

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* CALLINAN

1. I have formed the view that it is unnecessary for the Court to indicate provisional measures. Before explaining why I have formed that view, I should say something about the facts of the case so far as they may be discerned at this early stage of these proceedings.

## CONTEXT

2. At any interlocutory stage of any curial proceedings, the true and full facts can rarely be confidently ascertained. An application for provisional relief will almost always be made in circumstances of asserted urgency. Indeed, without urgency there is no foundation for the indication of provisional measures.

3. There is another reason here for uncertainty as to the true factual situation. Australia contends that there are issues of national security involved which are of legitimate concern to it. Sometimes, indeed more often than not, there will, or can be no open, public or close examination whether, and the extent to which, national security may be at risk because such an examination, and disclosures in respect of it, may themselves increase or precipitate the realization of risk. One obvious risk at the forefront of the minds of those engaged in intelligence collection and national security is that their identities, and the nature of the operations in which they have engaged will be disclosed.

4. Many countries, including liberal democracies of which Australia is one, adopt therefore, bipartisan or even completely consensual policies, of not confirming or denying that particular conduct has, or has not been pursued, by their national security agencies.

## FACTS

5. Australia and Timor-Leste are parties to treaties relating to the sharing of revenue from the exploitation of underwater resources in an area of the seas between them. Timor-Leste has instituted proceedings before an arbitral tribunal, for which the Permanent Court of Arbitration is acting as Secretariat, seeking to set aside, avoid, or have declared invalid or otherwise not binding upon it, a 2006 Treaty between the Parties, on the ground, in substance, that Australia was obliged to, but did

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* CALLINAN

*[Traduction]*

1. Je suis d'avis qu'il n'était pas nécessaire que la Cour indique des mesures conservatoires. Avant d'exposer les raisons qui m'ont amené à cette conclusion, je tiens à formuler quelques observations sur les faits de la présente affaire, tels qu'ils peuvent être perçus à ce stade précoce de l'instance.

### LE CONTEXTE

2. Il est rarement possible d'établir avec certitude l'intégralité et la réalité des faits au stade d'une procédure interlocutoire. Une demande en indication de mesures conservatoires est presque toujours introduite dans une situation d'urgence alléguée. De fait, si elle ne présentait pas un caractère d'urgence, il n'y aurait pas lieu d'indiquer des mesures conservatoires.

3. En l'espèce, l'incertitude relative à la réalité des faits tient toutefois aussi à une autre raison. L'Australie affirme en effet que sont en cause certaines questions de sécurité nationale, qui suscitent de sa part des préoccupations légitimes. Or, parfois, pour ne pas dire souvent, le point de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure la sécurité nationale est menacée ne fait pas — ou ne peut faire — l'objet d'un examen transparent, public et approfondi, car pareil examen et les divulgations qui en résulteraient risqueraient d'aggraver les risques en question ou d'en précipiter la réalisation. A cet égard, les responsables de la collecte de renseignements et de la sécurité nationale redoutent bien sûr avant tout que ne soient révélées leur identité et la nature des opérations qu'ils mènent.

4. Nombre de pays, y compris les démocraties libérales telles que l'Australie, ont par conséquent adopté une ligne de conduite consistant à ne pas confirmer ni à infirmer que leurs services chargés de la sécurité ont ou non eu tel ou tel comportement, ligne de conduite qui fait l'objet d'un consensus, tout au moins entre les principales forces politiques.

### LES FAITS

5. L'Australie et le Timor-Leste sont parties à des traités relatifs à la répartition des recettes issues de l'exploitation des ressources sous-marines de la mer qui les sépare. Le Timor-Leste a engagé une procédure devant un tribunal arbitral, dont la Cour permanente d'arbitrage assure le secrétariat, tendant à écarter, à tourner ou à faire déclarer nul ou non contraignant à son égard un traité signé en 2006 entre les Parties, au motif, en substance, que l'Australie n'aurait pas négocié cet instrument

not negotiate the treaty or treaties in good faith. Australia contends that the Arbitral Tribunal does not have jurisdiction over the matter.

6. It is possible, if not likely, that the genesis of the proceedings before the Arbitral Tribunal is a claim said to have been made by a former Australian intelligence officer.

7. That inference arises from various media reports, including one published in May 2013 in the print media of Timor-Leste, a copy of which is reproduced in Australia's presentation, Second Round, of 22 January 2014. It is reported there that an Australian intelligence agent, currently unwell in an Australian hospital, has alleged that Australian intelligence agents broke into, and eavesdropped upon, Timor-Leste's Cabinet rooms nine years ago. The Australian agent is said, in the newspaper report, to have divulged this information in a bid to clear his conscience. The implication there, and elsewhere, is that, by electronically eavesdropping upon Cabinet discussions, Australia was able to derive unfair or unethical advantages in negotiating the later of the treaties to which I have referred. The article identifies an Australian lawyer, Mr. Bernard Collaery, as "Minister [Timor-Leste's] Pires's lawyer".

8. On 2 December 2013, shortly before the Arbitral Tribunal convened a preliminary hearing to give directions with respect to the conduct of Timor-Leste's proceedings there, the Australian Attorney-General and the Minister responsible for the Australian Security Intelligence Organisation (ASIO), issued a search warrant to enable the search and seizure of material to which it refers, at and from Mr. Collaery's legal office and a residence in Canberra. It is important to notice that the Attorney-General was obliged to, and had satisfied himself that there were reasonable grounds for believing that access by ASIO to records and other things on the subject premises would substantially assist the collection of intelligence in accordance with the Act . . . [and] is important in relation to security under section 25 (1) of the Australia Security Organisation Act 1979 (Cth) (the "Act").

9. The search warrant was executed on 3 December 2013. A number of documents and other things were seized, some of which have been returned, and others of which have been retained and are the subject of these proceedings. Mr. Collaery was not present at his legal office when the search warrant was executed there.

10. The fact of the search and seizure came quickly into the public domain. Mr. Collaery, it seems, was interviewed by the Australian public broadcaster, the Australian Broadcasting Corporation, on television on 3 December 2013. He was introduced on the program as "the lawyer for East Timor". He said on air that the Director of the Australian Secret

ou les autres traités susmentionnés de bonne foi, comme elle était tenue de le faire. L'Australie considère que le tribunal arbitral n'est pas compétent pour connaître de cette question.

6. Il est possible, sinon probable, qu'une déclaration qu'aurait faite un ancien agent des services de renseignement australien soit à l'origine de la procédure devant le tribunal arbitral.

