

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-2
II. THE CENTRALITY OF THE QUEST FOR JUSTICE	3-12
1. Impertinence of reliance on local remedies in the circumstances of the present case	4-5
2. Impertinence of reliance on avoidance of “concurrent jurisdiction” in the circumstances of the present case	6-10
3. General assessment	11-12
III. IMPERTINENCE OF RELIANCE UPON UNILATERAL ACTS OF STATES IN THE COURSE OF INTERNATIONAL LEGAL PROCEEDINGS	13-25
IV. <i>EX CONSCIENTIA JUS ORITUR</i>	26-28
V. THE QUESTION OF THE OWNERSHIP OF THE SEIZED DOCUMENTS AND DATA	29-32
VI. THE RELEVANCE OF GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW	33-43
1. Responses of the Parties to a question from the Bench	34-36
2. General assessment	37-43
VII. THE PREVALENCE OF THE JURIDICAL EQUALITY OF STATES	44-45
VIII. PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION INDEPENDENTLY OF UNILATERAL “UNDERTAKINGS” OR ASSURANCES	46-58
IX. THE AUTONOMOUS LEGAL REGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION	59-62
X. EPILOGUE: A RECAPITULATION	63-71

*

I. *PROLEGOMENA*

1. Destiny has wished that the judicial year of 2014 of the International Court of Justice (ICJ) was to start with the consideration of the present

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-2
II. LE RÔLE CENTRAL DE LA QUÊTE DE JUSTICE	3-12
1. L'absence de pertinence de la règle de l'épuisement des voies de recours internes	4-5
2. L'absence de pertinence de l'argument tenant à la nécessité d'éviter toute «compétence concurrente»	6-10
3. Appréciation générale	11-12
III. L'ABSENCE DE PERTINENCE DU RECOURS AUX ACTES UNILATÉRAUX D'ÉTATS DANS LE CADRE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES INTERNATIONALES	13-25
IV. <i>EX CONSCIENTIA JUS ORITUR</i>	26-28
V. LA QUESTION DE LA PROPRIÉTÉ DES DOCUMENTS ET DONNÉES SAISIS	29-32
VI. LA PERTINENCE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT INTERNATIONAL	33-43
1. Réponses des Parties à une question d'un membre de la Cour	34-36
2. Appréciation générale	37-43
VII. LA PRIMAUTÉ DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES ÉTATS	44-45
VIII. LA NÉCESSITÉ DE MESURES CONSERVATOIRES INDÉPENDANTES DES ASSURANCES OU «ENGAGEMENTS» UNILATÉRAUX	46-58
IX. LE RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES	59-62
X. ÉPILOGUE : RÉCAPITULATION	63-71

*

I. PROLÉGOMÈNES

1. Le hasard a voulu que la Cour entame l'année judiciaire 2014 par l'examen de la présente affaire, introduite le 17 décembre 2013, relative-

case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, lodged with the Court on 17 December 2013, which once again shows that the factual context of disputes lodged with an international tribunal like the International Court of Justice may well cross the threshold of human imagination. In effect, I have concurred with my vote to the adoption of the present Order of 3 March 2014, as I consider that the provisional measures of protection ordered by the Court are better than nothing, better than not having ordered any such measures at all. Yet, given the circumstances of the *cas d'espèce*, I think that the Court should have gone further, and should have ordered the measure requested by Timor-Leste, to the effect of having the documents and data (containing information belonging to it) seized by Australia, immediately sealed and delivered into the *custody of the Court itself* here at its *siège* at the Peace Palace in The Hague.

2. I feel thus obliged to leave on the records the foundations of my personal position on the matter. To that effect, I shall address, firstly, the centrality of the quest for justice (disclosing the impertinence of the invocation of the local remedies rule, and of reliance on avoidance of so-called “concurrent jurisdiction”). Secondly, I shall dwell on the impertinence of reliance upon unilateral acts of States in the course of international legal proceedings. Thirdly, I shall address the prevalence of human values and the idea of objective justice over facts (*ex conscientia jus oritur*). Fourthly, I shall address the question of the ownership of the seized documents and data. Fifthly, I shall focus on the relevance of general principles of international law. Sixthly, I shall dwell upon the prevalence of the juridical equality of States. I shall then move to my last line of consideration, on provisional measures of protection independent of unilateral “undertakings” or assurances, and on what I deem it fit to characterize as the *autonomous* legal regime of provisional measures of protection. Last but not least, I shall proceed to a recapitulation of all the points made in the present separate opinion.

II. THE CENTRALITY OF THE QUEST FOR JUSTICE

3. To start with, in the course of the present proceedings the Court was faced with arguments, advanced in particular by the respondent State, which required from it clarification so as to address properly the request for provisional measures of protection. Those arguments pertained to Australia's reliance on: (a) local remedies to be allegedly exhausted (by the applicant State) in national courts; and (b) avoidance of concurrent jurisdiction (the International Court of Justice and the Arbitral Tribunal of the Permanent Court of Arbitration (PCA)). Those arguments were advanced by counsel for Australia as alleged impediments to Timor-Leste to seek provisional measures of protection from the International Court of Justice itself, as it has done. Yet, it promptly became clear that, in the circumstances of the *cas d'espèce*, reliance on local remedies and on avoi-

ment à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, affaire qui montre une fois encore que le contexte factuel des différends soumis à une juridiction internationale telle que la Cour dépasse parfois l'imagination. Si j'ai voté en faveur de l'adoption de la présente ordonnance, c'est parce que j'estime que les mesures conservatoires indiquées par la Cour valent mieux que rien, et qu'il était préférable d'indiquer ces mesures que de n'en indiquer aucune. Pour autant, au vu des circonstances de la présente espèce, la Cour aurait dû, à mon sens, aller plus loin en faisant droit à la mesure sollicitée par le Timor-Leste, à savoir que les documents et données saisis par l'Australie (qui contiennent des informations appartenant au Timor-Leste) soient immédiatement placés sous scellés et *confiés à la garde de la Cour elle-même*, à son siège du Palais de la Paix, à La Haye.

2. J'estime donc devoir joindre à la présente ordonnance l'exposé de ma position personnelle. J'examinerai, premièrement, le rôle central de la quête de justice (qui révèle l'absence de pertinence de l'invocation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et du souci d'éviter de prétendues «compétences concurrentes»). Deuxièmement, je m'attarderai sur l'absence de pertinence du recours aux actes unilatéraux d'Etats dans le cadre des procédures judiciaires internationales. Troisièmement, je m'intéresserai à la primauté des valeurs humaines et de l'idée d'une justice objective sur les faits (*ex conscientia jus oritur*), avant d'examiner, quatrièmement, la question de la propriété des documents et données saisis. Cinquièmement, j'aborderai la pertinence des principes généraux du droit international, puis m'arrêterai, sixièmement, sur la prééminence de l'égalité juridique des Etats. Après quoi, j'en viendrai au dernier point de mon analyse, à savoir la nécessité de mesures conservatoires indépendante des assurances ou «engagements» unilatéraux, et ce que je crois devoir qualifier de régime juridique *autonome* régissant pareilles mesures. Enfin, je récapitulerai l'ensemble des points développés dans la présente opinion individuelle.

II. LE RÔLE CENTRAL DE LA QUÊTE DE JUSTICE

3. Il convient tout d'abord de souligner que, en l'espèce, la Cour s'est trouvée confrontée à des arguments — émanant en particulier de l'Etat défendeur — qu'il lui a fallu préciser afin de pouvoir examiner comme il se devait la demande en indication de mesures conservatoires qui lui était présentée. Ces arguments, qui portaient sur *a*) la prétendue nécessité (pour l'Etat demandeur) d'épuiser les voies de recours devant les juridictions nationales et *b*) celle d'éviter toute compétence concurrente (entre la Cour et le tribunal de la Cour permanente d'arbitrage (CPA)), ont été avancés par les conseils de l'Australie pour contester la faculté du Timor-Leste de solliciter, comme il l'a fait, des mesures conservatoires directement auprès de la Cour. Or, il est rapidement apparu, à la lumière des circonstances de l'affaire, que le principe de l'épuisement des voies de

dance of “concurrent jurisdiction” (judicial and arbitral procedures) were impertinent, and missed the central point of the quest for justice in the circumstances of the *cas d’espèce*.

*1. Impertinence of Reliance on Local Remedies
in the Circumstances of the Present Case*

4. At the public sitting before the Court of 21 January 2014, counsel for Australia contended that Timor-Leste was to pursue “remedies in an Australian court”, even though it conceded that this was not a “diplomatic protection claim”¹. For its part, Timor-Leste contended that the rule of exhaustion of local remedies had no application here, in a case like the present one, “where a State asserts its own right against the State that has harmed it”². It was made clear that, in such circumstances, it would be impertinent to insist on recourse to local remedies.

5. In effect, the rule of exhaustion of local remedies surely does not apply here. Firstly, this is a public complaint, a State claim with public — not private — origin. Secondly, this is a complaint of a *direct* injury to the State itself, fundamentally distinct from one of diplomatic protection. Thirdly, the State is, clearly, not only pursuing its own interests, but vindicating what it regards as its own right. Fourthly, in so doing, the State is acting on its own behalf. *In such circumstances*, a State cannot be compelled to subject itself to appear before national tribunals. As widely reckoned in international case law and legal doctrine, in these circumstances the local remedies rule does not apply: *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*³.

*2. Impertinence of Reliance on Avoidance of “Concurrent Jurisdiction”
in the Circumstances of the Present Case*

6. Counsel for Australia then drew attention to the pending arbitral proceedings opposing it to Timor-Leste, adding that the International Court of Justice, depending in its view on State consent, had “no inherent priority” over “other forums specially consented to by States”, nor review authority over them, unless “such priority or authority have been expressly conferred”⁴. This argument was laid down on a strict State voluntarist outlook, privileging State will. Counsel of Australia proceeded that concurrent jurisdiction (International Court of Justice and PCA Arbitral Tribunal) should be avoided, as “[a] rigid adherence to the

¹ CR 2014/2, of 21 January 2014, pp. 19-20, para. 37.

² CR 2014/1, of 20 January 2014, p. 26, para. 20.

³ A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, pp. 173-174.

⁴ CR 2014/2, of 21 January 2014, pp. 43-44, paras. 21-22.

recours internes et l'impératif d'éviter toute «compétence concurrente» étaient dénués de pertinence et n'allaient pas dans le sens de l'objectif primordial de la quête de justice en la présente espèce.

1. *L'absence de pertinence de la règle de l'épuisement des voies de recours internes*

4. A l'audience publique du 21 janvier 2014, le conseil de l'Australie a soutenu que le Timor-Leste était tenu d'exercer des «voies de recours auprès d'un tribunal australien», tout en concédant qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'une «demande de protection diplomatique»¹. Le Timor-Leste a, pour sa part, avancé que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne trouvait pas à s'appliquer dans une affaire telle que la présente, «où un Etat fait valoir ses propres droits à l'égard d'un autre Etat qui lui a causé un préjudice»², et que, en pareille situation, il serait inopportun de persister à invoquer ladite règle.

5. Il ne fait en effet aucun doute que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas en la présente espèce. Tout d'abord, il s'agit ici d'une réclamation de nature publique, émanant d'un Etat, dont l'origine est publique, et non privée. Cette réclamation porte, qui plus est, sur un préjudice *direct* causé à l'Etat lui-même, et se distingue donc fondamentalement d'une demande de protection diplomatique. Par ailleurs, il est clair qu'il s'agit non pas seulement, pour cet Etat, de protéger ses intérêts, mais également de faire valoir ce qu'il considère comme étant son droit. Enfin, ce faisant, l'Etat agit en son nom propre. *En pareilles circonstances*, un Etat ne saurait être tenu de saisir les tribunaux nationaux. Ainsi que cela a été largement confirmé par la jurisprudence et la doctrine internationales, la règle des recours internes ne s'applique pas dans une telle situation : *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*³.

2. *L'absence de pertinence de l'argument tenant à la nécessité d'éviter toute «compétence concurrente»*

6. Le conseil de l'Australie a ensuite appelé l'attention sur l'arbitrage qui oppose actuellement l'Australie et le Timor-Leste, faisant valoir que la Cour, dont la compétence dépend, selon lui, du consentement des Etats, n'a «pas intrinsèquement priorité» sur «les autres organes auxquels les Etats ont spécifiquement consenti» et n'a aucun pouvoir lui permettant de reviser leurs décisions «à moins que pareille priorité ou autorité ne lui ait expressément été conférée»⁴. Cet argument s'inscrit dans une approche strictement volontariste privilégiant la volonté des Etats. Le conseil de l'Australie a ensuite soutenu qu'il convenait d'éviter les compétences concurrentes (entre la Cour

¹ CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 19-20, par. 37.

² CR 2014/1, 20 janvier 2014, p. 26, par. 20.

³ A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, p. 173-174.

⁴ CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 43-44, par. 21-22.

parallelism of jurisdictions will only encourage forum shopping, conflict and fragmentation, unduly favouring successive claimants”⁵. In Australia’s counsel’s view, in order to avoid one international tribunal affecting “parallel proceedings” before another, and also to avoid “two conflicting decisions on the same issue” (paras. 25-26), in his view the PCA Arbitral Tribunal, and not the International Court of Justice, was a “more appropriate forum” for dealing with provisional measures in the present case (paras. 31-33)⁶.

7. The International Court of Justice has promptly and rightly disposed of these arguments in the present Order of 3 March 2014. From the start, it recalled that, in its previous Order, of 28 January 2014, in the present case, it

“decided not to accede to Australia’s request for a stay of the proceedings, considering, *inter alia*, that the dispute before it between Timor-Leste and Australia was [is] sufficiently distinct from the dispute being adjudicated upon by the Arbitral Tribunal in the Timor Sea Treaty Arbitration” (para. 17).

The arguments that it rejected unduly shifted attention from the quest for justice and the imperative of the realization of justice, into alleged needs of delimitation of competences between international tribunals.

8. Furthermore, it so happens that the Rules of Procedure of the PCA Arbitral Tribunal, in charge of the arbitration under the Timor Sea Treaty, provide that “[a] request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement”. The *interna corporis* of the PCA Arbitral Tribunal itself sees no need of avoiding “forum shopping”, or “parallelism of jurisdictions”, or “fragmentation of international law”, or the like. It is duly focused on the quest for justice.

9. In the present case, there is clearly no impediment to resort to another judicial instance in order to obtain provisional measures of protection, quite on the contrary. The contending Parties are expressly allowed to do so, in case such provisional measures are needed. And, contrary to what Australia’s counsel says, the International Court of Justice, and not the PCA Arbitral Tribunal, is surely the “more appropriate forum” for dealing with provisional measures of protection in the case of which it has been seized. Moreover, it is my feeling that a word of caution is here needed as to the aforementioned euphemisms (the empty and misleading rhetoric of “forum shopping”, “parallelism”, avoidance of “fragmentation” of international law and of “proliferation” of international

⁵ CR 2014/2, of 21 January 2014, pp. 44-45, para. 24.

⁶ *Ibid.*, pp. 45-47, paras. 25-26 and 31-33.

et le tribunal arbitral de la CPA), au motif que «[s]uivre à la lettre le principe du parallélisme des compétences ne fera[it] qu'encourager la saisine par les parties à un différend de la juridiction qui leur est la plus favorable, le conflit de juridictions et la fragmentation du droit, et favoriser indûment les demandeurs successifs»⁵. Soulignant qu'il était nécessaire d'éviter que les décisions d'un tribunal international n'affectent le déroulement d'une «procédure conduite parallèlement» devant une autre instance, et que ces juridictions ne rendent «deux décisions contradictoires sur la même question» (par. 25-26), il a estimé que le tribunal arbitral — et non la Cour — constituait «l'enceinte la plus appropriée» aux fins de la demande en indication de mesures conservatoires en la présente affaire (par. 31-33)⁶.

