

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE AD HOC TORRES BERNÁRDEZ

Accord et désaccord avec l'ordonnance — La question de la compétence prima facie de la Cour et de la recevabilité de la demande présentée par l'Uruguay — Les thèses argentines sur l'incompétence et sur l'irrecevabilité ne trouvent justification ni dans le fait de l'espèce ni dans le droit applicable — Accord avec la conclusion de l'ordonnance sur la compétence de la Cour pour connaître de la demande uruguayenne — La question de l'existence d'un risque de préjudice irréparable aux droits en litige de l'Uruguay et de l'urgence d'y remédier — Le droit de l'Uruguay de construire l'usine Orion à Fray Bentos — Le droit de l'Uruguay à ce que la Cour décide du différend — Les arguments uruguayens sur les questions relatives à la responsabilité internationale de l'Argentine relèvent du fond du différend et non pas de cette procédure incidente — Existence d'un «risque actuel» de préjudice irréparable aux droits en cause de l'Uruguay — Le pouvoir de la Cour en vertu de l'article 41 du Statut d'examiner si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires — A la lumière de la situation créée par les faits qui sont à l'origine de la demande uruguayenne, la Cour aurait dû indiquer dans le dispositif de l'ordonnance deux mesures conservatoires ; a) la première, similaire à la première mesure sollicitée par l'Uruguay indiquant à l'Argentine de faire cesser et de prévenir sur son territoire la fermeture, le blocage de la circulation ou l'entrave à celle-ci sur les routes d'accès aux ponts internationaux qui relient les deux Etats afin de préserver le droit de l'Uruguay de construire l'usine Orion à Fray Bentos ainsi que l'intégrité du règlement judiciaire en cours ; b) la deuxième basée sur le contenu de la deuxième mesure sollicitée par l'Uruguay afin d'éviter l'aggravation ou l'extension du différend, mais adressée aux deux Parties — Rejet de la troisième mesure sollicitée par l'Uruguay.

1. L'Argentine ayant décidé de faire objection à la compétence de la Cour pour connaître de la demande en indication de mesures conservatoires soumise par l'Uruguay, le 29 novembre 2006, dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* ainsi qu'à la recevabilité de la demande uruguayenne, la Cour a dû trancher tout d'abord la question de la compétence et de la recevabilité avant de pouvoir se prononcer sur le fond de la demande, c'est-à-dire sur l'indication ou non des mesures conservatoires sollicitées par l'Uruguay. Je partage entièrement les motifs et conclusions de la Cour sur la compétence et la recevabilité. Par contre, je ne partage pas entièrement les motifs, et certainement pas les conclusions de l'ordonnance en ce qui concerne la question de fond. C'est pour cela que j'ai voté contre l'ordonnance.

*

2. La demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay du 29 novembre 2006 signale dès son introduction qu'elle est soumise en application de l'article 41 du Statut de la Cour et de l'article 73 de son Règlement et que les mesures conservatoires demandées «sont requises d'urgence afin de protéger les droits de l'Uruguay en cause dans la présente instance contre un préjudice imminent et irréparable, et d'éviter que le différend ne s'aggrave». Par la suite, la demande développe les motifs sur lesquels elle se fonde, les conséquences qu'entraînerait son rejet et les trois mesures conservatoires sollicitées (Règlement, art. 73, par. 2). D'autre part, dans son paragraphe 25, la demande renvoie à la base de compétence de la Cour invoquée par l'Argentine dans sa requête introductive d'instance en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* du 4 mai 2006 et dans sa demande en indication de mesures conservatoires de la même date.

3. C'est sur la base de l'article 60 du statut du fleuve Uruguay de 1975 que la Cour avait conclu, dans son ordonnance du 13 juillet 2006, à sa compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire ci-dessus et, donc, pour examiner la demande en indication des mesures conservatoires que lui avait présentée alors l'Argentine. L'Uruguay n'a contesté à aucun moment la compétence *prima facie* de la Cour dans l'affaire et sa demande en indication de mesures conservatoires invoque également l'article 60 du statut du fleuve Uruguay comme base de la compétence *prima facie* de la Cour. En outre, l'Uruguay n'a pas non plus présenté d'objection ou d'exception relative à la recevabilité de la requête argentine introductive d'instance. Ainsi, dans l'espèce, ne se pose aucune question préliminaire pour ce qui est de la recevabilité *prima facie* de la requête argentine, tout comme cela avait été le cas dans l'affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, ordonnance du 15 mars 1996 (C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 21, par. 32-33).

