation des Nations Unies sur cette question ont renforcé l'acceptation de ce principe au sein de la communauté internationale. La déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale du 20 décembre 1960) et la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970) sont de ce nombre. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) constituent l'acceptation catégorique par voie conventionnelle de l'obligation de reconnaître ce droit.

Les débats qui ont précédé l'adoption par les Nations Unies de la déclaration sur les relations amicales traduisent bien l'importance que la communauté internationale tout entière attache au droit en question, comme le fait particulièrement bien ressortir une étude récente sur ces débats¹. Comme l'indique cette étude, ledit principe a été alors qualifié de diverses manières, notamment comme: «l'un des principes majeurs consacrés par la Charte» (Japon); «l'une des pierres angulaires sur lesquelles repose l'édifice des Nations Unies» (Birmanie); «un fondement de la Charte des Nations Unies» (Canada); «un des idéaux fondamentaux qui constituent la raison d'être de l'Organisation» (France); «l'exemple le plus significatif de la vitalité de la Charte et de sa capacité à répondre à l'évolution de la vie internationale» (Tchécoslovaquie); «un principe universellement reconnu du droit international contemporain»

¹ V. S. Mani, *Basic Principles of Modern International Law*, 1993, p. 224.

(Cameroun); «une des normes fondamentales du droit international contemporain» (Yougoslavie); «un principe fondamental du droit international contemporain qui lie tous les Etats» (Pologne); «d'une suprême importance en cette époque de décolonisation» (Kenya), et «indispensable à l'existence même de la communauté des nations» (Etats-Unis d'Amérique).

Il y a lieu de mentionner enfin la contribution de la Cour, qui a joué elle aussi un rôle important pour établir ce concept sur une base juridique solide (*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. 16; *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 12).

Tel est le droit fondamental qui est en jeu en l'espèce. La présente étude sommaire du caractère essentiel qu'il revêt en droit international n'est pas indifférente lorsqu'il s'agit de trancher entre l'une ou l'autre des interprétations de ce droit que les Parties ont présentées à la Cour.

D'une part, on prétend que ce droit ne peut être violé que s'il a été contrevenu à une disposition expresse d'une résolution de l'Organisation des Nations Unies. Il convient de noter, à cet égard, qu'aucune résolution de l'Organisation des Nations Unies n'a interdit ou critiqué la reconnaissance de l'intégration du Timor oriental comme province de l'Indonésie. D'autre part, on soutient que le fait d'être partie à un traité qui reconnaît l'incorporation d'un territoire non autonome dans un autre Etat et visant la principale ressource non renouvelable d'un peuple dont le droit à l'autodétermination est reconnu, intervenue avant que ce peuple n'ait exercé son droit à l'autodétermination et sans son consentement, constitue en effet une telle violation. L'histoire de ce droit, de son développement et de sa reconnaissance universelle montre clairement que la seconde interprétation est plus en harmonie que la première avec la teneur et l'esprit de ce droit.

Dans ce cadre, il est difficile d'admettre que, s'agissant d'un droit aussi important, les Etats auraient seulement l'obligation d'aider l'Organisation des Nations Unies dans la mise en œuvre des mesures spécifiques qu'elle peut prendre.

iii) *Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*

Comme l'a souligné l'Assemblée générale, le droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est «un élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes» (résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962). C'est ainsi que, dans sa résolution 1515 (XV) du 15 décembre 1960, l'Assemblée générale a également recommandé «le respect du droit souverain de chaque Etat de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles».

Pour tout peuple, la souveraineté sur ses ressources économiques est une composante importante de sa souveraineté. Cela est particulièrement vrai d'une nation naissante. Cette philosophie est à la base de la théorie

de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ainsi que de la protection de ces ressources dans l'intérêt d'un peuple non autonome en attendant qu'il exerce son droit à l'autodétermination.

En l'espèce, il est impossible de prévoir quand le peuple du Timor oriental réalisera son droit à l'autodétermination. Cela peut être sous peu ou dans de nombreuses années. La question est en suspens depuis bientôt vingt ans, c'est-à-dire depuis l'intervention militaire de l'Indonésie.

Si des années devaient encore s'écouler d'ici là, et qu'entre-temps le traité soit pleinement exécuté, le peuple du Timor oriental pourrait très bien perdre à tout jamais une partie substantielle de ses ressources inestimables. Il s'agirait là de la perte d'un élément important de la souveraineté de ce peuple.

C'est là une situation que l'on ne saurait envisager avec sérénité au stade actuel du développement du droit international.

Lorsque le peuple du Timor oriental exercera son droit à l'autodétermination, il aura notamment le droit, au titre de sa souveraineté, de disposer de ses richesses et ressources naturelles. Toute mesure qui, auparavant, pourrait avoir pour effet de le priver de ce droit relève nécessairement et manifestement de la catégorie des actes portant atteinte à son droit de disposer de lui-même et à sa future souveraineté, si tant est qu'il se prononce pour une souveraineté pleine et indépendante. Dans sa résolution relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, l'Assemblée générale a décrit ce droit comme «le droit inaliénable qu'a tout Etat de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles conformément à ses intérêts nationaux...» (résolution 1803 (XVII)). Dans la même résolution, elle note que le renforcement de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles favorise l'affermissement de l'indépendance économique des Etats.

Dans sa résolution 1803 (XVII), l'Assemblée générale est encore plus explicite, en soulignant que :

«La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ... devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations *considèrent en toute liberté* comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser ou d'interdire ces activités» (I, par. 2; les italiques sont de moi).

Or, l'exploitation, la mise en valeur et la disposition des ressources du «Timor Gap», que le traité relatif au «Timor Gap» règle par le détail, n'ont très certainement pas été convenues d'une manière conforme au principe selon lequel le peuple du Timor oriental devrait «considérer [ces questions] en toute liberté» pour ce qui est «d'autoriser ou d'interdire ces activités».

Dans la mesure où il dispose des ressources du peuple du Timor oriental avant que celui-ci n'ait réalisé son droit à l'autodétermination, le traité relatif au «Timor Gap» contrevient donc manifestement à ce principe.

Au surplus, selon la résolution 1803 (XVII):

«La violation des droits souverains des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles va à l'encontre de l'esprit et des principes de la Charte des Nations Unies...» (I, par. 7).

L'Australie a fait valoir (contre-mémoire, par. 379-380) que, même à supposer qu'en exerçant son droit à l'autodétermination le peuple du Timor oriental décidait de se constituer en Etat indépendant, c'est à ce nouvel Etat qu'il appartiendrait de rejeter ou non le traité. L'attention de la Cour a été appelée à cet égard sur une observation du tribunal arbitral dans le différend opposant la Guinée-Bissau au Sénégal, selon laquelle «un Etat né d'un processus de libération nationale a le droit d'accepter ou non les traités qu'aurait conclus l'Etat colonisateur après le déclenchement du processus. Dans ce domaine, le nouvel Etat jouit d'une liberté totale et absolue.»¹

Bien que cette proposition soit indiscutable, elle paraît purement théorique dans le contexte actuel, étant donné qu'elle ne tient pas compte de trois faits. Premièrement, de nombreuses années pourraient s'écouler avant que le Timor oriental n'exerce son droit à l'autodétermination. Deuxièmement, le traité est prévu pour une période initiale de quarante ans et, troisièmement, les ressources qui y sont visées ne sont pas renouvelables. D'ici à ce que le peuple du Timor oriental réalise ce droit, il pourrait perdre à tout jamais la totalité ou une partie de ces ressources. Si celles-ci étaient renouvelables, on pourrait soutenir que leur exploitation temporaire n'aurait pas pour résultat d'en dépouiller définitivement le légitime propriétaire. Or, cet argument ne peut être invoqué dans la présente affaire.

Si, dans ce cadre bien établi d'obligations juridiques, un traité est conclu qui qualifie explicitement le Timor oriental de province indonésienne et qui porte, sans le consentement de son peuple, sur les ressources naturelles du Timor oriental d'une manière qui *pourrait* avoir pour effet de les compromettre ou de les aliéner, il est incontestable qu'une nation qui se réclame de ce traité pour revendiquer des droits sur ce qui *pourrait* être les ressources du Timor oriental viole les obligations que lui imposent les principes généraux du droit international.