7. La Cour a rapidement, et à juste titre, écarté ces arguments, rappelant d'emblée que, dans sa précédente ordonnance du 28 janvier 2014 en la présente affaire, elle avait

«décidé de ne pas faire droit à la demande de l'Australie tendant à la suspension de l'instance, considérant notamment que le différend porté devant elle [était] suffisamment distinct de celui dont conna[is-sait] le tribunal dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor» (par. 17).

Ces arguments du défendeur, bien qu'ils aient été rejetés, ont indûment détourné l'attention de la quête de justice et de l'impératif de réalisation de la justice au profit de questions tenant à la prétendue nécessité de délimiter les compétences entre juridictions internationales.

8. Il se trouve, par ailleurs, que le règlement de procédure du tribunal arbitral de la CPA, saisi pour connaître de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor, dispose qu'«[u]ne demande de mesures provisoires adressée par une partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention». L'instrument constitutif du tribunal de la CPA lui-même ne voit donc nul besoin d'éviter le «forum shopping» [saisine par une partie à un différend de la juridiction qui lui est la plus favorable], le «parallélisme des compétences» ou la «fragmentation du droit international», et met l'accent, comme il se doit, sur la quête de justice.

9. De toute évidence, rien ne faisait obstacle, dans la présente affaire, à ce que les Parties recourent à une autre instance judiciaire pour obtenir des mesures conservatoires. Bien au contraire, elles étaient expressément autorisées à le faire dans l'hypothèse où pareilles mesures seraient requises. De surcroît, contrairement à ce qu'a soutenu le conseil de l'Australie, c'est la Cour — et non le tribunal arbitral — qui constituait de toute évidence «l'enceinte la plus appropriée» pour connaître de la demande dont elle a été saisie. Par ailleurs, il me semble que la plus grande prudence est de mise face aux euphémismes susmentionnés — je veux parler de la rhétorique vide de sens et erronée qui entoure les notions de «forum shopping», de «parallélisme des compétences», de «fragmentation du

⁵ CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 44-45, par. 24.

⁶ *Ibid.*, p. 45-47, par. 25-26 et 31-33.

tribunals) with which a trend of contemporary legal doctrine (*en vogue* to the north of the equator) has in recent years tried in vain to brainwash younger generations of scholars of our discipline, unduly diverting attention from the quest for justice to alleged “problems” of “delimitation” of competences.

10. In this respect, destiny has wished (once again) that, shortly before the present case was lodged with the International Court of Justice, during the centennial celebrations of the Peace Palace (ICJ Seminar of 23 September 2013), I had the occasion to ponder that:

“In our days, the more lucid international legal doctrine has at last discarded empty euphemistic expressions used some years ago, such as so-called ‘proliferation’ of international tribunals, so-called ‘fragmentation’ of international law, so-called ‘forum-shopping’, which diverted attention to false issues of delimitation of competences, oblivious of the need to focus on the imperative of an enlarged access to justice. Those expressions, narrow-minded, unelegant and derogatory — and devoid of any meaning — paid a disservice to our discipline; they missed the key point of the considerable advances of the old ideal of international justice in the contemporary world.”⁷

3. General Assessment

11. Not surprisingly, the argument of the respondent State invoking the rule of exhaustion of local remedies (*supra*) did not survive in the circumstances of the present case. After all, *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. Nor did its other argument, invoking the alleged risks of so-called “parallelism”, or “concurrent jurisdiction”, or “forum shopping”, or “fragmentation” of international law, or the like. Such “neologisms”, so much *en vogue* in international legal practice in our days, seem devoid of any meaning, besides diverting attention from the crucial point of the *quest for justice* to the false issue of “delimitation” of competences. It is about time to stop referring to so-called “fragmentation” of international law⁸. The current enlargement of access to justice to the *justiciables* is reassuring. International courts and tribunals have a *common mission* to impart justice, which brings their endeavours together,

⁷ A. A. Cançado Trindade, “A Century of International Justice and Prospects for the Future”, *A Century of International Justice and Prospects for the Future/Rétrospective d’un siècle de justice internationale et perspectives d’avenir* (eds. A. A. Cançado Trindade and D. Spielmann), Wolf Legal Publs., 2014, p. 21.

⁸ As it is surely not at all a topic for codification or progressive development of international law, it should never have been retained in the agenda of the UN International Law Commission, as it did in 2002-2006. It is, at most, a topic for a university thesis (for an LL.M., rather than a Ph.D. degree).

droit international» ou encore de «prolifération» des tribunaux internationaux —, par lesquels un courant de la doctrine contemporaine, en vogue dans l'hémisphère nord depuis quelques années, tente, sans grand succès, de gagner les nouvelles générations de juristes de notre discipline à l'idée fautive qu'il y aurait lieu de se désintéresser de la quête de justice au profit de prétendus «problèmes» de «délimitation» de compétences.

10. A cet égard, peu de temps avant que la présente instance soit engagée devant la Cour — là encore, il s'agit d'un hasard du calendrier —, j'ai eu l'occasion, dans le cadre des célébrations du centenaire du Palais de la Paix (séminaire de la Cour du 23 septembre 2013), de faire part des réflexions suivantes :

«La doctrine internationale, aujourd'hui plus lucide, a enfin renoncé aux euphémismes vides de sens qui avaient cours il y a quelques années — je veux parler des prétendus risques de «prolifération» des juridictions internationales, de «fragmentation» du droit international et de «forum shopping» —, qui, en mettant sur le devant de la scène de faux problèmes de délimitation des compétences, détournent l'attention de l'impératif d'élargir l'accès à la justice. Ces notions, qui procèdent d'une vision étroite, grossière et péjorative et, qui plus est, dénuée de pertinence, ont desservi notre discipline, allant à l'encontre des avancées considérables réalisées en vue de l'idéal de justice internationale que poursuit de longue date notre monde moderne.»⁷

3. *Appréciation générale*

11. L'argument de l'Etat défendeur fondé sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes (*supra*) n'a, comme de bien entendu, pas résisté à l'examen des circonstances de la présente affaire. Après tout, *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. Le défendeur n'a pas eu davantage de succès avec l'autre élément de son argumentation, tenant aux prétendus risques de «parallélisme», de «compétences concurrentes», de «forum shopping», de «fragmentation» du droit international ou autres notions similaires. Ces néologismes, très en vogue dans la pratique juridique internationale moderne, outre qu'ils détournent l'attention de l'objectif crucial de la *quête de justice* au profit du faux problème de la «délimitation» des compétences, me semblent dépourvus de sens. Il est grand temps de cesser de se référer à cette prétendue «fragmentation» du droit international⁸. L'élargissement actuel de l'accès à la

⁷ A. A. Cançado Trindade, «A Century of International Justice and Prospects for the Future», *A Century of International Justice and Prospects for the Future/Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir* (A. A. Cançado Trindade et D. Spielmann, dir. publ.), Wolf Legal Publs., 2014, p. 21.

⁸ Ce point ne mérite certainement pas de faire l'objet d'une codification ni d'un développement progressif du droit international, et n'aurait donc jamais dû être retenu pour figurer à l'ordre du jour de la Commission du droit international des Nations Unies, comme ce fut le cas entre 2002 et 2006. Tout au plus pourrait-il constituer un sujet de thèse, et encore, plutôt de maîtrise que de doctorat.

in a harmonious way, and well above the zealous so-called “delimitation” of competences, much to the liking of the international legal profession.

12. In the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, the International Court of Justice has put the issue in the right perspective. In the Order it has just adopted today, 3 March 2014, it has pointed out (para. 17) that, one month ago, in its previous Order of 28 January 2014 in the *cas d’espèce*, it had

“decided not to accede to Australia’s request for a stay of the proceedings, considering, *inter alia*, that the dispute before it between Timor-Leste and Australia is sufficiently distinct from the dispute being adjudicated upon by the Arbitral Tribunal in the Timor Sea Treaty Arbitration” (*ibid.*).

III. IMPERTINENCE OF RELIANCE UPON UNILATERAL ACTS OF STATES IN THE COURSE OF INTERNATIONAL LEGAL PROCEEDINGS

13. In the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, the International Court of Justice has thus rightly discarded the empty and misleading rhetoric of “fragmentation” of international law. The multiplicity in international courts and tribunals simply reflects the way international law has evolved in our times. Yet, turning now to a distinct point, the International Court of Justice has insisted on relying upon unilateral acts of States (such as promise, in the form of assurances or “undertakings”), thus failing, once again, to extract the lessons from its own practice in recent cases.

14. Promises or assurances or “undertakings” have been relied upon in a distinct context, that of diplomatic relations. When they are unduly brought into the domain of international legal procedure, they cannot serve as basis for a decision of the international tribunal at issue, even less so when they ensue from an original act of arbitrariness. The posture of an international tribunal cannot be equated to that of an organ of conciliation. Judicial settlement was conceived as the most perfected means of dispute settlement; if it starts relying upon unilateral acts of States, as basis for the reasoning of the decisions to be rendered, it will undermine its own foundations, and there will be no reason for hope in the improvement of judicial settlement to secure the prevalence of the rule of law.

15. Reliance upon unilateral acts of promise or assurances has been the source of uncertainties and apprehension in the course of international legal proceedings. Suffice it here to recall, for example, that, in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extra-*

justice au profit des justiciables est une évolution tout à fait positive. Les juridictions internationales ont une *mission commune* consistant à rendre la justice, leurs efforts se conjuguant harmonieusement, au-delà de toute préoccupation de «délimitation» de compétence et à la plus grande satisfaction de l'ensemble des juristes internationaux.

12. En la présente espèce, la Cour a suivi la bonne approche. Dans son ordonnance rendue ce jour, elle a rappelé (par. 17) que, dans sa précédente décision du 28 janvier 2014 dans cette même affaire, elle avait

«décidé de ne pas faire droit à la demande de l'Australie tendant à la suspension de l'instance, considérant notamment que le différend porté devant elle [était] suffisamment distinct de celui dont conna[is-sait] le tribunal dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor» (*ibid.*).

III. L'ABSENCE DE PERTINENCE DU RECOURS AUX ACTES UNILATÉRAUX D'ÉTATS DANS LE CADRE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES INTERNATIONALES

13. En la présente espèce, la Cour a donc écarté, à juste titre, la rhétorique vide de sens et erronée que recouvre l'idée de «fragmentation» du droit international, la multiplicité des juridictions internationales ne faisant que refléter l'évolution moderne du droit international. Toutefois, et j'en viens à un autre point, la Cour a persisté à se fonder sur les actes unilatéraux d'Etats (tels que des promesses prenant la forme d'assurances ou d'«engagements»), omettant en cela, une fois encore, de tirer les enseignements de sa propre expérience dans certaines affaires récentes.

14. Dans un contexte différent, celui des relations diplomatiques, il est bel et bien d'usage de se fonder sur des promesses, assurances ou «engagements». En revanche, lorsque pareils actes unilatéraux sont indûment introduits dans le domaine judiciaire international, ils ne sauraient fonder la décision de la juridiction concernée, ce d'autant moins lorsqu'ils trouvent leur origine dans un comportement arbitraire. Le rôle d'une juridiction internationale ne saurait être assimilé à celui d'un organe de conciliation. La voie judiciaire a été conçue comme le moyen le plus abouti de régler les différends; les motifs des décisions que les juridictions sont appelées à rendre ne sauraient reposer sur des actes unilatéraux d'Etats, au risque de fragiliser les fondements mêmes du règlement judiciaire, et d'exclure tout espoir de progrès en vue de la primauté du droit.

15. Le fait de s'appuyer sur pareilles promesses ou assurances unilatérales au cours de procédures judiciaires internationales s'est révélé source d'incertitudes et d'appréhensions. A titre d'exemple, il suffit ici de rappeler l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre*

dite (*Belgium v. Senegal*) (*Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 422), the International Court of Justice, instead of ordering provisional measures of protection, preferred to rely on a pledge on the part of the respondent State. In my separate opinion in the Judgment on the merits of 20 July 2012 in that case, after reiterating my dissent in the Court's Order of 28 May 2009 in the *cas d'espèce*, I recalled (*ibid.*, pp. 515-517, paras. 73-78) all the uncertainties that followed and the apprehension undergone by the Court (which I see no need to reiterate here) for its reliance on assurances.

16. Had the Court ordered the requested provisional measures in that case, this would have saved the Court from those uncertainties which put at greater risk the outcome of the international legal proceedings. As I concluded in my aforementioned separate opinion:

“Unilateral acts of States — such as, *inter alia*, promise — were conceptualized in the traditional framework of the inter-State relations, so as to extract their legal effects, given the ‘decentralization’ of the international legal order. Here, in the present case, we are in an entirely distinct context, that of *objective obligations* (. . .). In the ambit of these obligations, a pledge or promise made in the course of legal proceedings before the Court does not remove the prerequisites (of urgency and of probability of irreparable damage) for the indication of provisional measures by the Court.” (*Ibid.*, p. 517, para. 79.)

17. In the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, the International Court of Justice, distinctly, has indicated provisional measures, but not in the terms they were requested by Timor-Leste: it has preferred to rely on unilateral assurances or “undertakings” on the part of the State which seized the documents and data at issue. The Court has thus disclosed its unwillingness to learn the lessons to be extracted from its own experience in recent cases. It has preferred, seemingly oblivious of its own authority, to keep on acting as a sort of “diplomatic court”, rather than rigorously as a court of law. To my mind, *ex factis jus non oritur*.

18. The aforementioned case of *Hissène Habré*, opposing Belgium to Senegal, is not an isolated illustration of the point I am addressing here. In its recent Order (of 22 November 2013) in the merged cases of *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and of the *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, the International Court of Justice conceded:

“The Court (. . .) takes note of the assurances of Nicaragua (. . .) that it considers itself bound not to undertake activities likely to connect any of the two *caños* with the sea and to prevent any person or group of persons from doing so. However, the Court is not convinced

ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 422), dans laquelle la Cour, choisissant de ne pas indiquer de mesures conservatoires, a préféré se fonder sur une promesse de l'Etat défendeur. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt rendu au fond le 20 juillet 2012 dans cette affaire, après avoir réitéré la teneur de l'opinion dissidente que j'avais jointe à l'ordonnance du 28 mai 2009, j'ai rappelé (ibid., p. 515-517, par. 73-78) toutes les incertitudes qui en avaient résulté, ainsi que les appréhensions auxquelles la Cour avait dû faire face (qu'il ne me semble toutefois pas utile de rappeler ici) par suite de sa décision de se fonder sur des assurances.

16. Si, en la présente espèce, la Cour avait indiqué les mesures conservatoires sollicitées, elle se serait épargné pareilles incertitudes, qui font peser un risque accru sur l'issue des procédures judiciaires internationales. Ainsi que je l'ai indiqué en conclusion de l'opinion individuelle susmentionnée :

«Compte tenu de la «décentralisation» de l'ordre juridique international, c'est dans le cadre traditionnel des relations interétatiques qu'ont été conceptualisés les actes unilatéraux des Etats — tels que les promesses — et qu'en ont été dégagés les effets juridiques. Or, le contexte de la présente espèce est tout à fait différent, puisque sont en cause des obligations *objectives* ... Au regard de ces obligations, un engagement ou une promesse formulé dans le cadre d'une instance devant la Cour ne fait pas disparaître les conditions requises (relatives au caractère d'urgence et au risque de dommages irréparables) pour l'indication de mesures conservatoires.» (*Ibid.*, p. 517, par. 79.)