7. Cette déduction provient de différentes informations diffusées par les médias, dont un article paru en mai 2013 dans la presse du Timor-Leste, qui figure parmi les éléments que l'Australie a présentés le 22 janvier 2014, lors du second tour de plaidoiries. Il y est indiqué qu'un agent des services de renseignement australien, actuellement souffrant et hospitalisé en Australie, a affirmé que des agents de ces services avaient pénétré, il y a neuf ans, dans des bureaux du Gouvernement du Timor-Leste et les avaient mis sur écoute. D'après cet article, l'intéressé aurait révélé ces informations dans le souci de soulager sa conscience. Cette source, comme d'autres, donne à penser que, en procédant à des écoutes électroniques de discussions du Gouvernement timorais, l'Australie a pu tirer des avantages indus et contraires à l'éthique dans le cadre des négociations du dernier des traités susmentionnés. Il est par ailleurs signalé dans l'article que «l'avocat du ministre [timorais] Pires» est un avocat australien, M. Bernard Collaery.

8. Le 2 décembre 2013, peu avant que le tribunal arbitral ne tienne une audience préliminaire pour décider du déroulement de la procédure engagée par le Timor-Leste, l'*Attorney-General* de l'Australie et ministre chargé de l'Australian Security Intelligence Organisation (ASIO, le service de renseignement intérieur de l'Australie) a émis un mandat de perquisition autorisant l'examen et la saisie de certains éléments expressément désignés, dans les locaux professionnels et d'habitation de M. Collaery à Canberra. Il convient de préciser que, ainsi qu'il y était tenu aux termes du paragraphe 1 de l'article 25 de l'Australian Security Intelligence Organisation Act (loi du Commonwealth d'Australie sur l'ASIO, ci-après «la loi») de 1979, l'*Attorney-General* avait acquis la conviction qu'il existait des motifs raisonnables de penser que, en accédant à certains documents ou autres éléments dans les locaux visés par le mandat, l'ASIO apporterait une contribution substantielle à la collecte de renseignements, conformément à la loi, en ce qui concerne une question importante du point de vue de la sécurité.

9. Le mandat de perquisition a été exécuté le 3 décembre 2013. A cette occasion, des documents et autres éléments ont été saisis, dont certains ont été restitués et d'autres, conservés. Ce sont ces derniers qui font l'objet de la présente instance. M. Collaery n'était pas présent à son cabinet au moment de la perquisition.

10. La nouvelle de la perquisition et de la saisie s'est rapidement propagée. Ainsi, dès le 3 décembre 2013, M. Collaery a, semble-t-il, été interrogé par la chaîne de télévision publique australienne, l'Australian Broadcasting Corporation. Présenté comme «l'avocat du Timor-Leste», il a déclaré à l'antenne que le directeur de l'Australian Secret Intelligence

Intelligence Service (ASIS) ordered a team into Timor to conduct work which was well outside the proper function of ASIS. The interviewer referred to a witness who had been questioned “tonight”. Mr. Collaery’s response was that the “witness” was a “very senior, experienced, officer who formed a proper view . . .”. Further derogatory references were made by Mr. Collaery to Australia and ASIO. He said that the oral evidence of a prime witness [in the arbitration] was being muzzled. Not surprisingly, these events were followed up by the media. A reporter employed by the Australian Broadcasting Corporation said on air on 4 December said that “the spy has now revealed all and is the star witness for an East Timorese legal action in The Hague to have the billion dollar Treaty recapped. His identity remains a tightly guarded secret.” On another occasion, shortly afterwards Mr. Collaery (from Amsterdam) is reported to have “called for a full inquiry”.

11. One other reference to media reports may be relevant. *The Sydney Morning Herald*, a Sydney broadsheet, purported to quote Mr. Pires, Timor-Leste’s National Resources Minister as having “. . . identified the team of people who came in to do the bugging. We have their names. They are males, along with a possible lady spy.” The report added that Mr. Pires acknowledged that the members of the team might be at risk if their names got out over the internet.

12. In interlocutory proceedings hearsay evidence is frequently provisionally received. The point needs to be made here that some of the *evidence* to which I have referred, consisting as it does of media reports, is not only untested, but is also double hearsay, in that it is stated by a person one or two persons removed from the person claiming to have direct knowledge of the facts.

13. It is also relevant to observe that Mr. Collaery’s exact position or role has its ambiguities and could conceivably give rise to conflicts. It appears from a letter of 12 December 2013 put before this Court, that a Sydney Queen’s Counsel has been briefed by Mr. Collaery to advise and confer with an anonymous witness, who it can reasonably be inferred is the former agent responsible for the claims of entry into Timor-Leste’s Cabinet rooms. According to the letter from that counsel (which was sent to a senior official of the Attorney-General’s department) Mr. Collaery would withdraw as the solicitor for the anonymous witness, and be replaced by another, unnamed solicitor. It is not entirely clear therefore which of the documents that were seized and retained in execution of the search warrant in Mr. Collaery’s office came into existence as a result of instructions from Mr. Pires personally, Timor-Leste, or the anonymous witness. In short, it is not at this stage clear, so far as at least some of the seized material is concerned, who is the person entitled to claim legal professional privilege in respect of, and any sort of possible proprietary or other interest in it.

Service (ASIS, le service de renseignement extérieur de l'Australie) avait envoyé une équipe au Timor dans le cadre d'une mission qui dépassait largement les fonctions de ce service. Lorsque le présentateur a précisé qu'un témoin avait été interrogé le soir-même, M. Collaery a répondu qu'il s'agissait d'«un haut responsable ... fort expérimenté, qui s'était forgé sa propre opinion». Il a également tenu des propos désobligeants envers l'Australie et l'ASIO, et affirmé que le principal témoin (dans la procédure d'arbitrage) était réduit au silence. Les médias ont aussitôt relayé ces éléments, ce qui n'est guère surprenant. Le 4 décembre, un journaliste de l'Australian Broadcasting Corporation a ainsi déclaré que «l'espion a[vait] désormais tout révélé et [était] le témoin vedette d'une action judiciaire introduite à La Haye par le Timor-Leste pour renégocier le traité, compte tenu des milliards de dollars en jeu, [et que] son identité rest[ait] un secret bien gardé». Peu de temps après (depuis Amsterdam), M. Collaery aurait «demandé une enquête complète».