Ajoutons qu'en raison de la reconnaissance internationale croissante du droit au développement, toute action susceptible d'entraver le libre exercice de ce droit revêt une importance plus grande qu'autrefois.

iv) *Pertinence des résolutions de l'Organisation des Nations Unies relatives à l'autodétermination*

Les diverses résolutions citées donnent à la Cour, à la fois en termes exprès et de façon implicite, des raisons plus que suffisantes de présumer

¹ *Revue générale de droit international public*, 1990, p. 235, par. 44.

que le droit à l'autodétermination n'a pas été exercé. Cette proposition a pour corollaire que le droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles n'a pas été exercé non plus, car l'autodétermination comprend par définition le droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Tout acte portant sur ces ressources, qui n'émane pas du peuple du Timor oriental ou de son représentant dûment mandaté, constitue sans aucun doute une violation d'un principe fondamental découlant tant du droit international général que de la Charte des Nations Unies.

v) *La position de l'Australie à l'égard de l'autodétermination*

L'Australie affirme qu'elle reconnaît pleinement et continue de soutenir le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination. Sur ce point, elle a attiré l'attention de la Cour sur le rôle important qu'elle a joué à la conférence de San Francisco pour l'insertion du chapitre XI dans la Charte (duplicata, note 209), ainsi que sur sa vigoureuse affirmation que le progrès de tous les peuples coloniaux intéresse l'ensemble de la communauté internationale. Il n'y a aucun doute que ce précieux apport de l'Australie au concept de l'autodétermination a contribué de manière substantielle à le porter au niveau élevé qu'il occupe aujourd'hui. Le soutien théorique et politique qui a été accordé en ce temps-là à ce concept alors en cours d'élaboration a été essentiel.

Marquant une adhésion entière à la valeur élevée que le droit international attache à l'autodétermination, l'Australie continue d'exprimer son soutien au droit persistant du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même. Ainsi, l'Australie reconnaît implicitement que, pour une raison ou une autre, le peuple du Timor oriental n'a pas encore exercé son droit de la manière envisagée par le droit international et par la Charte des Nations Unies.

Au cours des audiences, l'Australie a prétendu que :

« avant et après 1975, l'Australie s'est vigoureusement et à plusieurs reprises prononcée en faveur du droit des Timorais à se déterminer librement en connaissance de cause. La position australienne a été exposée sans détour à l'Indonésie, clairement expliquée à l'Organisation des Nations Unies, répétée par les premiers ministres et les ministres des affaires étrangères de l'Australie et fait d'ailleurs encore l'objet de communiqués publics sur la politique australienne. » (CR 95/14, p. 12.)

Tranchant avec cette position irréprochable, l'Australie a reconnu *de facto* l'annexion du Timor oriental par l'Indonésie, et elle est même allée plus loin en procédant à ce qui paraît être une reconnaissance *de jure* sans réserve des droits de l'Indonésie sur le Timor oriental. En effet, le traité relatif au « Timor Gap » énonce explicitement — et il est censé exprimer ce sur quoi les *deux* parties se sont accordées — que le Timor oriental est

une « province indonésienne ». De plus, le préambule du traité proclame que l'Australie et la République d'Indonésie sont « déterminées à développer leur coopération à l'avantage mutuel de *leurs peuples* dans la mise en valeur des ressources du secteur du plateau continental » (les italiques sont de moi), sans mentionner le peuple du Timor oriental parmi ceux dans l'intérêt desquels le traité a été conclu.

vi) *La contradiction entre la reconnaissance de la souveraineté indonésienne sur le Timor oriental et la reconnaissance du Timor oriental en tant que territoire non autonome*

La contradiction entre la position déclarée de l'Australie et son comportement est, selon le Portugal, si fondamentale qu'elle a pour effet de réduire à néant la reconnaissance par l'Australie du droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination. Cette contradiction n'a reçu d'explication satisfaisante ni dans les écritures ni lors des plaidoiries. Comme l'a fait remarquer le Portugal, il est impossible de s'acquitter de l'obligation de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental en se contentant d'affirmations en ce sens tout en reconnaissant effectivement l'annexion du Territoire par l'Indonésie (CR 95/4, p. 29).

L'Australie a fait valoir (duplique, par. 267) que la reconnaissance de la souveraineté indonésienne sur le Timor oriental n'implique aucun déni du statut de territoire non autonome de celui-ci. Elle a également déclaré (*ibid.*, par. 263) que, tout en observant que l'Indonésie avait incorporé le Timor oriental dans son territoire, le Gouvernement australien s'est dit vivement préoccupé de voir qu'aucun acte d'autodétermination internationalement reconnu n'avait eu lieu au Timor oriental. L'Australie affirme par ailleurs que la reconnaissance de la souveraineté indonésienne sur le Timor oriental n'implique pas nécessairement que l'Australie ne reconnaît plus au Timor oriental le statut de territoire non autonome ni à son peuple le droit à l'autodétermination (*ibid.*, par. 264). J'avoue éprouver quelque difficulté à comprendre ces positions.

Ces arguments semblent par ailleurs négliger la distinction entre, d'une part, la nature de l'autorité exercée par une puissance administrante et, d'autre part, la nature de l'autorité exercée par l'Indonésie qui ressort implicitement de la reconnaissance de la qualité du Timor oriental en tant que province indonésienne. Or, l'autorité du Portugal revêtait au moins trois caractéristiques fondamentales propres :

- a) l'autorité exercée par le Portugal revêtait en tous points un caractère fiduciaire ou tutélaire;
- b) le Portugal exerçait son autorité sous la surveillance de l'Organisation des Nations Unies;
- c) le Portugal exerçait son autorité précisément dans ce cadre fiduciaire ou tutélaire.

Ces caractéristiques sont confirmées par les résolutions pertinentes de l'Organisation des Nations Unies examinées dans la présente opinion.

Notons également à cet égard que, dans ses plaidoiries, l'Australie fait valoir que, «en 1975, le peuple du Timor oriental a[vait] *échangé involontairement* la «domination» du Portugal ... contre le pouvoir de l'Indonésie» (CR 95/9, p. 49, par. 59; les italiques sont de moi). Ce propos n'est pas très clair; toutefois, il s'oppose manifestement à l'expression d'une volonté qui est un trait essentiel de l'autodétermination.

Le Portugal a également appelé l'attention de la Cour sur certaines variations dans les positions adoptées par l'Australie devant l'Organisation des Nations Unies lorsque l'Assemblée générale a examiné les projets de résolution relatifs au Timor oriental. En 1975, l'Australie a voté, avec toutefois quelques réserves initiales, en faveur de la résolution dans laquelle il était demandé à l'Indonésie de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental et de retirer sans délai ses forces armées du territoire afin de permettre au peuple de celui-ci d'exercer son droit à l'autodétermination (résolution 3485 (XXX) du 12 décembre 1975). En 1976, elle s'est abstenue lors du vote sur la résolution 31/53 de l'Assemblée générale, rejetant l'allégation indonésienne selon laquelle le Timor oriental aurait été intégré à l'Indonésie. Elle s'est abstenue à nouveau en 1977, mais en 1979 elle a voté contre la résolution selon laquelle «le peuple du Timor oriental doit avoir la possibilité de déterminer librement son propre avenir, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies» (résolution 34/40). Elle a réitéré son vote d'opposition en 1980, 1981 et 1982.

En tout état de cause, une des questions essentielles en l'instance est celle de la compatibilité entre la reconnaissance de ce droit du peuple timorais et la conclusion d'un traité reconnaissant que le Timor oriental est une province de l'Indonésie, et de la compatibilité entre cet acte et les droits dont jouirait le Timor oriental sur les ressources naturelles visées dans le traité. Le traité ne comporte aucune des réserves quant à la reconnaissance de la souveraineté indonésienne qui ont été manifestées par l'Australie dans les déclarations que celle-ci a faites en marge du traité.

Il semblerait donc que l'affirmation du Portugal selon laquelle il y a incompatibilité entre le fait pour l'Australie de conclure le traité relatif au «Timor Gap» et la reconnaissance par l'Australie du principe d'autodétermination n'est pas dénuée de fondement.

Si l'autodétermination est un droit opposable *erga omnes*, et si la conclusion par l'Australie du traité relatif au «Timor Gap» est contraire à ce droit, alors le comportement individuel de l'Australie, quel que puisse être celui de l'Indonésie, n'est pas conforme aux obligations qu'a l'Australie envers le Timor oriental en vertu du droit international.

vii) *Le prétendu conflit entre les droits du peuple du Timor oriental et les droits du peuple australien*

L'Australie a fait valoir qu'elle aussi a un droit à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles et que la présente instance dresse «norme impérative contre norme impérative», «souveraineté permanente de l'Australie contre droits souverains du Portugal» (CR 95/11, p. 29).