17. Et pourtant, en la présente affaire, la Cour a indiqué des mesures conservatoires qui n'étaient pas celles qu'avait sollicitées le Timor-Leste, préférant se fonder sur des assurances ou «engagements» unilatéraux de l'Etat qui avait saisi les documents et données en cause. Ce choix révèle qu'elle n'est pas prête à tirer les enseignements de sa propre expérience acquise dans le cadre d'affaires récentes dont elle a eu à connaître. Oubliant elle-même, semble-t-il, l'autorité qui est la sienne, elle persiste à agir comme une «cour diplomatique» et non strictement comme une cour de justice. A mon sens, *ex factis jus non oritur*.

18. L'affaire *Hissène Habré* susmentionnée, qui opposait la Belgique au Sénégal, n'en est pas la seule illustration. Dans l'ordonnance qu'elle a récemment rendue (le 22 novembre 2013) dans les affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, dont les instances ont été jointes, la Cour a dit ceci :

«La Cour prend ... note des assurances du Nicaragua ... à savoir qu'il s'estimait tenu de ne pas entreprendre d'activités tendant à relier l'un ou l'autre de ces deux *caños* à la mer, et d'empêcher toutes personnes ou tous groupes de personnes d'entreprendre de telles acti-

that these instructions and assurances remove the imminent risk of irreparable prejudice, since, as Nicaragua recognized, persons under its jurisdiction have engaged in activities in the disputed territory, namely, the construction of the two new *caños*, which are inconsistent with the Court's Order of 8 March 2011." (*I.C.J. Reports 2013*, pp. 366-367, para. 50.)

19. In my separate opinion appended to the Court's more recent Order of 22 November 2013, I again made the point of the need to devote greater attention to the *legal nature* of provisional measures of protection, and their *legal effects*, particularly those endowed with a *conventional* basis such as the provisional measures ordered by the International Court of Justice (*ibid.*, p. 359, paras. 22-23 and p. 360, paras. 27-28). Only in this way they will contribute to the progressive development of international law. Persistent reliance on unilateral "undertakings" or assurances or promises formulated in the context of provisional measures in no way contributes to the proper understanding of the expanding legal institute of provisional measures of protection in contemporary international law.

20. Expert writing on unilateral acts of States has been very careful to avoid the pitfalls of "contractual" theories in international law, as well as the dangers of unfettered State voluntarism underlying unilateralist manifestations in the decentralized international legal order. Unilateral acts, as manifestations of a subject of international law to which this latter may attach certain consequences, do not pass without qualifications. Proposed enumerations of unilateral acts in international law have not purported to be exhaustive⁹, or conclusive as to their legal effects. It is not surprising to find that expert writing on the matter has thus endeavoured to single out those unilateral acts to which legal effects can be ascribed¹⁰ — and all this in the domain of diplomatic relations, but *certainly not in the realm of international legal procedure*.

⁹ J. Dehaussy, "Les actes juridiques unilatéraux en droit international public: à propos d'une théorie restrictive", 92 *Journal du droit international*, Clunet (1965), pp. 55-56, and cf. p. 63; and cf. also, generally, A. Miaja de la Muela, "Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales", 20 *Revista Española de Derecho Internacional* (1967), pp. 456-459; J. Charpentier, "Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences", *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century — Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 367-380.

¹⁰ Cf., in particular, Eric Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 1-271; K. Skubiszewski, "Les actes unilatéraux des Etats", *Droit international — Bilan et perspectives* (ed. M. Bedjaoui), Vol. 1, Paris, Pedone, 1991, pp. 231-250; G. Venturini, "La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats", 112 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1964), pp. 63-467. And cf. also: A. P. Rubin, "The International Legal Effects of Unilateral Declarations", 71 *American Journal of International Law* (1977), pp. 1-30; C. Chinkin, "A Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Non-Binding Relations between States", 10 *Leiden Journal of International Law* (1997), pp. 223-247.

vités. Toutefois, la Cour n'est pas convaincue que ces instructions et assurances soient suffisantes pour écarter tout risque imminent de préjudice irréparable, étant donné que le Nicaragua a reconnu que des personnes relevant de sa juridiction avaient entrepris dans le territoire litigieux des activités contraires à l'ordonnance du 8 mars 2011, à savoir la construction des deux nouveaux *caños*.» (*C.I.J. Recueil 2013*, p. 366-367, par. 50.)

19. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à cette ordonnance du 22 novembre 2013, j'ai une nouvelle fois souligné la nécessité d'accorder une attention accrue à la *nature juridique* des mesures conservatoires ainsi qu'à leurs *effets juridiques*, notamment lorsqu'il y est conféré une base *conventionnelle*, comme c'est le cas des mesures conservatoires indiquées par la Cour (*ibid.*, p. 359, par. 22-23, et p. 360, par. 27-28). Ce n'est qu'ainsi qu'elles contribueront au développement progressif du droit international. Le fait de persister à se fonder sur des promesses, assurances ou «engagements» unilatéraux formulés dans le cadre d'une procédure relative à des mesures conservatoires ne contribue nullement à bien appréhender le rôle juridique croissant que pareilles mesures jouent en droit international contemporain.

20. Dans la doctrine relative aux actes unilatéraux des Etats, les auteurs ont pris le plus grand soin d'éviter les pièges des théories «contractuelles» du droit international, ainsi que les dangers que présente le volontarisme étatique sans entrave qui sous-tend les manifestations unilatérales dans l'ordre juridique international décentralisé. Les actes unilatéraux, qui constituent des manifestations de la volonté d'un sujet de droit international, auxquelles celui-ci peut attribuer certaines conséquences, ne sauraient être admis de manière inconditionnelle. Les énumérations des actes unilatéraux proposées en droit international ne prétendent pas être exhaustives⁹, ni concluantes quant à leurs effets juridiques. A cet égard, il n'est guère surprenant que la doctrine sur la question se soit employée à préciser quels étaient ceux auxquels pouvaient être conférés des effets juridiques¹⁰; il n'en est ainsi que dans le domaine des relations diplomatiques, *certainement pas dans le domaine judiciaire international*.

⁹ J. Dehaussy, «Les actes unilatéraux en droit international public: à propos d'une théorie restrictive», *Journal du droit international*, vol. 92, Clunet, 1965, p. 55-56, et voir p. 63; voir également, de manière générale, A. Miaja de la Muela, «Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 20, 1967, p. 456-459; J. Charpentier, «Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences», *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century — Essays in Honour of K. Skubiszewski* (J. Makarczyk, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1996, p. 367-380.

¹⁰ Voir, en particulier, Eric Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 1-271; K. Skubiszewski, «Les actes unilatéraux des Etats», *Droit international — Bilan et perspectives* (M. Bedjaoui, dir. publ.), vol. 1, Paris, Pedone, 1991, p. 231-250; G. Venturini, «La portée des effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1964), vol. 112, p. 63-467. Voir également A. P. Rubin, «The International Legal Effects of Unilateral Declarations», *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, p. 1-30; C. Chinkin, «A Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Non-Binding Relations between States», *Leiden Journal of International Law*, vol. 10, 1997, p. 223-247.

21. Other contemporary international tribunals have likewise been faced with uncertainties and apprehension deriving from unilateral assurances by contending parties. For example, in its judgment (of 17 January 2012) in the case of *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, the European Court of Human Rights (ECtHR — Fourth Section) took account of the expressions of “grave concern” as to diplomatic assurances, manifested in the course of the legal proceedings (para. 175): first, such assurances “were unable to detect abuse”; secondly, “the monitoring regimes provided for by assurances were unsatisfactory”; thirdly, “frequently local monitors lacked the necessary independence”; and fourthly, “assurances also suffered from a lack of incentives to reveal breaches” (paras. 176-179). States, in their relations with each other, can take into account diplomatic assurances, and extract consequences therefrom. International tribunals, for their part, are not bound to base their decisions (on provisional measures or others) on diplomatic assurances: they are bound to identify the applicable law, to interpret and apply it, in sum, to say what the law is (*juris dictio*).

22. International legal procedure has a logic of its own, which is not to be equated with that of diplomatic relations. International legal procedure is not properly served with the insistence on reliance on unilateral acts proper of diplomatic relations — even less so in face of the perceived need of assertion that *ex injuria jus non oritur*. Even if an international tribunal takes note of unilateral acts of States, it is not to take such acts as the basis for the reasoning of its own decisions.

23. In this connection, may I recall that, in the course of the advisory proceedings of the International Court of Justice concerning the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II), p. 403)*, a couple of participants invoked the principle *ex injuria jus non oritur*. In my separate opinion appended to the Court’s Advisory Opinion, I asserted that “[a]ccording to a well-established general principle of international law, a wrongful act cannot become a source of advantages, benefits or else rights for the wrongdoer: *ex injuria jus non oritur*” (*ibid.*, p. 576, para. 132).

24. After considering the application of this principle in the factual context of the matter then before the International Court of Justice (*ibid.*, p. 577, paras. 133-135), I added:

“This general principle, well-established as it is, has at times been counterbalanced by the maxim *ex factis jus oritur*. (. . .) In the conceptual universe of international law, as of law in general, one is in the domain of *Sollen*, not of *Sein*, or at least in that of the tension between *Sollen* and *Sein*. (. . .)

[T]he maxim *ex factis jus oritur* does not amount to a *carte blanche*, as law plays its role also in the emergence of rights out of the

21. D'autres juridictions internationales contemporaines se sont, elles aussi, trouvées confrontées à des incertitudes et appréhensions dues à des assurances unilatérales données par des parties à un litige. Ainsi, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 17 janvier 2012 en l'affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section) a pris en compte les « graves préoccupations » exprimées au cours de la procédure à l'égard des assurances diplomatiques (par. 175), à savoir, premièrement, que celles-ci ne « permett[ai]ent pas de déceler les mauvais traitements », deuxièmement, que « les systèmes de contrôle prévus par les assurances n'étaie[n]t pas satisfaisants », troisièmement, que « les agents de contrôle locaux ne présent[ai]ent souvent pas l'indépendance requise » et, quatrièmement, que « les assurances n'incit[ai]ent pas à révéler les violations » (par. 176-179). Les Etats, dans leurs relations mutuelles, peuvent prendre en considération des assurances diplomatiques et en tirer des conséquences. En revanche, les juridictions internationales n'ont pas à fonder leurs décisions (en matière de mesures conservatoires ou autres) sur pareilles assurances; elles sont tenues de définir le droit applicable, de l'interpréter et de l'appliquer — en somme, de dire le droit (*juris dictio*).

22. Le règlement judiciaire d'un différend international a une logique propre, qui ne saurait être assimilée à celle des relations diplomatiques. Persister à se fonder sur des actes unilatéraux propres aux relations diplomatiques ne sert pas le règlement judiciaire des différends internationaux, ce d'autant moins qu'il paraît nécessaire de réaffirmer la maxime *ex injuria jus non oritur*. Même si une juridiction internationale peut prendre note de certains actes unilatéraux d'Etats, elle ne saurait fonder sur eux le raisonnement qui sous-tend sa décision.

23. Je rappellerai à cet égard que, au cours de la procédure consultative relative à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo (avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 403)*, un petit nombre de participants avait invoqué le principe *ex injuria jus non oritur*. Dans mon opinion individuelle jointe à cet avis, j'ai précisé que, « [s]elon un principe général bien établi du droit international, un acte illicite ne p[ouvait] pas devenir source d'avantages, de profits ou d'autres droits pour son auteur: *ex injuria jus non oritur* » (*ibid.*, p. 576, par. 132).

24. Après avoir examiné l'application de ce principe dans le contexte factuel de ladite procédure (*ibid.*, p. 577, par. 133-135), j'ai fait observer ce qui suit :

« A ce principe général, si bien établi soit-il, est parfois opposée la maxime *ex factis jus oritur*. ... Dans l'univers théorique du droit international, comme du droit en général, on se trouve dans le domaine du *Sollen* et non pas du *Sein*, ou du moins dans la tension entre le *Sollen* et le *Sein* ...

[L]'adage *ex factis jus oritur* n'équivaut pas à une carte blanche, car le droit joue également son rôle dans la création de droits en

tension between *Sollen* and *Sein*.” (*I.C.J. Reports 2010 (II)*), pp. 577-578, paras. 136-137.)

25. In effect, to allow unilateral acts to be performed (in the course of international legal proceedings), irrespectively of their discretionary — if not arbitrary — character, and to accept subsequent assurances or “undertakings” ensuing therefrom, is to pave the way to uncertainties and unpredictability, to the possibility of creation of *faits accomplis* to one’s own advantage and to the other party’s disadvantage. The certainty of the application of the law would be reduced to a mere probability. As the lucid writer Machado de Assis remarked in the nineteenth century:

“Se esse mundo não fosse uma região de espíritos desatentos, era escusado lembrar ao leitor que eu só afirmo certas leis quando as possuo de veras; em relação a outras restrinjo-me à admissão da probabilidade.”¹¹

IV. *EX CONSCIENTIA JUS ORITUR*

26. Already in the late forties — at a time when international legal doctrine was far more cultivated than it seems to be nowadays — it was observed that modern international law was not prepared to admit that “void and unlawful acts can be arbitrarily validated”¹². In effect — as pointed out one decade earlier, in the late thirties — even if international law finds itself in the presence “of acts, undertakings and situations which falsely claim to give rise to rights”, such acts, undertakings and situations

“are void (. . .), for the reason that, deriving from an unlawful act, they cannot produce beneficial results for the guilty party. *Ex injuria jus non oritur* is a general principle of international law (. . .) [T]he essence of the law, that is to say (. . .) the legal effectiveness and validity of one’s obligations, cannot be affected by individual unlawful acts.”¹³

27. No State is entitled to itself rely upon an arbitrary act in order to vindicate what it regards as a right of its own, ensuing therefrom. May I further recall, in this respect, that, in the past, a trend of legal doctrine —

¹¹ Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas* [1881]: “If this world were not a region of unattentive spirits, there would be no need to remind the reader that I only affirm certain laws when I truly possess them; in relation to others I limit myself to the admission of the probability.” [*My own translation.*]

¹² P. Guggenheim, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, 74 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1949), pp. 230-233, and cf. pp. 226-227 [*translation by the Registry*].

¹³ H. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, 62 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1937), pp. 287-288 [*translation by the Registry*].

conséquence de la tension entre le *Sollen* et le *Sein...*» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 577-578, par. 136-137.)

25. De fait, autoriser que soient effectués des actes unilatéraux (dans le cadre d'une procédure judiciaire internationale), sans tenir compte de leur caractère discrétionnaire — sinon arbitraire —, et faire droit aux assurances ou «engagements» qui en découlent revient à ouvrir la voie aux incertitudes et à l'imprévisibilité, ainsi qu'à créer des faits accomplis, et ce, au profit exclusif de l'auteur de ces actes et au détriment de la partie adverse. En pareille hypothèse, l'application du droit se trouve réduite à une simple probabilité. Ainsi que l'observait avec beaucoup de pertinence Machado de Assis au XIX^e siècle :

«Se esse mundo não fosse uma região de espíritos desatentos, era escusado lembrar ao leitor que eu só afirmo certas leis quando as possuo de veras; em relação a outras restrinjo-me à admissão da probabilidade.»¹¹

IV. *EX CONSCIENTIA JUS ORITUR*

26. Dès la fin des années quarante — époque où la doctrine juridique internationale était, semble-t-il, bien plus éclairée qu'aujourd'hui —, il a été observé que le droit international moderne n'était pas prêt à admettre «la légère validation d'actes nuls et illicites»¹². C'est qu'en effet, ainsi que cela avait été souligné une dizaine d'années auparavant, à la fin des années trente, même si le droit international se trouve en présence «d'actes, d'engagements et de situations qui se prétendent à tort créateurs de droit», ces actes, engagements et situations

«sont nuls ..., pour la raison que, tirant origine d'un acte illégal, ils ne sauraient produire de résultats avantageux pour le coupable. *Ex injuria jus non oritur* est un principe général de droit. ... [L]'essence du droit, c'est-à-dire ... l'efficacité juridique et la validité de ses obligations, ne peuvent être affectées par des actes individuels d'illégalité.»¹³

27. Les Etats ne sauraient se fonder sur un acte arbitraire pour faire valoir ce qu'ils considèrent comme un droit qui leur est propre. Je rappellerai à cet égard que, par le passé, un courant de la doctrine juridique

¹¹ Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas* (1881) : «Si notre monde n'était peuplé d'esprits inattentifs, point ne serait besoin de rappeler au lecteur que je n'affirme que les lois que je possède réellement ; pour ce qui est des autres, je me contente d'en reconnaître la probabilité.»