11. Un autre article mérite d'être mentionné. Selon le quotidien de référence *The Sydney Morning Herald*, M. Pires, ministre des ressources nationales du Timor-Leste, aurait déclaré ce qui suit: «Nous pensons avoir identifié l'équipe qui s'est introduite dans nos locaux pour y installer les micros. Nous connaissons leurs noms. C'étaient des hommes, peut-être accompagnés d'une femme espionne.» Il était également indiqué dans cet article que M. Pires reconnaissait que les membres de l'équipe en question risquaient de courir un danger si leurs noms venaient à filtrer sur Internet.

12. Dans une procédure interlocutoire, il est fréquent que les preuves par ouï-dire soient admises à titre provisoire. En l'espèce, il convient cependant de souligner que certains des *éléments de preuve* que j'ai mentionnés, à savoir des informations relayées par les médias, non seulement n'ont pas été vérifiés, mais constituent des ouï-dire indirects, c'est-à-dire qu'une personne rapporte, par l'intermédiaire d'une ou deux autres, le témoignage de celle qui prétend avoir une connaissance directe des faits.

13. Il convient également de relever que le statut ou le rôle exact de M. Collaery est ambigu et, potentiellement, source de conflits. Il ressort en effet d'une lettre datée du 12 décembre 2013 qui a été présentée à la Cour que M. Collaery a donné pour instructions à un Queen's Counsel de Sydney de s'entretenir avec un témoin anonyme et de le conseiller, témoin dont il est permis de penser qu'il s'agit de l'ancien agent qui aurait fait les déclarations relatives aux écoutes dans les bureaux du Gouvernement du Timor-Leste. Or, d'après la lettre de ce conseil (adressée à un haut responsable des services de l'*Attorney-General*), M. Collaery cesserait de représenter le témoin anonyme et serait remplacé par un autre avocat, dont l'identité n'est pas connue. L'on ne sait donc pas avec certitude quels sont les documents, parmi ceux qui ont été saisis et conservés en application du mandat de perquisition visant le cabinet de M. Collaery, qui ont été établis sur la base d'instructions données personnellement par M. Pires (Timor-Leste) ou par le témoin anonyme. En bref, le point de savoir qui est fondé à invoquer le secret professionnel des avocats et conseils ou un éventuel droit de propriété ou autre droit n'est pas clair à ce stade, du moins en ce qui concerne certains des éléments saisis.

14. The Attorney-General (a democratically elected senator in the Australian Parliament and the First Law Officer of the Commonwealth of Australia), on 4 December 2013 made both a statement to the Senate Chamber and to the public of the kind to which I have referred in paragraph 4 hereof:

“As Honourable Senators are aware, it has been the practice of successive Australian Governments not to comment on security matters. I intend to observe that convention. However, in view of the publicity which has surrounded the matter since yesterday, I consider that it would be appropriate for me to make a short statement about the matter which does not trespass beyond the convention, and which will also provide an opportunity to correct some misleading statements that have been made in the Chamber this morning, and by others.

Warrants of the kind executed yesterday are issued under section 25 of the Australian Security Intelligence Organisation Act 1979 (the Act). They are only issued by the Attorney-General at the request of the Director-General of ASIO, and only if the Attorney-General is satisfied as to certain matters. It is important to make that point, since it was asserted by Senator . . . , in apparent ignorance of the Act, that I had ‘set ASIO onto’ these individuals. The Attorney-General never initiates a search warrant; the request must come from ASIO itself.

A search warrant may only be issued by the Attorney-General if the conditions set out in section 25 (2) are fulfilled. That provision requires that the Attorney be satisfied that there are reasonable grounds . . . in respect of a matter that is important in relation to security . . . ”

15. From no later than 10 December 2013, Timor-Leste had been represented by another firm of solicitors, DLA Piper (“Piper”). That firm entered into an exchange of correspondence with the Attorney-General, and senior officials of his Department. In it, Piper demanded copies of the search warrant(s) and the return of all of the documents which had been seized and returned. Because Australia declined to comply with Piper’s demand, Timor-Leste instituted these proceedings on 17 December 2013. The nature of the proceedings, and the provisional relief now sought appear fully from the Order of the Court. In the exchange of correspondence to which I have referred, Australia has adopted the position that Timor-Leste should seek to vindicate such rights as it may have in the domestic courts of Australia.

#### THE LEGAL POSITION

16. I take the jurisprudence of this Court to be that it will indicate provisional measures only if these conditions are satisfied: that the case is

14. Le 4 décembre 2013, l'*Attorney-General* (un sénateur démocratiquement élu au Parlement australien qui est aussi le premier gardien du droit du Commonwealth d'Australie) a prononcé devant le Sénat une déclaration publique, dans laquelle il a fait sienne l'approche que j'ai mentionnée au paragraphe 4 :

« Mesdames et Messieurs les Sénateurs, comme vous le savez, les Gouvernements australiens successifs ont pour pratique de ne pas commenter les questions liées à la sécurité, et j'entends me conformer à cet usage. Compte tenu de la publicité qui entoure cette affaire depuis hier, il me semble toutefois opportun de faire une brève déclaration, qui ne dérogera pas à la règle, et permettra de corriger certaines affirmations fallacieuses que nous avons entendues ce matin.

.....

Les mandats du type de ceux qui ont été exécutés hier sont émis en vertu de l'article 25 de l'*Australian Security Intelligence Organisation Act* de 1979. Ils ne sont délivrés que par l'*Attorney-General*, à la demande du directeur général de l'ASIO et uniquement si l'*Attorney-General* s'est assuré de certains éléments. Ce point est essentiel, car, méconnaissant apparemment la loi, le Sénateur ... a affirmé que j'avais « lâché l'ASIO contre » ces personnes. Or, l'*Attorney-General* ne prend jamais l'initiative d'émettre un mandat de perquisition ; la demande doit venir de l'ASIO elle-même.

.....

Un mandat de perquisition ne peut être délivré par l'*Attorney-General* que s'il a été satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 25. Cette disposition exige que l'*Attorney-General* ait acquis la conviction qu'il existe des motifs raisonnables ... concernant une question importante du point de vue de la sécurité... »

15. Dès le 10 décembre 2013, le Timor-Leste était représenté par un autre cabinet d'avocats, DLA Piper (ci-après « Piper »), qui a entamé des échanges de correspondance avec l'*Attorney-General* et de hauts responsables des services de ce dernier. Piper y exigeait des copies de ou des mandats de perquisition, ainsi que la restitution de tous les documents saisis et conservés. L'Australie ayant refusé de se plier à cette exigence, le Timor-Leste a introduit la présente instance le 17 décembre 2013. La nature de celle-ci ainsi que les mesures conservatoires qui ont été sollicitées sont clairement exposées dans l'ordonnance de la Cour. Dans la correspondance susmentionnée, l'Australie a exprimé sa position, à savoir que le Timor-Leste devrait chercher à faire valoir ces droits devant les tribunaux australiens.