Les droits incontestables de l'Australie ne sauraient bien entendu être mis en concurrence avec les droits de nature purement fiduciaire du Portugal, étant donné que ce dernier ne jouit d'aucun droit souverain si ce n'est en sa qualité de gardien des droits du peuple du Timor oriental. Il s'agirait plus exactement d'un conflit entre la norme impérative que constitue la souveraineté permanente de l'Australie sur ses ressources naturelles, d'une part, et la norme impérative que constitue la souveraineté permanente du Timor oriental sur ses ressources naturelles, d'autre part.

On ne saurait affirmer que l'Australie ait sur ses ressources naturelles dans le « Timor Gap » un droit absolu à la souveraineté permanente dont la portée pourrait être déterminée sans tenir compte des droits du Timor oriental. Étant donné que l'Australie et le Timor oriental ne sont séparés que par 430 kilomètres de mer (paragraphe 11 de l'arrêt), il est clair que la portée des droits de la première dépend notamment des prétentions du second ; d'où la nécessité d'un traité. Étant donné que les droits de l'Australie ne sauraient être appréciés indépendamment de ceux du Timor oriental, on ne saurait retenir la thèse de l'Australie qui prétend ne s'occuper que de ce à quoi elle a droit.

Les conflits entre des droits relatifs à un espace maritime limité ne peuvent être tranchés que du consentement des parties ou par une décision équitable prise par un tiers conformément au droit. Un accord conclu sans le consentement du peuple du Timor oriental ne relève pas de la première catégorie ; et une décision de l'Indonésie relative à ce qu'il serait équitable de donner à l'Australie ne relève pas de la seconde. Pareille décision ne saurait être conforme aux moyens de résolution des différends visés par la jurisprudence de la Cour et par l'effet conjoint de l'article 83 et de la partie XV de la convention de Montego Bay.

La question de savoir si le partage des ressources entre l'Australie et l'Indonésie est effectivement équitable du point de vue du peuple du Timor oriental n'entre pas dans le cadre de l'instance et ne relève pas de la compétence de la Cour. Cette dernière n'a tout simplement pas été saisie de cette question, qui doit attendre pour être réglée en temps et lieu. La seule question qu'il convient de trancher en l'espèce est de savoir si un traité visant les ressources naturelles du peuple du Timor oriental a été conclu en l'absence du consentement de ce peuple ou de la puissance administrante reconnue par l'Organisation des Nations Unies.

Il se peut que le traité attribue à l'Australie exactement ce à quoi elle a équitablement droit, ou même qu'il accorde au peuple australien moins que ce qui devrait lui revenir. Ce que le Portugal fait valoir, c'est qu'un traité qui n'a pas été conclu d'une manière reconnue en droit international *pourrait* aliéner à tout jamais certaines ressources non renouvelables qui appartiennent au peuple du Timor oriental. S'il en était ainsi, et si l'autorité chargée par l'Organisation des Nations Unies de l'administration des affaires du peuple du Timor oriental soulevait la question sous la forme d'un droit du peuple du Timor oriental opposable à l'Australie, le grief mériterait d'être étudié avec la plus grande attention.

Le Portugal prétend que l'Australie, dans la mesure où elle a négocié,

conclu et commencé d'exécuter le traité du 11 décembre 1989 puis adopté des mesures législatives internes visant l'application de cet accord, a enfreint le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses richesses et ressources naturelles. Si tel est le cas, l'Australie, du fait même de son comportement individuel, contrevient à l'obligation de respecter ce droit.

La thèse de l'Australie selon laquelle elle n'avait d'autre choix que de conclure ce traité soulève une importante question de droit international touchant à la reconnaissance. Les Etats qui concluent des traités relativement à un territoire dont la souveraineté a été acquise d'une manière dont la régularité est indéterminée disposent de plusieurs options qui vont de la reconnaissance *de facto* sous de nombreuses formes jusqu'à la reconnaissance *de jure*, au niveau le plus élevé.

Il convient de noter que, dans ce traité, l'Australie n'a assorti d'aucune réserve sa reconnaissance de la souveraineté de l'Indonésie sur le Timor oriental. En fait, le traité lui-même s'intitule: «Traité entre l'Australie et la République d'Indonésie relatif à la zone de coopération établie dans un secteur situé entre la *province indonésienne* du Timor oriental et l'Australie septentrionale» (les italiques sont de moi). Le traité qualifie à plusieurs reprises le Timor oriental de province de l'Indonésie. Cette reconnaissance inconditionnelle, dans un traité important, de la souveraineté de l'Indonésie sur le Timor oriental constitue peut-être l'une des formes les plus achevées de la reconnaissance *de jure*.

Cette forme achevée de reconnaissance met particulièrement en évidence l'incompatibilité, telle qu'appliquée, entre, d'une part, les agissements de l'Australie et, d'autre part, les droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles.

* * *

En conséquence, je confirmerais l'importance du droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles et je soulignerais que, s'agissant de droits revêtant une aussi grande importance dans le droit international contemporain, l'obligation de les respecter dépasse la simple reconnaissance et s'étend à l'obligation pour un Etat de s'abstenir de tout acte incompatible avec ces droits ou susceptible de leur porter atteinte ou de les réduire à néant. Selon ce critère, le fait par l'Australie d'avoir conclu le traité relatif au «Timor Gap» pourrait bien contrevénir aux droits du peuple du Timor oriental.

PARTIE D. LES OBLIGATIONS DE L'AUSTRALIE

Dans la partie qui précède, nous avons étudié l'importance cruciale des droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. Nous avons également

envisagé dans quelle mesure la conclusion par l'Australie du traité relatif au «Timor Gap» est compatible avec les droits dont jouit le peuple du Timor oriental à cet égard.

La présente partie est centrée sur les obligations qui découlent de ces droits.

A. Obligations en droit international général

i) Obligations découlant des sources générales du droit international

Dans la partie C de la présente opinion, nous avons examiné les diverses sources de droit international invoquées pour étayer le droit à l'autodétermination. Faisant pendant aux droits qui en résultent et dont jouit le peuple du Timor oriental, des obligations correspondantes sont à la charge des membres de la communauté des nations. Tout comme les droits associés à la notion d'autodétermination peuvent trouver leur fondement dans chacune des sources du droit international, il en va de même des obligations, car il ne saurait y avoir de droits véritables sans obligations correspondantes.

Il suffit, aux présentes fins, de signaler ces sources diverses et le fait qu'elles concourent à reconnaître que ces droits sont *erga omnes*. Il n'est pas nécessaire, aux fins de la présente opinion, de les explorer toutes. L'Australie, comme toutes les autres nations, serait tenue en droit international général de reconnaître les obligations qui découlent de ces droits. Elle n'hésite pas à reconnaître le droit. Son acceptation des obligations corrélatives ne ressort toutefois pas clairement de ses conclusions.

ii) Les obligations expressément souscrites aux termes de traités

Il est pertinent de relever que le défendeur, ainsi que d'autres Etats, s'est solennellement engagé par voie conventionnelle, au moins en trois occasions importantes, à agir pour faire progresser ces droits. On y a fait allusion dans la partie C et il suffira ici d'appeler l'attention sur ces engagements conventionnels pris en vertu de la Charte des Nations Unies et des deux pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme. Les dispositions de la Charte relatives à l'autodétermination ont été étudiées plus haut. Les parties aux deux pactes s'obligent à faciliter la réalisation du droit à l'autodétermination et à respecter ce droit (articles 1 et 2 de chacun des pactes).

Ces références suffisent à placer l'obligation de respecter l'autodétermination sur un socle conventionnel solide.

B. Obligations qui découlent des résolutions de l'Organisation des Nations Unies

Nous n'examinerons pas ici la question plus vaste du caractère contraignant des décisions du Conseil de sécurité. Il est plus pertinent de se deman-

der si, étant donné les circonstances particulières de l'espèce, on peut considérer que les résolutions réaffirmant les principes du droit international général confèrent une force plus grande à ces principes.

Comme nous l'avons relevé plus haut, à aucun stade de la présente instance il n'a été suggéré que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité aient outrepassé leur compétence ou leurs pouvoirs légitimes à l'égard de n'importe quelle résolution sur le Timor oriental visée en la présente affaire. Les objections à l'encontre de l'effet obligatoire de ces résolutions étaient plutôt fondées sur d'autres considérations, telles que la diminution des majorités en leur faveur et leur caducité par désuétude. Ces questions ont déjà été abordées. Concernant les résolutions du Conseil de sécurité, le problème technique a été soulevé de savoir si les termes employés par le Conseil indiquaient une décision ou une exhortation.

La résolution 384 «*prie instamment* tous les Etats ... de coopérer pleinement avec l'Organisation des Nations Unies ... pour ... faciliter la décolonisation du territoire» et la résolution 389 «*demande* à tous les Etats» de faire de même.