4. Cependant, l'Argentine conteste aujourd'hui la compétence de la Cour pour connaître de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay ainsi que la recevabilité de la demande uruguayenne. Au cours des audiences, ses conseils ont déployé beaucoup plus d'efforts pour démontrer l'incompétence de la Cour et l'irrecevabilité de la demande uruguayenne qu'à réfuter la preuve de l'existence d'un risque de préjudice irréparable aux droits en cause et de l'urgence. L'on est allé jusqu'à affirmer que la Cour était «manifestement incompétente» et à mentionner des exemples de cas d'incompétence manifeste où la Cour décida la radiation de l'affaire du rôle.

5. Mais, ces efforts ne pouvaient aboutir car la demande uruguayenne n'est pas une demande principale, c'est-à-dire une requête introductive d'une nouvelle affaire ni, non plus, une sorte de prétendue demande reconventionnelle sans connexité directe avec l'objet de la requête argentine introductive d'instance dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*.

6. Les conseils argentins ont affirmé avec force que la première mesure conservatoire demandée par l'Uruguay, à savoir celle qui sollicite que la Cour indique à l'Argentine «qu'elle doit prendre toutes les mesures raisonnables et appropriées qui sont à sa disposition pour prévenir ou faire cesser toute interruption du transit entre l'Uruguay et l'Argentine, notamment le blocage de ponts et de routes entre les deux Etats» (demande, par. 28 i) équivaudrait à demander à la Cour de se prononcer non pas sur le litige initial sur le statut du fleuve Uruguay défini par la requête argentine du 4 mars 2006, mais sur un différend relatif à la liberté de circulation et à la liberté de commerce entre les deux pays, relevant du droit matériel et des procédures de règlement du Mercosur (traité d'Asunción et protocole d'Olivos).

7. En outre, il a été plaidé par l'Argentine que le fait que l'Uruguay avait demandé à un tribunal arbitral *ad hoc* du Mercosur de se prononcer sur des anciens blocages de ponts et de routes créait, en vertu des dispositions des instruments pertinents du Mercosur, une situation de forclusion ou d'*estoppel* qui rendrait irrecevable la demande en indication de mesures conservatoires présentée à la Cour par l'Uruguay (voir sentence du tribunal arbitral *ad hoc* du Mercosur du 6 septembre 2006, annexe 2 à la demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay). A cet argument la présente ordonnance répond, comme il se doit, que les droits invoqués par l'Uruguay devant le tribunal *ad hoc* du Mercosur sont différents de ceux dont il sollicite la protection en l'espèce (paragraphe 30 de l'ordonnance).

8. La demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay a été décrite par les conseils de l'Argentine comme une demande dépourvue de tout lien avec le statut du fleuve Uruguay, ainsi qu'avec les droits respectifs des Parties au différend soumis à la Cour par

l'Argentine. Elle relèverait, a-t-on dit, d'une autre problématique, d'un autre traité, d'une autre juridiction. Ces arguments, je regrette de le dire, ignorent la nature, le contenu et le but de la demande uruguayenne ainsi que la portée de l'objet de la requête argentine introductive d'instance. La demande uruguayenne se greffe parfaitement sur l'objet de l'affaire soumise à la Cour par la requête argentine.