#### LA SITUATION JURIDIQUE

16. Selon moi, il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci ne peut indiquer des mesures conservatoires que s'il est satisfait aux condi-

prima facie within its jurisdiction, is admissible; it is plausible; it is urgent; and, if the conduct complained of is not stopped, there is a risk that the moving party will be irreparably harmed. I do not take it to be settled international law that if those conditions are satisfied, the Court must indicate provisional measures. If it were otherwise, this Court, unlike almost any other court anywhere else in the world, would deny itself the exercise of a nuanced discretionary judgment that had regard to all of the relevant circumstances.

17. The distinction as a matter of substance between jurisdiction and admissibility is not always a clear one. As a general principle, parties cannot confer a jurisdiction upon a court that it does not lawfully have. Timor-Leste has itself quite properly pointed out that this Court must satisfy itself that it has prima facie jurisdiction. By prima facie, I take Timor-Leste to mean, I think, at least for the purposes of the current application for measures of a provisional kind only, arguable jurisdiction.

18. Both Timor-Leste and Australia have made declarations acknowledging that the jurisdiction of the Court is compulsory. In its Declaration (under Article 36 (2)), Australia has made a reservation to exclude

“any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf, or arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone, pending its delimitation”.

That reservation was the subject of submissions by Australia in the recent case of *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*. It is unnecessary to say anything further about that reservation, or the effect of Australia’s recent submissions about it in that case at this stage of these proceedings because Australia does not, in relation to the provisional measures sought by Timor-Leste, seek to rely upon the reservation. It is not apparent therefore whether Australia will seek to found upon that reservation at any later stage of these proceedings an argument that the subject material in so far as it relates to, for example, “the exploitation [of] any maritime zone pending the delimitation . . .” is beyond the jurisdiction of the Court, or makes the case inadmissible here.

19. Australia informed the Court (on 21 January 2014) that while it might well contest the jurisdiction and admissibility of Timor-Leste’s Application, at the merits phase or earlier, it will not be raising jurisdictional or admissibility matters on Timor-Leste’s request for provisional measures.

20. Another possible argument, in the alternative, against admissibility or jurisdiction has been adverted to in the pleadings. It is that by reason of the exception in Australia’s Optional Clause Declaration with respect

tions suivantes: l'affaire doit relever *prima facie* de sa compétence et la requête doit être recevable; les droits invoqués doivent être plausibles; la situation doit revêtir un caractère d'urgence et, si le comportement en cause ne cesse pas, le demandeur risque de subir un préjudice irréparable. Il n'est cependant pas de règle internationale établie obligeant la Cour, si lesdites conditions sont remplies, à indiquer des mesures conservatoires. Si tel était le cas, la Cour, contrairement à la quasi-totalité des autres juridictions de par le monde, serait privée de la faculté d'exercer, en la matière, une appréciation discrétionnaire en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes.

17. Sur le fond, la distinction entre compétence et recevabilité n'est pas toujours claire. Le principe général est que les parties ne sauraient conférer à une juridiction une compétence que celle-ci ne possède pas en droit. Le Timor-Leste a lui-même souligné à juste titre que la Cour devait s'assurer de sa compétence *prima facie*. Par cette expression, il entendait, me semble-t-il, une compétence qui puisse se justifier, au moins aux fins de connaître de sa demande en indication de mesures conservatoires.

18. Le Timor-Leste et l'Australie ont tous deux fait des déclarations reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour. Celle que l'Australie a faite (en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour) était assortie d'une réserve excluant

«tout différend relatif à la délimitation de zones maritimes, y compris la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental, ou en rapport avec cette délimitation ou découlant de l'exploitation de toute zone objet d'un différend adjacente à une telle zone maritime en attente de délimitation».

Cette réserve a donné lieu à certaines conclusions que l'Australie a présentées dans la récente affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))*. A ce stade de la procédure, il était toutefois inutile de s'étendre sur ladite réserve ou sur l'effet de ces conclusions, étant donné que, s'agissant des mesures conservatoires sollicitées par le Timor-Leste, l'Australie ne l'avait pas invoquée. Reste à savoir si elle cherchera à le faire ultérieurement pour étayer un éventuel argument selon lequel l'objet de la requête, au motif qu'il est par exemple lié à «l'exploitation [d']une telle zone maritime en attente de délimitation», échappe à la compétence de la Cour ou rend cette requête irrecevable.

19. L'Australie a informé la Cour (le 21 janvier 2014) que, bien qu'il soit possible qu'elle conteste la compétence de celle-ci et la recevabilité de la requête introductive d'instance déposée par le Timor-Leste lors de la phase du fond — voire avant —, elle n'entendait pas soulever pareilles questions dans le cadre de l'examen de la demande en indication de mesures conservatoires.

20. Un autre éventuel argument d'incompétence ou d'irrecevabilité, à titre subsidiaire, a été évoqué à l'audience, à savoir que, compte tenu de la réserve énoncée dans la déclaration faite par l'Australie au titre de la

to “any dispute in regard to which the parties thereto have agreed or shall agree to have resolved by some other method of peaceful settlement”, this Court is denied jurisdiction or should not admit Timor-Leste’s claim in this Court. Such an argument would be based upon Article 23 of the 2002 Treaty between the Parties. It is an argument that I understand has been foreshadowed by Australia already as depriving the Arbitral Tribunal of jurisdiction to entertain Timor-Leste’s claim there.

21. The threshold for an indication of provisional relief is not high. Australia offers undertakings<sup>1</sup> which, in my opinion, are adapted to and sufficient for, the circumstances of the case. That this is so relieves the Court of the need to give any lengthy consideration now to jurisdiction and admissibility. If and when that need arises, it may be helpful to revisit some earlier opinions of judges of the Court. The jurisprudence of the Court on these issues has not of course stood still since 1974, but I doubt whether what Sir Garfield Barwick said about admissibility then in his dissenting opinion in the *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* case<sup>2</sup> has been rejected in whole or in part, or fully considered since:

“I observed earlier that there is no universally applicable definition of the requirements of admissibility. The claim may be incompetent, that is to say inadmissible, because its subject-matter does not fall within the description of matters which the Court is competent to hear and decide<sup>3</sup>; or because the relief which the reference or application seeks is not within the Court’s power to consider or to give; or because the applicant is not an appropriate State to make the reference or application, as it is said that the applicant lacks standing in the matter; or the applicant may lack any legal interest in the subject-matter of the application or it may have applied too soon or otherwise at the wrong time, or, lastly, all preconditions to the making or granting of such a reference or application may not have been performed, e.g., local remedies may not have been exhausted. Indeed it is possible that there may arise other circumstances in which the reference or application may be inadmissible or not receivable. Thus admissibility has various manifestations.