¹² P. Guggenheim, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1949), vol. 74, p. 230-233, et voir p. 226-227.

¹³ H. Lauterpacht, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1937), vol. 62, p. 287-288.

favoured by so-called “realists” — attempted to deprive some of the strength of the general principle *ex injuria jus non oritur* by invoking the maxim *ex factis jus oritur*. In doing so, it confused the validity of norms with the required coercion (at times missing in the international legal order) to implement them. The validity of norms is not dependent on coercion (for implementation); they are binding as such (objective obligations).

28. The maxim *ex factis jus oritur* wrongfully attributes to facts law-creating effects which facts *per se* cannot generate. Not surprisingly, the “*fait accompli*” is very much to the liking of those who feel strong or powerful enough to try to impose their will upon others. It so happens that contemporary international law is grounded on some fundamental general principles, such as the principle of the *juridical equality of States*, which points in the opposite direction. Factual inequalities between States are immaterial, as all States are juridically equal, with all the consequences ensuing therefrom. Definitively, *ex factis jus non oritur*. Human values and the idea of objective justice stand above facts. *Ex conscientia jus oritur*.

V. THE QUESTION OF THE OWNERSHIP OF THE SEIZED DOCUMENTS AND DATA

29. Another issue, addressed by the contending Parties in the course of the present proceedings, was that of the ownership of the documents and data seized by Australia. From the start, Timor-Leste asserted, in its oral arguments, that the present case “is one in which Timor-Leste is complaining of the seizure of its property and is seeking the recovery of the documents that were held on its behalf by Mr. B. Collaery”¹⁴. Counsel for Timor-Leste then stated that its lawyer (Mr. Collaery), through his office,

“conducts his legal activities covering a number of matters for the Government of Timor-Leste, as well as for other clients. In that office, Mr. Collaery regularly keeps, on behalf of the Government of Timor-Leste, many confidential documents relating to the international legal affairs of Timor-Leste. Some cover such very important and delicate matters as the negotiations between the two countries regarding access to the maritime resources of the Timor Sea.”¹⁵

30. The applicant State then asserted that it was clear that among the documents and data seized

“were many files relating to matters on which Mr. Collaery’s office was working on behalf of the Government of Timor-Leste. All these

¹⁴ CR 2014/1, of 20 January 2014, p. 24, para. 16.

¹⁵ *Ibid.*, p. 19, para. 8.

emmené par les prétendus «réalistes» a tenté de vider le principe général *ex injuria jus non oritur* d'une partie de sa substance en invoquant la maxime *ex factis jus oritur*. Cela revenait à confondre la validité des normes et la coercition requise pour les appliquer (qui, parfois, fait défaut dans l'ordre juridique international). Or, la validité des normes ne dépend pas de la coercition (visant à les appliquer); ces normes sont contraignantes en tant que telles (il s'agit d'obligations objectives).

28. La maxime *ex factis jus oritur* attribue indûment aux faits des effets en matière de création de droit, que les faits en tant que tels ne sauraient avoir. Dès lors, il n'est guère surprenant que le «fait accompli» soit si prisé par ceux qui se sentent suffisamment forts ou puissants pour essayer d'imposer leur volonté aux autres. Or, il se trouve que le droit international contemporain repose sur certains principes généraux fondamentaux, tels que celui de *l'égalité juridique des Etats*, qui vont à rebours de cette approche. Les inégalités de fait entre Etats sont sans pertinence, puisque les Etats sont juridiquement égaux, avec toutes les conséquences que cela implique. Définitivement, *ex factis jus non oritur*. Les valeurs humaines et l'idée d'une justice objective l'emportent sur les faits. *Ex conscientia jus oritur*.

V. LA QUESTION DE LA PROPRIÉTÉ DES DOCUMENTS ET DONNÉES SAISIS

29. Une autre question, soulevée par les Parties au cours de la présente procédure, est celle de la propriété des documents et données saisis par l'Australie. Dès le début de ses plaidoiries, le Timor-Leste a affirmé que, par la présente instance, «[il] entend[ait] dénoncer la saisie de ses biens et obtenir la restitution des documents qui étaient conservés pour son compte par M. B. Collaery»¹⁴. Par ailleurs, selon le conseil du Timor-Leste, M. Collaery, le conseiller juridique de cet Etat,

«mène, avec son cabinet, des activités juridiques touchant à diverses questions pour le compte du Gouvernement du Timor-Leste, ainsi que pour d'autres clients. M. Collaery conserve régulièrement dans ses locaux professionnels, pour le compte du Timor-Leste, de nombreux documents confidentiels se rapportant aux affaires juridiques internationales de ce pays, parmi lesquels certains ont trait à des questions très importantes et sensibles, telles que les négociations entre les deux pays au sujet de l'accès aux ressources maritimes de la mer du Timor.»¹⁵

30. L'Etat demandeur a ensuite affirmé que, parmi les documents et données saisis, figuraient manifestement

«de nombreux dossiers relatifs aux questions sur lesquelles travaillait le cabinet de M. Collaery pour le compte du Gouvernement timorais.

¹⁴ CR 2014/1, 20 janvier 2014, p. 24, par. 16.

¹⁵ *Ibid.*, p. 19, par. 8.

files are thus the property of the Government of Timor-Leste and were held as such by Mr. Collaery in the course of his duties on behalf of the Government of Timor-Leste. [T]he client — in this case the Government — has proprietary ownership of documents that have been brought into existence, or received, by a lawyer acting as agent on behalf of the client, or that have been prepared for the benefit of the client and at the client’s expense, such as, letters of advice, memoranda and briefs to counsel.”¹⁶

31. For its part, Australia preferred not to dwell upon the issue of the ownership of the seized documents and data. It argued that:

“Questions of ownership cannot be answered in the absence of a proper examination of the documents in question. That examination has not occurred because we have not inspected the documents. We therefore cannot accept the proposition that the documents are necessarily the property of Timor-Leste, nor can we put before you a full submission on where ownership might lie.”¹⁷

32. Timor-Leste insisted on its position, affirming categorically that “documents in the hands of lawyers on behalf of their clients belong to the clients, in this case, Timor-Leste. That applies to most of the items seized”¹⁸. From the aforementioned, it is clear that Australia did not clarify its position as to who owns the seized documents and data, having preferred not to respond to Timor-Leste’s arguments that those documents and data are its property. This is another point to be kept in mind, in the proper consideration of the requested provisional measures in the *cas d’espèce*.

VI. THE RELEVANCE OF GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW

33. In the course of the public sitting of the Court on 21 January 2014, I deemed it fit to put the following question to both contending Parties, Timor-Leste and Australia:

“What is the impact of a State’s measures of alleged national security upon the conduction of arbitral proceedings between the Parties? In particular, what is the effect or impact of seizure of documents and data, in the circumstances of the present case, upon the settlement of an international dispute by negotiation and arbitration?”¹⁹

¹⁶ CR 2014/1, of 20 January 2014, p. 21, para. 11.

¹⁷ CR 2014/4, of 22 January 2014, p. 19, para. 42.

¹⁸ CR 2014/3, of 22 January 2014, p. 19, para. 33.

¹⁹ CR 2014/2, of 21 January 2014, p. 48.

Ces dossiers appartiennent donc tous à ce gouvernement et étaient conservés comme tels par M. Collaery dans le cadre des fonctions qu'il exerce pour le compte dudit gouvernement. [L]e client (ici, le gouvernement) est propriétaire des documents établis ou reçus par un avocat agissant pour son compte en qualité de mandataire, ou qui ont été établis dans l'intérêt du client et aux frais de celui-ci, tels que les avis, mémorandums et mandats.»¹⁶

31. L'Australie, quant à elle, choisissant de ne pas se prononcer sur la question de la propriété des documents et données saisis, a déclaré ceci :

«Nul ne saurait répondre à cette question sans un examen en règle des documents en cause. Or nous n'avons pu procéder à un tel examen faute d'en avoir pris connaissance. Nous ne saurions donc admettre l'affirmation selon laquelle ces documents appartiennent nécessairement au Timor-Leste, mais ne sommes pas non plus en mesure de vous indiquer avec certitude qui en est effectivement propriétaire.»¹⁷

32. Le Timor-Leste a maintenu sa position, en affirmant, de manière catégorique, que «les documents confiés à un conseil par son client appartiennent à ce dernier, en l'espèce au Timor-Leste [et que] [c]ela vaut pour la plupart des éléments saisis»¹⁸. Il apparaît clairement, au vu de ce qui précède, que l'Australie n'a nullement précisé sa position quant à la question de la propriété des documents et données saisis, choisissant de ne pas répondre aux arguments avancés par le Timor-Leste pour démontrer que lesdits éléments lui appartiennent. Aux fins d'examiner comme il se devait les mesures conservatoires sollicitées dans le cas d'espèce, ce point devait également être pris en considération.

VI. LA PERTINENCE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT INTERNATIONAL

33. A l'audience du 21 janvier 2014, j'ai estimé utile de poser aux deux Parties la question suivante :

«Quel est l'impact des mesures prises par un Etat invoquant la sécurité nationale sur le déroulement de la procédure arbitrale entre les Parties? Quel est, en particulier, l'effet ou l'impact de la saisie de documents et données, dans les circonstances de l'espèce, sur le règlement d'un différend international par voie de négociation et d'arbitrage?»¹⁹

¹⁶ CR 2014/1, 20 janvier 2014, p. 21, par. 11.

¹⁷ CR 2014/4, 22 janvier 2014, p. 19, par. 42.

¹⁸ CR 2014/3, 22 janvier 2014, p. 19, par. 33.

¹⁹ CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 48.

1. *Responses of the Parties to a Question from the Bench*

34. In his prompt answer to my question, counsel for Timor-Leste, remarking that he would try to respond to it “both as a matter of principle, and as it applies to this case”, stated that:

“States should refrain from allowing national interests, including national security interests — important though they may be — adversely to affect international proceedings between sovereign States, and the ability of sovereign States to obtain legal advice. Nothing should be done which would infringe the principles of the sovereign equality of States, non-intervention, and the peaceful settlement of disputes, provided for in Article 2.3 of the United Nations Charter. These are at the core of the international legal order as reflected in the Charter and other key documents, such as the [1970 Declaration on Principles of International Law concerning] Friendly Relations Declaration²⁰.

Applying this to the case in hand, we look to the Court to ensure that Australia does not secure unfair advantage, either in the context of litigation or (. . .) in the context of the Timor Sea.

Both Parties seem to agree that legal privilege is a general principle of law, and is not without limitations, but the Parties seem to disagree on the scope of these limitations. In response to Judge Cançado Trindade’s question, I would point to the difference between such limitations under domestic law, as argued for by Australia, and limitations under international law. The domestic limitations argued for by Australia should not apply when a sovereign State seeks legal advice. Australia is not entitled to restrict Timor-Leste’s ability freely to communicate with its lawyers. There is no limit on immunity in respect of diplomatic documents on Australian soil; [and] there is no reason of principle why the same should not apply to a State’s claim to privilege in respect of legal advice.

In any case, any assertion of limitation to privilege should not hinder Timor-Leste’s preparations for international proceedings or negotiations. This principle was expressly recognized in the *Libananco* case²¹. Contrary to what Mr. Burmester said yesterday²², recognition of this principle should not preclude Australia from continuing any

²⁰ UN doc. A/RES/25/2625, Declaration on Principles in International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, of 24 October 1970.

²¹ Case *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Turkey*, ICSID case ARB/06/8, decision on preliminary issues, of 23 June 2008, p. 42, para. 2.

²² Cf. CR 2014/2, of 21 January 2014, p. 32, para. 17.

1. *Réponses des Parties à une question d'un membre de la Cour*

34. Le conseil du Timor-Leste a précisé qu'il tenterait de répondre à ma question « tant en principe que dans le contexte de l'espèce », et affirmé ceci :

« Les Etats devraient s'abstenir de laisser leurs intérêts nationaux, y compris ceux se rapportant à la sécurité nationale — aussi importants soient-ils — avoir un effet négatif sur une procédure internationale entre des Etats souverains et sur la faculté de tels Etats d'obtenir des conseils juridiques. Nulle action ne doit porter atteinte aux principes de l'égalité souveraine des Etats, de la non-intervention et du règlement pacifique des différends, qui sont au cœur de l'ordre juridique international reflété dans la Charte et d'autres documents essentiels, comme la déclaration [de 1970] relative aux principes du droit international touchant les relations amicales²⁰.

Appliquant ces principes à la présente affaire, nous en appelons à la Cour pour faire en sorte que l'Australie n'obtienne pas d'avantages indus, que ce soit dans le contexte d'une procédure ou en ce qui concerne des négociations éventuelles sur la frontière maritime.

Si les deux Parties paraissent s'accorder à penser que la confidentialité des communications entre un conseil et son client est un principe général de droit et qu'elle n'est pas sans limites, elles semblent ne pas s'entendre sur la portée de ces limites. Pour répondre à la question posée par M. le juge Cançado Trindade, j'appelle votre attention sur la différence existant entre les limites prévues par le droit interne, dont l'Australie veut l'application, et celles prévues par le droit international. Les limites internes défendues par l'Australie ne devraient pas s'appliquer lorsqu'un Etat souverain cherche à obtenir un conseil juridique. L'Australie n'a pas le droit de restreindre la faculté du Timor-Leste de communiquer librement avec ses conseils pour des raisons qui s'avèrent de nature purement interne. Il n'existe pas de limite à l'immunité reconnue aux documents diplomatiques se trouvant sur le sol australien ; il n'existe aucune raison de principe justifiant de ne pas appliquer cette règle à la revendication, par un Etat, de la confidentialité de ses communications avec son conseil.

En tout état de cause, le fait que l'existence d'une limite à cette confidentialité soit alléguée ne doit pas gêner le Timor-Leste dans sa préparation d'une procédure ou de négociations internationales. Ce principe a été expressément reconnu dans l'affaire *Libananco*²¹. Contrairement à ce que M. Burmester a dit hier²², la reconnaissance

²⁰ Nations Unies, doc. A/RES/25/2625, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, 24 octobre 1970.

²¹ Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Libananco Holdings Co. Ltd. c. Turquie*, ARB/06/8, décision sur les questions préliminaires, 23 juin 2008, p. 42, par. 2.

²² Voir CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 32, par. 17.

criminal investigation; it would just ensure that Timor-Leste's documents remain notwithstanding that process.

Mr. Campbell began by asking you to keep in mind the alleged general principles applying to provisional measures set out in Australia's written observations. (. . .) [W]e do not regard as convincing what they had to say on these matters. The written observations take a very restrictive view of provisional measures. Yet the institution of provisional measures is essential to the judicial process. Its importance is increasingly recognized by international courts and tribunals." (Paras. 3-7.)²³

35. For his part, in his response to my question, counsel for Australia, like that of Timor-Leste (*supra*), began by saying that he would endeavour to answer "first at the level of principle and then at the level of application"; and then he added that:

"At the level of principle, we would accept that, if a State engages in arbitration with another State, and finds it necessary to take measures of national security which may bear on the arbitration, the State should, as a matter of prudence, if not strict law, take such steps as are reasonable to limit the impact of national security measures on the arbitration. We accept, as was put this morning, that to do otherwise would interfere with arbitration as a peaceful method of resolving inter-State disputes. I emphasize, the principle is qualified by reasonableness. The circumstances may not always provide a perfect accommodation between the two interests in conflict and a State could not be asked absolutely to put on hold measures of national security merely because it is brought to arbitration." (CR 2014/4, pp. 8-9, para. 4.)

