

CR 95/5

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

International Court
of Justice

THE HAGUE

ANNEE 1995

Audience publique

tenue le jeudi 2 février 1995, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Bedjaoui, Président

en l'affaire relative au Timor oriental

(Portugal c. Australie)

COMPTE RENDU

YEAR 1995

Public sitting

held on Thursday 2 February 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Bedjaoui presiding

in the case concerning East Timor

(Portugal v. Australia)

VERBATIM RECORD

Présents :

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

Present:

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

Le Gouvernement de la République portugaise est représenté par :

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

comme agent;

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

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

comme coagents, conseils et avocats;

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

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

comme conseils et avocats;

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

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

comme conseillers;

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

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

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

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

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

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

comme conseils;

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

comme secrétaire.

The Government of the Portuguese Republic is represented by:

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

as Agent;

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

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

as Co-Agents, Counsel and Advocates;

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

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

as Counsel and Advocates;

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

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

as Advisers;

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

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

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

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

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

as Counsel;

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

as Secretary.

Le Gouvernement du Commonwealth d'Australie est représenté par :

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

comme agent et conseil;

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

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

comme coagents et conseils;

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

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

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

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

comme conseils;

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

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

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

comme conseillers.

The Government of Australia is represented by:

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

as Agent and Counsel;

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

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

as Co-Agents and Counsel;

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

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

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

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

as Counsel;

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

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

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

as Advisers.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La Cour reprend ses audiences de plaidoirie et je donne la parole à Madame le professeur Rosalyn Higgins.

Mrs. HIGGINS: Mr. President, Members of the Court.

1. It is my task this morning to address whether either the passage of time or *effectivités* have removed from the United Nations resolutions their legal significance.

This part of Portugal's pleadings concerns Australia's contention that even if the resolutions were binding and even if they did contain legal obligations that were compelling on Australia, the realities and the efflux of time had by 1989 robbed them of all legal relevance.

Further, the "realities" not only entitled Australia, it says, to act in full sovereignty in 1989 but explain its motives in so doing. They ensure that its international responsibility has not been engaged.

It is on this second line of defence that Portugal now makes its oral submissions.

2. Time and realities: these are the twin themes to which Australia turns to avoid international responsibility. They are obviously closely intertwined. Look, says Australia, for a long time no-one has really cared about the self-determination of the East Timorese people. Since 1983, says Australia (AREj., p. 30) "there has been a consistent failure to take any substantive action on the issue" by the organs of the United Nations. There has been some United Nations interest in the general human rights situation in East Timor, but the relevant United Nations organs "are silent, however, so far as the right to self-determination is concerned, and contain no recommendation for action by States, in particular by third States" (p. 31).

3. The passage of time is an objective reality beyond the reach and control of States. It is, of itself, legally neutral: it is what happens over time and the legal qualification of facts-through-time that is legally relevant. As for the "realities" to which Australia points, it should at the outset be appreciated that Australia's conduct is *part* of those realities. At the time that the initial resolutions were being adopted, Australia spoke of the special responsibility of those in the region in the face of the events of 1975. Indeed, the phrase used on 16 December 1975 by the Australian representative to the United Nations was that "the countries of the region may have a special responsibility *in*

assisting the Administering Power" (SCOR/865th mtg, p. 13). This idea, Members of the Court, was very short lived. As Professor Correia has explained to the Court, practical assistance to the Administering Power was refused or withheld from the start. And within three years Australia put aside all notions of individual or regional responsibility and systematically and rapidly decided to create its own "realities on the ground". The matter has been succinctly put by a leading Australian jurist:

"In 1978 Australia moved away from its original condemnation of the 7 December 1975 invasion. In that year it voted against the General Assembly resolution on East Timor and decided 'to accept East Timor as part of Indonesia'.⁵ [⁵ The Australian Government representative explained that 'The text of the resolution did not reflect a realistic appreciation of the situation in East Timor as no practical purpose was served by the Resolution'.] The Australian Government emphasized that it remained highly critical of the way in which Indonesia had integrated East Timor into its territory but regarded it as unrealistic not to recognize Indonesia's effective control there. On 14 February 1979 Australia consolidated this position by according *de jure* recognition to Indonesian sovereignty in East Timor. Shortly after this recognition negotiations commenced between Indonesia and Australia with respect to the allocation of resources of the maritime areas off the southern coast of East Timor, that is between East Timor and Australia. Australia had been unable to conclude any such agreement with Portugal while the latter remained in control in East Timor ... As exploitation and exploration became more economically feasible, Australia's interest in securing its share of the potentially valuable hydrocarbon resources in the 'Timor Gap' became more pressing. In 1989 a decade of negotiations between Australia and Indonesia concluded with the signing of the Timor Gap treaty." (Chinkin, 4 *EJIL* (1993) 206 at 207 and for 5.)

Thus spoke Professor Chinkin.

4. Australia was anxious to demonstrate "political realities" in its Counter Memorial. It deployed a series of statements that were hardly regretful reassessments after long years of trying to secure East Timorese self-determination. Instead, the *effectivités* offered were rather a series of contemporaneous comments made by those States who, for their own economic or political reasons, were inclined either to accept the Indonesian military intervention, or to claim that East Timor's self-determination had been achieved through annexation. (See ACM, paras. 339-345). But these positions were exactly *not* accepted in the resolutions of the United Nations. They represent not *effectivités* but a normative dead end.

5. Australia thus deliberately turned its back on the resolution that it had voted for (going indeed further than any other State in recognizing Indonesia *de jure* in East Timor). And it now points to the lack of enthusiasm for the resolutions by a minority of States who did not carry the day.

It then offers these as objective "realities" that require a reassessment of the legal impact of the findings and determinations of the United Nations.

Mr. President, Members of the Court. Portugal has some comments in this context on *effectivités* generally.

I. Effectivités Generally 6. What other "realities" do we speak of, if not Australia's own rapid move to an unprincipled position and the pre-resolution lack of enthusiasm by certain States whose views did not prevail? It is the continued occupation by Indonesia of East Timor. *That* reality is undeniable. But, legally speaking, it tells us nothing - and it is striking that neither in Australia's Counter-Memorial nor in its Rejoinder is there any juridical case made as to the legal consequences upon the resolutions, and what they determined, of Indonesia's long occupation. It is as if it is enough to say "Look, we decided early to deal with Indonesia as the lawful government of East Timor; and Indonesia is still there" - to make go away the United Nations's recognition of Portugal as Administering Authority, East Timor's entitlement to self-determination, and Australia's own obligations.

7. The mere fact of Indonesia's continued presence is legally neutral. Its relevance as a "reality" is dictated by the rules of the international legal system. It operates within the international legal order, it does not dictate that order. Political realities only become legal *effectivités* by reference to the rules of international law. "Legal consequences cannot simply be deduced from facts, but only from legal rules which confer upon facts the effect of creating new law." (Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed., ed. R. Tucker, 1966, pp. 721-722.) To the same end Professor Doehring has more recently said "Effectiveness is only legally relevant insofar as the legal system permits it. Effectiveness alone as a consequence of a mere factual event does not create rights." (*Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. 7, p. 70, Max Planck Institute, ed. R. Bernhardt.)

8. So what rules within the legal system tell us that the undeniable fact of prolonged Indonesian occupation of East Timor terminates Portugal's status as the Administering Authority, or

East Timor's entitlement to self-determination, or indeed Australia's duties to co-operate in the attainment of that self-determination? The short answer is: none. Australia ignores that the resolutions have made determinative findings on these matters, and simply insists that she has not been ordered to participate in sanctions. That being so, according to Australia, she is entitled to deal with a State in actual and effective control of a particular territory as the sovereign to that territory, and one sees that in the Counter-Memorial (ACM, pp. 157-161). Australia's legal proposition seems to be that *effectivités* displace all legal obligations save perhaps full-blooded United Nations sanctions. Portugal believes this to be clearly wrong.

9. It not only ignores the operative design and legal effect of many categories of resolutions, but it also ignores the general international law of *ex injuria jus non oritur*. If the people of East Timor have a legal entitlement - as they do - to self-determination, that will not be extinguished by a prolonged military occupation any more than it would have been by a stubbornly prolonged colonial presence. The wrongful *effectivité* cannot itself constitute a claimed legal right. Furthermore, Professor Jennings, as he then was, wrote in 1965 "the law will always lean towards the principle that a wrongful act must be ineffective to change or to create legal rights" (Jennings, "Nullity and Effectiveness in International Law", in *Cambridge Essays in International Law*, 1965, pp.64 at 72).

10. In its Rejoinder Australia offers three responses. First, Australia advances the argument that in any event there is a distinction between recognizing the legality of territorial acquisition by force, and dealing with the factual consequences thereof. The argument is not an attractive one. Australia *has* recognized Indonesia *de jure*, affirming legality. And the anodyne phrase "dealing with the factual consequences thereof" is inappropriate to describe the negotiations for the Timor Gap Treaty, which necessarily are predicated on a recognition of Indonesian title to the resources of the people of East Timor. It is *not* a dealing with Indonesia on the basis of human necessities - recognition of divorces in East Timor, for example, or the range of personal status issues under consideration in the *obiter dictum* in the *Hesperides Hotel* case (referred to by Australia at footnote 394 of its Rejoinder).

11. Second, Australia invokes certain citations of learned authors to show that sometimes

recognition does occur of unlawful realities. In the past there *have* been new territorial titles created pursuant to annexation and illegal occupation. Portugal had already acknowledged this in its Reply - but made the point that the circumstances in which this adjustment procedure does *not* occur is exactly when it is the United Nations that has classified an illegality, called for its ending, and - above all - identified a right *jus cogens* (that of self-determination) that is to be protected.

12. But, says Australia, to show that it is in violation of resolution 2625 (XXV), whereby no territorial acquisition resulting from the threat or use of force may be recognized as legal, it must be shown that the original occupation was illegal and that it had not acquired legitimacy before the signing of the Timor Gap Treaty. One turns the page of the written pleadings with interest to see what arguments Australia will now deploy on this - but disappointment awaits. "This clearly cannot be done", says Australia, "without determining the rights and responsibilities of Indonesia."

13. It *can* be done without determining the rights and responsibilities of Indonesia - all that is required is to read the resolutions that have *already* determined these things. The Court is not asked to determine them *de novo*. And Australia's inability to mount any sort of real case, itself, for the propositions that the original occupation was not illegal or that it may, by 1989 or indeed now, be regarded as legal is striking.

14. Australia's third argument is a sort of defence of necessity: "It is most likely that the first State to recognize the new situation will be a State bordering the territory in question, which simply cannot ignore the new reality indefinitely but is forced to deal with it." (ARej., p. 125.) Such arguments were never resorted to by the front-line States who were neighbours of Rhodesia, whose predicament was much more acute than that of Australia; nor of the neighbours of Namibia. The "factual consequences" of the long-term illegalities were extremely real for them, but no such remarkable doctrine of necessity in the face of realities was heard. If, as Portugal contends, an obligation both of general international law and of United Nations law exists not to treat Indonesia or any other State as entitled to dispose of the natural resources of East Timor, then economic inconvenience is hardly an argument of necessity under international law. "Necessity", though sometimes invoked, has virtually never succeeded as a defence to the violation of international

obligations. The reference to "the new reality" in this somewhat unusual context is but to point to a circumstance that can be said to excuse wrongful behaviour, because the circumstance made such behaviour "necessary". The tests will remain those well established in international law. The harm sought to be avoided has to be of an immediate and physical kind. The measures taken must be temporary and proportionate. Further, as Judge Anzilotti reminds us in his individual opinion in the *Oscar Chinn* case: "the plea of necessity ... by definition, implies the impossibility of proceeding by any other method than the one contrary to law" (1934, *P.C.I.J., Series A/B, No. 63*, p. 114).

15. Prescription was the mechanism offered by international law for legitimating doubtful title, in the interests of stability and certainty. But even then the passage of time had to be accompanied by an abandonment of its claim by the former sovereign, and Portugal has clearly not acquiesced in the illegal occupation of East Timor by Indonesia; it has not acquiesced in any claim of Indonesia to have title over East Timor and its maritime and submarine areas as a result of annexation. The history of Portugal's protests are recounted in detail in its Memorial (PM, Chap. I, Sect. 2, (C)1). Australia tries - without even making a very clear legal argument on *effectivités* - to make something of the fact that Portugal has been willing to engage in dialogue with Indonesia under the auspices of the Secretary-General. Australia makes the unpalatable suggestion that the fact that Portugal is seeking a solution "through United Nations auspices ... indicates a willingness by Portugal to deal with and accept the reality that Indonesia is in fact in occupation of East Timor" (ARej., p. 34). What these comments are meant to mean as propositions of law is somewhat unclear. For an Administering Authority which is no longer *en place* to seek a route to self-determination through the United Nations's diplomatic efforts seems both necessary and sensible. It carries no implications for a turning away from Portugal's rights and duties as Administering Authority or an acceptance of adverse prescriptive title by Indonesia. And *of course*, Portugal accepts "the reality that Indonesia is in fact in occupation of East Timor" - but it is exactly this reality, and the failure of Australia to act in conformity with United Nations resolutions directed at that reality that leaves the people of East Timor still seeking self-determination and control over their own resources.