Of course all these elements of the competence of the reference or application will not necessarily be relevant in every case. Which form of admissibility arises in any given case may depend a great deal on the source of the relevant jurisdiction of the Court on which reliance is placed and on the terms in which its jurisdiction is expressed. This, in my opinion, is the situation in this case.”

---

<sup>1</sup> The undertakings are set out in the Order of the majority.

<sup>2</sup> *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 423.

<sup>3</sup> Competence and power to hear may also raise jurisdictional questions.

clause facultative qui exclut « tout différend pour lequel les parties ont convenu ou conviennent d'avoir recours à une autre méthode de règlement pacifique », la Cour ne peut se déclarer compétente ni juger recevable la requête du Timor-Leste. Cet argument serait fondé sur l'article 23 du traité de 2002 conclu entre les Parties. Il me semble que l'Australie a déjà laissé entendre qu'elle le ferait valoir pour contester la compétence du tribunal arbitral et l'empêcher de connaître de la demande que le Timor-Leste lui a présentée.

21. Les conditions régissant l'indication de mesures conservatoires ne sont pas strictes. Or, l'Australie a donné des engagements<sup>1</sup> qui, selon moi, étaient adaptés aux circonstances de l'espèce et suffisants à cet égard, ce qui dispensait la Cour de s'appesantir à ce stade sur les questions de la compétence et de la recevabilité. Si cela devait se révéler nécessaire par la suite, il pourrait toutefois être utile de se référer à certaines opinions antérieures exposées par des juges de la Cour. Certes, la jurisprudence de cette dernière sur ces questions n'est pas restée figée depuis 1974, mais je doute que les vues que sir Garfield Barwick avait exprimées sur la recevabilité dans son opinion dissidente en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*<sup>2</sup> aient, depuis lors, été rejetées en tout ou en partie, ou pleinement prises en compte :

« J'ai dit plus haut qu'il n'y a pas de définition universellement applicable des conditions de la recevabilité. La demande peut n'être pas recevable parce que son objet n'est pas de ceux sur lesquels la Cour puisse statuer<sup>3</sup>; ou parce que la Cour n'a pas le pouvoir d'envisager ni d'accorder la mesure sollicitée; ou encore parce que l'Etat requérant n'est pas habilité à introduire l'instance, n'ayant pas qualité pour agir en l'espèce; ou parce que le demandeur peut n'avoir aucun intérêt juridique par rapport à l'objet de la requête, ou bien il peut avoir agi trop tôt ou au mauvais moment; enfin toutes les conditions qui doivent précéder la présentation de l'acte introductif d'instance ou la saisine n'ont peut-être pas été respectées, par exemple si tous les recours internes n'ont pas été épuisés. Bien entendu, il peut y avoir encore d'autres cas dans lesquels l'acte introductif d'instance est irrecevable. L'irrecevabilité se manifeste ainsi sous diverses formes.

Certes, tous ces éléments relatifs à la recevabilité ou à la validité de l'acte introductif d'instance ne valent pas nécessairement dans tous les cas. Quel est le problème particulier de recevabilité qui se pose dans une espèce donnée? Cela dépend dans une large mesure de la source invoquée pour fonder la compétence de la Cour et des termes dans lesquels cette compétence est exprimée. Telle est à mon avis la situation en l'espèce. »

<sup>1</sup> Ces engagements sont reproduits dans l'ordonnance.

<sup>2</sup> *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 423.

<sup>3</sup> La compétence et le pouvoir de statuer peuvent aussi soulever des questions juridiques.

There are other aspects of the passage that I have quoted from Sir Garfield Barwick's opinion which may have relevance if what he said there is not inconsistent with the ratio of the Court's Order, or foreclosed by subsequent decisions of the Court. The first relates to the relevance of non-exhaustion of domestic local remedies. In its responses to Piper's complaints before the institution of these proceedings, Australia urged Timor-Leste to seek relief from the Australian courts. The Applicant declined to do so. Could it have done so? Should it have done so? Could a refusal to do so argue against urgency? Is non-recourse to domestic courts relevant to the exercise of a discretionary judgment of this Court? *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*<sup>4</sup>, upon which Timor-Leste relies, may not assist it. The passage quoted from A. V. Dicey in Viscount Simonds's speech<sup>5</sup> is concerned with cases against a sovereign State. It does not suggest that a State cannot or should not resort to courts of another State as a claimant or plaintiff. It is also an example of a coincidence of domestic law and international law of a kind which may — a matter not to be decided now — be the situation in Australia with respect to legal professional privilege and proprietary and sovereign rights.

22. Another aspect of the passage quoted that may be of relevance is the residence or otherwise in this Court of a general discretion to grant or refuse relief, particularly of the kind that was being dealt with there, and is being sought here, that is relief of an injunctive kind. It would be unusual if this Court did not have a broad discretion in such circumstances, but no opinion needs to be formed about that, or indeed, any of the questions posed which may or may not arise in the future.

23. As Judge Greenwood emphasized at paragraph two of his declaration in the case of *Costa Rica v. Nicaragua*<sup>6</sup>, the Court's decision on a request for provisional measures is not an interim ruling on the merits. Nor does such a request require a concluded opinion on legal issues.

24. I will touch however upon the matter of irreparable damage, merely to say that the concept is analogous with common law principle which holds that interlocutory or provisional relief will not be ordered if, for example, damages or perhaps some other remedy would be an adequate remedy, adding that in a real sense a satisfactory undertaking takes the place of other adequate remedy.

---

<sup>4</sup> [1958] AC 379.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at 394.

<sup>6</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 46.