36. This was the "general answer"; moving then to the "specific answer", counsel for Australia proceeded:

"[I]n the present case the measures of national security will have no

²³ Counsel for Timor-Leste added:

"Of course, like any judicial process it can be abused, but courts know how to deal with that. [W]e reject any insinuation by Australia that Timor-Leste is acting abusively in seeking provisional measures. In particular, we reject the unworthy suggestion by Professor Crawford that Timor-Leste is using these proceedings 'to skirt around the confidentiality provisions and maximise the opportunity for publicity and comment prejudicial to Australia'. We are not." (CR 2014/3, of 22 January 2014, pp. 12-14.)

And, for Australia's argument, cf. CR 2014/2, of 21 January 2014, p. 39, para. 8.

de ce principe ne doit pas empêcher l'Australie de poursuivre une enquête judiciaire, mais garantit simplement l'inviolabilité des documents du Timor-Leste, nonobstant cette enquête.

M. Campbell a commencé par vous demander de garder à l'esprit les principes généraux censés s'appliquer à l'indication de mesures conservatoires, tels qu'ils sont exposés dans les observations écrites de l'Australie. ... [N]ous ne jugeons pas convaincants les propos de la Partie adverse à ce sujet. Dans ses observations écrites, l'Australie adopte une vision très restrictive des mesures conservatoires. Pourtant, celles-ci sont essentielles au processus judiciaire et leur importance est reconnue de plus en plus souvent par les cours et tribunaux internationaux.» (Par. 3-7.)²³

35. Dans sa réponse à ma question, le conseil de l'Australie a commencé par indiquer, à l'instar de celui du Timor-Leste (*supra*), qu'il s'efforcerait de répondre «en [s]e plaçant tout d'abord d'un point de vue théorique, puis sur un plan pratique», avant de poursuivre ainsi :

«Sur le principe, nous admettons qu'un Etat qui estime nécessaire de prendre des mesures de sécurité nationale susceptibles d'avoir des effets sur une procédure arbitrale l'opposant à un autre Etat doive, par souci de prudence sinon par stricte nécessité juridique, mettre en œuvre les moyens raisonnables de limiter de tels effets. Nous acceptons ce qui a été dit ce matin, à savoir que, à défaut, le déroulement de la procédure arbitrale en tant que mode de règlement pacifique des différends interétatiques pourrait s'en trouver perturbé. J'insiste toutefois sur la notion de raisonnable qui vient nuancer cette approche théorique. Les circonstances ne permettent pas toujours de concilier parfaitement les deux intérêts antagonistes, et l'on ne saurait enjoindre à un Etat de suspendre purement et simplement des mesures de sécurité nationale au seul motif qu'il est partie à une procédure arbitrale.» (CR 2014/4, pp. 8-9, par. 4.)

36. Telle était donc la «réponse générale». S'intéressant ensuite au «contexte propre au cas d'espèce», le conseil de l'Australie a exposé ce qui suit :

«[En la présente] espèce, en revanche, nous affirmons que les

²³ Le conseil du Timor-Leste a ensuite précisé :

«Bien évidemment, comme dans tout processus judiciaire, il peut y avoir des abus, mais les juridictions savent comment traiter ce genre de situation. Nous rejetons tout propos de l'Australie laissant entendre que, en demandant l'indication de mesures conservatoires, le Timor-Leste abuse de cette procédure. Plus précisément, nous rejetons l'allégation indigne de M. Crawford, selon laquelle le Timor-Leste utilise cette procédure «pour tourner les dispositions en matière de confidentialité et profiter pleinement de l'occasion pour faire une mauvaise publicité à l'Australie et la dénigrer». Ce n'est pas le cas.» (CR 2014/3, 22 janvier 2014, p. 12-14.)

Pour les arguments de l'Australie, voir CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 39, par. 8.

adverse impact on the Arbitration — for three reasons. Firstly, Timor-Leste’s counsel in the Arbitration, on 5 December [2013], accepted they have copies of the key removed documents, including an affidavit from the person they describe as ‘Witness K’ which they have lodged with the PCA. No case of disadvantage has been made before you. Second[ly], the Attorney-General acted reasonably from the outset — from the Ministerial Statement of 4 December [2013], supplemented by undertakings — to ensure there would be no illegitimate advantage to Australia by way of documents being made available to the legal team in the Arbitration. Wisely, with hindsight, he anticipated this problem might arise and he acted in advance to prevent it. The third part of the practical answer is that there is not a skerrick of evidence pointed to by Timor-Leste to suggest the undertakings have not been honoured to date or will not be honoured in the future. (. . .) [T]he documents have been kept under seal (. . .).

Timor-Leste has the documents it needs for the Arbitration; it has adequate undertakings to protect the integrity of the Arbitration; and the undertakings are being honoured.” (CR 2014/4, paras. 5-6.)

2. General Assessment

37. In sum, and as pointed out by the International Court of Justice in the present Order, Australia has clearly relied on its solemn “undertakings” that the documents of Timor-Leste’s legal adviser that it has seized in Canberra will be kept sealed and inaccessible, safeguarding their confidentiality, so as not to be used to the disadvantage of Timor-Leste in the proceedings of the Timor Sea Treaty Arbitral Tribunal (Order, paras. 35-39). Timor-Leste, in turn, has challenged such arguments (*ibid.*, paras. 40-41), and has held that it seeks to protect the ownership and property rights it holds over the seized material (inviolability and immunity of its property) as a sovereign State (*ibid.*, para. 24), and has added that the seized documents and data concern its position on matters pertaining to the Timor Sea Treaty Arbitration and in the context of future negotiations; such matters, it has added, are “crucial to the future of Timor-Leste as a State and to the well-being of its people” (*ibid.*, para. 33).

38. Arguments of alleged “national security”, such as raised by Australia in the *cas d’espèce*, cannot be made the concern of an international tribunal, in a case like the present one. The Court has before itself general principles of international law (*supra*), and cannot be obfuscated by allegations of “national security”, which fall outside the scope of the appli-

mesures de sécurité nationale n'auront pas d'incidence négative sur l'arbitrage, et ce, pour trois raisons. Premièrement, le conseil représentant le Timor-Leste dans le cadre de la procédure arbitrale a reconnu, le 5 décembre [2013], que son équipe était en possession de copies des principaux documents saisis, notamment de la déclaration sous serment du «témoin K», laquelle a été déposée auprès de la CPA. Le Timor-Leste n'a pas démontré qu'il aurait subi un désavantage. Deuxièmement, l'*Attorney-General* a pris, dès le début, des mesures raisonnables — avec sa déclaration ministérielle du 4 décembre [2013], complétée par ses engagements —, pour éviter que l'équipe juridique chargée de représenter l'Australie dans le cadre de l'arbitrage ne puisse avoir accès à des documents susceptibles de donner à la partie australienne un avantage indu. Ayant — fort judicieusement, peut-on dire rétrospectivement — anticipé ce problème, il a pris des mesures pour y remédier. Le troisième élément de notre réponse, sur un plan pratique, est que le Timor-Leste n'a pas présenté le plus petit commencement de preuve indiquant que les engagements de l'Australie n'avaient pas été ou ne seraient pas honorés. ... [L]es documents ont été mis sous scellés. ...

[L]e Timor-Leste dispose de tous les documents dont il a besoin pour l'arbitrage; il a obtenu des engagements appropriés destinés à protéger l'intégrité de la procédure; et ces engagements sont dûment honorés.» (CR 2014/4, par. 5-6.)

2. *Appréciation générale*

37. En résumé, et ainsi que l'a souligné la Cour dans la présente ordonnance, l'Australie s'est clairement fondée sur ses «engagements» solennels selon lesquels les documents du conseiller juridique du Timor-Leste qu'elle avait saisis à Canberra seraient maintenus sous scellés et leur accès interdit à quiconque — leur confidentialité étant ainsi préservée —, de sorte qu'ils ne puissent être utilisés au détriment du Timor-Leste dans l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor (ordonnance, par. 35-39). Le Timor-Leste a, pour sa part, contesté ces arguments (*ibid.*, par. 40-41), faisant valoir qu'il cherchait à protéger les droits de propriété qu'il détenait à l'égard des éléments saisis (droits à l'inviolabilité et à l'immunité de ses biens) en tant qu'Etat souverain (*ibid.*, par. 24), et que les documents et données en question avaient trait à sa position dans le cadre de l'arbitrage susmentionné et de futures négociations; il a ajouté qu'étaient en jeu des «questions primordiales pour l'avenir du Timor-Leste en tant qu'Etat et pour le bien-être de sa population» (*ibid.*, par. 33).

38. Dans une affaire comme la présente espèce, une juridiction internationale ne saurait prendre en compte des arguments — tels que ceux qui ont été avancés par l'Australie — ayant trait à de prétendues questions de «sécurité nationale». Des principes généraux du droit international ont été invoqués devant la Cour (*supra*), qui ne pouvait permettre qu'ils

cable law here. In any case, an international tribunal cannot pay lip-service to allegations of “national security” made by one of the parties in the course of legal proceedings.

39. This particular point was made by Timor-Leste in the *cas d'espèce*. In this respect, the *ad hoc* International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY — Appeals Chamber), in its decision (of 29 October 1997)²⁴ in the *Blaškić* case, confronted with a plea that documents sought from Croatian State officials were protected by “national security”, pondered:

“[T]o grant States a blanket right to withhold, for security purposes, documents necessary for trial might jeopardise the very function of the International Tribunal, and ‘defeat its essential object and purpose’. The International Tribunal was established for the prosecution of persons responsible for war crimes, crimes against humanity and genocide; these are crimes related to armed conflict and military operations. It is, therefore, evident that military documents or other evidentiary material connected with military operations may be of crucial importance, either for the Prosecutor or the defence, to prove or disprove the alleged culpability of an indictee, particularly when command responsibility is involved (in this case military documents may be needed to establish or disprove the chain of command, the degree of control over the troops exercised by a military commander, the extent to which he was cognisant of the actions undertaken by his subordinates, etc.). To admit that a State holding such documents may unilaterally assert national security claims and refuse to surrender those documents could lead to the stultification of international criminal proceedings: those documents might prove crucial for deciding whether the accused is innocent or guilty. The very *raison d'être* of the International Tribunal would then be undermined.” (*Prosecutor v. T. Blaškić*, para. 65.)

40. The due process of law cannot be undermined by the behaviour of one of the parties dictated by reasons of alleged “national security”. Equality of arms (*égalité des armes*) in arbitral and judicial proceedings is to be preserved. International tribunals know how to handle confidential matters in the course of legal procedure, and this cannot be intermingled with one of the parties’ concerns with its own “national security”. In the experience of contemporary international tribunals, there have

²⁴ Appeals Chamber’s decision of 29 October 1997, review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, para. 65.

soient occultés par de tels arguments, lesquels n'entrent pas dans le champ du droit applicable en l'espèce. En tout état de cause, une juridiction internationale ne saurait se prononcer en faveur d'allégations de «sécurité nationale» formulées par l'une des parties dans le cadre d'une procédure judiciaire.

39. Ce point particulier a été soulevé par le Timor-Leste dans la présente instance. La chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'y est elle aussi intéressée dans sa décision du 29 octobre 1997 en l'affaire *Blaškić*²⁴, lorsque, amenée à examiner un moyen de défense invoquant la protection, au titre de la «sécurité nationale», de documents sollicités par des responsables de l'Etat croate, elle a déclaré ce qui suit :

«[A]ccorder aux Etats le droit de refuser systématiquement, pour des raisons de sécurité, de communiquer des documents nécessaires au déroulement du procès pourrait compromettre la fonction même du Tribunal et «faire échec à son objet et son but essentiels». Le Tribunal a été constitué pour poursuivre les personnes responsables de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide, c'est-à-dire des crimes commis dans le cadre de conflits armés et d'opérations militaires. Il est donc évident que les documents militaires et autres éléments de preuve ayant trait aux opérations militaires peuvent revêtir, tant pour le Procureur que pour la défense, une importance cruciale aux fins d'établir ou d'écarter la culpabilité d'un accusé, notamment lorsqu'il est question de responsabilité des supérieurs hiérarchiques (auquel cas les documents militaires peuvent être nécessaires pour établir ou réfuter la chaîne de commandement, le degré de contrôle exercé par un responsable militaire sur les troupes, la mesure dans laquelle celui-ci avait connaissance des actes de ses subordonnés, etc.). Autoriser un Etat détenant pareils documents à invoquer unilatéralement des questions de sécurité nationale pour refuser de les communiquer reviendrait à vider de leur sens les procédures pénales internationales, ces documents pouvant se révéler cruciaux pour déterminer si l'accusé est ou non coupable. La raison d'être du Tribunal international s'en trouverait remise en question.»
(*Prosecutor c. T. Blaškić*, par. 65.)

40. Le comportement d'une partie dicté par de prétendues raisons de «sécurité nationale» ne saurait remettre en cause les garanties d'une procédure régulière. Il est impératif de préserver l'égalité des armes dans les procédures arbitrales et judiciaires. Aujourd'hui, les juridictions internationales savent comment traiter les éléments confidentiels dans ce cadre, et les préoccupations de «sécurité nationale» exprimées par l'une des parties ne sauraient le faire oublier. Pour entendre certaines dépositions, elles

²⁴ Arrêt du 29 octobre 1997, appel interjeté contre le jugement du 18 juillet 1997 de la deuxième chambre de première instance, par. 65.

been occasions of hearings of testimonies in special sittings, so as to duly instruct the case and protect witnesses. To evoke but one illustration, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in the course of the proceedings culminating in its Judgment of 25 November 2000 (merits) in the case of *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, deemed it necessary to collect the testimony of a witness, and commissioned three of its members to do so, in a sitting held outside its *siège* in Central America²⁵. The sitting took place at the headquarters of the Organization of American States (OAS) in Washington D.C., as the witness concerned was still defining his migratory status as a refugee.

41. As to the handling of confidentiality, international tribunals know their respective applicable law, and do not yield to considerations of domestic law as to “national security”; they keep in mind the imperative of due process of law in the course of international legal proceedings, and preserve the equality of arms (*égalité des armes*), in the light of the principle of the proper administration of justice (*la bonne administration de la justice*). Allegations of State secrecy or “national security” cannot at all interfere with the work of an international tribunal, in judicial settlement or arbitration.

42. In my perception, Timor-Leste has made its case that the documents seized from its legal adviser’s office in Canberra, containing confidential information concerning its positions in the Timor Sea Treaty Arbitration, are not to be used to its disadvantage in that PCA arbitration. Timor-Leste’s preoccupation has its *raison d’être*, and, in my view, the International Court of Justice has taken the right decision to order the provisional measures; however, it should have done so in the terms requested by Timor-Leste, namely, to have the documents seized by Australia immediately sealed and delivered into the custody of the International Court of Justice itself, here in its *siège* at the Peace Palace in The Hague. The present proceedings in the case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, suggest, once again, in the light of the arguments advanced by both Timor-Leste and Australia, that States appear far more sensitive than human beings. Even more so in a delicate matter such as the one of the present case. As the learned Antônio Vieira observed in the seventeenth century: “Não há dúvida que todas as coisas são mais estimadas e de maior gosto quando se recuperam depois de perdidas, que quando se possuem sem se perderem.”²⁶

43. It is clear that the concern of an international tribunal is with properly imparting justice, rather than with assessing measures of alleged “national security”, entirely alien to its function. International tribunals

²⁵ In the host State, San José of Costa Rica.