16. The principle that international law does not generally allow legal rights to be changed by mere *effectivités* is *a fortiori* when the rights of non-self-governing peoples are concerned. The right of self-determination is a fundamental right, not easily set aside by "reality created on the ground". Unlike mere territory, it is not a right of rival claimant "title holders" to bargain with.

II. The Pattern of the Resolutions on East Timor

17. Australia emphasizes the lack of new resolutions or activity by United Nations organs in recent years to suggest that the "reality" of Indonesian occupation is accepted by the United Nations itself and that its early resolutions have ceased to have any legal force. Even if they could be said to have prescribed legal obligations for United Nations members, that is no longer the case, says Australia.

18. What Australia says to the Court is: the United Nations made no explicit calls upon third States to desist from particular forms of trade or economic activity with Indonesia. And what it did do it has not persisted with. It did little and lost interest.

19. What Portugal says to the Court is: the United Nations chose its own preferred route and method to attain a clearly stated goal. Those resolutions - their goal, their finding on Portugal's status as Administering Authority, their finding on the right of the peoples of East Timor to self-determination, and their legal consequences for members, remain intact.

20. Certain truths are undeniable and should be openly acknowledged. The United Nations could have thrown all its weight behind enforcing a military withdrawal of Indonesia. It could have ordered total diplomatic or economic sanctions - even military sanctions - with the objective of securing Indonesian withdrawal. Then Portugal could have been invited to resume colonial rule for whatever brief time was needed to bring East Timor to the exercise of self-determination. But that was *not* what the United Nations chose to do. At the beginning it dealt simultaneously with the unlawful military occupation and with the rights of the people of East Timor. Thus the first Security Council resolution 384 (1975) of 22 December, spoke of the territorial integrity of East Timor and the inalienable right of its peoples to self-determination in accordance with General Assembly resolution 1514(XV). It also called upon Indonesia to withdraw without delay. The first General

Assembly resolutions strongly deplored the armed intervention of Indonesia and "call[ed] upon the Government of Indonesia to desist from further violation of the territorial integrity of Portuguese Timor and to withdraw without delay its armed forces from the territory in order to enable the people of the Territory freely to exercise their right of self-determination and independence" (GA Res. 3485).

During the height of the Cold War any form of enforcement action by the United Nations was unthinkable. The past history of Portuguese colonialism, and certain economic and cultural links enjoyed by Indonesia in the region meant full economic and diplomatic sanctions were unappealing. Another course of strategy seemed preferable to the United Nations: long-term efforts by the United Nations, in which Portugal was to be obliged to play its part, to secure self-determination through negotiation and persuasion. That is clearly signalled by the rejection of the claim of annexation, the invocation of General Assembly resolution 1514(XV) of 1960, and the involvement of the Special Committee on the situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples.

21. Another factor came into play. Indonesia's behaviour in East Timor put humanitarian issues right on the agenda. That is reflected in the middle group of resolutions - we may note especially General Assembly resolution 34/40 and 35/27 in 1979 and 1980. By 1981 it had become essential to address the famine in East Timor and to make practical proposals to that end.

22. The final truth that must be acknowledged is this. East Timor has not remained the first political priority for the United Nations. The final resolutions emphasize procedures. General Assembly resolution 37/30 of 1982 focuses on the humanitarian issue. The issues of self-determination and territorial integrity are addressed by reference to procedure - Article 1 requested the Secretary-General

"to initiate consultations with all parties directly concerned, with a view to exploring avenues for achieving a comprehensive settlement of the problem and to report thereon to the General Assembly at its thirty-eighth session".

Article 2 requested the Special Committee to keep the matter alive under active consideration. And although the resolution decided that the matter should be included in the provisional agenda of the thirty-eighth session, this was not done.

23. And since 1982 there have been no further resolutions.

24. Australia draws comfort from all of this. It concludes that the resolutions are "dead"; that Indonesian occupation is accepted by the United Nations; that the self-determination issue is subsumed by and limited to the discussion of the affected parties; that Portugal has no rights in relation to East Timor beyond participating in these discussions; and that Australia has no legal obligations whatever to the people of East Timor.

25. Portugal draws very different conclusions. It concludes that the United Nations chose certain paths and methods, and not others; that these nonetheless entail a recognition of Portugal as Administering Authority, a concept centred on the right and duty to promote the welfare of non-independent peoples; a recognition of the entitlement of the peoples of East Timor to self-determination; and a placing of consequential obligations upon third parties, including Australia. None of these have been "undone" or "reversed" either by the focus in later resolutions on humanitarian issues and procedure, or by the absence of further resolutions since 1982.

26. It is to the legal reasoning to support those conclusions that Portugal now turns.

III. United Nations Resolutions and the Passage of Time

27. Resolutions are determinative acts within the constitutional framework of the United Nations. Stability and continuity require a presumption of continued validity of United Nations acts. There is no provision in the Charter under which determinations of fact or competences by the appropriate organs lose their validity, or binding resolutions lose their power, simply by passage of time or intermittent or unsustained practice. One finds no such suggestion in Article 25, or Chapter VII - or anywhere.

28. The reason is not hard to find. If findings of fact or competences could lose their authority, or binding resolutions their legal quality, if not repeated year in and year out, the United Nations agenda would become totally unmanageable. All the available time would be taken up with repetition and confirmation of what has gone before. There would be no time for new matters to come onto the agenda, no possibility for the Security Council and General Assembly - which are after all political organs - to reflect the new political preoccupations of the day. These bodies would be so preoccupied with keeping the past alive that they could never deal with the

present.

29. It is hard to know what could be the legal basis for Australia's contention. It cannot be by analogy to the law of treaties. Under the Vienna Convention the test for termination of obligations is stringent. There is nothing in our facts analogous to a fundamental change of circumstances since the first resolutions were adopted. There is merely non-compliance by Australia with its obligations. And, of course, there has been no invocation by Australia of such a right to be released from its obligations.

30. What of desuetude? Can resolutions that are not repeated lose their legal quality, and can the terms they contain disappear, by reason of desuetude? Desuetude is a ground for termination of obligations under customary international law on the basis of non-utilization, but it has no place in the constitutional legal order of international organizations. Moreover, as the International Law Commission has noted, while obsolescence or desuetude may be a

"factual cause of the termination of a treaty, the legal basis for such termination when it occurs is the consent of the parties to abandon the treaty, which is to be implied from their conduct in relation to a treaty" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 237).

This emphasis on desuetude as termination by consent of the parties is echoed in the leading writings (e.g. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, pp. 617-8; Plender, "The Role of Consent in the Termination of Treaties" *BYBIL* (1986), p. 138). Even were the doctrine of desuetude applicable to United Nations resolutions - which must be doubtful - it is manifest from Portugal's conduct that it has *not* accepted the ending of the obligations contained therein.

31. I refer to Australia's argument that Portugal's participation in periodic discussions held under the auspices of the Secretary-General evidences an acceptance of Indonesia's position in East Timor. We have explained that it is nothing of the sort. Nor is it true, contrary to Australia's assertion, that Portugal has declared the realities on the ground "prevented it from assuming its responsibility for the administration of the Territory" (ACM, p. 69, para. 158). Rather, it reported its inability to perform its reporting duty under Article 73 (*e*) in the face of the Indonesian occupation. Australian arguments of Portuguese "acceptance" that the obligations incumbent upon it

did not any longer obtain are trailed before the Court as asserted "facts", but offered without legal analysis or comment.

32. The doctrine of desuetude would in any event seem to have no place in the law of the United Nations. Rather, a resolution will stand until either one of two things happen. Either its terms are fulfilled, or the organ that passed the resolution will, exceptionally, have changed its view and have revoked the resolution and United Nations practice has examples of each.

33. The resolutions passed regarding Rhodesian UDI were directed initially to the ending of UDI and then also to the attainment of majority rule (see Security Council resolutions 216 (1965); 217 (1965); 221 (1966); 232 (1966)). Eleven long years passed before the desired outcome was achieved. The resolutions were more frequent in the early years of UDI. And in five of those years, there were no resolutions. It became a question of the international community not losing faith with the entitlement of the peoples of Rhodesia to self-determination and independence. The Government of Ian Smith was firmly in control. But this was not a "reality" that, together with the long passage of time, was said to have emptied the resolutions of all their force.

34. The Rhodesian precedent shows further that it is for the Security Council, and not any one of its members - still less any other member of the United Nations - to decide that the purposes of the resolution have been met and that the resolutions have ceased to have effect. States may unilaterally breach United Nations resolutions; they do not have the competence unilaterally to declare them either fulfilled or "irrelevant to new realities".

35. It took from the early interest of the United Nations in 1949 until 1990 for the objectives of the resolutions on South West Africa to be fulfilled. South Africa was at least as much "in control" of Namibia as is Indonesia in East Timor. But the resolutions never lost their legal force.

36. The territorial control and administrative effectiveness exercised by South Africa in Namibia did not preclude the creation by the United Nations of an alternative legal authority, which proceeded to engage in a variety of international activities. Nor did the passage of time erode the legal quality of the resolutions.

The acts of the UN Council for Namibia — including its famous Decree No. 1 of 1974 -

continued to be regarded within the United Nations system as the legal expression of the Council's role as protector of Namibia.

37. The fact that Namibia continued to be administered by South Africa and not by the United Nations Council for Namibia throughout this long period was not treated as precluding the Council from taking legislative and other action with regard to the territory nor as weakening the force of the resolutions. Indeed, the United Nations Office of Legal Affairs noted that the lack of *de facto* control over the territory did not affect the internationally recognized legal authority of the Council and its standing as "the only authority that has any legal right to administer Namibia" (United Nations Doc. A/AC.131/133, 13 July 1984, para. 54 at p. 10, cited in Pilgrim, *op. cit.*, p. 257).

38. Mr. President, let me pause there for a moment to say that it cannot be an answer to say "But all these resolutions invoked were clearly *sanctions* resolutions, and that is what makes the difference." First, that makes the Australian argument about lack of political interest, and passage of time, indistinguishable from its arguments on the legal force of resolutions, whereas it purports to advance two separate points. Second, Portugal has shown that the Security Council resolutions were binding, and indeed that the General Assembly resolutions, along with the Security Council resolutions, were also determinations of facts and thereby applications of the law to those facts. Findings of fact, with the legal consequences that that entails are also not expunged through the passage of time or diminution of political interest. And third, while Security Council resolution 276 on Namibia was indeed binding, it too was not a "sanctions" resolution.

39. The Security Council and the General Assembly manifestly know how to alter the terms of a resolution if they want to, or to declare it no longer operative. In resolution 3379(XXX)(1975) the General Assembly had determined, *inter alia*, that Zionism was a species of racism. In resolution 46/86 of 16 December 1991 the General Assembly reviewed the matter and declared that "the General Assembly decides to revoke the determination contained in resolution 3379". The strength of the language is striking - in order to modify or overturn a previous resolution of the Assembly, the intention must be clearly and robustly stated.

40. The Court handed down its advisory opinion on Western Sahara on 16 October 1975. On 6 November 1975 the Security Council "deplored" the Moroccan march on Western Sahara and called upon Morocco immediately to withdraw (Security Council resolution 380 (1975)). The Security Council decided, as the years went by, to focus its attention not on the occupation, but rather on finding an appropriate way by which the right to self-determination could be implemented. And it established a mission of the Secretary-General as the way forward. The Security Council took no further action until 1988 (res. 621), when a special representative of the Secretary-General was appointed. In 1990 the Security Council approved the Report of the Secretary-General and approved the prospect of technical missions which could pave the way for yet further reports (Security Council resolution 658).

41. Throughout 1990 and 1991 the Secretary-General continued with his mission, reporting to the Security Council which endorsed his efforts (letters of 4 September 1991, 17 September 1991). During 1991 and 1992 the Security Council supported the efforts of the Secretary-General to put a referendum in place with two further resolutions (690, 725). It recently, in November, issued a detailed statement expressing concern at the slow progress over the problem of identifying entitled voters (SC/5937, 15 November 1994).

42. The intended referendum still has not taken place. The United Nations's attention to the matter from 1975 to 1995 can properly be described as "fitful". But resolution 380 of 1975 has lost its validity neither by the passage of time, nor by the realities of the Moroccan presence, nor by the intermittent political interest of the United Nations, nor by the fact that the method selected for achieving the goal has been negotiation rather than enforcement.