9. Tout ce que l'Uruguay demande, dans la première conclusion, c'est que la Cour indique à l'Argentine, en tant que souverain territorial, de prendre, en sa qualité de Partie à la présente instance, toutes les mesures à sa disposition qu'elle considère comme raisonnables et appropriées pour prévenir ou faire cesser *pendente lite* toute interruption du transit entre l'Uruguay et l'Argentine (y compris la fermeture, le blocage de la circulation ou l'entrave à celle-ci sur les ponts et les routes qui relient les deux Etats) et ce afin de préserver des droits relevant du statut du fleuve Uruguay de 1975 qui, d'après l'Uruguay, sont en cause dans le différend, notamment le droit de construction de l'usine Orion sur la rive uruguayenne du fleuve Uruguay à Fray Bentos et le droit à ce que la Cour décide du différend que lui a soumis l'Argentine. Ainsi donc, la demande sollicite de la Cour que celle-ci indique à l'Argentine, Etat demandeur dans l'affaire, une mesure consistant en une injonction d'agir d'une certaine manière en vue de préserver des droits revendiqués par l'Uruguay dans sa qualité d'Etat défendeur dans la même affaire. Il n'est nullement question d'obtenir un jugement provisionnel ou définitif sur le fond des réclamations de l'une ou de l'autre Partie à l'instance, ou sur des réclamations hors sujet, mais de protéger *pendente lite* la substance des droits réclamés par l'Uruguay dans l'affaire.

10. D'autre part, la demande de l'Uruguay n'ajoute rien à l'objet du différend tel qu'il est défini par la requête argentine introductive d'instance. Elle n'est point une demande reconventionnelle déguisée. Les droits en litige que l'Uruguay demande à la Cour de préserver moyennant l'indication de la mesure conservatoire ci-dessus rentrent dans l'objet du différend tel que délimité par la requête argentine, ses moyens de droit et ses conclusions. Dans le paragraphe 2 de la requête argentine, l'objet du différend est défini dans les termes suivants :

«Le différend porte sur la violation par l'Uruguay des obligations qui découlent du statut du fleuve Uruguay ... au sujet de l'autorisation de construction, la construction et l'éventuelle mise en service de deux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay. Ceci, tout en prenant particulièrement compte des effets desdites activités sur la qualité des eaux du fleuve Uruguay et sa zone d'influence.»

Quant aux moyens de droit invoqués par l'Argentine, le paragraphe 24 de la requête signale que :

«Le droit applicable au présent différend est le statut de 1975 ainsi que les principes et règles conventionnelles et coutumières pertinentes aux fins de son interprétation et de son application, en particulier les traités et autres engagements internationaux en vigueur à l'égard de l'une ou l'autre des Parties auxquelles celui-ci renvoie. En vertu de ces dispositions, l'Uruguay a violé les obligations internationales suivantes : ...»

11. Par la suite, le paragraphe 24 de la requête argentine n'énumère pas moins de huit obligations qui auraient été violées par l'Uruguay, à savoir :

- a)* l'obligation de prendre toute mesure nécessaire à l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve Uruguay ;
- b)* l'obligation d'informer préalablement la CARU et le Gouvernement de l'Argentine au sujet de la construction de deux usines de pâte à papier sur la rive gauche du fleuve Uruguay ;
- c)* l'obligation de poursuivre les procédures prévues par le chapitre II du statut de 1975 en ce qui concerne la réalisation de «tous ouvrages suffisamment importants pour affecter la navigation, le régime du fleuve ou la qualité des eaux» ;
- d)* l'obligation de ne pas autoriser la construction des ouvrages projetés sans avoir préalablement suivi la procédure prévue par le statut de 1975 ;
- e)* l'obligation de préserver le milieu aquatique et d'empêcher la pollution, en adoptant les mesures appropriées, y compris en recourant aux meilleures pratiques environnementales et aux meilleures technologies disponibles, conformément aux accords internationaux applicables et en harmonie avec les directives et recommandations des organismes techniques internationaux ;
- f)* l'obligation de ne pas causer de dommages environnementaux transfrontaliers sur la rive opposée et les zones d'influence du fleuve ;
- g)* l'obligation de ne pas frustrer l'utilisation du fleuve à des fins licites ; et
- h)* autres obligations découlant du droit international général, conventionnel et coutumier, tant procédurales que de fond, nécessaires à l'application du statut de 1975».