²⁶ Antônio Vieira, *Sermão de Santo Antônio* [1657]: “There is no doubt that all things are more esteemed and of greater taste when recovered after having been lost, than when possessed without being lost.” [*My own translation.*]

organisent ainsi des audiences spéciales, dans le but, notamment, de veiller au bon déroulement de l'instruction et d'assurer la protection des témoins. Pour n'évoquer qu'un seul exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a, dans la procédure qui a donné lieu à son arrêt au fond le 25 novembre 2000 en l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, jugé nécessaire — et mandaté trois de ses membres à cet effet — de recueillir une déposition au cours d'une audience qui s'est tenue en dehors de ses locaux d'Amérique centrale²⁵; le témoin en question continuant d'invoquer le statut de réfugié, cette audience a eu lieu au siège de l'Organisation des Etats américains (OEA) à Washington D.C.

41. S'agissant du traitement de la confidentialité, les juridictions internationales connaissent le droit applicable qu'elles sont respectivement tenues de suivre, et ne se plient pas à des considérations de droit interne telles que la «sécurité nationale»; elles ont à l'esprit l'impératif de garantir une procédure régulière dans le cadre du règlement judiciaire des différends internationaux, et de préserver l'égalité des armes, qui découle du principe de la bonne administration de la justice. L'invocation de secrets d'Etat ou de la «sécurité nationale» ne saurait faire obstacle aux travaux d'une juridiction internationale, que ce soit dans le domaine judiciaire ou arbitral.

42. Selon moi, le Timor-Leste a démontré que les documents saisis dans les locaux professionnels de son conseiller juridique à Canberra, qui contiennent des informations confidentielles concernant sa position aux fins de l'arbitrage en vertu du traité de la mer de Timor, ne devaient en aucun cas être utilisés à son détriment dans le cadre de la procédure qui se déroule devant la CPA. Ces préoccupations sont justifiées, et c'est donc à juste titre, me semble-t-il, que la Cour a choisi d'indiquer des mesures conservatoires. Toutefois, elle aurait dû le faire dans les termes sollicités par le Timor-Leste, c'est-à-dire en décidant que les documents saisis par l'Australie soient immédiatement placés sous scellés et confiés à sa propre garde, ici même, au Palais de la Paix, à La Haye. Dans la présente affaire, il apparaît, une fois encore, au vu des arguments respectivement avancés par le Timor-Leste et l'Australie, que les Etats peuvent se révéler bien plus sensibles que les êtres humains. Cela est d'autant plus vrai dans une affaire aussi délicate que celle qui nous occupe aujourd'hui. Ainsi que le faisait observer au XVII^e siècle l'éminent philosophe Antônio Vieira: «Não há dúvida que todas as coisas são mais estimadas e de maior gosto quando se recuperam depois de perdidas, que quando se possuem sem se perderem.»²⁶

43. De toute évidence, le rôle d'une juridiction internationale est de rendre correctement la justice, et non d'apprécier des mesures prises pour des raisons de «sécurité nationale», qui sont totalement étrangères à sa

²⁵ Sis à San José, au Costa Rica, l'Etat hôte.

²⁶ Antônio Vieira, *Sermão de Santo Antônio* (1657): «Nul doute que l'on attache plus de prix et de goût aux choses perdues et retrouvées qu'à celles que l'on possède sans les avoir jamais perdues.»

are concerned with the prevalence of international law; national governments (their secret or so-called “intelligence” services) occupy themselves with issues they regard as affecting alleged “national security”. The international legal positions of one State cannot be subjected to measures of alleged “national security” of another State, even less so when they are contending parties in the same contentious case before an international tribunal. In this connection, an international tribunal such as the International Court of Justice is to make sure that the principle of the *juridical equality* of States prevails, so as to discard eventual repercussions in the international legal procedure of *factual inequalities* between States.

VII. THE PREVALENCE OF THE JURIDICAL EQUALITY OF STATES

44. The present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, bears witness of the relevance of the principle of the juridical equality of States. The prevalence of this fundamental principle has marked a longstanding presence in the realm of international law, ever since the times of the II Hague Peace Conference of 1907, and then of the drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice by the Advisory Committee of Jurists, in June-July 1920. Recourse was then made, by that Committee, *inter alia*, to general principles of law, as these latter embodied the objective idea of justice. A general principle such as that of the juridical equality of States, enshrined a quarter of a century later in the United Nations Charter (Article 2 (1)), is ineluctably intermingled with the quest for justice.

45. Subsequently, throughout the drafting of the 1970 UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (1964-1970), the need was felt to make it clear that stronger States cannot impose their will upon the weak, and that *de facto* inequalities among States cannot affect the weaker in the vindication of their rights. The principle of the juridical equality of States gave expression to this concern, embodying the *idée de justice*, emanated from the universal juridical conscience. I have had the occasion to dwell upon this point elsewhere, having pondered that:

“On successive occasions the principles of international law have proved to be of fundamental importance to humankind’s quest for justice. This is clearly illustrated by the role played, *inter alia*, by the principle of juridical equality of States. This fundamental principle, the historical roots of which go back to the II Hague Peace Conference of 1907, proclaimed in the UN Charter and enunciated also in the 1970 Declaration of Principles, means ultimately that all States — factually strong and weak, great and small — are equal before international law, are entitled to the same protection under the law and

fonction. Les tribunaux internationaux s'appliquent à faire primer le droit international; les gouvernements nationaux (à travers leurs services secrets ou services de «renseignement»), pour leur part, se préoccupent de questions qui touchent, selon eux, à leur «sécurité nationale». Les positions juridiques internationales d'un Etat ne sauraient être soumises à des mesures liées à la prétendue «sécurité nationale» d'un autre, ce d'autant moins lorsqu'ils sont tous deux parties à un différend soumis à une juridiction internationale. A cet égard, une juridiction telle que la Cour doit veiller à ce que le principe de l'égalité juridique des Etats l'emporte, de sorte que les *inégalités de fait* entre Etats n'aient aucune conséquence sur le règlement judiciaire des différends internationaux.

VII. LA PRIMAUTÉ DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES ÉTATS

44. La présente affaire témoigne de l'importance du principe de l'égalité juridique des Etats. La place prépondérante de ce principe fondamental du droit international remonte à la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, et à la rédaction, en juin-juillet 1920, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité consultatif de juristes, qui s'était alors notamment référé aux principes généraux de droit exprimant l'idée objective de justice. Consacré vingt-cinq ans plus tard dans la Charte des Nations Unies (au paragraphe 1 de l'article 2), le principe général de l'égalité juridique des Etats est aujourd'hui immanquablement et indissociablement lié à la quête de justice.

45. Plus tard, au moment de la rédaction de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (1964-1970), il est apparu nécessaire d'affirmer l'idée que les Etats puissants ne sauraient imposer leur volonté, et que des inégalités de fait entre les Etats ne devaient pas affecter la capacité des plus faibles de faire valoir leurs droits. Le principe de l'égalité juridique des Etats a donné corps à cette préoccupation et à l'idée de justice, laquelle procède de la conscience juridique universelle. J'ai eu l'occasion, dans un autre contexte, de livrer mes réflexions sur ce point :

«Les principes du droit international se sont, en plusieurs occasions, révélés d'une importance primordiale pour la quête de justice de l'humanité. En témoigne, par exemple, le rôle du principe de l'égalité juridique des Etats. Ce principe fondamental, qui tire historiquement son origine de la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, et a été consacré par la Charte des Nations Unies, puis réaffirmé dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales, signifie, en définitive, que tous les Etats — les forts et les faibles, les grands et les

before the organs of international justice, and to equality in the exercise of international rights and duties.

Despite successive attempts to undermine it, the principle of juridical equality of States has remained, from the II Hague Peace Conference of 1907 to date, one of the basic pillars of international law. It has withstood the onslaught of time, and shown itself salutary for the peaceful conduction of international relations, being ineluctably associated — as it stands — with the foundations of international law. It has been very important for the international legal system itself, and has proven to be a cornerstone of international law in the United Nations era. In fact, the UN Charter gave it a new dimension, and the principle of juridical equality of States, in turn, paved the way for, and contributed to, new developments such as that of the system of collective security, within the ambit of the law of the United Nations.”²⁷

VIII. PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION INDEPENDENTLY OF UNILATERAL “UNDERTAKINGS” OR ASSURANCES

46. As from the characterizations by the International Court of Justice itself of the essence and main features of the dispute lodged in the *cas d'espèce*, one would legitimately expect that the Court would not proceed to ground the provisional measures of protection that it has indicated in the present Order on a unilateral “undertaking” or assurance by one of the contending Parties, precisely the one that has caused a damage — by the seizure and detention of the documents and data at issue — to the applicant State. In effect, in the present Order, the International Court of Justice, after taking note of the principal claim of Timor-Leste that “a violation has occurred of its right to communicate with its counsel and lawyers in a confidential manner with regard to issues forming the subject-matter of pending arbitral proceedings and future negotiations between the Parties”, recalled that this right derives from the fundamental principle of the juridical equality of States, enshrined in Article 2 (1) of the UN Charter (Order, para. 27).

47. The International Court of Justice then proceeded that “equality of the parties must be preserved” when they are engaged — pursuant to Article 2 (3) of the UN Charter — in the process of peaceful settlement of an international dispute (another general principle of international law). Once a State is engaged therein, it is entitled to undertake arbitral proceedings or negotiations “without interference by the other party in the preparation and conduct of its case” (*ibid.*). It follows, the Court added, that,

²⁷ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff, 2013, pp. 84-85, and cf. pp. 62-63, 65 and 73.

petits — sont égaux devant le droit international, autrement dit, qu'ils jouissent de la même protection au regard du droit et devant les instances judiciaires internationales, et de l'égalité dans l'exercice de leurs droits et devoirs internationaux.

Malgré les tentatives de remise en cause qui se sont succédé, le principe de l'égalité juridique des Etats constitue, depuis la deuxième conférence de la paix de 1907, l'un des piliers du droit international. Il a résisté au passage du temps, et s'est révélé salutaire pour assurer des relations internationales pacifiques, étant immanquablement lié, aujourd'hui encore, aux fondements du droit international. Il a joué un rôle primordial dans la construction même de l'ordre juridique international, et constitue une pierre angulaire du droit des Nations Unies. De fait, il a acquis, dans la Charte des Nations Unies, une nouvelle dimension, ouvrant alors la voie et contribuant à de nouvelles avancées telles que l'avènement du système de sécurité collective.»²⁷

VIII. LA NÉCESSITÉ DE MESURES CONSERVATOIRES INDÉPENDANTES DES ASSURANCES OU « ENGAGEMENTS » UNILATÉRAUX

46. Compte tenu de la manière dont elle avait elle-même défini la nature et les principaux aspects du différend dont elle avait à connaître en la présente espèce, l'on pouvait légitimement s'attendre à ce que la Cour ne fondât pas les mesures conservatoires indiquées dans son ordonnance sur une assurance ou un « engagement » unilatéral de l'une des Parties, celle, précisément, qui avait causé un préjudice — en saisissant et détenant les documents et données en question — à l'Etat demandeur. D'ailleurs, après avoir pris note du principal grief du Timor-Leste selon lequel « il y avait eu violation de son droit de communiquer de manière confidentielle avec ses conseils et avocats au sujet de questions faisant l'objet d'une procédure arbitrale en cours et de futures négociations entre les Parties », la Cour a rappelé que ce droit découlait du principe fondamental de l'égalité juridique des Etats consacré au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies (ordonnance, par. 27).

47. La Cour a ensuite souligné qu'« il conv[enait] de préserver l'égalité des parties » qui sont engagées, conformément au paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte, dans le règlement, par des moyens pacifiques, d'un différend international (autre principe général du droit international). Lorsqu'un Etat a introduit une procédure d'arbitrage ou entrepris des négociations, il peut s'attendre à mener cette procédure ou ces négociations « sans que l'autre partie ne s'ingère dans la préparation ou la défense de son argumentation » (*ibid.*). Il s'ensuit, selon la Cour, que,

²⁷ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2^e éd. rev., Leyde/La Haye, Nijhoff, 2013, p. 84-85, et voir p. 62-63, 65 et 73.

“in such a situation, a State has a plausible right to the protection of its communications with counsel relating to an arbitration or to negotiations, in particular, to the protection of the correspondence between them, as well as to the protection of confidentiality of any documents and data prepared by counsel to advise that State in such a context” (Order, para. 27).

48. The Court concluded, on this issue, that at least some of the rights for which Timor-Leste seeks protection are “plausible”, in particular, “the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia”, and “the correlative right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers” (*ibid.*, para. 28). I would take even a step further, in acknowledging that *a right is a right*, irrespective of its so-called “plausibility” (whatever that might concretely mean)²⁸. In any case, having reached such a conclusion, one would expect the Court to order its own provisional measures of protection independently of any promise or unilateral “undertaking” on the part of the State which has breached that “plausible” right.

49. For reasons which escape my comprehension, the Court did not do so, and, from then onwards, embarked on a distinct line of reasoning, on the basis of the “undertaking” or assurance by Australia to secure the confidentiality of the material seized by its agents in Canberra on 3 December 2013. The Court was aware of the imminent risk of irreparable harm (*ibid.*, para. 42), and insisted that there remained a risk of further disclosure of the seized material (*ibid.*, para. 46) to the additional disadvantage of Timor-Leste. The Court considered that

“there could be a very serious detrimental effect on Timor-Leste’s position in the Timor Sea Treaty Arbitration and in future maritime negotiations with Australia should the seized material be divulged to any person or persons involved or likely to be involved in that arbitration or in negotiations on behalf of Australia. Any breach of confidentiality may not be capable of remedy or reparation as it might not be possible to revert to the *status quo ante* following disclosure of the confidential information.” (*Ibid.*, para. 42.)

50. How can the Court assume that such breach of confidentiality has not already occurred, to the detriment of Timor-Leste? On what basis can the Court assume that the material seized by Australia has not yet been divulged, or was not divulged on the days following its seizure, and before the “undertaking” or assurance by Australia? How can the Court be sure that Timor-Leste has not yet suffered an irreparable harm? How

²⁸ “Plausibility”, as understood nowadays, has its etymological origins tracing back to the sixteenth and seventeenth centuries, means something which is worth of approval or applause (from *plaudere*).

«en pareil cas, un Etat a un droit plausible à ce que soient protégées ses communications avec ses conseils qui se rapportent à un arbitrage ou à des négociations et, en particulier, la correspondance qu'il échange avec eux, et à ce que soit protégée la confidentialité de tous documents et données établis par eux pour le conseiller» (ordonnance, par. 27).

48. La Cour a conclu, sur ce point, qu'au moins certains des droits que le Timor-Leste cherchait à protéger étaient plausibles et, en particulier, le «droit de conduire une procédure d'arbitrage ou des négociations sans ingérence de la part de l'Australie», et le droit corrélatif «à la confidentialité de ses communications avec ses conseillers juridiques et à la non-ingérence dans lesdites communications» (*ibid.*, par. 28). Or, selon moi, il convenait d'aller plus loin, en reconnaissant qu'un droit est un droit, qu'il soit ou non «plausible» (quel que soit le sens que ce terme revêt concrètement)²⁸. En tout état de cause, la Cour étant parvenue à cette conclusion, l'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle indiquât des mesures conservatoires indépendantes de toute promesse ou «engagement» unilatéral de la part de l'Etat ayant violé ce droit «plausible».