Certains aspects de cet extrait de l'opinion de sir Garfield peuvent présenter un intérêt s'ils ne sont pas incompatibles avec le raisonnement que la Cour a suivi dans son ordonnance ou ne se trouvent pas invalidés par des décisions ultérieurement prises par elle. Le premier est l'importance du non-épuisement des recours internes. En réponse aux griefs formulés par Piper avant l'introduction de la présente instance, l'Australie a engagé le Timor-Leste à s'adresser aux juridictions australiennes. Le demandeur a refusé. Pouvait-il le faire? Le devait-il? Ce refus plaide-t-il contre l'urgence? Le non-recours aux juridictions nationales doit-il entrer en ligne de compte dans l'exercice, par la Cour, de son pouvoir discrétionnaire? A cet égard, je crains que l'affaire *Rahimtoola c. Nizam of Hyderabad*<sup>4</sup>, sur laquelle le Timor-Leste s'est appuyé, ne lui soit d'aucun secours. Le passage de la déclaration du vicomte Simonds<sup>5</sup>, tiré de A. V. Dicey, concerne en effet des actions engagées à l'encontre d'un Etat souverain. Il ne donne nullement à penser qu'un Etat ne peut ou ne devrait pas recourir aux juridictions d'un autre Etat en tant que demandeur ou plaignant. Cet extrait semble en outre indiquer que, en ce qui concerne la protection du secret professionnel des avocats et conseils ainsi que les droits de propriété et les droits souverains, le droit interne de l'Australie concorde avec le droit international, question qu'il n'était toutefois pas nécessaire de trancher à ce stade.

22. Un autre aspect du passage susmentionné pouvant se révéler pertinent est le point de savoir si la Cour possède ou non le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser des mesures de redressement, notamment sous la forme de celles qui étaient en cause dans l'affaire précitée ou sollicitées en la présente espèce, c'est-à-dire des mesures de nature injonctive. Il serait surprenant que la Cour ne dispose pas d'un large pouvoir discrétionnaire en la matière, mais il n'est pas nécessaire de prendre position sur ce point ni, d'ailleurs, sur toute autre question susceptible de se faire jour ultérieurement à cet égard.

23. Ainsi que M. le juge Greenwood l'a souligné au paragraphe 2 de sa déclaration dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*<sup>6</sup>, la décision de la Cour sur une demande en indication de mesures conservatoires ne constitue pas une décision provisoire au fond. Pareille demande ne requiert pas non plus d'avoir un avis arrêté sur les questions juridiques.

24. Je n'aborderai la question du préjudice irréparable que pour préciser que cette notion est analogue au principe de la *common law* selon lequel des mesures interlocutoires ou conservatoires ne sauraient être ordonnées si, par exemple, le paiement de dommages-intérêts ou d'autres formes de réparation constituent un remède adéquat. J'ajouterai que, d'une certaine façon, un engagement satisfaisant peut tenir lieu de remède adéquat.

<sup>4</sup> [1958] A.C. p. 379.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 394.

<sup>6</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 46.

25. The existence of a sovereign inviolability of documents in the possession of a lawyer in another country is a large claim, and, I think, possibly novel. Whether it will be necessary for the Applicant to show that there is an absolute inviolability or immunity can only be determined after full argument.

26. As important and extensive a privilege it is, there may also be reason for concern about the absoluteness (in domestic and international law) of legal professional privilege when a nation's security may be in jeopardy. Any court, including this Court, would be conscious of the unlikelihood that any nation or its leaders would regard themselves as bound to treat national security as inferior, or subject to, legal professional privilege. The extent to which there is a settled principle of legal professional privilege, unique to the law of nations, and immune to any limitation in an international or national interest, will require detailed and careful argument. The same may be said of an absolute sovereign right in respect of documents in the possession of a sovereign nation's lawyers in another country.

27. On the final hearing, the nature and breadth of the so-called fraud or crime exception to legal professional (and a sovereign right or privilege) will also need to be the subject of full argument. That exception has been recognized in domestic law since the nineteenth century, if not earlier<sup>7</sup>. A question that may require a decision is whether an intrusion upon a privilege that, either purposely or incidentally, would both uncover evidence of a crime or fraud, and help to prevent the commission or furtherance of a crime or fraud, would fall within the exception. Here, for example, it is possible that the documents seized would answer both of those descriptions. If legal professional privilege were to be subject to an exception (which it is not) solely to enable the gathering of evidence to prove that a crime of fraud has been committed, the privilege would be subverted.

28. Another claim, of an unrestricted proprietary right (not dependant on sovereignty) was made to the seized documents. In deciding upon the existence or otherwise, or the extent, of any of these asserted rights, there may be the further factor to be considered, that is of the commercial and legal role and obligations of the lawyer in physical possession of the documents. That lawyer will be subject to relevant domestic commercial and legal regulatory regimes of the host nation, over which any proprietary sovereign or legal professional privilege rights may or may not prevail. So too, if a simple proprietary (as opposed to a special sovereign proprietary) right is claimed, regard may need to be had to section 51 (xxxii) of

---

<sup>7</sup> *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 QBD 153; see also discussion of earlier cases in J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, Vol. 8, rev. 1961, para. 2298, at pp. 572-577.

25. L'existence d'un droit souverain à l'inviolabilité de documents se trouvant en la possession d'un avocat dans un autre pays constitue une prétention de portée étendue qui, selon moi, pourrait se révéler inédite. La question de savoir si le demandeur devra démontrer qu'il existe un droit absolu à l'inviolabilité ou à l'immunité ne pourra cependant être tranchée qu'après que les Parties auront entièrement exposé leur argumentation.

26. Si importante et étendue que soit cette protection, il pourrait également y avoir lieu de s'inquiéter du caractère absolu (en droit interne comme en droit international) du secret professionnel des avocats et conseils lorsque la sécurité d'une nation risque d'être compromise. Toute juridiction, y compris la Cour, sait qu'il n'est guère vraisemblable qu'une nation ou ses dirigeants s'estiment tenus de faire passer la sécurité nationale après le secret professionnel des avocats et conseils, ou de la considérer comme y étant subordonnée. Dès lors, le point de savoir dans quelle mesure le secret professionnel des avocats et conseils est un principe établi, propre au droit des gens et exempt de toute limite pour cause d'intérêt national ou international, devra faire l'objet d'un examen détaillé et approfondi, de même que la question de l'existence d'un droit souverain absolu à l'égard de documents qui sont en la possession de l'avocat d'une nation souveraine dans un autre pays.