12. Finalement, «sur la base de l'exposé des faits et des moyens juridiques qui précèdent», les conclusions du paragraphe 25 1) de la requête de l'Argentine demandent à la Cour de dire et juger :

«1. Que l'Uruguay a manqué aux obligations lui incombant en vertu du statut de 1975 et des autres règles de droit international auxquelles ce statut renvoie, y compris mais pas exclusivement :

- a)* l'obligation de prendre toute mesure nécessaire à l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve Uruguay ;
- b)* l'obligation d'informer préalablement la CARU et l'Argentine ;
- c)* l'obligation de se conformer aux procédures prévues par le chapitre II du statut de 1975 ;
- d)* l'obligation de prendre toutes mesures nécessaires pour préserver le milieu aquatique et d'empêcher la pollution et l'obligation de protéger la biodiversité et les pêcheries, y compris l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement complète et objective ;
- e)* les obligations de coopération en matière de prévention de la pollution et de la protection de la biodiversité et des pêcheries.»

13. L'objet du différend et les conclusions de la requête sont donc définis dans la requête par des formules générales très larges qui comprennent les droits et obligations des Parties énoncés dans un nombre de dispositions du statut du fleuve Uruguay. Les droits dont l'Uruguay demande la protection par l'indication de mesures conservatoires s'inscrivent dans cet objet et s'y greffent parfaitement. La solution du litige au fond comportera nécessairement l'interprétation ou l'application par la Cour de plusieurs dispositions du statut du fleuve. Ceci explique, sans doute, que la requête argentine, tout comme la demande uruguayenne, évitent dans leurs conclusions respectives le renvoi à des articles précis du statut du fleuve Uruguay.

*

14. En matière de mesures conservatoires, la Cour exerce une compétence de base exclusivement statutaire définie à l'article 41 du Statut et cette *remedial jurisdiction* de la Cour n'est pas limitée, ou conditionnée, en quoi que ce soit par le droit matériel applicable au fond du différend ou par la portée du titre ou des titres juridictionnels gouvernant en l'espèce la compétence de la Cour au fond. En vertu de ce pouvoir, la Cour peut, dans les affaires qui lui sont soumises, indiquer à titre provisoire toutes sortes de mesures conservatoires lorsqu'elle estime que les circonstances exigent l'adoption de la mesure en question pour préserver *pendente lite* les droits de l'une ou de l'autre partie qui sont en cause dans l'affaire dont il s'agit. Comme la Cour permanente déclara en 1933, dans l'affaire concernant la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande (mesures conservatoires)*, d'après le texte de l'article 41 du Statut, la condition essentielle et nécessaire pour que des mesures conservatoires puissent, si les circonstances l'exigent, être indiquées, est que ces mesures tendent à sauvegarder les droits objets du différend dont la Cour est saisie (*C.P.J.I., série A/B n° 58*, p. 177).

15. Ainsi, par exemple, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, le titre juridictionnel applicable était un compromis qui octroyait compétence à une chambre de la Cour seulement pour définir le tracé de la frontière entre les deux pays dans une zone contestée définie par le compromis, le droit appliqué par la Chambre pour trancher le différend étant les principes et règles de droit international relatifs aux délimitations terrestres. Lorsque l'affaire était en délibéré, des incidents graves ont opposé les forces armées des deux pays et la Chambre a été appelée à indiquer des mesures conservatoires. Ce faisant, elle n'a été nullement limitée dans cette tâche par la portée de sa compétence au fond ni par le droit matériel applicable au différend frontalier en question, comme le montrent bien les mesures énoncées dans le dispositif de l'ordonnance du 10 janvier 1986 (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 11-12). Or, personne n'a jamais contesté la compétence de la Chambre pour ce faire sur la seule base de l'article 41 du Statut de la Cour.

16. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, la compétence de la Cour était fondée sur des déclarations faites par les deux Etats en application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, mais l'objet du différend soumis par le Cameroun fut défini par les requêtes du demandeur comme étant seulement une délimitation de la frontière terrestre et maritime entre les deux pays. Lorsque, *pendente lite*, des actions armées graves se sont produites sur l'un des territoires qui était l'objet de la procédure devant la Cour, le Cameroun demanda que l'on indique les mesures conservatoires suivantes :

- «1)[que] les forces armées des Parties se retirèrent à l'emplacement quelles occupaient avant l'attaque armée nigériane... ;
- 2) les Parties s'abstiendront de toute activité militaire le long de la frontière jusqu'à l'intervention de l'arrêt de la Cour ;
- 3) les Parties s'abstiendront de tout acte ou action qui pourrait entraver la réunion des éléments de preuve dans la présente instance» (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 18, par. 20).