43. The right of self-determination - the central feature of the initial resolutions of 1974 and 1975 - has been acknowledged for over 30 years a right *erga omnes*. It does not disappear because the Security Council and General Assembly - political organs, with their own agenda - turn their attentions elsewhere, or because matters are being carried forward through the mechanism of negotiations under the auspices of the Secretary-General.

44. Australia also has obligations arising from the general international law on

self-determination. These too do not disappear because of *effectivités* or passage of time. Self-determination is a norm *jus cogens*, which knows of no statute of limitation and which falls exactly into the category of events to which the principle of *ex injuria jus non oritur* applies, thus rendering legally irrelevant any *effectivités*.

45. In the submission of Portugal neither the efflux of time nor the control which Indonesia presently has over East Timor has eroded the right of the peoples of East Timor to self-determination, or the legal consequences for third parties of that right.

The status of East Timor as a non-self-governing territory and the status of Portugal as Administering Authority in the light of the "realities" obtaining since 1982

Professor Correia on Tuesday showed that in 1975 the status of East Timor as a non-self-governing territory, and of Portugal as the Administering Authority, was affirmed by the General Assembly. Neither the purported annexation of East Timor by Indonesia nor the consequential physical withdrawal of Portugal from the territory had changed the pre-existing status, formally designated by the United Nations. Nor did any of the resolutions declare the status - and the concomitant legal entitlements - of the people of East Timor or of Portugal to be terminated or changed.

46. What then of the period since 1982? Australia has said in the written pleadings that Portugal must show that in 1989 it was still the Administering Authority of a territory that was still awaiting self-determination. Portugal begins by commenting that the burden of proof is on Australia to show that the legal status *quo ante* had changed. And this it cannot do - indeed, it makes no real attempt to do.

Mr. President, Members of the Court, the answer is surely to be found in the fact that the general international law on self-determination remained fully applicable in 1989; and the United Nations resolutions continued in effect in 1989.

47. According to the provisions of General Assembly resolution 1541(XV) of 1960 a non-self-governing territory may pass from that status to self-determination through (i) emergence as a sovereign State; (ii) free association with an independent State; (iii) integration with an independent State. The General Assembly, the organ competent in these matters, determined in

resolution 31/53 of 1 December 1976 that East Timor had not been integrated into Indonesia "inasmuch as the people of the territory have not been able to exercise freely their right to self-determination".

48. Those findings remained as true in 1989 as they were in 1976, or in 1982. And sadly they remain as true today.

49. Professor Correia also showed the criteria by which the United Nations terminates the status of territories as non-self-governing or the status of Administering Authorities.

50. As at 1989 these criteria had clearly not been met - and no so called "realities" could gainsay that legal truth.

51. In the matter of responsibility for non-independent peoples, we have seen from the revocation of the mandate of South Africa over South West Africa that the United Nations knows how to change the status *quo ante* if it so chooses. There has been absolutely nothing comparable to that termination so far as Portugal is concerned. Indeed, its continued involvement in the diplomatic efforts that are currently regarded as the best way to achieve the objectives of Article 73 and General Assembly resolution 1514 can only be because it is the Administering Authority.

52. The continuing application of the general Charter law on self-determination is matched by the continuing legal validity, as we have sought to show, of the United Nations resolutions passed between 1975 and 1982.

53. These two sources of obligation, general and particular, combine to affirm that the continued difficulties have changed neither the status of the territory nor Portugal's responsibilities and rights.

54. Portugal has in fact ever since 1974 sought to fulfil its role as Administering Authority. The *effectivités* relevant to the continuation of that status are not only the *effectivités* of a territorial presence. From the legal point of view the *effectivité* of commitment and support is at least as significant as that of occupation and oppression. The Indonesian occupation has been a political reality that has prevented, it is true, Portugal from being able to report as it is required to do under Article 73 (e) (A/32/73, 28 April 1977). But reporting under Article 73 (e) is but one of the *means*

by which the obligations of an Administering Authority are monitored. The obligations, of Article 73 (a) and (b), remain: respect for the culture of the people, for their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, their protection against abuse, and the reflection of their political aspirations. Who is going to keep these matters in view, and promote them as best as possible, if not Portugal?

55. President Bedjaoui has pointed out, in his chapter on Non-Self Governing Territories in Cot and Pellet, *La Charte des Nations Unies*, that the reporting functions under Article 73 (e) have in fact receded somewhat in importance in relation to the dynamics of the fully evolved self-determination provisions of General Assembly resolution 1514 (XV) (1960). This has broadened the drive for self-determination beyond the somewhat cautious confines envisaged in Article 73. Visiting missions, contacts with national liberation movements are now among the methods added to those envisaged. That the Administering Authority has a role and a duty in this wider entitlement to self-determination has been clearly recognized by the General Assembly, which in resolution 3485 (XXX) of 1975 referred in terms to the ongoing responsibility of Portugal as Administering Power to exercise all efforts to enable the people of East Timor to exercise their right of self-determination.

56. Australia suggests that Portugal after 1974, and certainly by 1989 retained the right to participate in negotiations, but nothing more, for the attainment of self-determination for the inhabitants of East Timor. That suggestion entails a scissors-and-paste treatment of Article 73 and of General Assembly resolution 1514 (XV). Nothing whatever in the reading of either of those provisions, or United Nations practice, tells us that the rights and obligations of an Administering Authority become limited only to participating in whatever means is, at a certain moment of time, regarded as the most promising one for the realization of rights. This suggestion, indeed, in effect progressively narrows for the people of the non-self-governing territory the range of circumstances in which it might expect help. By what right does a third State seek to do this? As Judge Wellington Koo reminded us in his separate opinion in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, p. 41), the right of judicial protection "exists for the intended purpose of protecting the interests of

the people of that Trust Territory".

57. How "formal" all this is, says Australia. Portugal's status is that of an empty shell, that should not be recognized by this Court. But the Court has no reason to do otherwise than to confirm the operative effect of United Nations resolutions and the General Assembly's competence in determining matters under Article XI. The role of an Administering Power is exactly to provide that continued push and commitment when the political considerations of the moment may dictate different priorities. It is exactly to remind the United Nations Members that the Charter does *not* allow us to say "Forget the inhabitants - just accept the realities that have been with us for a long time now". This is the role of the sacred trust and it is far from an empty formality. For Portugal to have acted with ulterior motive would no doubt have been challenged. When Portugal acts solely to protect the rights of the people of East Timor it is pejoratively termed "formalistic". Australia's view on the passage of time and *effectivités* seems to amount to this: if self-determination is not immediately achieved, simply give up, acknowledge realities, and let interested States have access to the resources. Attempts at protection can be discarded as empty formalities.

58. Other States do not take this view. Professor Correia told the Court that only in November had the European Parliament passed a resolution calling for the recognition of the right of the people of East Timor to self-determination. Its resolution also spoke of the "manifest and continuing refusal of the population to accept occupation by Indonesia".

59. The European Parliament is the representative voice of public opinion. The position is as clear in the member States, even those who have important trade relations with Indonesia. Just on 16 December 1994 there occurred a debate upon East Timor generally in the House of Commons, and the Minister of State for Foreign Affairs affirmed in terms that the Timor Gap Treaty:

"in no way affects our stance on the recognition of Indonesia's annexation of East Timor. We do not recognize Indonesian annexation of East Timor." (*Hansard*, 15 December 1994, col. 1297.)

60. The United Nations, with its overloaded agenda, cannot watch every single matter occurring in every single non-self-governing territory. Administering Authorities have the first duties in that regard. Portugal's continued responsibilities as Administering Authority are an inconvenience

to those who would like a clear field to pursue their interests without regard to the entitlements of the people of East Timor. But East Timor remains a non-self-governing territory; its people remain entitled to self-determination and to the control of their own resources; and Portugal has standing as Administering Authority to take cognate steps to that end.

61. None of these legal determinations, rights and duties have been extinguished by adverse realities or by the efflux of time.

62. How then is Australia to determine its conduct in the face of the realities it perceives and the years that have passed since the Indonesian invasion and the passing of the United Nations resolutions? Australia must remember for every right it proclaims to delimit and exploit its natural resources, East Timor has the same right. As Portugal has never claimed on behalf of East Timor to exercise rights beyond the median line, Australia could, for example, without violating the rights of the people of East Timor, explore and exploit up to that point. But nothing in the "new realities" or the passage of time authorizes Australia to seek access, through arrangements with a third party, to oil reserves on the East Timor side of the line.

63. It is indeed a reality that an agreement at the present time with Portugal, on behalf of the people of East Timor, could not - and would not - give Australia effective access to all that it desires in the Timor Gap. But this reality is in essence no different from that experienced by many States - that political problems, or disputed claims, make impossible *pro tem* the delimitation of the shelf and thus also exploitation of resources, at least part of which they are surely entitled to. But this is commonplace, and States experiencing this reality do not regard it as freeing them to violate the rights of others. Such realistic difficulties rather dictate abstention from exploitation until they can be resolved.

64. Australia might also have, from time to time, to deal with essential practical problems dictated by the reality of continued Indonesian occupation - matters of marriage and burial and personal status. Indeed, the United Nations resolutions do not prohibit a more general contact with Indonesia.

65. But where the legal line is to be drawn is clear, Mr. President. Australia may not have

dealings with Indonesia which, because of their very nature, are based upon a denial of the right of the peoples of East Timor to self-determination, and which deprive them of their own naturel resources. *That* cannot be justified by any current geo-political "realities" nor by the inexorable march of time.

Thank you.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup professeur Higgins. Je donne à présent la parole au professeur Dupuy.

M. DUPUY : Monsieur le Président, Messieurs les Juges, il m'appartient à présent d'examiner au terme de cette partie de nos plaidoiries consacrées au fond du différend quelles sont les conséquences de la violation de ses obligations par l'Australie.

CONSEQUENCES DE LA VIOLATION DE SES OBLIGATIONS PAR L'AUSTRALIE

Je commencerai tout simplement par l'observation qu'il résulte de la violation de ses obligations par l'Australie des conséquences à vrai dire très simples, pour ne pas dire banales. En application des règles coutumières les plus enracinées dans la pratique internationale, tout fait international d'un Etat souverain oblige celui-ci à «en répondre», c'est-à-dire à en être responsable. C'est la raison pour laquelle l'action intentée devant la Cour par le Portugal à l'encontre de l'Australie est une action en responsabilité. N'agissant pas, du moins à titre principal, en représentation des intérêts de l'Organisation des Nations Unies, de ses Etats Membres ou, a fortiori, de la communauté internationale dans son ensemble, le Portugal demande d'abord et avant tout à la Cour de tirer les conséquences des illicites australiens à l'égard du peuple du Timor et de sa puissance administrante.

Ceci n'empêche pas que l'on puisse garder en mémoire l'ensemble des caractères des obligations internationales dont la violation est imputable à l'Australie et dont certaines constituent des obligations *erga omnes*. Ces caractères, on y reviendra, sont notamment utiles et importants pour prendre la mesure des faits illicites australiens comme pour déterminer les modalités les plus adéquates de la réparation des préjudices que leur commission a entraînés.

Comme il est normal, afin de tirer les conséquences de la violation de ses obligations par l'Australie, l'action en responsabilité intentée par le Portugal vise à obtenir la réparation des préjudices entraînés par ces faits illicites tant à l'égard du peuple du Timor que de lui-même.

En l'occurrence, les préjudices dont il s'agit sont de deux sortes : en premier lieu, du moins au stade actuel d'évolution du comportement australien, ils présentent essentiellement le caractère de préjudices juridiques ou moraux, c'est-à-dire d'atteintes à des droits, ceux d'un peuple et ceux d'un Etat.

En second lieu, cependant, il n'est pas exclu et il paraît même probable que les préjudices causés présentent également un caractère matériel si du moins l'Australie commence véritablement

l'exploitation des sites riches en pétrole. Or, les modalités de la réparation seront différentes dans un cas et dans l'autre, ce qui m'amène à examiner d'abord la réparation du préjudice juridique, ensuite celle du préjudice matériel.

A. Réparation des préjudices juridiques

Ainsi que l'indiquait le professeur Roberto Ago, à l'époque, en qualité de rapporteur spécial sur le droit de la responsabilité internationale des Etats devant la Commission du droit international :

«Toute violation d'un engagement envers un autre Etat, toute liaison d'un droit subjectif de cet Etat, est, en elle-même, un préjudice, matériel ou moral, pour cet Etat.»¹

Le rapporteur spécial avalisait ainsi sur ce point les analyses faites par une majorité de la doctrine, dont en particulier Dionizio Anzilotti, pour lequel :

«le dommage se trouve compris implicitement dans le caractère anti-juridique de l'acte. La violation de la règle est effectivement toujours un dérangement de l'intérêt qu'elle protège, et, par voie de conséquence, aussi du droit subjectif de la personne à laquelle l'intérêt appartient».