49. Pour des raisons qui m'échappent, la Cour n'en a rien fait, suivant un raisonnement différent fondé sur l'«engagement» ou l'assurance de l'Australie de ce que la confidentialité des éléments saisis par ses agents à Canberra le 3 décembre 2013 serait préservée. Consciente qu'il existait un risque imminent de préjudice irréparable (*ibid.*, par. 42), la Cour a souligné que subsistait un risque que les éléments saisis soient divulgués à des tiers (*ibid.*, par. 46), là encore au détriment du Timor-Leste, et déclaré que

«la position de celui-ci dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor et des futures négociations maritimes avec l'Australie pourrait être très gravement compromise si les éléments saisis étaient divulgués à une quelconque personne participant ou susceptible de participer à cet arbitrage ou à ces négociations au nom de l'Australie. Toute violation de la confidentialité risquerait de ne pas pouvoir être réparée, puisqu'il pourrait se révéler impossible de revenir au *statu quo ante* après la divulgation d'informations confidentielles.» (*Ibid.*, par. 42.)

50. Comment la Cour pouvait-elle supposer que pareille violation n'avait pas, d'ores et déjà, été commise à l'encontre du Timor-Leste? Sur quels éléments s'est-elle fondée pour présumer que les documents et données saisis par l'Australie n'avaient pas déjà été divulgués, notamment dans les jours suivant leur saisie, c'est-à-dire avant l'assurance ou l'«engagement» donné par l'Australie? Comment la Cour pouvait-elle être sûre

²⁸ Dans son acception actuelle, le terme «plausible», dont l'origine étymologique date des XVI^e et XVII^e siècles, désigne ce qui est louable, ce qui mérite d'être applaudi (du latin *plaudere*).

can the Court proceed, on the basis of the seizure undertaken by the Australian Security Intelligence Organisation (ASIO), to ground in the present Order its own provisional measures of protection, instead of taking custody of the seized material? From this point of the present Order (reliance on the seizure of documents and data for alleged “national security” reasons) onwards, it is difficult to avoid the sensation of entering into the realm of surrealism.

51. The fact is that it cannot be denied with certainty that, with the seizure of the documents and data containing its privileged information, Timor-Leste has *already* suffered an irreparable harm. Six and a half decades ago (in 1949), in his last book, *Nineteen Eighty-Four*, George Orwell repeatedly warned: “Big Brother Is Watching You”²⁹. Modern history is permeated with examples of the undue exercise of search and seizure, by those who felt powerful enough to exercise unreasonable surveillance of others. Modern history has also plenty of examples of the proper reaction of those who felt victimized by such exercise of search and seizure. In so reacting, the latter felt that, though lacking in factual power, they had law on their side, as all are equal before the law. If Orwell could rise from his tomb today, I imagine he would probably contemplate writing *Two Thousand Eighty-Four*, updating his perennial and topical warning, so as to encompass surveillance not only at *intra-State* level, but also at *inter-State* level; nowadays, “Big Brother Is Watching You” on a much wider geographical scale, and also in the relations across nations.

52. If the Court were sensitive to that, it would have ordered — as in my view it should have — its provisional measures of protection independently of any unilateral “undertaking” or assurance on the part of the State which exercised search and seizure (Australia) of documents and data containing privileged information belonging to the applicant State (Timor-Leste). The Court would have ordered the seized documents and data to be promptly sealed and delivered into its custody here at its *siège* at the Peace Palace in The Hague. In any case, the provisional measures of protection indicated in the present Order of the Court, concerning a situation of urgency, purports to prevent *further* irreparable harm to Timor-Leste.

53. The Court did not at all need to have relied factually upon Australia’s seizure of the documents and data containing information belonging to Timor-Leste, so as to order Australia to “keep under seal the seized documents and electronic data and any copies thereof” (resolatory point 2). The Court should have taken custody of those documents and data (and any copies thereof) from then on. Instead of that, the Court ordered the State which seized them to ensure that no *further* damage is

²⁹ Part I, Chapter I; and Part III, Chapter VI.

que le Timor-Leste n'avait pas d'ores et déjà subi un préjudice irréparable? Comment a-t-elle pu ensuite indiquer ses propres mesures conservatoires en se fondant, de fait, sur la saisie effectuée par l'ASIO, le service de renseignement intérieur de l'Australie, au lieu de requérir que les documents saisis lui soient remis? A compter de ce point de la présente ordonnance (par lequel la Cour se fonde sur la saisie des documents et données pour de prétendues raisons de «sécurité nationale»), l'on a du mal à ne pas éprouver un sentiment de surréalisme.

51. Le fait est que la possibilité que le Timor-Leste ait *d'ores et déjà* subi un préjudice irréparable, par suite de la saisie des documents et données contenant des informations confidentielles qui lui appartiennent, ne saurait être écartée avec certitude. Il y a soixante-cinq ans déjà, en 1949, George Orwell formulait, dans son roman *1984*, la mise en garde suivante: «Big Brother vous regarde» («*Big Brother is watching you*») ²⁹. L'histoire contemporaine est émaillée d'exemples de perquisitions et de saisies abusives effectuées par ceux qui se sentent assez puissants pour exercer sur d'autres une surveillance injustifiée. On y trouve également nombre de cas où ceux qui s'estimaient victimes de tels actes ont réagi comme il se devait, et pris conscience, ce faisant, que, bien que dépourvus de pouvoir dans les faits, ils bénéficiaient de la protection du droit, qui s'applique à tous de manière égale. Si George Orwell était encore parmi nous, il envisagerait peut-être d'écrire *2084*, et sa mise en garde intemporelle, dont l'actualité ne se dément pas, porterait non plus seulement sur la surveillance des citoyens par l'Etat, mais également sur celle qu'exercent les Etats *entre eux*. Aujourd'hui, Big Brother nous surveille à bien plus grande échelle, y compris dans les relations entre les nations.

52. Si la Cour avait été sensible à cet aspect, elle aurait indiqué — comme elle aurait dû le faire, selon moi — ses mesures conservatoires indépendamment de toute assurance ou de tout «engagement» unilatéral de la part de l'Etat (l'Australie) qui a procédé à la perquisition et à la saisie de documents et données contenant des informations confidentielles de l'Etat demandeur (le Timor-Leste). La Cour aurait alors ordonné — ce qu'elle aurait dû faire, selon moi — que les documents et données saisis soient sans tarder placés sous scellés et confiés à sa garde, au Palais de la Paix, à La Haye. En tout état de cause, les mesures conservatoires indiquées dans la présente ordonnance, qui portent sur une situation d'urgence, sont censées éviter qu'un préjudice irréparable *supplémentaire* ne soit causé au Timor-Leste.

53. Rien n'obligeait la Cour, dans la présente ordonnance, à se fonder — de fait — sur la saisie par l'Australie des documents et données comportant des informations du Timor-Leste, en ordonnant à l'Australie de «conserv[er] sous scellés les documents et données électroniques saisis, ainsi que toute copie qui en aurait été faite» (deuxième point du dispositif). Elle aurait dû décider d'assurer elle-même, à compter de ce jour, la garde des éléments en question et de leurs éventuelles copies. Au lieu

²⁹ Première partie, chap. I; troisième partie, chap. VI.

done to Timor-Leste by further disclosure for use by any person(s), of the seized material (resolatory point 1).

54. Ironically, in the present Order the Court itself admits (Order, para. 30) that the provisional measures of protection requested by Timor-Leste are aimed at preventing *further* damage to it. It is clear that damage has already been made to Timor-Leste. Yet the Court orders provisional measures of protection to be taken by the State — as from its unilateral “undertaking” — that has seized the documents and data for alleged reasons of “national security”. In this connection, in the mid-fifties, the poet Vinicius de Moraes pitied the ungrateful task of those who worked in archives (and I would here add, in secret archives, amidst documents allegedly concerning “national security”); in his own words:

“Antes não classificásseis
Os maços pelos assuntos
Criando a luta de classes
Num mundo de anseios juntos! (. . .)
Ah, ver-vos em primavera
Sobre papéis de ocasião
Na melancólica espera
De uma eterna certidão! (. . .)”³⁰

55. In distinct contexts, the inviolability of State papers and documents has been an old concern in diplomatic relations. The 1946 UN Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations refers to the “inviolability for all papers and documents” of Member States participating in the work of its main and subsidiary organs, or in conferences convened by the United Nations (Art. IV). In the same year, a resolution of the UN General Assembly asserted that such inviolability of all State papers and documents was granted by the 1946 Convention “in the interests of the good administration of justice”³¹. Thus, already in 1946, the UN General Assembly had given expression in a resolution to the presumption of the inviolability of the correspondence between Member States and their legal advisers. This is an international law obligation, not

³⁰ Vinicius de Moraes, “Balada das Arquivistas”, *Antologia Poética* (1954):

“Better if you would not classify
The files by the subjects
Creating class struggle
In a world full of anguish! (. . .)
Ah, to see you all in the springtime
Over occasional papers
In the melancholic expectation
Of an eternal certificate! (. . .)” [*My own translation.*]

³¹ GA resolution 90 (I), of 11 December 1946, para. 5 (b).

de cela, la Cour a enjoint l'Etat qui avait procédé à la saisie de veiller à ce qu'aucun préjudice *supplémentaire* ne soit causé au Timor-Leste en faisant en sorte que les éléments en question ne soient pas utilisés par une quelconque personne (premier point du dispositif).

54. Paradoxalement, la Cour admet (ordonnance, par. 30) que les mesures conservatoires sollicitées par le Timor-Leste visent à éviter qu'un préjudice *supplémentaire* ne soit causé à celui-ci. Le Timor-Leste a clairement déjà subi un préjudice. Or, la Cour choisit d'indiquer des mesures dont la mise en œuvre échet à l'Etat qui a saisi les documents et données pour de prétendues raisons de «sécurité nationale», à compter de l'«engagement» unilatéral pris par ce dernier. Je citerai à ce propos le poète Vinicius de Moraes, qui, au milieu des années cinquante, plaignait les employés des services d'archives (les services d'archives classifiées, ajouterai-je, pleines de documents touchant à de prétendues questions de «sécurité nationale»), dont il décrivait en ces termes la tâche ingrate :

«Antes não classificásseis
Os maços pelos assuntos
Criando a luta de classes
Num mundo de anseios juntos! ...
Ah, ver-vos em primavera
Sobre papéis de ocasião
Na melancólica espera
De uma eterna certidão! ...»³⁰

55. Dans des contextes différents, l'inviolabilité des papiers et documents d'Etat constitue, de longue date, un sujet de préoccupation dans le cadre des relations diplomatiques. La convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies prévoyait «l'inviolabilité de tous papiers et documents» des Etats membres participant aux travaux des organes principaux et subsidiaires de l'Organisation et aux conférences convoquées par celle-ci (art. IV). Une résolution adoptée la même année par l'Assemblée générale précisait que cette inviolabilité des papiers et documents d'Etat était garantie par la convention de 1946 «dans l'intérêt de la bonne administration de la justice»³¹. Ainsi, dès 1946, l'Assemblée générale exprimait, dans une résolution, la présomption d'inviolabilité des correspondances entre les Etats membres et leurs conseillers juri-

³⁰ Vinicius de Moraes, «Balada das Arquivistas», *Antologia Poética* (1954):

«Mieux vaudrait que vous n'avez pas à classer
Les dossiers par thème
Créant ainsi une lutte des classes
Dans un monde plein d'angoisse! ...
Ah, vous voir tous au printemps
Sur des textes d'un jour
Dans l'attente mélancolique
D'un certificat éternel! ...»

³¹ Résolution 90 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 11 décembre 1946, par. 5 b).

one derived from a unilateral “undertaking” or assurance by a State following its seizure of documents and data containing information belonging to another State.

56. In my perception, there is no room, in provisional measures of protection, for indulging in an exercise of balancing of interests of the contending parties. For example, in the present Order, the Court refers to the “significant contribution” of Australia’s unilateral “undertaking” or promise (of 21 January 2014) towards “mitigating the imminent risk of irreparable prejudice” to Timor-Leste (Order, para. 47). Yet, immediately afterwards, the Court goes on to say that, despite that unilateral “undertaking” by Australia, “there is still an imminent risk of irreparable prejudice” to Timor-Leste (*ibid.*, para. 48). This being so, what is the “significant contribution” of the unilateral “undertaking” or assurance to mitigate the “imminent risk of irreparable prejudice” to Timor-Leste? The Court provides no explanation for its assertion. What is so “significant” about that unilateral act? The Court does not demonstrate its “significance”, only takes the promise at its face value.

57. Can a unilateral assurance or promise provide a basis for the Court’s reasoning in Orders of binding provisional measures of protection? Not at all — as I sustained half a decade ago in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (*Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 139), and as I once again sustain in this separate opinion in the present Order of 3 March 2014 in the case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*. Like Ionesco’s *Rhinocéros* (1960), *je ne capitule pas . . .*

58. The International Court of Justice is not a simple *amiable compositeur*, it is a court of law, the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the UN Charter). In the exercise of its judicial function, it is not to ground its reasoning on unilateral “undertakings” or assurances or promises formulated in the course of international legal proceedings. Precepts of law provide a much safer ground for its reasoning in the exercise of its judicial function. Those precepts are of a perennial value, such as the ones in (Ulpian’s) opening book I (item I, para. 3) or in Justinian’s *Institutes* (early sixth century): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (to live honestly, not to harm anyone, to give each one his/her due).

IX. THE AUTONOMOUS LEGAL REGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION

59. This brings me to my last point in the present separate opinion. The present legal proceedings, in my perception, bring to the fore, once again, what I have for some time been characterizing as *the autonomous*

diques. Il s'agit donc d'une obligation de droit international, et non d'une obligation découlant d'une assurance ou d'un «engagement» unilatéral qu'un Etat prend après avoir saisi des documents et données contenant des informations appartenant à un autre Etat.

56. A mon sens, lorsqu'elle indique des mesures conservatoires, il n'y a pas lieu que la Cour mette en balance les intérêts respectifs des parties en présence. Dans la présente ordonnance, la Cour a ainsi indiqué que l'engagement écrit (du 21 janvier 2014) de l'Australie «contribu[ait] de manière importante» à «atténuer le risque imminent de préjudice irréparable» susceptible d'être causé au Timor-Leste (ordonnance, par. 47), tout en ajoutant, immédiatement après, que, en dépit de cet engagement, «un risque imminent de préjudice irréparable subsist[ait]» (*ibid.*, par. 48). Dès lors, en quoi l'engagement unilatéral contribuait-il de manière importante à atténuer le risque de préjudice irréparable pour le Timor-Leste? La Cour ne l'a pas expliqué. Qu'y avait-il de si «important» dans cet acte unilatéral? La Cour ne l'a pas démontré, se contentant de prendre pour argent comptant la promesse de l'Australie.

57. Une assurance ou promesse unilatérale peut-elle fonder le raisonnement de la Cour dans une ordonnance en indication de mesures conservatoires à caractère contraignant? Certainement pas. C'est ce que j'ai soutenu il y a cinq ans dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance du 28 mai 2009 en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 139). Et je persiste aujourd'hui. Comme Bérenger dans *Rhinocéros*, la pièce écrite en 1960 par Eugène Ionesco, «je ne capitule pas»...

58. La Cour n'est pas un simple amiable compositeur; elle est une juridiction, l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (article 92 de la Charte des Nations Unies). Dans l'exercice de sa fonction judiciaire, elle ne saurait fonder son raisonnement sur des «engagements», assurances ou promesses formulés unilatéralement au cours d'une procédure judiciaire internationale. Les préceptes du droit offrent un fondement bien plus solide au raisonnement d'une juridiction internationale. Ces préceptes sont éternels, tels que ceux (d'Ulpien) qui figurent dans le Livre I (titre I, par. 3) des *Institutes* de Justinien (début du VI^e siècle): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivre honnêtement, ne faire de mal à personne, donner à chacun son dû).

