

## 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

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

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. 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-

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

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.

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. 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.



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. 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.

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.

---