Immédiatement à la suite de ces lignes, dont je rappelle qu'elles remontent à 1906, publiées à la *Revue générale de droit international public*, le futur Président de la Cour permanente de Justice internationale poursuivait :

«il en est d'autant plus ainsi que dans les rapports internationaux le dommage est en principe plutôt un dommage moral (méconnaissance de la valeur et de la dignité de l'Etat en tant que personne du droit des gens) qu'un dommage matériel (dommage économique ou patrimonial au vrai sens du mot)»².

La présente affaire offre une illustration de cette analyse, puisqu'ainsi qu'on l'a vu, les préjudices subis par le peuple du Timor oriental et par le Portugal constituent précisément d'abord la méconnaissance de leurs droits respectifs. Il en découle que les modalités de la réparation des uns et des autres s'analysent d'abord selon le droit international classique en des «satisfactions», ce qui n'est pas à dire qu'elle soient dépourvues de conséquences concrètes.

Elles consisteront en quatre temps ou éléments successifs et complémentaires, 1) reconnaissance de l'opposabilité de ces droits, 2) constat par la Cour de la méconnaissance répétée de cette opposabilité par l'Australie à raison d'une série de faits accomplis par elle en contradiction avec les obligations découlant d'une telle opposabilité, 3) prononcé de l'obligation de faire cesser

toutes manifestations de cette méconnaissance, 4) garantie de non-répétition dans l'avenir de tels faits illicites.

Examinons brièvement ces conséquences des faits illicites australiens, dont le sens et la portée recourent les conclusions de la requête portugaise.

I. Opposabilité

Il faut toujours partir du même constat : celui que les faits illicites de l'Australie découlent tous d'un double refus; celui d'accepter l'opposabilité à son égard des «droits du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même, à l'intégrité de son territoire et à sa souveraineté permanente sur ses richesses et ressources naturelles»; celui de l'opposabilité concomitante des «devoirs, compétences et droits du Portugal en tant que puissance administrante du territoire du Timor oriental». Vous aurez reconnu la première conclusion de la requête.

La mise en oeuvre de la responsabilité de l'Australie suppose donc une telle déclaration préalable d'opposabilité même si, par ailleurs, cette même déclaration d'opposabilité peut avoir d'autres effets que ceux liés à l'établissement de la responsabilité australienne. Ceci étant posé, j'en arrive au second point, le constat des faits illicites de l'Australie.

II. Constat des faits illicites de l'Australie

Un tel constat correspond pour l'essentiel aux différents éléments de la seconde et de la troisième conclusions énoncées par la requête portugaise. La mise en oeuvre de la responsabilité internationale d'un Etat passe de toute façon, quelle que soit l'affaire en cause, par la constatation du fait ou des faits illicites qui en constituent l'origine. Me Galvão Teles ayant déjà dressé le bilan de ces faits devant vous, il est désormais inutile d'en reprendre l'énoncé. Ce qu'il importe en revanche d'observer, c'est la signification et la portée de la consécration par la Cour de ces conclusions. On l'a dit il y a un instant, le constat de l'opposabilité des qualités juridiques respectives du Timor oriental et du Portugal ne suffisent pas à la réparation des préjudices juridiques subis. Il faut y associer une autre constatation solennelle, celle selon laquelle l'Australie a commis la série de ces faits illicites, et persiste à l'heure actuelle dans son comportement illicite.

Alors, la Cour, au sens le plus strict du terme, donnera «satisfaction» au peuple du Timor oriental et au Portugal, en réalisant une part conséquente de la réparation appropriée aux préjudices juridiques et moraux que l'un et l'autre, le peuple et l'Etat victime ont subis et continuent de subir. On rappellera que la Cour est habituée à agir de la sorte; que l'on se réfère par exemple à l'arrêt rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou*, lorsqu'elle a constaté la violation par le Royaume-Uni de la souveraineté territoriale albanaise, lors de la réalisation de l'opération de déminage effectuée dans les eaux territoriales de cet Etat sans son autorisation préalable. La Cour concluait :

«Cette constatation correspond à la demande faite au nom de l'Albanie par son conseil et constitue en elle-même une satisfaction appropriée.»³

De la même manière, par exemple, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran*, la Cour constate notamment que :

«le comportement [de] ... la République islamique d'Iran a violé à plusieurs égards et continue de violer des obligations dont elle est tenue envers les Etats-Unis d'Amérique»⁴

Une constatation identique résulte de la lecture des paragraphes 3 à 11 de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*⁵.

Comme le dit à juste titre le professeur Christian Dominicé :

«En définitive, ce n'est pas la satisfaction qui est un mode de réparation, mais la réparation qui constitue l'une des formes de la satisfaction.»⁶

Notons-le bien cependant, Messieurs les juges, dans la présente affaire, l'arrêt rendu en ce sens ne se contentera nullement de regarder vers le passé. Il ne qualifiera pas une situation juridique révolue; il ne se contentera pas d'apurer un contentieux qui serait aujourd'hui dépassé. Il emportera au contraire des conséquences pour l'avenir en mettant à la charge du défendeur des obligations précises, en vertu desquelles il devra notamment faire cesser les faits illicites continus et composés dont il est l'auteur et fournir des garanties de non-répétition. Ce sont les deux points auxquels je m'adresse à présent :

III. Cessation des faits illicites

Il n'entre pas ici dans les intentions du Portugal de reprendre devant vous des débats au demeurant très intéressants mais peut-être un peu académiques, à propos de la question de savoir si

la cessation du fait illicite est partie intégrante de la mise en oeuvre de la responsabilité ou si c'est un préalable à celle-ci⁷. Ce qui est certain, c'est que l'une est indissociable de l'autre, et l'ordre de cesser les faits illicites lorsque, du moins, ceux-ci présentent un caractère de continuité, au sens où la Commission du droit international l'a défini sur les rapports du professeur Ago, cette nécessité se trouve avérée par la jurisprudence.

Ainsi, par exemple, à nouveau, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* à la troisième décision, alinéa a) du dispositif, on lit l'ordre suivant adressé à l'Iran :

«faire cesser immédiatement la détention illicite du chargé d'affaires, d'autres membres du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis ... en otages en Iran, et [l'Iran] doit assurer la libération immédiate de toutes ces personnes sans exception et les remettre à la puissance protectrice (article 45 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques)»⁸.

On trouve encore un autre témoignage de cette pratique dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (27 juin 1986)⁹ à la douzième décision du dispositif.

C'est pourquoi la Commission du droit international n'a eu aucune peine à consacrer, à l'article 6 de la seconde partie de son projet sur la responsabilité internationale des Etats la disposition suivante :

«Tout Etat dont le comportement constitue un fait internationalement illicite ayant un caractère de continuité est tenu de l'obligation de cesser ce comportement, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue.»¹⁰

Ceci explique et justifie la cinquième conclusion formulée dans la requête du Portugal à l'adresse de la Cour :

«Dire et juger que l'Australie est en devoir, vis-à-vis du peuple du Timor oriental, du Portugal et de la communauté internationale, de cesser toute violation des droits et des normes internationales visés aux paragraphes 1, 2 et 3 des présentes conclusions, et notamment, jusqu'à ce que le peuple du Timor oriental ait exercé son droit de disposer de lui-même, dans les conditions fixées par les Nations Unies.»

La cessation des faits illicites de l'Australie ne prendra cependant tout son sens, en relation avec la réparation des préjudices juridiques ressentis par le peuple du Timor oriental et par le Portugal, que si l'arrêt rendu par la Cour comporte, à titre complémentaire, une obligation de non-répétition.

IV. Garantie de non-répétition

Lors de ses travaux récents sur la seconde partie du projet de codification du droit de la responsabilité, la Commission du droit international a adopté, sur rapport de son rapporteur spécial,

M. Gaetano Arangio-Ruiz, la disposition suivante :

«L'Etat lésé est en droit, le cas échéant, d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait.»¹¹

Même si on peut également l'envisager au titre de la cessation des faits illicites, la demande en faveur de la non-répétition est ici formulée à la conclusion n° 5 a) figurant au terme de la requête portugaise. Cette conclusion demande à la Cour de prononcer l'obligation pour l'Australie :

«de s'abstenir de toute négociation, signature ou ratification de tout accord avec un Etat autre que la Puissance administrante concernant la délimitation, ainsi que l'exploration et l'exploitation du plateau continental, ou l'exercice de la juridiction sur celui-ci, dans la zone du «Timor Gap»».

On remarquera à cet égard que, dans son second rapport sur la responsabilité des Etats, M. Arangio-Ruiz avait insisté sur les liens logiques existant entre la satisfaction du dommage moral proprement dit, ou du préjudice juridique, et la garantie de non-répétition des faits qui ont été à son origine¹².

La République portugaise croit de plus pouvoir ici attirer respectueusement l'attention de la Cour sur le fait que c'est dans ce contexte que l'importance de l'obligation violée par l'Australie peut être prise en considération dans le choix de la ou des formes de satisfaction retenues.

En fonction de la gravité de l'obligation violée ainsi que de celles qui lui sont corrélatives, la République portugaise estime que la Cour internationale de Justice est par définition l'organe le mieux placé pour déterminer plus précisément les modalités les plus adéquates de la réparation en choisissant, par exemple, parmi celles énoncées à l'article 10 de la seconde partie du projet de codification du droit de la responsabilité, dans la version adoptée par le comité de rédaction de la Commission du droit international à sa session de 1993¹³. C'est pourquoi, dans la conclusion n° 4 de la requête, le Portugal a demandé à la Cour de :

«Dire et juger que ... l'Australie a engagé sa responsabilité internationale et causé préjudice, dont elle doit réparation au peuple du Timor oriental et au Portugal, sous les formes et selon les modalités qu'il appartient à la Cour d'indiquer.»

Le Portugal tient ici à formuler le constat suivant. La satisfaction de la requête portugaise est susceptible d'avoir une double dimension, à la fois préventive et conservatoire. Je m'explique : En premier lieu, l'octroi par la Cour des différents éléments de la satisfaction du préjudice juridique, tels que je viens de vous les présenter, *pourra avoir un effet préventif du dommage matériel*, dont on sait que la réparation pose d'autres problèmes, sur lesquels je reviendrai dans un petit instant.

En d'autres termes, il est d'autant plus important pour le peuple du Timor et pour le Portugal d'obtenir réparation du préjudice juridique d'ores et déjà ressenti que la satisfaction de leur requête pourra sans doute éviter la création par l'Australie, je ne dirai pas de l'irréparable, mais en tout cas de dommages matériels irréversibles, en ne lui laissant plus que peu de temps avant d'entreprendre l'exploitation des sites concernés. Amenée à respecter ses devoirs vis-à-vis du Timor oriental, l'Australie devrait en effet s'abstenir d'exploiter, du moins dans la zone dont Me Galvão Teles vous a montré mardi qu'elle empiétait certainement sur la partie du plateau continental sur laquelle le peuple du Timor oriental a des droits exclusifs, c'est-à-dire, au *minimum minimorum*, au-delà de la ligne des 200 milles nautiques tracée à partir des lignes de base australiennes. C'est là une demande minimale, qui bien entendu, ai-je besoin de le dire, ne préjuge en rien d'une délimitation qui serait ultérieurement arrêtée entre les parties dûment qualifiées en droit pour le faire.

Envisageons maintenant la seconde dimension, la dimension conservatoire de la demande portugaise :

Messieurs de la Cour, le Portugal ne cherche nullement à le cacher, la cessation et la non-répétition de ces faits illicites auront une incidence sur la mise en oeuvre de l'accord de 1989. Mais il n'appartient pas au demandeur d'envisager ces incidences, pas plus qu'il n'est demandé à la Cour de se prononcer sur leurs modalités. Telle était également, par exemple, la situation dans laquelle l'une des Chambres de la Cour se trouvait placée lorsqu'elle fut chargée de décider, dans une autre espèce, quel était le statut juridique des eaux du golfe de Fonseca, alors que le Nicaragua, troisième riverain du golfe n'était pourtant pas partie à l'instance. Un arrêt de la Cour internationale de Justice voit son autorité limitée aux seules parties au litige, et ce en application de l'article 59 de son Statut. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

Pour autant, et voici la dimension conservatoire proprement dite, ce qui est à attendre selon le Portugal de l'arrêt de la Cour consiste dans le fait qu'y soit précisée la chose suivante : aucune action ne devrait être entreprise ou poursuivie par l'Australie qui entraverait dans l'avenir, proche ou même éloigné, l'expression par le peuple du Timor oriental de son droit à l'autodétermination; de la même manière, aucune initiative ne saurait être prise qui porterait atteinte à la souveraineté de ce peuple sur ses ressources naturelles. C'est là un patrimoine que le peuple du Timor doit pouvoir trouver intact lorsqu'il sera parvenu à la libre expression de son droit à disposer de lui-même.