IX. LE RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES

59. J'en viens au dernier point de cette opinion individuelle. La présente espèce met, une nouvelle fois, l'accent sur ce que je qualifie, depuis un certain temps déjà, de *régime juridique autonome régissant les mesures*

legal regime of provisional measures of protection. In this respect, as I have pointed out, e.g., in my dissenting opinion in the merged cases of *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* and of the *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Provisional Measures, Order of 16 July 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 230)*, opposing Costa Rica to Nicaragua (and vice versa), the object of requests for provisional measures of protection is different from the object of applications lodged with international tribunals, as to the merits.

60. Furthermore, the rights to be protected are not necessarily the same in the two respective proceedings. Compliance with provisional measures runs parallel to the course of proceedings as to the merits of the case at issue. The obligations concerning provisional measures ordered and decisions as to the merits (and reparations) are not the same, being autonomous from each other. The same can be said of the legal consequences of non-compliance (with provisional measures, or else with judgments as to the merits), the breaches (of one and the other) being distinct from each other (*ibid.*, pp. 267-268, paras. 70-71).

61. What ensues herefrom is the pressing need to dwell upon, and to develop conceptually, the *autonomous legal regime* of provisional measures of protection, particularly in view of the expansion of these latter in our days (*ibid.*, para. 75). This is the point which I have made not only in my dissenting opinion in the two aforementioned merged cases opposing Costa Rica to Nicaragua, but also in my earlier dissenting opinion in the case of *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, pp. 192-193, paras. 80-81)*, and which I see fit to reiterate here, in the present case of *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*. It should not pass unnoticed that this point has marked presence in these recent cases, surrounded by entirely distinct circumstances. This, in my view, discloses the importance of the acknowledgment of the *autonomous legal regime* of provisional measures of protection, irrespective of the circumstances of the cases at issue.

62. I deem it a privilege to be able to serve the cause of international justice here at the Peace Palace in The Hague. With all that is going on here at the Peace Palace — at the International Court of Justice and at the Permanent Court of Arbitration next door — as well illustrated herein, the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, since its lodging with the International Court of Justice last 17 December 2013 up to now, marks a proper closing of the celebrations of the centenary of the Peace Palace. This emblematic centenary would have been more remarkable if the International Court of Justice had ordered today, 3 March 2014, what in my view it should have done, i.e., the adoption of an order of provisional measures of protection to the effect of, from now on, keep-

conservatoires. A cet égard, comme je l'ai souligné, par exemple, dans mon opinion dissidente jointe à l'ordonnance rendue le 16 juillet 2013 dans les affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 230)*, opposant le Costa Rica au Nicaragua (et vice versa) et dont les instances ont été jointes, l'objet des demandes en indication de mesures conservatoires diffère de celui des requêtes au fond présentées à des juridictions internationales.

60. Par ailleurs, les droits qu'il convient de protéger ne sont pas nécessairement les mêmes dans les deux procédures. Les mesures conservatoires doivent être respectées tandis que se déroule la procédure au fond. Les obligations découlant des mesures conservatoires indiquées et des décisions au fond (y compris en matière de réparations) ne sont pas les mêmes, et elles sont indépendantes les unes des autres. Il en va de même des conséquences juridiques qui découlent de l'inobservation (de mesures conservatoires ou de décisions rendues au fond), les violations (des premières et des secondes) étant distinctes (*ibid.*, p. 267-268, par. 70-71).

61. Il en résulte une nécessité pressante d'approfondir et de développer, d'un point de vue conceptuel, le *régime juridique autonome* des mesures conservatoires, compte tenu, notamment, de l'essor qu'elles connaissent aujourd'hui (*ibid.*, par. 75). Je l'ai fait observer non seulement dans mon opinion dissidente dans les deux affaires susmentionnées (dont les instances ont été jointes) entre le Costa Rica et le Nicaragua, mais aussi dans mon opinion dissidente antérieure en l'affaire concernant des *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 192-193, par. 80-81)*, et j'estime utile de le rappeler en la présente affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*. Il importe de relever que ce besoin s'est fait sentir dans ces différentes affaires, dont les circonstances sont pourtant tout à fait distinctes; cela révèle, à mon sens, qu'il est primordial de reconnaître l'existence de ce *régime juridique autonome* régissant les mesures conservatoires, indépendamment des circonstances de l'affaire en cause.

62. C'est pour moi un privilège que de servir la cause de la justice internationale au Palais de la Paix, à La Haye. Dans le contexte de l'activité intense dont il est le théâtre — celle de la CIJ et celle de la CPA, sa voisine —, et qui trouve ici une parfaite illustration, l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données* s'est montrée, depuis qu'elle a été introduite devant la Cour le 17 décembre 2013, à la mesure des célébrations du centenaire du Palais de la Paix. Cet anniversaire emblématique aurait été plus remarquable encore si la Cour avait décidé — ainsi qu'elle aurait dû le faire à mon sens —, dans son ordonnance d'aujourd'hui, 3 mars 2014, que, ayant la maîtrise de sa propre compétence, elle assurerait elle-même, à compter de ce jour, la garde des documents et données saisis contenant des informa-

ing custody itself, as master of its own jurisdiction, of the seized documents and data containing information belonging to Timor-Leste, here in its premises at the Peace Palace in The Hague.

X. EPILOGUE: A RECAPITULATION

63. From the preceding considerations, I hope it has become crystal clear why I consider that the provisional measures of protection indicated by the Court in the present Order of 3 March 2014, in the case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)* are better than nothing, better than not having ordered any such measures at all, though I find that the Court should have gone further and have ordered provisional measures of protection independently of any unilateral “undertaking” or assurance by one of the Parties, and should from now on have kept custody of the seized documents and data itself, at its *siège* here at the Peace Palace in The Hague. I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay the foundations of my own position in the *cas d’espèce* in the present separate opinion. I deem it fit, at this stage, to recapitulate all the points of my personal position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

64. *Primus*: When a State pursues the safeguard of its own right, acting on its own behalf, it cannot be compelled to appear before the national tribunals of another State, its contending party. The local remedies rule does not apply in cases of this kind; *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. *Secundus*: The centrality of the quest for justice prevails over concerns to avoid “concurrent jurisdiction”. *Tertius*: The imperative of the realization of justice prevails over manifestations of a State’s will. *Quartus*: Euphemisms *en vogue* — like the empty and misleading rhetoric of “proliferation” of international tribunals, and “fragmentation” of international law, among others — are devoid of any meaning, and divert attention to false issues of “delimitation” of competences, oblivious of the need to secure an enlarged access to justice to the *justiciables*.

65. *Quintus*: International courts and tribunals share a *common mission* to impart justice, which stands above the zeal of “delimitation” of competences. *Sextus*: Unilateral “undertakings” or assurances by a contending party cannot serve as basis for provisional measures of protection. *Septimus*: Reliance on unilateral “undertakings” or assurances has been the source of uncertainties and apprehension; they are proper to the realm of inter-State (diplomatic) relations, and reliance upon such unilateral acts is to be avoided in the course of international legal proceedings; *ex factis jus non oritur*.

66. *Octavus*: International legal procedure has a logic of its own, which is not to be equated to that of diplomatic relations, even less so in face of

tions appartenant au Timor-Leste, dans ses locaux du Palais de la Paix, à La Haye.

X. ÉPILOGUE : RÉCAPITULATION

63. Les considérations qui précèdent montrent clairement, je l'espère, les raisons pour lesquelles je considère que les mesures conservatoires indiquées par la Cour dans la présente ordonnance du 3 mars 2014 en l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)* valent mieux que rien, mais que la Cour aurait dû aller plus loin en indiquant des mesures indépendamment de toute assurance ou « engagement » donné unilatéralement par l'une des Parties, et en décidant, à compter de ce jour, d'assurer elle-même la garde des documents et données saisis, dans ses locaux du Palais de la Paix, à La Haye. J'ai donc jugé qu'il était de mon devoir, dans l'exercice de ma fonction judiciaire internationale, de consigner dans la présente opinion individuelle les fondements de ma position en l'espèce. Il me semble utile, à ce stade, d'en récapituler l'ensemble des points, tant par souci de clarté que pour souligner qu'ils sont indissociablement liés.

64. *Primus*: lorsqu'un Etat cherche à protéger son propre droit, en agissant en son nom propre, il ne saurait être obligé de se présenter devant les tribunaux internes d'un autre Etat avec lequel il est en litige. La règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas dans des affaires de cette nature; *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. *Secundus*: le rôle central de la quête de justice l'emporte sur le souci d'éviter « les compétences concurrentes ». *Tertius*: l'impératif de réalisation de la justice prévaut sur les manifestations de la volonté d'un Etat. *Quartus*: les euphémismes en vogue — tels que les formules à la fois vides de sens et erronées de « prolifération » des juridictions internationales ou de « fragmentation » du droit international — sont dépourvus de toute pertinence et font porter l'attention sur de faux problèmes de « délimitation » de compétence, faisant fi de la nécessité d'assurer aux justiciables un accès élargi à la justice.

65. *Quintus*: les juridictions internationales ont une *mission commune* consistant à rendre la justice, qui va au-delà de toute préoccupation de « délimitation » des compétences. *Sextus*: les mesures conservatoires ne sauraient être fondées sur des assurances ou « engagements » unilatéraux pris par l'une des parties au différend. *Septimus*: le fait de s'appuyer sur des assurances ou « engagements » unilatéraux s'est révélé source d'incertitudes et d'appréhensions; pareils actes sont propres au domaine des relations (diplomatiques) interétatiques, et ne sauraient servir de fondement au règlement judiciaire d'un différend international; *ex factis jus non oritur*.

66. *Octavus*: le règlement judiciaire d'un différend international a « une logique propre », qui ne saurait être assimilée à celle des relations diplo-

the perceived need of assertion that *ex injuria jus non oritur*. *Nonus*: To allow unilateral acts to be performed with the acceptance of subsequent “undertakings” or assurances ensuing therefrom would not only generate uncertainties, but also create *faits accomplis* threatening the certainty of the application of the law. *Decimus*: Facts only do not *per se* generate law-creating effects. Human values and the idea of objective justice stand above facts; *ex conscientia jus oritur*.

67. *Undecimus*: Arguments of alleged “national security”, as raised in the *cas d’espèce*, cannot be made the concern of an international tribunal. Measures of alleged “national security”, as raised in the *cas d’espèce*, are alien to the exercise of the international judicial function. *Duodecimus*: General principles of international law, such as the juridical equality of States (enshrined into Article 2 (1) of the United Nations Charter), cannot be obfuscated by allegations of “national security”. *Tertius decimus*: The basic principle of the juridical equality of States, embodying the *idée de justice*, is to prevail, so as to discard eventual repercussions in international legal procedure of factual inequalities among States.

68. *Quartus decimus*: Due process of law, and the equality of arms (*égalité des armes*), cannot be undermined by recourse by a contending party to alleged measures of “national security”. *Quintus decimus*: Allegations of State secrecy or “national security” cannot interfere in the work of an international tribunal (in judicial or arbitral proceedings), carried out in the light of the principle of the proper administration of justice (*la bonne administration de la justice*).

69. *Sextus decimus*: Provisional measures of protection cannot be erected upon unilateral “undertakings” or assurances ensuing from alleged “national security” measures; provisional measures of protection cannot rely on such unilateral acts, they are independent from them, they carry the authority of the international tribunal which ordered them. *Septimus decimus*: In the circumstances of the *cas d’espèce*, it is the Court itself that should keep custody of the documents and data seized and detained by a contending party; the Court should do so as master of its own jurisdiction, so as to prevent further irreparable harm.

70. *Duodevicesimus*: The inviolability of State papers and documents is recognized by international law, in the interests of the good administration of justice. *Undevicesimus*: The inviolability of the correspondence between States and their legal advisers is an international law obligation, not one derived from a unilateral “undertaking” or assurance by a State following its seizure of documents and data containing information belonging to another State.

71. *Vicesimus*: There is an autonomous legal regime of provisional measures of protection, in expansion in our times. This autonomous legal

matiques, ce d'autant moins qu'il apparaît nécessaire de réaffirmer la maxime *ex injuria jus non oritur*. *Nonus*: autoriser que des actes unilatéraux soient effectués et faire droit aux assurances ou «engagements» qui en découlent génère non seulement des incertitudes, mais aussi des faits accomplis qui mettent en péril l'application du droit. *Decimus*: les faits à eux seuls, et en tant que tels, n'ont pas d'effets en matière de création de droit. Les valeurs humaines et l'idée d'une justice objective l'emportent sur les faits; *ex conscientia jus oritur*.

67. *Undecimus*: les arguments relatifs à la «sécurité nationale», tels qu'ils ont été avancés dans le cas d'espèce, ne sauraient être pris en compte par une juridiction internationale. Les mesures prises pour des motifs de «sécurité nationale», comme cela a été allégué dans le cas d'espèce, sont étrangères à l'exercice de la fonction judiciaire internationale. *Duodecimus*: les principes généraux du droit international, tels que l'égalité juridique des Etats (consacrée au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies), ne sauraient être occultés par des allégations de «sécurité nationale». *Tertius decimus*: le principe fondamental de l'égalité juridique des Etats, qui donne corps à l'idée de justice, doit prévaloir, de sorte que les inégalités de fait entre Etats ne puissent avoir aucune incidence sur le règlement judiciaire des différends internationaux.

68. *Quartus decimus*: une partie à un litige ne saurait, en recourant à de prétendues mesures de «sécurité nationale», compromettre le caractère régulier de la procédure et l'égalité des armes. *Quintus decimus*: l'invocation de secrets d'Etat ou de la «sécurité nationale» ne saurait faire obstacle aux travaux d'une juridiction internationale (que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage), menée dans le respect du principe de la bonne administration de la justice.

69. *Sextus decimus*: les mesures conservatoires ne sauraient être fonction d'assurances ou d'«engagements» unilatéraux découlant de prétendues mesures de «sécurité nationale»; elles ne sauraient s'appuyer sur pareils actes unilatéraux, dont elles sont indépendantes; elles sont revêtues de l'autorité de la juridiction internationale qui décide de les indiquer. *Septimus decimus*: dans les circonstances du cas d'espèce, c'est la Cour elle-même qui aurait dû assurer la garde des documents et données saisis et détenus par l'une des Parties au litige; la Cour, qui a la maîtrise de sa propre compétence, aurait dû prendre cette décision de sorte à éviter tout nouveau préjudice irréparable.

70. *Duodevicesimus*: l'inviolabilité des papiers et documents d'Etat est reconnue par le droit international, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. *Undevicesimus*: l'inviolabilité des échanges de correspondance entre les Etats et leurs conseillers juridiques est une obligation de droit international, et non une obligation qui découle d'une assurance ou d'un «engagement» unilatéral pris par un Etat après avoir saisi des documents et données contenant des informations appartenant à un autre Etat.

71. *Vicesimus*: il existe un régime juridique autonome régissant les mesures conservatoires, régime qui se développe actuellement. Ce régime

regime comprises: *(a)* the rights to be protected, not necessarily the same as in the proceedings on the merits of the concrete case; *(b)* the corresponding obligations of the States concerned; *(c)* the legal consequences of non-compliance with provisional measures, distinct from those ensuing from breaches as to the merits. The acknowledgment of such autonomous legal regime is endowed with growing importance in our days.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

juridique autonome englobe: *a)* les droits devant être protégés, qui ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux qui sont en cause dans la procédure sur le fond; *b)* les obligations correspondantes des Etats concernés; *c)* les conséquences juridiques de l'inobservation des mesures conservatoires, qui sont différentes de celles qui découlent de manquements à des obligations de fond. Ce régime juridique autonome fait aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance croissante.

(*Signé*) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.