27. Au moment de l'examen au fond, la nature et la portée de ce qui a été qualifié d'exception (au sens d'un droit souverain) au secret professionnel des avocats et conseils en cas de fraude ou d'infraction pénale devront également être pleinement exposées. Cette exception a été reconnue en droit interne dès le XIX<sup>e</sup> siècle, si ce n'est avant<sup>7</sup>. Une question qui devra peut-être être tranchée consiste à savoir si une entorse au secret professionnel qui mettrait au jour — que ce soit à dessein ou de manière fortuite — des éléments de preuve d'une fraude ou d'une infraction pénale et contribuerait à en prévenir la commission ou la facilitation entrerait dans le champ de cette exception. En l'espèce, par exemple, il est possible que les documents saisis revêtent ces deux caractéristiques. S'il ne devait y avoir d'exception au secret professionnel des avocats et conseils que pour permettre de recueillir des éléments prouvant qu'une infraction pénale ou une fraude a été commise (ce qui n'est pas le cas), cette prérogative serait dénaturée.

28. Une autre prétention a été formulée à l'égard des documents saisis, à savoir celle d'un droit de propriété inconditionnel (indépendamment de la souveraineté). Aux fins de déterminer si pareil droit existe et, le cas échéant, quelle en est la portée, il peut être nécessaire de prendre en considération un facteur supplémentaire, celui du rôle juridique et commercial et des obligations de l'avocat qui se trouve en la possession des documents en question. Cet avocat sera en effet soumis à la réglementation juridique et commerciale applicable de la nation hôte, sur laquelle tout droit de propriété souverain ou ayant trait au secret professionnel des avocats et conseils peut ou non prévaloir. Ainsi, si un droit de propriété simple (par opposition à un

<sup>7</sup> *R. c. Cox and Railton* (1884), QBD, vol. 14, p. 133; voir également l'examen d'affaires antérieures dans J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, rev. 1961, par. 2298, p. 572-577.

the Australian Constitution which confers upon the Commonwealth the power to acquire property (that is, of any kind, including copyright) on just terms for a Commonwealth, that is to say, a sovereign purpose, one of which is of course defence (s 51 (vi)).

#### THE ROLE OF THE ATTORNEY-GENERAL

29. Timor-Leste made a submission that, in signing and therefore re-issuing the warrants, the Attorney-General was, under international law, carrying out a judicial or quasi-judicial function. It is unnecessary to decide, but there is reason to doubt (without deciding) whether, even under any extended meaning of “quasi-judicial”, that is so. Under section 75 (v) of the Australian Constitution, any and all officers of the Commonwealth of Australia are amenable to the prerogative writs of *certiorari*, prohibition and *mandamus*, as well as injunction and declarations. The High Court of Australia has consistently and repeatedly held this to be so since 1903. The Attorney-General is a member of the Executive, and neither a judge nor a quasi-judge<sup>8</sup>. He is no more exercising a judicial power or quasi-judicial power in satisfying himself that a search warrant should be issued than is a police officer or a medical officer in requiring or taking a blood or other sample from the person of a criminal suspect, an intrusive requirement routinely enforced in countries all over the world.

#### UNDERTAKINGS

30. Undertakings are repeatedly given and accepted in lieu of the making of orders by courts in common law countries. A failure to honour an undertaking is likely to expose anyone who has given it to penalty for contempt of court. Solemnly given as they were here to this Court, they are binding upon Australia. In any event, it is unthinkable that the First Law Officer of the Commonwealth, in his capacity both as a senior counsel obliged as an officer of the Courts of Australia to act honestly in all professional affairs and a Minister answerable to the Parliament, would not honour all undertakings given to this Court.

---

<sup>8</sup> As to the political and administrative or executive features and role of a Minister in Australia, see: *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Jia* (2001), 205 CLR at 244-245. Chapter 3 of the Australian Constitution and the whole structure of the Constitution contemplate both a functional and legal separation in Australia of the Parliament, the Executive and the Judiciary. See also *R. v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956), 94 CLR 254.

droit de propriété souverain spécifique) est allégué, il peut être nécessaire de tenir compte de l'alinéa xxxi) de l'article 51 de la Constitution australienne, qui confère au Commonwealth le pouvoir d'acquérir des biens (de toute nature, y compris des droits d'auteur) appartenant à un autre Etat dans des conditions justes pour ce dernier et à des fins souveraines, parmi lesquelles figure bien entendu la défense (alinéa vi) de l'article 51).

#### LE RÔLE DE L'*ATTORNEY-GENERAL*

29. Le Timor-Leste a affirmé que, en signant et, par là même, délivrant les mandats, l'*Attorney-General* avait exercé, au regard du droit international, une fonction judiciaire ou quasi judiciaire. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, il est néanmoins permis de douter (sans se prononcer définitivement) qu'il en soit ainsi, même en prenant l'expression «quasi judiciaire» dans son sens large. Conformément à l'alinéa v) de l'article 75 de la Constitution de l'Australie, tout fonctionnaire du Commonwealth d'Australie peut faire l'objet d'ordonnances de *certiorari*, de citations à comparaître, d'interdictions ou d'injonctions, ce que la High Court of Australia a toujours confirmé depuis 1903. L'*Attorney-General* est un membre de l'exécutif, et non un juge ou assimilé<sup>8</sup>. Il n'exerce pas davantage un pouvoir judiciaire lorsqu'il vérifie s'il y a lieu de délivrer un mandat de perquisition que ne le fait l'agent de police qui ordonne un prélèvement sanguin sur la personne d'un suspect ou le professionnel de la santé qui effectue ce prélèvement, mesure attentatoire à la vie privée couramment appliquée dans le monde.

#### LES ENGAGEMENTS

30. Dans les pays de *common law*, il est très fréquent qu'un engagement soit donné et accepté en lieu et place d'une ordonnance rendue par un tribunal, tout manquement à pareil engagement pouvant entraîner des sanctions pour outrage audit tribunal. En l'espèce, l'Australie était liée par les engagements qu'elle avait solennellement pris devant la Cour. Quoi qu'il en soit, il est inconcevable que le premier gardien du droit du Commonwealth d'Australie, en sa qualité à la fois d'avocat général, c'est-à-dire d'officier ministériel tenu à la plus grande honnêteté dans l'exercice de ses fonctions, et de ministre comptable de ses actes devant le Parlement, n'honore pas tous les engagements pris devant la Cour.

<sup>8</sup> En ce qui concerne les caractéristiques politiques et administratives ou exécutives de la fonction de ministre en Australie, voir: *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Jia* (2001), CLR, vol. 205, p. 244-245. Le chapitre 3 et la structure générale de la Constitution australienne prévoient une séparation juridique et fonctionnelle du Parlement, de l'exécutif et du pouvoir judiciaire. Voir aussi *R. c. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956), CLR, vol. 94, p. 254.