Allant même plus loin, on devrait nous semble-t-il préciser, qu'aucune initiative australienne ne devrait faire obstacle à l'aboutissement de tous les efforts accomplis au niveau international, avec le concours de la puissance administrante, pour arriver à trouver une solution satisfaisante, et donc conforme au droit, à la question du Timor oriental.

En tout état de cause, au-delà de cette double dimension de la réparation du préjudice, envisageons pour finir - et je serai très bref - les modalités que prendrait la réparation s'il s'avérait que les dommages causés au peuple du Timor deviennent également matériels et patrimoniaux.

B. Réparation des préjudices matériels et patrimoniaux

En l'état des informations recueillies par le Portugal, et sous réserve des lacunes éventuelles de ces informations, l'existence d'un ou de plusieurs préjudices matériels causés au peuple du Timor oriental par les agissements australiens n'est pas encore avérée. Malheureusement, la probabilité de la production de tels préjudices est très forte, y compris avant le prononcé de l'arrêt de la Cour, eu égard à l'intention déterminée de l'Australie de mettre à exécution ses plans d'exploitation, sur la base des permis qu'elle a déjà concédés à des entreprises spécialisées, pour certains depuis plusieurs années.

A vrai dire - j'y reviens brièvement - tout début de mise en oeuvre des projets australiens dans la zone identifiée mardi matin par Me Galvão Teles comme revenant exclusivement au peuple concerné entraînerait presque inévitablement pour lui un préjudice matériel. Ce serait, au sens le plus strict du terme, un préjudice de nature patrimoniale; il porterait en effet atteinte à son patrimoine naturel, constitué de ses ressources et de ses richesses naturelles, notamment minérales et maritimes.

C'est aussi pour prévenir une situation si profondément dommageable que l'alinéa *b*) de la cinquième conclusion demande à la Cour de dire que l'Australie doit vis-à-vis du peuple du Timor oriental et du Portugal :

«s'abstenir de tout acte relatif à l'exploration et à l'exploitation du plateau continental dans la zone du «Timor Gap» ou à l'exercice de la juridiction sur ce plateau, sur la base de tout titre plurilatéral auquel le Portugal, en tant que puissance administrante du Territoire du Timor oriental, ne serait pas partie».

Il faut toutefois observer que la détermination exacte du montant des dommages patrimoniaux subis par le peuple du Timor ne sera pas possible tant que la délimitation des espaces maritimes sur lesquels il possède des droits *exclusifs ab initio* et *ipso facto* n'aura pas été réalisée. Cela reste vrai même si, sur la base de la jurisprudence actuelle de la Cour en matière de titre sur les espaces maritimes, il est aujourd'hui possible, comme l'a montré mon ami Galvão Teles, d'identifier une zone de droits exclusifs minimale du Timor oriental.

En tout état de cause, selon le Portugal, toute exploitation entreprise par l'Australie au-delà de la ligne des 200 milles nautiques, ainsi que je l'ai déjà dit, si elle était avérée, serait constitutive d'une atteinte aux droits exclusifs du peuple du Timor¹⁴, cela sous le double aspect juridique mais aussi matériel si l'exploitation était commencée.

Il ne faut nullement, selon nous, écarter la possibilité pour la Cour d'allouer, dans le cadre de la présente affaire, une première provision réparatoire répondant à la production avérée de dommages matériels, mais encore difficilement quantifiable. Une allocation réparatoire mise à la charge de l'Australie pourrait, par exemple, alimenter un fonds de soutien à la réalisation des droits du peuple du Timor oriental, et serait notamment susceptible de servir, le moment venu, au financement d'un référendum d'autodétermination de la population timorienne. Le Portugal réitère ici par ma voix l'engagement qu'il avait pris déjà dans son mémoire, d'après lequel, en qualité de puissance administrante, il serait prêt à accepter par avance qu'un tel fonds fut placé sous le contrôle des Nations Unies. Il demeure cependant que la réparation complète et définitive ne pourrait vraisemblablement intervenir qu'à un stade ultérieur, une fois les problèmes pertinents de délimitation maritime résolus. Ce caractère différé de l'indemnisation adéquate du préjudice matériel incite d'autant plus à espérer que de tels dommages puissent être évités au peuple du Timor oriental

par l'allocation des réparations réclamées par le Portugal pour la satisfaction des préjudices juridiques.

En tout état de cause, comme le rappelle du reste le dernier membre de phrase de la quatrième conclusion de la requête portugaise, la haute juridiction disposerait, ici encore, de toute la latitude nécessaire à la détermination des modalités de réparation jugées par elle les plus appropriées à ce stade d'évolution des faits. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur le professeur. Je crois que c'est le moment de faire une pause d'une quinzaine de minutes. La séance est levée.

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

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Je donne la parole à Me Galvão Teles.

M. GALVÃO TELES : Merci, Monsieur le Président.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour,

LA COUR EST-ELLE EMPECHÉE DE FAIRE DROIT AUX CONCLUSIONS DU PORTUGAL ?

I - Les Parties à l'instance sont-elles les Parties suffisantes ?

A) Introduction

1. Le Portugal vient de terminer la présentation de son cas au fond. Il passe, maintenant, à la réponse aux exceptions australiennes concernant la recevabilité de la requête. A cet égard le Portugal devient défendeur, même si l'Australie n'a pas encore pris la parole pendant cette phase orale.

Nous avons déjà expliqué la raison pour laquelle, tant aux écritures, qu'à ce premier tour de plaidoiries orales, nous avons plaidé d'abord le fond. C'est l'Australie elle-même qui, au début de son contre-mémoire, a souligné qu'elle était «d'avis que les questions relatives à la recevabilité devraient être examinées et décidées en même temps que le fond auquel, en l'espèce, elles sont inextricablement mêlées» (contre-mémoire de l'Australie, par. 1).

Mais ceci implique une admission liminaire de la part de l'Australie : qu'il peut y avoir des solutions au fond qui, à elles seules, rendront inacceptables les objections australiennes regardant la recevabilité de la requête.

2. Très curieusement, l'intitulé de la première objection ou exception australienne à la recevabilité de la requête portugaise a changé du contre-mémoire à la duplique. Là, le titre était énoncé de la façon suivante : «Le véritable défendeur n'est pas partie à l'instance» (contre-mémoire de l'Australie, deuxième partie, chap. I, p. 77) («*The true respondent is not a party to these proceedings*» (ACM, Part II, Chapter I, p. 88)). Maintenant, il est dit :

«Les demandes du Portugal requièrent que la Cour statue sur les droits et obligations d'un Etat tiers en son absence et sans son consentement» (duplique de l'Australie, première partie, chap. I, p. 33) («*Portugal's claims require the Court to pass on the rights and obligations of a third State in its absence and without its consent*» (AREj., Part I, Chapter I, p. 37)).

Cette modification d'intitulé n'est pas sans signification pour ce qui est de la substance. Au contre-mémoire, la thèse australienne était, pour l'essentiel, que le vrai différend concernait le Portugal et l'Indonésie; que l'Australie était un tiers par rapport à ce différend; et que le Portugal se serait trompé de défendeur. A présent, l'Australie reconnaît que c'est elle qui s'est trompée de défense. Elle accepte d'être une Partie pertinente, ce qui signifie donc, nécessairement, qu'il existe un différend entre le Portugal et l'Australie que la Cour est appelée à trancher. Elle prétend néanmoins que, pour régler ce différend, il faudrait que la Cour statue sur les droits et les obligations d'un Etat tiers - l'Indonésie - qui n'est pas Partie à l'instance ni n'a donné son consentement à la juridiction de la Cour. Bref, la question n'est plus de savoir si l'Australie est une Partie pertinente - bien sûr, elle l'est et elle l'accepte maintenant - mais seulement celle de déterminer si les Parties à l'instance sont les Parties suffisantes.

3. La Cour aura remarqué que toutes les conclusions du Portugal sont dirigées contre l'Australie et l'Australie seule. Le Portugal demande que la Cour déclare que les droits du peuple du Timor oriental et ceux du Portugal sont opposables à l'Australie, laquelle est tenue de ne pas les méconnaître et de les respecter; qu'elle déclare que l'Australie a commis tel et tel faits illicites; qu'elle déclare que l'Australie est, en conséquence, obligée, vis-à-vis du peuple du Timor oriental et du Portugal, à faire ceci et cela. Si les conclusions sont retenues, conformément à l'article 59 du Statut, la décision de la Cour ne sera obligatoire que pour l'Australie et le Portugal, l'autorité de chose jugée ne s'imposant qu'à eux seuls.

4. Le Portugal a fait référence au cours de ses écritures au caractère *erga omnes* des droits - des droits, pas des obligations, il s'agit ici des droits, caractère *erga omnes* des droits - qu'il oppose à l'Australie : ceux du peuple du Timor oriental comme aussi les siens. L'Australie, d'ailleurs, «ne conteste pas que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue un principe *erga omnes*» (duplique de l'Australie, p. 38, par. 78). Pour ce qui est de la qualité du Portugal comme puissance administrante, la portée *erga omnes* résulte, en tout cas, des résolutions pertinentes des Nations Unies. L'Australie allègue, toutefois, que «Ce principe fondamental [le principe de l'*Ormonétaire*] s'applique à toute affaire, qu'elle mette en cause des droits *erga singulum* ou des droits

erga omnes.» (Duplique de l'Australie, p. 35, par. 71.)

5. Il est sans doute vrai que le principe de l'*Or monétaire* est valable aussi bien pour les droits *erga singulum* que pour les droits *erga omnes*. Si, par exemple, un Etat demande à la Cour, dans ses conclusions, de dire et juger qu'un quelconque droit *erga omnes* est opposable à un Etat x qui n'est pas partie à l'instance ou de dire et juger que cet Etat a violé ce droit et a engagé sa responsabilité internationale, évidemment la Cour ne peut pas le faire. Elle ne peut pas rendre une décision qui oblige cet Etat sans qu'il ait consenti à la juridiction de la Cour et soit Partie à l'instance.

Mais le problème des parties se pose, *dans une certaine mesure*, différemment selon qu'il est question de droits *erga singulum* ou de droits *erga omnes*.

Lorsque le droit est *erga singulum*, il faut absolument que, pour le moins, le prétendu obligé (ou l'un des prétendus co-obligés, si le droit est *erga singulos*, comme c'était le cas dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*) soit présent à l'instance, même si d'autres parties peuvent l'être aussi. La raison en est simple : si un droit est *erga singulum*, toute décision qui n'engagerait pas l'obligé serait tout simplement dénuée de toute portée; pour qu'elle l'engage, il faudrait qu'il ait consenti à la juridiction de la Cour et qu'il soit Partie à l'instance. Dans le cas d'un droit *erga singulum*, les intérêts juridiques du prétendu débiteur ou obligé constituent nécessairement l'objet même de la décision demandée.

6. Au contraire, quand le droit est *erga omnes*, la seule prédétermination des parties, de par la structure du droit, est celle des parties *possibles* - tous ceux qui sont liés par la règle de droit. Il n'existe aucune partie nécessaire. Les droits *erga omnes* sont des droits opposables à tous et à chacun.

Pour ce qui est du choix des défendeurs, dans le cas d'un droit *erga omnes* la limite découle seulement de l'intérêt pour agir. Est-ce que le défendeur a mis en cause le droit et son opposabilité ? Est-ce que le défendeur a violé le droit ? Bref, il suffit qu'un différend soit établi entre le demandeur et le défendeur. Indépendamment de l'existence d'un autre différend ou d'autres différends avec un autre Etat ou d'autres Etats, chaque différend est justiciable *per se*, une décision qui le tranche ayant, *per se*, du *sens* et de l'utilité. Les autres Etats se trouvent protégés par la règle de l'effet relatif de la

res judicata.

Ici, une remarque s'impose. Un droit *erga omnes* ne requiert pas de chose jugée *erga omnes* - il s'agit de deux choses tout à fait distinctes. Les cas de *res judicata erga omnes* sont rares dans les droits internes. En droit international, tout simplement, ils n'existent pas.

L'article 59 du Statut de la Cour est applicable aussi bien aux situations où l'on fait valoir un droit *erga singulum* qu'à celles où l'on fait valoir un droit *erga omnes*.

7. Dans le cas d'espèce, ce sont bien des droits *erga omnes* que, de prime abord, le Portugal fait valoir. Certes, les droits découlant de la responsabilité internationale de l'Australie, ses conséquences, sont des droits *erga singulum*. Mais il s'agit là de droits vis-à-vis de l'Australie, qui est Partie à l'instance. L'Indonésie a-t-elle, aussi, violé les droits du peuple du Timor oriental et ceux du Portugal ? Sans nul doute et de façon particulièrement grave. Mais peu importe : il suffit que l'Australie les ait violés, ou plutôt, à ce stade du raisonnement, procédural, disons, que le Portugal l'accuse de les avoir violés pour que la Cour soit à même de se prononcer au fond.