Les deux résolutions *demandent* également à tous les Etats «de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental ainsi que le droit inaliénable de son peuple à l'autodétermination, conformément à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale».

Les expressions «*prie instamment*» et «*demande*» ne sont pas nécessairement de simples formules d'exhortation. Comme pour tout document qui fait l'objet d'une analyse juridique, c'est l'ensemble du texte plutôt que certaines expressions particulières qui en détermine la signification générale. En l'espèce, on peut considérer ces deux résolutions comme facultatives si l'on prend isolément les deux expressions «*prie instamment*» et «*demande*»; mais cela est impossible si l'on considère le texte dans son ensemble. Il ne s'agit pas là de la méthode juridique d'interprétation et je ne saurais y avoir recours.

Nous sommes ici en présence de deux documents qui énoncent catégoriquement la position du Conseil de sécurité, selon laquelle l'autodétermination est un impératif qui n'a pas encore été réalisé. Le Conseil y prie instamment tous les Etats de coopérer et leur demande de respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental. Face à de telles résolutions qui réaffirment un principe fondamental de droit international, un Etat Membre est-il libre d'ignorer à son gré la nécessité de l'autodétermination? Alors que le Conseil de sécurité a affirmé, après réflexion, que l'autodétermination n'avait pas encore eu lieu, un Etat est-il libre de reconnaître *de jure* l'annexion d'un territoire non autonome par un autre Etat et de conclure avec ce dernier un traité concernant les richesses du territoire? Les circonstances générales de l'espèce suggéreraient une réponse négative à ces questions.

Sans qu'il soit question d'étudier ce problème par le menu, il faut relever que l'absence, par le passé, de mots tels que «*décide*» («*decides*») et «*juge*» («*determines*»), dans des résolutions du Conseil de sécurité, ne

semble pas avoir empêché celles-ci d'être considérées comme des décisions¹. Par exemple, la résolution 145 (1960) du Conseil de sécurité du 22 juillet 1960, relative au Congo, n'emploie aucun mot tel que «décide» ou «juge»; mais elle «invite» le Gouvernement belge à mettre rapidement en application la résolution 143 (1960) concernant le retrait de ses troupes. Elle «prie» tous les Etats de s'abstenir de toute action qui pourrait tendre à empêcher le rétablissement de l'ordre public et l'exercice de son autorité par le Gouvernement congolais, et aussi de s'abstenir de toute action qui pourrait saper l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de la République du Congo. Ce libellé est-il pure exhortation ou bien exprime-t-il une décision?

Après l'adoption de cette résolution, le Secrétaire général a appelé l'attention du Conseil de sécurité sur les obligations incombant aux Etats Membres en application des articles 25 et 49. Dans ses observations, le Secrétaire général a présumé que la résolution était astreignante en vertu des articles 25 et 49. Après avoir cité ces deux dispositions, il a déclaré devant le Conseil de sécurité:

«Mon espoir pourrait-il se fonder sur une base plus explicite que le fait que nous pouvons maintenant compter sur l'appui actif, de la manière qui se dégage de ce que je viens de dire, des gouvernements directement intéressés?» (Nations Unies, *Documents officiels du Conseil de sécurité*, quinzième année, 884^e séance, 8 août 1960, p. 4, par. 23.)

Par la suite, la résolution 146 (1960) du 9 août 1960 a été adoptée. Celle-ci, qui n'emploie toujours pas des termes indiquant une décision ou un jugement, «[i]nvite le Gouvernement belge à retirer immédiatement ses troupes de la province du Katanga...» et, de nouveau, elle:

«*Invite* tous les Etats Membres, conformément aux articles 25 et 49 de la Charte des Nations Unies, à accepter et à exécuter les *décisions* du Conseil de sécurité et à s'offrir mutuellement assistance dans l'exécution des mesures décidées par le Conseil» (les italiques sont de moi).

Le Conseil de sécurité lui-même indique donc clairement que sa résolution précédente était décisive.

Dans ce contexte, la résolution 143 (1960) du 14 juillet 1960 mérite également mention; elle «[f]ait appel au Gouvernement belge pour qu'il retire ses troupes du territoire de la République du Congo» et «[d]écide d'autoriser le Secrétaire général à prendre ... les mesures nécessaires en vue de fournir à ce gouvernement l'assistance militaire dont il a besoin...»

Par la suite, l'Assemblée générale a «prié» tous les Etats Membres d'accepter et d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité. Cette résolu-

¹ Voir Goodrich, Hambro et Simons, *op. cit.*, p. 210.

tion impliquait de nouveau que les résolutions du Conseil de sécurité étaient des décisions et qu'elles imposaient des obligations.

Dans son intervention, le Secrétaire général, M. Hammarskjöld, a insisté sur le point que, si l'on ne réalisait pas la coopération nécessaire pour faire de la Charte une réalité vivante, «c'en serait fait de la possibilité pour l'Organisation de devenir ce que la Charte montre clairement avoir été l'intention de ses auteurs...»¹ La déclaration de M. Hammarskjöld revêt une importance particulière dans la perspective des résolutions relatives à des droits tels que ceux qui ont pour objet l'autodétermination et la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

Les résolutions du Conseil de sécurité qui nous intéressent dans la présente espèce (les résolutions 384 et 389) sont libellées d'une manière semblable à la première résolution précitée relative au Congo. Toutes ces résolutions invitent tous les Etats à respecter l'intégrité territoriale du Timor oriental, de même que le droit inaliénable de son peuple à l'autodétermination, conformément à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale.

De même, toutes les résolutions «demande[nt]» au Gouvernement de l'Indonésie de retirer sans délai toutes ses forces armées du Territoire.

Il semble donc ressortir des précédents de l'Organisation des Nations Unies que l'absence de termes indiquant une décision ou un jugement ne relègue pas nécessairement les résolutions du Conseil de sécurité au rang de simples formules d'exhortation.

Alors que le Conseil de sécurité a réaffirmé un droit dont l'importance fondamentale et l'opposabilité *erga omnes* sont reconnues, examiner son caractère obligatoire eu fonction de sa terminologie ne semble avoir d'intérêt que théorique, eu égard notamment au fait que les résolutions ont été adoptées après que l'Australie eut été entendue, et qu'elles vont dans le sens des conclusions que l'Australie avait présentées au Conseil.

C. Quelques perspectives juridiques

i) La corrélation entre droits et obligations

La présente section passe en revue les obligations examinées, d'un point de vue que l'on peut qualifier de philosophique ou théorique. Alors que le droit à l'autodétermination a suscité beaucoup d'intérêt en droit international moderne, les obligations correspondant à ce droit n'ont pas fait l'objet d'analyses aussi fouillées. C'est ce qu'illustre bien la présente affaire, où la notion d'un droit à l'autodétermination est acceptée sans discussion, ce qui n'est pas le cas des obligations correspondantes. Un

¹ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, seizième session, supplément n° 1 A, A/4800/Add.1*, p. 4-5; voir aussi l'opinion semblable exprimée par U Thant dans un discours du 28 octobre 1969, *Chronique mensuelle de l'ONU*, vol. 6, n° 10, novembre 1969, p. 92.

examen théorique de la question soulignera l'importance des obligations dans le contexte de la présente instance.

L'existence d'un droit est juridiquement incompatible avec l'absence d'une obligation correspondante. Du fait du caractère corrélatif des droits et des obligations, bien établi en droit comme en logique (voir en particulier Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 1923), si le peuple du Timor oriental a le droit *erga omnes* à disposer de lui-même, il existe à la charge de tous les Etats Membres une obligation de reconnaître ce droit. Soutenir le contraire revient à vider le droit de son contenu essentiel et, par là, à nier son existence même. Etant donné que les droits à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles sont maintenant bien établis en droit international moderne, les obligations correspondantes ne sauraient en rester à un état de non-reconnaissance ou de semi-reconnaissance.

ii) *L'obligation se limite-t-elle à l'exécution d'instructions et d'interdictions spécifiques?*

Il faut maintenant examiner une importante allégation faite par l'Australie devant la Cour, dont les implications juridiques dépassent la présente affaire.

L'Australie a résumé cet argument de la façon suivante, dans l'avant-dernier paragraphe de son contre-mémoire :

« En concluant ce traité en décembre 1989, l'Australie n'a contrevenu à aucune directive de l'Organisation des Nations Unies concernant le Timor oriental, faute d'une telle directive. » (Par. 412.)

Elle a encore insisté sur ce point lors des plaidoiries, dans les termes suivants :

« Le Conseil de sécurité n'a pas prononcé ni imposé la moindre obligation juridique à l'Australie, ni à aucun autre Etat Membre, qui mettrait l'Australie dans l'impossibilité de conclure avec l'Indonésie le traité relatif au « Timor Gap. » (CR 95/10, p. 31.)