31. The undertakings offered here, initially given to Piper on behalf of Timor-Leste and extended, enhanced and clarified in the oral and written submissions of Australia are, in my opinion, sufficient to meet the circumstances (including of urgency) of this case, and will ensure that no irreparable harm is done to Timor-Leste between now and the final hearing. The effect of them is, among other things, to impose upon Australia, and the Attorney-General in particular, an obligation not to have himself, or to provide or enable access to others within the Australian administration to the seized documents without first giving notice to the Court and to Timor-Leste to enable the latter to have its concerns again ventilated in the Court if it wishes. It would not be reasonable to indicate a further measure or to expect Australia to undertake not to “eavesdrop” on or intercept the communications of Timor-Leste as that would or might suggest that Australia has done so, or will do so in the future, matters that would require cogent and persuasive evidence not produced here<sup>9</sup>. It may also be questioned whether there is a sufficient linkage between the claim in or justiciable in this Court and a provisional measure of that kind.

32. Quite apart from the other concerns to which I have referred in this opinion, I think that there may be a problem about the use of the word “interfere” in the third *dispositif* paragraph, by reason of its breadth and unspecific nature.

33. National security is a reasonable and natural aspiration and expectation of any body of peoples. Here, the nature of the risk with which the Attorney-General is concerned is not known to the Court, and may, in any event change in seriousness or imminence. All or most nations have, as Australia’s pleadings show, intelligence organizations. They have them because they need them. Terrorists now operate within communities which shelter and have succoured them. International law must take cognizance of the painful realities of the vulnerabilities of the people in free nations. Any law or principle of it which does not do that may fail to command obedience as well as respect. It is difficult for those not the possessor of all the relevant information to know which piece of new, or further, or seemingly slight piece of information, will indicate an escalation of risk. Algorithms designed to process such pieces of information to identify risk and its heightening are now universally and ceaselessly employed. And a risk which can arise suddenly and dangerously is to the safety of a particular officer of officers of an intelligence organization, as well as to the security of the nation itself. In my respectful opinion, the

---

<sup>9</sup> Evidence is to be evaluated according to the capacity and the circumstances of the party adducing it. It is a canon of good sense long recognized in, for example, the common law, that the cogency and strength of the evidence to establish allegations of fact vary according to the gravity and turpitude of the conduct embraced by them. See *Blatch v. Archer* (1774), 98 ER 969; *Refjek v. McElroy* (1965), 112 CLR 517.

31. Ces engagements, qui avaient initialement été présentés à Piper pour le compte du Timor-Leste, tels qu'accrus, complétés et précisés dans les exposés oraux et écrits de l'Australie, étaient, à mon sens, suffisants dans les circonstances de l'espèce (y compris au regard du caractère d'urgence) aux fins de garantir qu'aucun préjudice irréparable ne soit causé au Timor-Leste d'ici à l'examen de l'affaire au fond. Ces engagements avaient notamment pour effet d'imposer à l'Australie, et à l'*Attorney-General* en particulier, de ne pas accéder, ni de permettre à des tiers au sein de l'administration australienne d'accéder aux documents saisis sans en notifier préalablement la Cour et le Timor-Leste, donnant ainsi l'occasion à ce dernier, le cas échéant, de faire de nouveau part à la Cour de ses préoccupations. Le fait d'indiquer toute autre mesure ou de demander à l'Australie de s'engager à ne pas «écouter» le Timor-Leste ou intercepter ses communications ne me semble pas raisonnable, car cela laisse entendre ou pourrait laisser entendre que l'Australie a procédé ou procédera à l'avenir à de telles écoutes, point qui nécessiterait que soient présentés des éléments de preuve convaincants, ce qui n'a pas été le cas à ce stade<sup>9</sup>. Il est également permis de se demander s'il existe des liens suffisants entre la réclamation dont la Cour est saisie — ou pourrait être saisie — et pareille mesure.

32. Outre les autres points soulevés dans la présente opinion, je crains que l'emploi du verbe «s'ingérer» au point 3 du dispositif puisse poser problème, en raison du sens fort large et peu précis de ce terme.

33. La sécurité nationale constitue, pour tout peuple, une aspiration raisonnable et naturelle. En la présente espèce, la nature du risque identifié par l'*Attorney-General* n'est pas connue de la Cour et peut, en tout état de cause, évoluer, tant du point de vue de sa gravité que de son imminence. Ainsi que cela ressort des écritures et plaidoiries de l'Australie, toutes les nations ou presque se sont dotées de services de renseignement, et ce, par nécessité. Désormais, les terroristes agissent au sein des communautés qui les accueillent et leur sont venues en aide. Le droit international doit prendre en compte les dures réalités auxquelles font face les populations des nations libres, ainsi que leur vulnérabilité. Tout principe qui en ferait abstraction risque de ne pas remporter l'adhésion et de n'être pas observé. Pour ceux qui ne disposent pas de l'ensemble des éléments pertinents, il est bien difficile de savoir quelle nouvelle information, même apparemment insignifiante, peut indiquer un risque accru. Des algorithmes conçus pour traiter pareilles informations en vue d'identifier les risques et leur évolution sont désormais utilisés en permanence de par le monde. Or, il est un risque susceptible de se faire jour à tout

<sup>9</sup> Les éléments de preuve doivent être appréciés en fonction de la capacité de la partie qui les produit et des circonstances dans lesquelles elle le fait. Il tombe sous le sens — et cela est admis de longue date, notamment dans la *common law* — que la force de la preuve requise pour établir des faits allégués est fonction de la gravité et de la turpitude du comportement auquel ils se rattachent. Voir *Blatch c. Archer* (1774), ER, vol. 98, p. 969; *Refjek c. McElroy* (1965), CLR, vol. 112, p. 517.

undertakings to which I have referred are reasonable and sufficient, and should be accepted by the Court without the need for indications of any provisional measures.

*(Signed)* Ian CALLINAN.

---

moment, à savoir celui qui pèse sur la sécurité d'un ou de plusieurs agents appartenant à un service de renseignement et, partant, sur la sécurité de la nation elle-même. Selon moi, les engagements susmentionnés étaient raisonnables et suffisants, et auraient dû être acceptés par la Cour sans qu'il soit nécessaire d'indiquer des mesures conservatoires.

*(Signé)* Ian CALLINAN.

---