Un différend s'est établi entre le Portugal et l'Australie. Le Portugal estime que l'Australie a violé ses droits, ainsi que - et avant tout - ceux du peuple du Timor oriental. Par ses notes diplomatiques, déjà mentionnées, du 2 novembre 1988 et des 14 et 24 janvier 1990 (mémoire du Portugal, annexes III.25 et III.26, vol. V, p. 210 et suiv.) l'Australie a contesté que les droits du Timor oriental et ceux du Portugal lui soient opposables. C'est ce différend, et lui seul, que la Cour est appelée à trancher.

8. Il ne faut pas oublier que la règle de l'*Or monétaire* possède non seulement une portée négative - la Cour ne peut pas décider au fond quand elle fait à nouveau face à une situation du type de celle qui s'était présentée dans cette affaire - mais aussi une portée positive : là où la situation ne se présente pas, la Cour doit se prononcer. Le principe du consensualisme de la juridiction internationale ne constitue pas un moyen par lequel un Etat, n'acceptant pas la juridiction de la Cour, empêche ceux qui l'ont acceptée de régler leurs différends; ni un moyen par lequel un Etat qui a accepté la juridiction de la Cour et qui est engagé par cette acceptation se libère de son engagement, sous prétexte d'intérêts ou de prétentions d'Etats tiers.

9. Le Portugal ne prétend pas que la distinction entre les cas où l'on fait valoir des droits *erga singulum* et ceux où l'on fait valoir des droits *erga omnes* épuise les situations au regard desquelles la justice internationale peut être saisie. La distinction peut être surtout appliquée aux affaires en responsabilité, où il est «fait valoir» des droits au sens traditionnel. Le raisonnement du Portugal ne dépend pas, non plus, de façon absolue, de l'utilisation de cette distinction. Il estime, cependant, qu'elle a, en tout cas, le mérite de rendre les choses plus claires.

10. L'Australie invoque le paragraphe 55 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (C.I.J. Recueil 1992, p. 261) et prétend que, dans notre cas d'espèce, de même que dans celui de *l'Or monétaire pris à Rome en 1943* (C.I.J. Recueil 1954, p. 19), il y a un préalable, qui mettrait en cause un Etat tiers, empêchant la Cour de faire droit aux conclusions du Portugal. Au paragraphe 55 de son arrêt du 26 juin 1992, la Cour renvoie à la décision rendue dans l'affaire de *l'Or monétaire* dans les termes suivants :

«En l'espèce, les intérêts de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni ne constituent pas l'objet même de la décision à rendre sur le fond de la requête de Nauru et la situation est à cet égard différente de celle dont la Cour a connu dans l'affaire de *l'Or monétaire*. En effet, dans cette dernière affaire, la détermination de la responsabilité de l'Albanie était une condition préalable pour qu'il puisse être statué sur les prétentions de l'Italie.» (C.I.J. Recueil 1992, p. 261, par. 55.)

Le Portugal reviendra sur ce thème. Mais permettez-moi de dire d'emblée que la condition préalable, le *prerequisite*, dans l'affaire de *l'Or monétaire* était une décision sur la responsabilité de l'Albanie *qui engagerait celle-ci*. Il n'y a rien de semblable dans le cas d'espèce. Pour que la Cour puisse statuer sur les conclusions du Portugal, il n'existe pas la condition préalable qu'elle rende une décision engageant un Etat tiers. Il n'y a pas, dans l'espèce, la condition préalable au sens de *l'Or monétaire* et de l'arrêt dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Ce qui est nécessaire c'est, simplement, que la Cour puisse adopter un présupposé : que le Timor oriental est toujours un territoire non autonome et que le Portugal en est toujours la puissance administrante. De l'avis du Portugal, la Cour peut le faire, sans qu'il soit nécessaire que sa décision engage d'autres Etats que le Portugal et l'Australie.

11. En tout état de cause, l'Australie persiste dans l'équivoque, qu'elle avait déjà introduite

dans son contre-mémoire (voir la réplique portugaise, par. 2.18-2.23), quant à ce qui serait, selon elle, la «condition préalable». D'une part, elle affirme qu'il est question ici de l'illicéité de la conduite antérieure de l'Indonésie. Ainsi, au paragraphe 74 de la duplique il est dit :

«La responsabilité de l'Indonésie, c'est-à-dire la constatation par la Cour de l'illicéité de sa conduite, est une condition préalable essentielle de toute demande portée par le Portugal contre l'Australie en ce qui concerne le traité de 1989.» (Duplique de l'Australie, p. 36, par. 74; voir aussi par. 72.)

D'autre part, l'Australie dit qu'il s'agirait ici des droits et du statut de l'Indonésie vis-à-vis du Timor oriental. Ainsi, par exemple, au paragraphe 78 de la duplique, l'Australie affirme que la question de savoir si, en concluant un traité avec l'Indonésie, l'Australie a engagé sa responsabilité internationale, *«implique nécessairement que la Cour détermine le statut de l'Indonésie au Timor oriental»*.

Pour ce qui est du premier point, tout simplement, la Cour n'a, dans la présente affaire, aucun besoin de se prononcer sur la responsabilité internationale de l'Indonésie. Comme l'Australie elle-même le reconnaît (duplique de l'Australie, par. 5), le Portugal ne fonde pas sa requête sur la violation par l'Australie du devoir de ne pas reconnaître une situation de fait créée par la force (voir réplique du Portugal, par. 2.19-2.21) - même si, de toute évidence, cette violation a été commise. La responsabilité de l'Indonésie n'est, à aucun titre, un préalable de la décision que le Portugal demande à la Cour de rendre. Le professeur Pierre-Marie Dupuy reviendra sur ce point.

En ce qui concerne le deuxième point, la question est mal posée par l'Australie. Ce que la Cour a besoin de savoir, en l'espèce, ce n'est pas quel est, en lui-même, le statut de l'Indonésie au Timor oriental. Ce qu'elle a besoin de savoir c'est quel est le statut du Timor oriental et du Portugal, car c'est sur la méconnaissance des droits du peuple du Timor oriental et de ceux du Portugal que porte l'affaire. Si, par l'autorité des Nations Unies, le Timor oriental est déclaré un territoire non autonome, il s'ensuit que, par la même autorité, il n'est rien d'autre qu'un territoire non autonome. Si, par l'autorité des Nations Unies, le Portugal est la puissance administrante, alors, par la même autorité des Nations Unies, il ne peut y avoir d'autre puissance administrante que le Portugal. Quel que soit le statut de l'Indonésie au Timor oriental, il s'avère suffisant, aux fins de l'espèce, qu'il ne soit pas celui d'un Etat ayant intégré le Timor oriental, ni celui de puissance administrante du

territoire. Et cela découle des résolutions des Nations Unies.

12. Le Portugal analysera par la suite les quatre points particuliers qu'il estime importants au regard de la question de la suffisance des Parties, à savoir :

1^{er} - La Cour a-t-elle besoin de la présence d'un autre Etat à l'instance pour accepter que le Timor oriental est un territoire non autonome et que le Portugal en est la puissance administrante, ainsi que pour déclarer l'opposabilité à l'Australie des droits découlant de ces qualités ?

2^e - La Cour peut-elle se prononcer sur la responsabilité internationale de l'Australie sans avoir à se prononcer sur celle de l'Indonésie du fait de son occupation du Timor oriental ?

3^e - La Cour peut-elle se prononcer sur la responsabilité internationale de l'Australie sans avoir à se prononcer sur celle de l'Indonésie du fait de sa participation à l'accord de 1989 ?

4^e - La Cour est-elle appelée à se prononcer sur la validité de l'accord de 1989 ou à résoudre un quelconque conflit d'obligations ?

Quelques-uns de ces points ne sont relatifs qu'à certaines conclusions du Portugal, ou même qu'à certaines parties des conclusions du Portugal.

Je plaiderai le premier ainsi que le dernier de ces points. Le professeur Pierre-Marie Dupuy plaidera le second et le troisième.

B) La Cour a-t-elle besoin de la présence d'un autre Etat à l'instance pour accepter que le Timor oriental est un territoire non autonome et que le Portugal en est la puissance administrante, ainsi que pour déclarer l'opposabilité à l'Australie des droits découlant de ces qualités ?

13. La question essentielle est ici celle de savoir si la Cour peut, sans la présence de l'Indonésie à l'instance, prendre comme point de départ de son jugement que le Timor oriental est un territoire non autonome et que le Portugal en est la puissance administrante.

A cet égard, le Portugal a, dès le mémoire, soutenu que ces deux qualités constituent, dans la présente affaire, des données, des *given*, puisqu'elles ont été établies par les organes compétents des Nations Unies, de façon obligatoire pour tous les Etats (mémoire du Portugal, par. 3.02; réplique du Portugal, par. 2.22).

Ainsi que j'ai pu le rappeler dans ma première plaidoirie (CR 95/2, p. 56-57), de l'avis du Portugal, il n'est pas nécessaire que la Cour juge *ex novo* sur le point de savoir si le peuple du Timor oriental bénéficie toujours du droit à disposer de lui-même et si le Portugal est toujours la puissance administrante du territoire. Les questions de savoir si le Timor oriental est toujours un territoire non autonome et si le Portugal en est toujours la puissance administrante ont été tranchées par les organes compétents des Nations Unies. De l'avis du Portugal, la Cour n'a pas à y revenir. Il lui suffira d'en prendre acte.

Par ailleurs, comme le Portugal l'a aussi souligné dans sa réplique, personne n'est nécessaire pour que la Cour interprète les résolutions pertinentes des Nations Unies et en reconnaisse la portée. Une divergence entre un Etat quelconque et l'Organisation des Nations Unies elle-même ne saurait empêcher la Cour de reconnaître l'autorité de cette dernière et de l'imposer dans un quelconque différend (réplique du Portugal, par. 7.11).

Si le Timor oriental est un territoire non autonome, il n'est rien d'autre que cela. Si le Portugal est la puissance administrante, il n'y a pas d'autre puissance administrante du territoire.

14. La réponse australienne se trouve aux paragraphes 96 et 97 de sa duplique. Permettez-moi de lire un passage de ce dernier :

«D'abord, même s'il est vrai que le statut non autonome du Timor oriental et la qualité de puissance administrante du Portugal étaient reconnus à l'époque de la dernière résolution de l'Organisation des Nations Unies relative au Timor oriental (c'est-à-dire la résolution 37/30 de l'Assemblée générale du 23 novembre 1982), il ne s'ensuit pas que la conclusion par l'Australie du traité de 1989, quelque sept années plus tard, ait violé aucun des droits attachés alors à ce statut ou à cette qualité, même si les résolutions comportaient 'les données' lorsqu'elles ont été adoptées.»

15. Monsieur le Président, il ne faut pas être égaré. A quelle question faut-il répondre pour savoir si le Timor oriental était, en décembre 1989, un territoire non autonome et si le Portugal continuait d'être la puissance administrante, si le Timor oriental continue d'être, aujourd'hui encore, un territoire non autonome et le Portugal sa puissance administrante ? N'est-ce pas simplement celle de savoir si les résolutions pertinentes des Nations Unies continuent d'être toujours en vigueur ? Ne s'agit-il pas toujours d'une démarche judiciaire qui porte sur les résolutions et rien que sur elles ?

16. Le professeur Sérvulo Correia et le professeur Rosalyn Higgins ont démontré que les

Nations Unies qualifient, de façon obligatoire, le Timor oriental comme un territoire non autonome et le Portugal comme sa puissance administrante et que les résolutions pertinentes sont toujours en vigueur. D'ailleurs, comme le professeur Rosalyn Higgins l'a souligné, ce serait à l'Australie que reviendrait la charge de démontrer qu'elles ne le seraient plus.

Sur le plan de la recevabilité de la requête, ce qui importe c'est que la démarche demandée à la Cour porte toujours sur les résolutions des organes des Nations Unies : quelle est leur signification, sont-elles obligatoires, continuent-elles d'être en vigueur ?

Si une décision porte sur des intérêts de l'Indonésie, celle-ci a déjà été prise par les organes compétents des Nations Unies. La Cour n'a aucun besoin de la présence à l'instance d'un quelconque Etat autre que les Parties pour se prononcer sur le sens, la portée et l'efficacité juridique des résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale.

D'ailleurs, pour ce qui est de la qualité du Timor oriental, l'Australie, le Timor et le Portugal sont maintenant d'accord : ainsi qu'on l'a dit et redit, l'Australie a reconnu, dans sa duplique, que le Timor oriental est toujours un territoire non autonome.

17. L'Australie affirme qu'il est possible que le Portugal soit la puissance administrante du Timor oriental, mais encore faudrait-il déterminer l'étendue de ses pouvoirs (duplique, deuxième partie, chap. I, par. 98). Là encore la démarche judiciaire concerne l'interprétation des résolutions des Nations Unies, en relation avec les normes du droit international. Les Nations Unies, en qualifiant le Portugal comme la puissance administrante du territoire, renvoient à un statut de droit, dont l'applicabilité est revêtue par l'autorité des résolutions même des organes compétents de l'Organisation. La qualification du Portugal comme la puissance administrante ne peut pas être vide.