Elle a aussi fait valoir que

« Aucune résolution n'invite l'Australie, ni d'une manière générale les Etats Membres, à ne négocier qu'avec le Portugal. Aucune résolution ne demande à l'Australie de ne pas traiter avec l'Indonésie. Et aucune résolution ne condamne l'Australie pour avoir violé la Charte de l'Organisation des Nations Unies ou le droit international. » (*Ibid.*, p. 26; voir aussi contre-mémoire, par. 328-346.)

Ce raisonnement donne à entendre que les obligations des Etats en matière d'autodétermination se limitent au respect d'injonctions ou d'interdictions explicites.

Une autre extension de cet argument vise le fait que l'Organisation des Nations Unies n'a édicté aucune sanction que l'Australie n'aurait pas respectée.

En premier lieu, l'obligation découle du droit international coutumier lequel, de par sa nature même, consiste en principes et normes de nature générale plutôt qu'en injonctions et interdictions spécifiques. Par analogie avec l'ordre juridique interne, le droit coutumier ou commun (par opposition à une législation spécifique) fournit les normes et principes directeurs à la lumière desquels un cas d'espèce est jugé.

Il en va de même pour le droit international, compte dûment tenu, bien entendu, des différences relatives à ses sources. Le droit coutumier fournit les principes généraux, alors que d'autres sources, notamment les traités et les résolutions obligatoires, règlent des cas particuliers.

Ainsi, un comportement qui se contente d'éviter d'enfreindre des *injonctions* ou des *interdictions* expresses n'est pas nécessairement conforme aux obligations internationales qui incombent à un Etat en vertu du droit international coutumier. Les obligations relatives au respect de l'autodétermination et du droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles sont de ce nombre et vont beaucoup plus loin que la simple obéissance à des règles ou injonctions déterminées et l'abstention à l'égard de comportements interdits.

Pour mieux élucider la question, on peut l'aborder également sous l'angle de l'analyse philosophique du droit.

À cet égard, il convient de se référer aux grandes études de philosophie du droit de ces dernières années qui ont exploré la nature des obligations juridiques. Bien qu'il aille de soi que les obligations juridiques ne consistent pas seulement à obéir à des injonctions et à des interdictions spécifiques, mais aussi à adhérer à des normes ou principes de conduite, les débats doctrinaux récents ont apporté beaucoup d'éclaircissements sur cette distinction¹.

Pour raisonner par analogie avec le droit interne, le corpus de règles juridiques sur lequel se fonde un comportement conforme au droit se compose non seulement de commandements et d'interdictions, mais aussi de normes, de principes et de critères de conduite. Les commandements et les interdictions ne représentent qu'une infime partie de la vaste gamme des obligations. Il est très clair qu'en droit international, comme en droit interne, les obligations ne découlent pas uniquement d'injonctions et d'interdictions particulières, mais aussi de normes et de principes.

¹ Sans entrer dans le détail de cette vaste analyse, il suffira de mentionner certains exposés fort connus sur la nature des droits et obligations. Voir Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, en particulier les chapitres 2 et 3; voir aussi, dans le même sens, Roscoe Pound, «The Theory of Judicial Decision», *Harvard Law Review*, 1923, vol. 36, p. 645 — qui anticipe les travaux de Dworkin — et, du même auteur, «Juristic Science and Law», *Harvard Law Review*, 1918, vol. 31, p. 1047 et suiv. Ces démonstrations d'où il ressort que les principes et les critères font partie d'un ordre juridique autant que les règles (Dworkin, «Is Law a System of Rules?» dans Dworkin (dir. publ.), *The Philosophy of Law*, 1977, p. 38) s'appliquent aussi bien à l'ordre juridique international.

S'il est vrai en droit interne que les obligations vont au-delà de la simple obéissance à des injonctions et à des interdictions spécifiques, cela vaut à fortiori dans le domaine du droit international, qui s'est développé à partir des principes généraux du droit naturel et qui ne possède aucune autorité réglementaire spécifique comparable à celle que nous connaissons en droit interne. Point n'est besoin de démontrer combien le développement et l'efficacité du droit international sont tributaires de principes, de normes et de critères.

Si l'on veut que les droits soient pris au sérieux, l'on ne peut méconnaître les principes sur lesquels ils reposent¹. Si le droit à l'autodétermination doit être pris au sérieux, l'attention doit porter sur les critères et principes qui lui sont inhérents, plutôt que sur une énumération circonstanciée d'injonctions et d'interdictions qui, pour utile qu'elle soit dans ses limites, ne constitue pas un catalogue complet des obligations qui résultent de ce droit. Il est impossible de définir en termes d'injonctions et d'interdictions précises les nombreuses obligations ainsi imposées. Comme l'Australie elle-même l'a fait observer, «l'obligation de promouvoir l'autodétermination est un exemple d'obligation qui n'est pas assortie d'une prescription de moyens» (CR 95/10, p. 21).

Du point de vue de l'analyse juridique, il ne convient pas d'envisager l'autodétermination comme si la seule obligation qu'elle comporte était l'obéissance à des injonctions expresses de l'Organisation des Nations Unies. L'exécution des devoirs et obligations doit être évaluée à l'aune des normes et principes fondamentaux sous-jacents, plutôt qu'à celle des injonctions et interdictions spécifiques qui ont pu être prescrites. A l'évidence, une obligation ne peut cesser d'exister simplement parce que des moyens précis de l'exécuter n'ont pas été prescrits, pas plus que le principe général qui la sous-tend ne se résume à une liste circonstanciée d'obligations. L'obligation de respecter et d'exécuter dépasse la lettre des commandements et interdictions spécifiques.

Pour tirer un exemple du droit interne, un principe général comme celui selon lequel un constructeur d'automobiles «est soumis à une obligation particulière relative à la construction ... de ses véhicules»² «ne prétend pas définir les prestations précises auxquelles astreint une telle obligation particulière»³. Pourtant, l'obligation s'applique aux situations particulières, non spécifiées, qui sont susceptibles de se présenter. Si une réclamation est formée suite au manquement à une obligation spécifique, couverte par le principe général, le fabricant ne peut échapper au principe en arguant que celui-ci ne précise pas la prestation spécifique dont il s'agit. L'argument selon lequel aucune obligation n'a été enfreinte, étant donné que le comportement du défendeur ne contrevient à aucune règle

¹ Voir encore Dworkin (*Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 22), qui soutient que, si les droits ne sont pas pris au sérieux, alors le droit lui-même n'est pas pris au sérieux (*ibid.*, p. 205).

² *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 NJ 358 (1960).

³ Dworkin, *op. cit.*, p. 26, citant *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, ci-dessus.

spécifique, peut être réfuté pour l'essentiel de la même façon : en effet, le comportement qu'exige le droit ne consiste pas seulement à respecter des injonctions ou des interdictions précises, mais aussi à respecter un *principe* de comportement.

Les débats théoriques qui viennent d'être évoqués ne sont pas passés inaperçus dans la doctrine de droit international moderne¹.

Dans les circonstances de l'espèce, la qualité de partie au traité relatif au «Timor Gap» semblerait incompatible avec la reconnaissance et le respect des droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles dans la mesure, notamment, où le traité :

- 1) reconnaît en termes exprès le Timor oriental comme une province de l'Indonésie, sans que le peuple du Territoire ait exercé son droit ;
- 2) porte sur des ressources naturelles non renouvelables susceptibles d'appartenir à ce territoire ;
- 3) ne fait pas état des droits du peuple du Timor oriental, mais seulement de l'avantage mutuel des peuples australien et indonésien dans la mise en valeur des ressources du secteur (paragraphe 6 du préambule) ;
- 4) ne prévoit rien dans l'hypothèse où le peuple du Timor oriental déciderait de dénoncer le traité lorsqu'il aura exercé son droit à disposer de lui-même ;
- 5) prévoit une période initiale de validité de quarante ans, avec renouvellement possible pour des termes successifs de vingt ans ;
- 6) crée une véritable possibilité que ces ressources soient épuisées avant que le peuple du Timor oriental ne puisse en avoir la jouissance.

Ces caractéristiques du traité semblent à priori toutes contraires à l'essence même de l'autodétermination et de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, et elles ne perdent pas ce caractère du fait que la conclusion de traités avec l'Indonésie n'a pas été expressément interdite.