De toute façon, je voudrais, à nouveau, (réplique du Portugal, par. 7.15) inviter la Cour à prêter attention aux conséquences logiquement inévitables de la position australienne.

Monsieur le Président, ici il est question des conditions mêmes de la subjectivité internationale et à cet égard aucune exigence de «partie indispensable», si ce n'est celle de celui qui affirme sa subjectivité ou une qualité de celle-ci, n'est acceptable. Si le fait qu'un Etat tiers conteste la subjectivité internationale de quelqu'un — dans le cas d'espèce, celle du peuple du Timor oriental en

tant que peuple d'un territoire non autonome - ou une qualité de la personnalité internationale - dans le cas d'espèce, celle du Portugal comme puissance administrante du territoire — si ce fait rendait cet Etat tiers «partie indispensable», alors, à la limite, un Etat, en ne consentant pas à la juridiction, pourrait empêcher à tout jamais un autre de recourir à la juridiction internationale : il suffirait pour cela qu'il conteste l'existence juridique même de ce dernier Etat, en revendiquant, par exemple, tout son territoire.

Il est évident que de telles *capitis deminutiones* dépassent les fondements du principe du consentement à la juridiction. Chacun est d'accord pour dire qu'aucune décision obligatoire pour un Etat ne peut être rendue si celui-ci n'a pas consenti à la juridiction et n'est pas partie à l'instance. Mais, de même, l'Etat qui ne consent pas à la juridiction ne peut empêcher que les Etats qui y ont consenti soumettent à la Cour leurs différends et les voient réglés, même si, à cet effet, la Cour aura à résoudre des questions, notamment d'interprétation des actes de l'Organisation des Nations Unies, qui peuvent intéresser l'Etat qui n'a pas consenti.

18. De toute manière, dans le cas d'espèce, la démarche judiciaire portant sur les résolutions des Nations Unies, est, de l'avis du Portugal, tout à fait suffisante pour établir les qualités du Timor oriental et du Portugal lui-même, ainsi que leurs conséquences.

La Cour n'étant appelée qu'à déclarer l'opposabilité à l'Australie, et à elle seule, des droits inhérents à ces qualités, la décision n'engagera que le Portugal et l'Australie, tout autre Etat étant protégé par la règle posée par l'article 59 du Statut de la Cour.

Merci, Monsieur le Président.

Le PRESIDENT : Je vous remercie Monsieur Galvao Teles et je donne la parole au professeur Dupuy.

M. DUPUY* : Monsieur le Président, Messieurs les juges.

Il m'appartient à présent d'examiner deux objections australiennes à votre compétence qui sont du reste très directement liées à celles que mon ami Me Galvão Teles vient de réfuter devant vous : l'une comme l'autre résultent en effet de la même volonté de l'Australie de se dissimuler derrière les agissements d'un Etat tiers sur lesquels il s'agit de détourner l'attention de la Cour, pour mieux échapper à la responsabilité qu'elle encourt du fait de l'illicéité de sa propre conduite.

Dans son contre-mémoire, de façon peut-être encore plus nette que dans sa duplique, pour l'essentiel très répétitive, l'Australie insiste en effet sur deux idées qu'elle veut complémentaires.

Premier argument, la Cour ne pourrait connaître d'allégations mettant sa responsabilité en cause sans établir au préalable celle de l'Etat dont les initiatives ont créé une situation à l'égard de laquelle il lui est reproché, à elle, Australie, de ne pas avoir réagi légalement¹⁵. Autre façon de dire la même chose, elle affirme : « *a finding of Indonesias's legal responsibility is a precondition to any consideration of Australia's position* »¹⁶, sorte de « leitmotiv » quasiment wagnérien que l'on retrouve également tout au long de sa duplique¹⁷.

L'Australie prolonge ensuite ce raisonnement pour en tirer la conclusion que l'établissement de la responsabilité « consécutive » d'un

*Les notes auxquelles renvoient les chiffres dans le texte n'ont pas été à ce jour communiquées au Greffe.

Etat, en l'occurrence elle-même, suppose le consentement préalable de l'Etat responsable à titre principal, affirmation lui permettant de se dépeindre comme «*simply a third State which has responded to a situation brought about by two other States - Portugal and Indonesia -*»¹⁸

Deuxième argument de l'Australie, et l'on verra qu'il est assez contradictoire avec le précédent, son contre-mémoire avance une autre argumentation qui consiste à dire que, cette fois, la responsabilité de l'Australie n'est pas consécutive à celle de l'Indonésie, mais simultanée puisqu'elle serait constituée par la conclusion d'un traité bilatéral avec elle, et que : «Any Australian responsibility being derived from conclusion of a bilateral Treaty must be shared with the other Party to the Treaty.»¹⁹

On retrouve là un argument très similaire à celui que le même Etat avait déployé devant vous face à un autre requérant, il y a quelque trois ans, dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, argument repris en la présente affaire moyennant quelques ajustements mineurs, aussi bien dans la duplique que dans son contre-mémoire²⁰.

C'est une sorte de *remake*, pourrais-je dire. [et j'ai presque envie d'ajouter à l'image de ces titres des films à grand succès, partie indispensable, le retour.]

En définitive, l'argumentation de l'Australie, quoique semblant hésiter sur la question de savoir si sa propre responsabilité est consécutive ou simultanée par rapport à celle de l'Indonésie, cherche à enfermer le Portugal dans un dilemme, en concluant : «In fact, Portugal's claims concern either the individual responsibility of Indonesia alone or the joint responsibility of Australia and Indonesia.»²¹

Que répond le Portugal à tout cela ? Une chose très simple : «A chacun sa responsabilité !» L'attitude de l'Australie doit être sereinement dénoncée pour ce qu'elle est, je m'excuse de devoir le répéter : une stratégie de fuite devant ses propres responsabilités, en tant qu'Etat Membre des Nations Unies, partie aux deux pactes sur les droits de l'homme, ou, plus simplement encore, en tant que membre de la communauté internationale.

En réalité, l'objet véritable de la requête portugaise, la nature des faits illicites imputables à l'Australie, les caractères de la situation et des faits constatés par les organes compétents des Nations Unies, tout incite, Messieurs les juges, à conclure que l'établissement de la responsabilité de

L'Indonésie n'est pas un préalable à la mise en oeuvre de celle de l'Australie, caractérisée au contraire par sa parfaite autonomie. Ceci constituera le premier point de ma démonstration, que je commencerai à traiter ce matin.

Je m'attacherai ensuite, mais ça sera pour demain, à montrer que cette autonomie de la responsabilité australienne, intégrale, n'est pas remise en cause par le fait que l'un de ces faits illicites consiste précisément dans la négociation et la conclusion d'un accord international avec un Etat non Partie à l'instance.

Je commence donc à présent, même si je dois en interrompre la démonstration, ce ne sera pas dommageable, je commence l'illustration du premier point.

I. L'ETABLISSEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'INDONESIE N'EST PAS UN PREALABLE A CELLE DE L'AUSTRALIE

Je viens de le dire, le but essentiel de la stratégie de l'Australie consiste à convaincre la Cour qu'elle devrait d'abord juger de la licéité des agissements de l'Indonésie au Timor oriental si elle veut examiner le fond de la requête portugaise, dont elle s'attache au demeurant à déformer constamment l'objet. Bref, au delà d'une habileté rhétorique due au talent incontestable de ses conseils, l'argument australien s'en tient à une exclamation que l'on est plus habitué à entendre sous les préaux des écoles à l'heure de la récréation que devant la Cour internationale de Justice : «Ce n'est pas moi, c'est l'autre !»

Il faut alors rappeler très simplement deux données de base.

- En premier lieu, supposons, *for the sake of arguments*, à titre de pure hypothèse, que l'établissement de la responsabilité de l'Indonésie à l'égard du peuple du Timor oriental et de sa puissance administrante soit véritablement un préalable à celui de la responsabilité de l'Australie; il se trouve qu'en l'espèce, le constat de cette responsabilité initiale, a d'ores et déjà été établi par les organes juridiquement compétents de l'Organisation des Nations Unies. Or, la Cour, n'est pas ici chargée de contrôler la légalité des actes que les organes de l'ONU ont adoptés à propos du Timor oriental. Il n'est pas demandé, par exemple, à la Cour, de condamner le Comité des Vingt-Quatre pour continuer à l'heure actuelle à inscrire chaque année le Timor oriental sur la liste, aujourd'hui

pourtant très courte, des territoires non autonomes.

Au demeurant, avant qu'inspirée par des considérations de *Realpolitik*, Camberra modifie radicalement sa position à l'égard du Timor à partir de la fin des années soixante-dix, le caractère illicite des faits imputables à l'Indonésie était reconnu par l'Australie elle-même, c'est du reste ce qu'à nouveau elle semble reconnaître dans sa duplique, notamment aux paragraphes 41, 60, 62 et 218, auxquels je renvoie respectueusement la Cour.

Quoi qu'il en soit, Messieurs les juges, vous n'entendrez pas de ma part un quelconque argument fondé sur l'*estoppel*, si souvent sollicité dans le cadre du contentieux international. Vous ne l'entendrez tout simplement pas, parce que le problème n'est pas là ! Il n'est pas dans l'appréciation de la licéité des conditions d'intégration du territoire du Timor oriental dans celui d'un Etat tiers.

Faut-il vraiment rappeler que ce n'est pas non plus sur la violation du devoir de non-reconnaissance d'une situation résultant de l'emploi illicite de la force que la Cour est saisie, mais sur la méconnaissance par l'Australie des droits résultant pour le peuple du Timor oriental et pour le Portugal de la qualification dont ils ont fait respectivement l'objet par les Nations Unies²² ? L'argument australien sur tout ce qui se rapporte au comportement indonésien, encore une fois même si elle l'a condamné antérieurement, est donc purement et simplement dépourvu d'objet.

En second lieu, et, cette fois, on touche bel et bien à l'essentiel, en dehors même de la circonstance précitée, il se trouve que les faits mêmes imputables à l'Australie sont juridiquement *parfaitement indépendants de ceux qui sont attribuables à l'Indonésie*. Ils n'en sont pas seulement distincts, ils sont d'une *nature* différente.

Cette autonomie de la responsabilité australienne doit être à présent examinée de la façon la plus approfondie, d'abord à raison du caractère des obligations violées et du cadre d'intervention de leur violation, ensuite en fonction de l'application des règles gouvernant la responsabilité en droit international général.

A. *Le caractère des obligations méconnues par l'Australie garantit l'individualisation de leur imputation dans la seule personne de l'Etat responsable.*

J'ai déjà examiné mardi matin devant la Cour les sources de droit applicables à la présente affaire et les obligations qui en découlent pour l'Australie, ceci me dispense donc d'y revenir en détail. Je me contenterai donc de quelques brefs rappels, touchant aux caractères de ces obligations.

Pour tout ce qui touche à celles que j'ai examinées d'abord mardi matin, c'est-à-dire celles qui découlent de la Charte des Nations Unies, observons que la responsabilité internationale de l'Australie ne se situe pas d'abord sur le plan latéral de relations ordinaires entre Etats²³. Elle se place au contraire dans un cadre particulier, celui du droit gouvernant les rapports entre une institution internationale et ses différents membres et je crois qu'en disant cela je ne cherche nullement à faire de l'ONU ce qu'elle n'est pas, c'est-à-dire un super Etat. C'est simplement une institution internationale de coopération.

Comme nous l'avons vu, la source de la responsabilité de l'Australie se trouve ici dans son manquement au devoir fondamental fait à tous les Etats Membres des Nations Unies «de remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte» (art. 2, par. 2). Ce manquement vise en particulier la méconnaissance par l'Australie du principe du respect des droits des peuples, tel qu'il s'applique au Timor oriental, droits dont je rappelle que l'agent principal de promotion a été désigné par les organes des Nations Unies.

Bien entendu, la seule lecture des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité suffit à établir que l'Indonésie, quant à elle, a également violé ses obligations institutionnelles et statutaires, comme, encore une fois, l'Australie l'avait initialement elle-même reconnu.

Mais les violations du droit des Nations Unies imputables à l'Indonésie ne sont de toute façon pas portées devant la Cour. En la présente affaire, Messieurs les juges, vous n'êtes chargés pas de répondre à la question de savoir si ce pays, c'est-à-dire l'Indonésie, a envahi puis annexé légalement un territoire par la force. Vous n'êtes pas chargés de vous prononcer sur la qualification juridique de la disparition du tiers de la population du Timor dans les trois premières années qui ont suivi cette occupation. Il ne vous est pas davantage demandé de vous prononcer sur la prolongation la plus contemporaine de ces agissements par la répression impitoyable qui continue à s'exercer sur la

population du Timor oriental. Tous ces faits sont patents. Ils sont dramatiques. Je me permettrai même de dire qu'ils sont révoltants. Mais ils ne sont pas portés devant la Cour internationale de Justice.

Vous n'êtes pas sollicités de les examiner ici parce que l'Australie, quant à elle, n'a évidemment nullement participé à aucun des actes de violence directe contre le peuple du Timor oriental. Elle n'est accusée ici, qu'elle se rassure, et d'ailleurs elle le sait très bien, d'aucune complicité pour crimes d'agression ou de génocide.

Ce qu'elle a fait est tout différent, mais constitue néanmoins une série de violations graves du droit international ayant entraîné préjudice. Confrontée à une situation de fait comme aux résolutions qualificatives des Nations Unies, elle n'a pas tardé à reconnaître *de jure* l'annexion du Timor oriental à l'Indonésie, c'est-à-dire à méconnaître le statut du Timor oriental et l'identité de sa puissance administrante et ceci en vue de permettre les négociations qui devaient conduire à l'«accord» de 1989. Dans la réalité des faits, la constitution des actes illicites imputables à l'Australie a de la sorte commencé à s'établir dix ans avant la conclusion de l'«accord», pour se concrétiser progressivement par la suite, au gré de sa négociation et de sa conclusion. Et d'ailleurs, le Portugal le reconnaît volontiers, il lui a fallu un certain temps pour prendre véritablement la mesure des implications concrètes de cette reconnaissance *de jure*. Toujours est-il que c'est ainsi et pas autrement que l'Australie a engagé sa responsabilité à l'égard du peuple et de l'Etat aujourd'hui devant vous. Ce qui compte en d'autres termes dans la présente affaire pour se prononcer sur la responsabilité de l'Australie et sur elle seule, *c'est d'abord de savoir comment, confrontée en tant qu'Etat Membre des Nations Unies à une situation de fait comme aux résolutions des Nations Unies relatives au statut du Timor, elle, et elle seule, a réagi à cette situation.*

L'a-t-elle fait en conformité avec les obligations qui lui sont faites par le droit des Nations Unies ? L'a-t-elle fait au contraire en violation de ces normes ?

Arrêtons-nous d'ailleurs un instant sur les implications que la position de l'Australie entraînerait pour le fonctionnement même de l'Organisation des Nations Unies. Par définition,

s'inscrit dans un contexte multilatéral toute question dont l'Organisation universelle est saisie parce qu'elle intéresse le maintien de la paix ou le respect des principes fondamentaux de la Charte. Ce caractère multilatéral n'est évidemment pas affecté par le fait que la question soulevée met en cause, comme c'est le cas à propos du Timor oriental, la conduite d'un Etat déterminé. Si les autres membres de l'ONU se prévalaient de ce contexte multilatéral et de la mise en cause d'un autre membre pour se décharger de leurs propres responsabilités à l'égard de la situation qu'il a créée, ce serait toute l'économie et la raison d'être de la Charte des Nations Unies qui se trouveraient ruinées. Dans la lettre et l'esprit de la Charte, en effet, le maintien de la paix et, d'une façon plus générale, le respect de tous les principes fondamentaux qui concourent à sa réalisation sont des biens indivis; la sécurité comme la bonne marche de l'Organisation y sont collectives parce que chacun y 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 chacun 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.

Consacrer la doctrine australienne du «c'est pas moi, c'est l'autre et je ne veux pas en savoir davantage» serait dès lors condamner la raison d'être et le fonctionnement de la communauté des «Nations Unies».

Cela dit, au-delà de sa dimension institutionnelle et communautaire, la Charte reste aussi un traité, établissant pour chacune des parties une série d'obligations conventionnelles qui doivent être respectées de bonne foi, je l'ai déjà dit mardi. Cela seul suffirait déjà à identifier les obligations propres à l'Australie, point qui nous intéresse ici. Il est évident que l'on peut en dire de même pour ce qui se rapporte aux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme. Ces obligations conventionnelles ont elles-mêmes été suffisamment invoquées, ne serait-ce que dans le débat public qui, au sein même de l'Australie, a accompagné, pour la critiquer, la décision du Gouvernement australien de reconnaître *de jure* la situation de fait prévalant au Timor, pour que l'Australie ne

puisse aujourd'hui prétendre de bonne foi qu'elle a considéré pouvoir les remplir.

Quant au droit international général, aujourd'hui comme toujours, chaque Etat est tenu de respecter les règles qu'il comporte, consacrées comme étant de droit par la pratique internationale; ceci d'autant plus, bien évidemment, si le principe de droit international en question, en l'occurrence l'obligation de respecter le droit des peuples, fait partie du *jus cogens*, ce qui paraît fort vraisemblable.

En définitive, et je conclurai ici sur ce point, quelle que soit la source de droit applicable dont sont tirées les obligations qui pèsent en propre sur un sujet de droit, c'est à lui d'y répondre.

Ici, en d'autres termes, l'Australie et l'Indonésie sont respectivement les auteurs de faits illicites distincts. Or, en droit international général comme en droit conventionnel, «à faits illicites distincts, responsabilités internationales distinctes». C'est ce point qu'il conviendrait maintenant d'examiner.

Monsieur le Président, je suis à votre disposition. Je peux en traiter en à peu près sept à huit minutes ou je peux m'arrêter ici.

Le PRESIDENT : Non, non, continuez, je vous prie.

M. DUPUY : Je vous remercie.

B. Les règles applicables du droit de la responsabilité internationale des Etats confirment l'autonomie de la responsabilité internationale de l'Australie

Nous venons de le voir, la nature des obligations méconnues par l'Australie entraîne l'individualisation de sa responsabilité. Ce qu'il importe maintenant de voir, c'est que l'application des règles du droit international de la responsabilité le plus classique aboutit au même résultat. Pour synthétiser le contenu de ces règles, on peut partir de l'observation suivante.

D'une façon générale, le droit international de la responsabilité est fondé sur l'individualisation des faits illicites imputables à chaque Etat, lesquels génèrent une responsabilité qui lui est propre; c'est ce qu'exprime notamment l'article premier, lui-même, de la première partie du projet de la Commission du droit international que vous connaissez tous «tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale».

Pour démontrer à quel point, à quel stade le droit international classique de la responsabilité pousse la recherche de l'individualisation de celle-ci, je me référerai à un cas limite qui n'est pas concerné par la présente affaire. Ce cas, c'est celui de la complicité. Je viens de le dire il y a un instant, l'Australie n'est accusée d'aucune complicité mais, a fortiori, on constate que, même dans les cas de participation d'un Etat à la commission d'un fait illicite par un autre, la Commission du droit international sur les rapports du professeur Ago a retenu le principe d'individualisation de responsabilité. Dans le chapitre IV consacré à l'«implication d'un Etat dans le fait internationalement illicite d'un autre Etat», que l'on trouve au septième rapport de M. Ago²⁴, le rapporteur spécial a pris soin d'éliminer toutes les hypothèses prétendues de «participation» d'un Etat à la réalisation d'un fait internationalement illicite par un autre, pour n'en retenir finalement qu'une seule, celle de la complicité. Donc il y avait déjà de toute façon de la part du rapporteur, suivi en cela par la Commission, un travail d'épuration pour ne retenir que le cas de la complicité. Cette dernière : «présuppose nécessairement l'intention de collaborer à la réalisation d'un fait de cette nature et donc, dans les cas envisagés, la connaissance du but spécifique en vue duquel l'Etat destinataire de la fourniture de certains moyens entend se servir de ces derniers»²⁵.

Encore que les données de la présente affaire, je le répète, soient irréconciliables avec l'hypothèse de l'article 27, on doit en tout état de cause constater que cette dernière ne débouche

nullement sur la fusion, voire sur la subordination, de la responsabilité du complice et de celle de l'auteur principal de l'infraction internationale. Bien au contraire, la solution retenue par le rapporteur spécial - et on la trouve à l'article 25 de son rapport qui est devenu ensuite l'article 27 de la première partie du projet - est la suivante : c'est celle de l'autonomie et de l'individualisation de la responsabilité de l'«Etat complice».

En voici les termes :

«L'aide ou l'assistance d'un Etat à un autre Etat, s'il est établi qu'elle est prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite réalisé par ce dernier, constitue elle aussi un fait internationalement illicite, même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituait pas la violation d'une obligation internationale.»

On constate donc que même dans cette hypothèse limite, isolée - et qui, encore une fois, n'est pas la nôtre - où le fait illicite d'un Etat est directement lié à celui d'un autre, le droit international distingue sans ambiguïté la responsabilité des deux Etats en cause²⁶.

Dans ces conditions, Messieurs les juges, la règle générale d'autonomie de la responsabilité de chaque Etat s'applique a fortiori lorsque chacun d'entre eux, comme dans le cas présent, a accompli des faits illicites différents, et parfaitement distincts les uns des autres, temporellement, matériellement et juridiquement.

La même conclusion résulte au demeurant des travaux du troisième rapporteur spécial à la Commission du droit international, M. Arangio-Ruiz, qui, se plaçant quant à lui sous l'angle de la réparation, indique en 1989 que : «*In case of concurring causes of damage, each concerned State [is] responsible only for its own behaviour.*»²⁷

Si je cite cet extrait du rapport de M. Arangio-Ruiz en anglais, c'est parce que j'en ai trouvé la référence dans les écritures du Gouvernement australien dans son exposé écrit sur les exceptions préliminaires qu'il présentait à la Cour à la compétence de celle-ci dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Et le Gouvernement australien de conclure à cet égard et en commentaire à la citation de M. Arangio-Ruiz, qu'elle constituait une «*authority for the obvious principle that each State is responsible for its own conduct*»²⁸.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous en prenons acte !

De l'autonomie de la responsabilité de l'Australie, établie sur les règles de fond qui précèdent, il résulte d'un point de vue procédural que cette responsabilité peut être prononcée par la Cour sans que celle-ci ait à décider de celle d'un quelconque Etat tiers.

On peut donc constater que les circonstances de notre affaire ne vérifient pas le critère d'incompétence et d'irrecevabilité dit «de la

partie indispensable», posé par la Cour elle-même dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome*.

Monsieur le Président, je peux à nouveau continuer pour une durée de 13 minutes mais je peux également m'interrompre.

Le PRESIDENT : Je crois qu'il est temps de nous séparer jusqu'à demain matin à 10 heures où la Cour reprendra ses audiences. La séance est levée.

L'audience est levée à 13 h 5.

Ago, «Deuxième rapport sur la responsabilité internationale des Etats», Annuaire de la Commission du droit international, 1^{re} partie, doc. A/CN.4/233, par. 54.

Anzilotti, La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers, *Revue générale de droit international public*, n° 1, 1906, p. 13-14.

I.J. Recueil 1949, p. 35.

I.J. Recueil 1980, p. 44, par. 95.

I.J. Recueil 1986, p. 146-149.

Dominicé, La satisfaction en droit des gens, *Mélanges Georges Perrein*, Lausanne, Payot, 1984.

Voir les travaux de la Commission du droit international sur les rapports du professeur Gaetano Arangio-Ruiz, *Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats*, doc. A/CN.4/416, par. 29-63, et, plus particulièrement, par. 39-41.

I.J. Recueil 1980, dispositif, par. 3 a), p. 44.

I.J. Recueil 1986, dispositif, par. 12, p. 149.

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante cinquième session, 3 mai-23 juillet 1993, *Nat. des Documents officiels de l'Assemblée générale*, quarante-huitième session, supplément n° 10 (A/48/10), p. 142.

ibid., p. 221.

V. Arangio-Ruiz, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats*, doc. A/CN.4/425/Add.1, par. 185-188, et art. 10 p. 26.

ibid., p. 204.

Supra, par. 7.08-7.10 et 8.20.

Par. II, chap. 1, sect. II, B, p. 92.

Contre-mémoire de l'Australie, p. 96, par. 196.

Voir par ex. Duplique de l'Australie, par. 77, 82, 85, 86, 87, 89, 92, 93.

Contre-mémoire de l'Australie, p. 98, par. 202.

Par. II, chap. 1, sect. III, E, p. 105.

Voir Duplique de l'Australie, par. 110 et s.

Contre-mémoire de l'Australie, p. 106, par. 227.

Duplique du Portugal, par. 2.19 et 2.20.

Réplique du Portugal, chap. V, sect. 3, A.

Doc. A/CN.4/307 et ADD.1 et 2, *A.C.D.I.* 1978, vol. II, première partie, p. 29 et suiv., partie. p. 49 et suiv.

bid, p. 56, par. 72.

Voir par exemple en ce sens I. Brownlie, *State Responsibility*, Part. I, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 189.

Doc. A/CN.4/425, du 9 juin 1989, par. 44 et suiv.

preliminary objections, p. 127.