L'attention a été appelée également sur la question des sanctions. On a souligné par exemple que des pratiques telles que les fournitures d'armes, de pétrole et de capitaux à l'Afrique du Sud ont été expressément condamnées lorsque des sanctions ont été imposées à ce pays. L'Australie en a tiré argument pour soutenir que l'Assemblée générale s'était montrée disposée, dans les cas appropriés, à condamner des actions particulières ou à en préconiser et recommander vivement d'autres. On a fait valoir que l'Organisation des Nations Unies n'avait pas demandé expressément aux Etats de s'abstenir d'avoir des relations avec un Etat impliqué dans un différend relatif à l'autodétermination (CR 95/9, p. 78) et que le traité relatif au «Timor Gap» n'avait fait l'objet d'aucune prise de position expresse.

¹ Voir Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions*, 1989.

L'existence de sanctions peut indiquer celle d'obligations, mais les sanctions ne sont évidemment pas la seule source d'obligations. De fait, dans une étude des fondements des obligations en droit international, Oscar Schachter énumère treize éléments possibles, dont un seul est constitué par les sanctions¹.

De plus,

«La recherche la plus poussée, tant en droit interne qu'en droit international, montre qu'en réalité la contrainte ne fait pas partie intégrante et constitutive de la règle juridique, mais représente un élément distinct qui s'y ajoute pour la parfaire. La sanction ne conditionne pas l'existence de l'obligation mais seulement son exécution.»²

A son stade actuel de développement, le droit international, au service des besoins d'une communauté internationale intégrée, exige que l'on se fasse des obligations internationales une conception plus large que celle que sous-entendent les conclusions de l'Australie.

Les résolutions 384 et 389 du Conseil de sécurité énoncent clairement certains principes de conduite relatifs à l'autodétermination et à la souveraineté permanente. Ces principes étaient déjà bien établis et consacrés par le droit international avant d'être appliqués par lesdites résolutions au cas précis du Timor oriental. A mon sens, l'Australie enfreint ces principes étant donné que son comportement contrevient à l'obligation qui est la sienne de respecter le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. L'argument selon lequel l'Australie n'a contrevenu à aucune *injonction* de l'Organisation des Nations Unies ne saurait l'exonérer de sa responsabilité.

iii) *Obligations découlant de l'opposabilité erga omnes*

La Cour considère «qu'il n'y a rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*» (arrêt, par. 29).

Le présent paragraphe se fonde sur cette conclusion. Cette position a en outre été acceptée par l'Australie et présumée tout au long des audiences.

La jurisprudence de la Cour a joué un rôle important dans l'évolution de la notion d'opposabilité *erga omnes*.

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour, établissant une distinction entre les obligations d'un Etat envers la communauté internatio-

¹ Oscar Schachter, «Towards a Theory of International Obligation», *Virginia Journal of International Law*, 1968, vol. 8, p. 301.

² Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, 1978, p. 183.

nale dans son ensemble et celles d'un Etat vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique, a relevé que :

« Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel. » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 34.)

Au paragraphe 35, la Cour a continué de développer ce principe en faisant observer que pour les obligations de cette catégorie, à la différence des obligations sujettes à la protection diplomatique, « *les Etats [ont] tous un intérêt juridique à ce qu'elle[s] soie[n]t respectée[s]* » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 32; les italiques sont de moi). Bien entendu, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour se prononçait sur des obligations *dues erga omnes*.

Dans cette affaire-là, la Cour a précisé que tous les Etats créanciers d'une obligation ont un intérêt juridique au respect de cette obligation par l'Etat qui en est le débiteur. Si donc l'Australie a, envers tous les Etats, l'obligation *erga omnes* de respecter le droit à l'autodétermination, le Portugal — en tant que puissance administrante du Timor oriental — et le Timor oriental auraient un intérêt juridique au respect de cette obligation.

L'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 15), les affaires du *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 319) et celle du *Sud-Ouest africain, deuxième phase* (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 6), l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)* (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 253) et celle des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* (*ibid.*, p. 457), l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 3) et l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité* (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 69) sont d'autres cas dans lesquels la Cour a eu à connaître d'obligations *erga omnes*.

Bien que le principe de l'opposabilité *erga omnes* semble ainsi avoir fréquemment joué un rôle dans la jurisprudence récente de la Cour, il n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive de la part de cette dernière quant à ses modalités d'application en cas de violation. Par exemple, dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la question de savoir si un Etat membre a qualité pour agir suite à une violation d'un droit opposable *erga omnes* n'a pas été tranchée, puisque l'affaire a été rejetée pour des motifs d'opportunité judiciaire. Le rejet des affaires du *Sud-Ouest afri-*

caïn lors de l'examen au fond, en 1966, n'a donné lieu à aucune conclusion sur les obligations opposables *erga omnes*. Les arrêts rendus dans les affaires des *Essais nucléaires* ne se sont pas prononcés sur le caractère *erga omnes* du droit de tous les Etats à jouir de l'absence d'essais nucléaires dans l'atmosphère.

Aucun arrêt de la Cour n'a donc jusqu'à ce jour abordé les conséquences de la violation d'une obligation *erga omnes*. Si la présente affaire avait dépassé le stade de la compétence, elle aurait précisément permis que les effets pratiques de la théorie soient envisagés. Puisque la présente opinion part du principe que l'affaire devrait être examinée au fond, elle doit traiter des conséquences de la violation d'une obligation *erga omnes*.

Toutes les affaires précédemment portées devant la Cour ont soulevé la question d'*obligations* dues *erga omnes*. Cette question se retrouve dans la présente instance, étant donné que chaque Etat a une obligation *erga omnes* de reconnaître le droit à l'autodétermination et que, dans cette mesure, si la demande du Portugal est fondée l'Australie a manqué à cette obligation générale *erga omnes* pour ce qui est du Timor oriental¹.

Néanmoins, la présente affaire a mis en évidence le revers des *droits* opposables à tous, à savoir le *droit erga omnes* du peuple du Timor oriental à la reconnaissance de son droit à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. La demande est fondée sur l'opposabilité de ce droit à l'Australie.

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, il n'était pas nécessaire pour la Cour, dans le contexte de l'affaire portée devant elle, de faire des observations sur les obligations *dues* à la communauté internationale dans son ensemble. Cependant, bien que ses observations aient été faites à titre d'*obiter dicta*, la notion d'obligation *erga omnes* s'est rapidement développée par la suite².

En la présente affaire, il est très clair que les conséquences du principe de l'opposabilité *erga omnes* aboutissent à leur conclusion logique, à savoir qu'il est possible que l'obligation qui est le corollaire du droit ait été enfreinte. Par conséquent, à mon sens, la violation du droit en question devrait donner lieu à l'octroi d'une réparation judiciaire.

En parvenant à cette conclusion, je suis conscient que la Cour n'a jamais accordé jusqu'ici de réparation judiciaire pour la violation d'un droit *erga omnes*. Cependant, les principes sont clairs, et il est manifestement nécessaire de reconnaître que ce droit, comme tous les autres, engendre des obligations correspondantes.

¹ Pour une étude récente de l'opposabilité *erga omnes* comme source générale d'obligations, voir Claudia Annacker, «The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law», *Austrian Journal of Public and International Law*, 1994, vol. 46, p. 131 et suiv.

² Voir Bruno Simma, «Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations Erga Omnes?», dans Jost Delbrück (dir. publ.), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios — New Law?*, 1993, p. 125 et suiv.

La notion d'opposabilité à tous est restée au seuil de la Cour pendant bien des années. L'inobservation d'obligations opposables *erga omnes* provoque une déchirure grave dans le tissu des obligations internationales, et l'état actuel du droit international exige qu'il soit donné une conclusion logique et juridique aux violations de ces obligations.

En partie parce que les obligations *erga omnes* n'ont pas jusqu'à ce jour fait l'objet d'une décision judiciaire, on a pu dire que: «Il faut bien constater que le monde des obligations *erga omnes* est encore celui de la «virtualité» plutôt que celui de la «réalité.»¹ La présente instance soulève des questions qui aident à combler cette lacune.

Je terminerai le présent paragraphe comme je l'ai commencé, en souscrivant au prononcé de la Cour sur le caractère *erga omnes* du droit du Timor oriental, et je conduirai ce principe jusqu'à ce que je considère être, comme je l'ai indiqué, sa conclusion logique et juridique.

* * *

Cette conclusion est la suivante: on peut démontrer que les obligations de l'Australie envers le Timor oriental découlent d'une multiplicité de sources et de considérations juridiques. Chacune d'elles suffirait à elle seule à fonder en droit ces obligations. Leur valeur cumulée est décisive.

PARTIE E. LES EXCEPTIONS SOULEVÉES PAR L'AUSTRALIE DU CHEF DE L'OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE

L'Australie a soutenu qu'il est d'autres raisons relevant de l'opportunité judiciaire pour lesquelles la Cour ne devrait pas se prononcer dans la présente affaire (contre-mémoire, par. 306).

Au nombre des raisons invoquées figurent les suivantes:

- i) il n'y aurait pas en l'espèce de différend justiciable (*ibid.*, par. 315-316);
- ii) le Portugal utiliserait à mauvais escient les procédures de la Cour (*ibid.*, par. 306-316);
- iii) l'objet de la demande portugaise serait illégitime (duplique, par. 155-166);
- iv) l'arrêt serait sans objet car il ne favoriserait pas les intérêts dont on allègue qu'ils doivent être protégés (contre-mémoire, par. 271-278);
- v) en tout état de cause, la Cour ne devrait pas rendre un arrêt qui, faute de pouvoir ou de compétence, ne pourrait être exécuté (duplique, par. 160-166);
- vi) la Cour ne serait pas l'instance appropriée pour le règlement du différend (*ibid.*, par. 167-169) dans la mesure où d'autres organes de

¹ Simma, «Violations of Obligations Erga Omnes», *op. cit.*, p. 126.

l'Organisation des Nations Unies auraient assumé la responsabilité de négocier un règlement de la question du Timor oriental (contre-mémoire, par. 288-297).

i) *Absence de différend justiciable*

La Cour a conclu qu'il y avait bel et bien un différend justiciable en l'espèce et je partage respectueusement cette conclusion.

ii) *Utilisation des procédures de la Cour à mauvais escient*

L'Australie a soutenu que, dans cette affaire, il s'agissait :

«d'un trompe-l'oeil — un artifice flagrant par lequel, sous prétexte d'attaquer la capacité de l'Australie à conclure le traité, le Portugal cherche en réalité à priver l'Indonésie des bénéfices de son autorité sur le Timor oriental» (CR 95/11, p. 47-48).

Cet argument s'inscrit dans la thèse plus générale de l'Australie, selon laquelle il n'y aurait en fait aucun différend en l'espèce. Or, s'il existe un différend justiciable, comme la Cour l'a maintenu, il est alors justifié et approprié de le porter devant la Cour, puisque la raison d'être de celle-ci est précisément de trancher les différends justiciables.

Qui plus est, si l'expression «puissance administrante» a un sens, c'est l'engagement de cette puissance à s'acquitter des obligations solennelles qui lui incombent en vertu de la «mission sacrée» dont elle est investie pour le compte du peuple du Timor oriental. Comme je l'ai fait observer auparavant, le Portugal aurait violé cette obligation fondamentale si, en sa qualité de puissance administrante et tout en revendiquant cette qualité, il s'était abstenu de prendre les mesures juridiques qui s'offraient à lui pour protéger les droits du peuple du Timor oriental visés par le traité. Ce qui est en jeu en l'instance n'est rien de moins que l'affirmation, au nom d'un territoire n'ayant pas qualité pour agir devant la Cour, de la violation de deux droits considérés comme fondamentaux en droit international moderne. Quelle qu'en soit l'issue, il y a là un différend éminemment justiciable, porté devant l'instance appropriée.

iii) *L'arrêt serait sans objet légitime*

A ce titre, l'Australie soutient qu'un arrêt en faveur du Portugal serait sans objet légitime dans la mesure où la Cour ne saurait demander à l'Australie de ne pas respecter des obligations conventionnelles valides à l'égard d'Etats tiers et où un arrêt en faveur du Portugal empêcherait l'Australie de protéger ses droits souverains (contre-mémoire, par. 269-286). Il a été amplement répondu à ces arguments dans la présente opinion. L'Australie a dit également, à divers stades de l'affaire, que le Portugal cherchait notamment à obtenir des avantages en tant qu'ancienne puissance coloniale. Il a été démontré dans d'autres parties de cette opinion

que tout avantage que le Portugal pourrait retirer de cette instance serait conservé strictement dans l'intérêt du peuple du Timor oriental, et sous le contrôle de l'Organisation des Nations Unies.

iv) *L'arrêt demandé n'aurait aucun effet utile car il ne favoriserait pas les intérêts du Timor oriental*

Le Portugal a soutenu qu'un arrêt rendu en sa faveur aurait l'effet utile de préserver les droits du peuple du Timor oriental.

L'Australie prétend au contraire que :

«Face à une situation telle que l'envisage le Portugal, il est probable que tant l'Australie que l'Indonésie exploiteront le secteur de manière unilatérale, en faisant abstraction du traité et en évitant les conflits de souveraineté de façon purement pragmatique.» (Duplique, par. 160.)

L'Australie prétend par ailleurs que le traité est potentiellement beaucoup plus avantageux pour le peuple du Timor oriental, «à condition que l'Indonésie transfère une partie équitable des bénéfices à la population» (*ibid.*). Cette réserve va au cœur du problème. On ignore tout, en effet, de cet hypothétique transfert et de ses éventuelles modalités.

Le rejet de cet argument au motif que, de toute façon, une part équitable des bénéfices obtenus par un pays tiers reviendra d'une manière ou d'une autre à la population ne répond pas aux préoccupations qui sont à la base des principes de l'autodétermination et de la souveraineté permanente.

Dans sa duplique, l'Australie déclare :

«Quelle que soit la vigueur avec laquelle le Portugal souligne ce qu'il prétend être son statut et ses responsabilités *formels*, il n'indique nullement en quoi l'obtention d'un arrêt en sa faveur modifiera le moins du monde les droits du peuple du Timor oriental sur ses ressources au large de ses côtes. Ces droits, comme ceux de l'Australie, persisteront. Aucun arrêt de la Cour ne pourra les affecter, vu la question limitée sur laquelle le Portugal demande à la Cour de statuer.» (Par. 162; les italiques sont dans l'original.)

Ce passage se comprend difficilement. En effet, l'arrêt que demande le Portugal consisterait non pas en une simple affirmation des droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles, mais en une décision concluant que ces droits sont opposables à l'Australie et que celle-ci, en concluant le traité relatif au «Timor Gap», les a violés. Cet arrêt, s'il avait été rendu, n'aurait pas été sans conséquences juridiques.

Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la décision demandée n'aurait servi aucune fin. Elle portait en effet sur un différend relatif à l'interprétation et à l'application d'un traité qui n'était plus en vigueur et il n'y avait plus aucune possibilité que ce traité fit à l'avenir l'objet d'un

acte d'interprétation ou d'application conforme à un jugement rendu par la Cour (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 37). Dans cette affaire-là, si la Cour avait prononcé un jugement déclaratoire après l'extinction de l'accord de tutelle, il n'aurait pas été applicable pour l'avenir. Dans un ouvrage récent, la distinction entre l'affaire du *Cameroun septentrional* et la présente affaire a été analysée comme suit :

« Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour n'a pas abordé le fond de l'affaire, car sa décision ne pouvait produire aucun effet pratique et n'aurait eu aucune incidence sur des droits ou obligations existants. Il n'aurait pas été conforme à la fonction judiciaire de rendre un arrêt en pareilles circonstances (affaire du *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, C.I.J. Recueil 1963*, p. 15). Dans l'affaire du *Timor oriental*, cette restriction ne paraît pas s'appliquer. »¹

L'arrêt demandé en l'espèce ne se rapporte pas à un traité éteint, mais à deux obligations internationales fondamentales qui font bel et bien partie du droit en vigueur. On ne peut pas dire qu'il n'y aura aucune occasion d'appliquer ces principes à l'avenir aux droits du peuple du Timor oriental. L'affaire du *Cameroun septentrional* est donc nettement différente.

v) *La Cour ne devrait pas rendre un arrêt dont elle n'a ni le pouvoir ni la capacité d'assurer l'exécution*

La Cour, de par sa constitution même, ne possède pas de moyens d'exécution et ne doit pas se laisser dissuader de prononcer une décision appropriée en droit sur un différend qu'elle croit devoir trancher simplement parce que, pour des raisons politiques ou autres, sa décision risque de ne pas être exécutée. La raison d'être de la compétence de la Cour est de juger et de clarifier le droit, non pas d'exécuter et de mettre en œuvre. Le fait même qu'un différend justiciable ait dûment fait l'objet d'une décision judiciaire peut avoir en soi une valeur pratique que l'on ne saurait prévoir et dont les conséquences peuvent s'étendre à des domaines concrets. Ce sont là des questions qui ne relèvent pas de la Cour, qui doit s'acquitter des fonctions judiciaires qui sont les siennes indépendamment des questions de force exécutoire ou d'application qui ne sont pas de son ressort.

vi) *La Cour est-elle l'instance appropriée ?*

Le fait que d'autres organes des Nations Unies soient saisis de la même question et soient peut-être en train de l'examiner ne permet pas de soutenir que la Cour ne doit pas examiner l'affaire, dans la mesure appropriée eu égard aux limites de sa compétence. Il n'y a pas lieu d'insister sur

¹ C. Chinkin, *Third Parties in International Law*, 1993, p. 211, note 105.

ce point, compte tenu de l'abondante jurisprudence à cet égard. Chaque organe de l'Organisation des Nations Unies s'est vu attribuer des responsabilités, dans le secteur qui est le sien. Une affaire soumise à la décision de la Cour dans l'exercice de sa fonction judiciaire et dans le domaine de sa compétence propre ne doit pas être considérée comme étrangère à ses préoccupations, simplement parce que des conséquences politiques pourraient en résulter, ou parce qu'un autre organe de l'Organisation des Nations Unies l'examine dans le cadre de son propre domaine de compétence. Avec la clarté qui lui était habituelle, M. Lachs a fait observer dans l'affaire de *Lockerbie* que la Cour est

«la gardienne de la légalité pour la communauté internationale dans son ensemble, tant à l'intérieur qu'en dehors du cadre de l'Organisation des Nations Unies. L'on peut donc légitimement supposer que l'intention des fondateurs n'était pas d'encourager ces organes à exercer leurs fonctions parallèlement comme avec des œillères, mais plutôt d'avoir entre eux une interaction fructueuse.» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 138, opinion individuelle.)

L'Australie allègue que d'autres organes de l'Organisation des Nations Unies ont assumé la responsabilité de négocier un règlement de la question du Timor oriental (contre-mémoire, par. 288 et suiv.), mais cela ne relève pas la Cour de sa responsabilité propre dans le domaine qui est le sien.

De surcroît, comme je l'ai déjà indiqué, la présente affaire n'est pas de celles qui appelleraient une enquête minutieuse sur toutes les nuances militaires, diplomatiques et politiques de la situation du Timor oriental. Par conséquent, la conclusion australienne selon laquelle l'objet du différend le rend impropre à une décision judiciaire dans la présente instance (voir contre-mémoire, par. 298-300) ne saurait être retenue.

Le principe de complémentarité des organes de l'Organisation des Nations Unies, en vertu duquel chacun d'eux cherche à atteindre par ses moyens propres les buts de l'Organisation dont ils font tous partie, oblige chaque organe à poursuivre ces buts de la manière adaptée à sa propre constitution et dans le cadre de son mandat légitime et approprié. Etant régulièrement saisie d'un différend justiciable dans le cadre de ses compétences, la Cour ne saurait renoncer à exercer ses fonctions judiciaires simplement parce qu'un autre organe est également saisi de l'affaire dont elle a à connaître.

CONCLUSION

- A. Je partage la conclusion de la Cour selon laquelle il existe bel et bien un différend justiciable entre les deux Parties.
- B. Je suis d'accord avec la Cour lorsqu'elle réaffirme l'importance du principe de l'autodétermination.

- C. Le demandeur a qualité pour introduire l'instance; de plus, il a, en droit international, l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour préserver les droits du peuple du Timor oriental. Tout avantage qui pourrait lui revenir du fait de la présente instance sera conservé strictement pour le peuple du Timor oriental.
- D. Toutes les exceptions fondées sur l'opportunité judiciaire doivent être rejetées.
- E. La présente requête peut être soutenue en l'absence d'un Etat tiers, aux motifs suivants:
- i) Le Timor oriental est un territoire non autonome reconnu comme tel par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, statut que lui reconnaît le défendeur.
 - ii) Du fait que le Timor oriental est un territoire non autonome, son peuple est incontestablement titulaire du droit à l'autodétermination.
 - iii) Le droit à l'autodétermination constitue une norme fondamentale du droit international contemporain, obligatoire pour tous les Etats.
 - iv) Le droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est un élément fondamental du droit à l'autodétermination.
 - v) Selon des principes bien établis du droit international, les droits à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles sont opposables *erga omnes*, ce que reconnaît le défendeur.
 - vi) Un droit opposable *erga omnes* crée pour tous les Etats une obligation correspondante, dont l'inexécution ou la violation peut donner lieu à une demande en réparation à l'encontre de l'Etat auquel l'inexécution ou la violation serait imputable.
 - vii) L'obligation ainsi créée pour tous les Etats comporte l'obligation de reconnaître et de respecter ces droits, c'est-à-dire, implicitement, de ne pas agir d'une manière susceptible, dans la pratique, de nier ces droits ou d'en compromettre l'exercice.
 - viii) L'obligation de reconnaître et de respecter ces droits est générale et globale, contraignante pour tous les Etats. Elle ne se limite pas aux injonctions ou interdictions particulières ou spécifiques de l'Organisation des Nations Unies.
 - ix) Le défendeur a conclu avec un autre Etat un traité, portant sur une ressource naturelle précieuse et non renouvelable du Timor oriental, pour une période initiale de quarante ans avec renouvellement éventuel pour des périodes de vingt ans.
 - x) Dans le traité, le défendeur a expressément reconnu et accepté l'incorporation du Timor oriental dans cet autre Etat comme province dudit Etat.
 - xi) A aucun moment cet autre Etat n'a été reconnu par l'Organisation des Nations Unies comme ayant la moindre autorité sur le

Territoire non autonome du Timor oriental ou comme ayant supplanté la puissance administrante dûment reconnue par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité.

- xii) Le traité ainsi conclu pourrait entraîner l'épuisement partiel ou même total de cette ressource précieuse et non renouvelable du Timor oriental.
- xiii) Le traité ne préserve pas les droits du peuple du Timor oriental et ne comporte aucune mesure pour le cas où ce peuple choisirait de dénoncer le traité après avoir exercé son droit à l'autodétermination.
- xiv) Ni le peuple de ce territoire ni la puissance administrante dûment reconnue n'ont été consultés à propos dudit traité.
- xv) Le traité a été conclu par le défendeur et un autre Etat «à l'avantage mutuel de leurs peuples dans la mise en valeur des ressources du secteur», sans prévoir pour le peuple du Timor oriental le moindre avantage découlant de la ressource naturelle précieuse qui lui appartient.
- xvi) Les agissements individuels du défendeur:
 - a) en concluant ledit traité;
 - b) en reconnaissant expressément l'incorporation du Timor oriental dans un autre Etat;
 - c) en étant partie à un arrangement relatif aux ressources non renouvelables du Timor oriental susceptible d'entraîner leur épuisement partiel ou total;
 - d) en étant partie à un arrangement relatif aux ressources non renouvelables du Timor oriental pour lequel n'ont été consultés ni le peuple du Territoire ni ses représentants dûment reconnus;
 - e) en étant partie à un arrangement qui passe sous silence les droits du peuple du Timor oriental et ne vise que des droits des peuples australien et indonésien;
 - f) en prenant des mesures de mise en œuvre du traité, suscitant de sérieux doutes quant à leur compatibilité avec
 - a) les droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles;
 - b) la reconnaissance expresse de ces droits par le défendeur;
 - c) les obligations du défendeur, correspondant aux droits du Timor oriental, de reconnaître et respecter ces droits et de ne pas agir de manière à les compromettre;
 - d) les obligations du défendeur en application des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité.
- xvii) Selon la jurisprudence bien établie de la Cour, le fait qu'un arrêt puisse produire des effets à l'égard d'un tiers absent ne

suffit pas en soi à priver la Cour de la compétence pour statuer contre une partie effectivement présente à l'instance.

xviii) Il peut être statué sur la requête sur la base:

- a) des obligations *individuelles* du défendeur en vertu du droit international;
- b) des agissements *individuels* de celui-ci;
- c) du principe de la responsabilité *individuelle* de l'Etat pour ses *propres* actes au regard du droit international, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner le comportement d'un Etat tiers.

- F. Vu que les conclusions qui précèdent se fondent sur les actes unilatéraux du défendeur et n'obligent nullement la Cour à examiner ou juger le comportement d'un Etat tiers, il n'est pas pertinent en l'espèce d'invoquer l'affaire de l'*Or monétaire*.
- G. A supposer qu'il soit nécessaire d'examiner l'affaire de l'*Or monétaire*, les faits propres à celle-ci se distinguent nettement de ceux de l'espèce. Par conséquent, cette décision est inapplicable.

* * *

Je conclus donc que la Cour est compétente pour statuer sur la requête dont elle est saisie, que l'exception fondée sur l'absence d'un Etat tiers aurait dû être rejetée et que l'instance aurait dû se poursuivre de manière à ce qu'il puisse être statué. Du fait qu'elles étaient inextricablement liées à la question préliminaire de la compétence, toutes les pièces dont la Cour avait besoin pour statuer étaient devant elle.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.