Le fait que l'objet des mesures conservatoires demandées par le Cameroun ne correspondait pas avec la définition de l'objet du différend au fond n'a pas été considéré comme étant une cause d'irrecevabilité de sa demande en indication de mesures conservatoires car le but des mesures sollicitées était la préservation, à titre provisoire, des droits du Cameroun au fond. Et ces exemples pourraient être multipliés.

17. Ainsi, la recevabilité matérielle d'une demande en indication de mesures conservatoires n'est fonction, en règle générale, que de la vérification par la Cour de ce que le but de la mesure sollicitée soit véritablement la conservation à titre provisoire du droit ou des droits en cause dans le différend, car l'exercice par la Cour du pouvoir qu'elle tient de l'article 41 du Statut vise seulement à protéger les droits en litige devant le juge en attendant l'arrêt définitif sur le fond. La jurisprudence confirme cette conclusion. Par exemple, dans l'affaire concernant la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande (mesures conservatoires)*, la demande du Gouvernement allemand fut rejetée parce que les mesures sollicitées ne tendaient uniquement à sauvegarder l'objet du différend ou l'objet de la demande principale elle-même, tels qu'ils avaient été soumis à la Cour par la requête allemande introductive d'instance. Devant la Cour actuelle, la demande en indication de mesures conservatoires de la Guinée-Bissau dans l'affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* fut rejetée du fait que «les droits allégués dont il est demandé qu'ils fassent l'objet de mesures conservatoires [n'étaient] pas l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire» (*C.I.J. Recueil 1990*, p. 70, par. 26). Pour d'autres exemples, voir aussi l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* (*C.I.J. Recueil 1976*, p. 11, par. 34) et l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 19, par. 35).

18. La situation décrite ci-dessus ne se présente point dans cette procédure incidente. Le lien nécessaire entre la demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay et la substance de l'affaire soumise par l'Argentine est clair. Aucune autre question matérielle de «connexité», juridique ou de fait, qui entraverait la recevabilité d'une demande comme la demande uruguayenne n'existant, il ne reste qu'à traiter de l'argument argentin de la «connexité» formelle basée sur l'invocation d'un défaut de précision de la demande uruguayenne sur «les droits dont la conservation serait à assurer par les mesures sollicitées». Il suffit de rappeler à ce propos que cette formule, incorporée aux Règlements de 1931, 1946 et 1972, ne figure plus au paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement en vigueur où elle a été sciemment remplacée par l'expression «la demande indique les motifs sur lesquels elle se fonde», ce que fait certainement la demande uruguayenne dans ses paragraphes 2 à 23.

19. Les thèses juridiques à la base des plaidoiries argentines relatives à l'incompétence de la Cour et/ou l'irrecevabilité de la demande uruguayenne ne nous paraissent pas non plus acceptables du fait qu'en dernière analyse, elles conduisent à un découpage du pouvoir que la Cour tient de l'article 41 du Statut, sans aucun avantage apparent pour les Etats, pris dans leur ensemble, ou pour l'exercice par la Cour de sa juridiction conservatoire ou d'urgence.

20. A la lumière de l'ensemble des considérations précédentes, ainsi que des motifs pertinents de l'ordonnance, je suis entièrement d'accord avec la conclusion de la Cour sur la question de la compétence, recevabilité y comprise, qui est énoncée au paragraphe 30 de l'ordonnance.

*

21. Le rejet par la Cour des exceptions soulevées par l'Argentine à la compétence de la Cour et la recevabilité de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay implique évidemment que les droits que l'Uruguay invoque, en tant que partie au statut du fleuve Uruguay de 1975 — et dont il demanda la préservation moyennant l'indication de mesures conservatoires par la Cour — ne sont pas *prima facie* des droits inexistantes ou des droits hors litige. Ils sont des droits en litige, bien plausibles, suffisamment importants et sérieux pour mériter d'être éventuellement l'objet de mesures de protection face à des comportements d'une partie qui risqueraient de leur porter atteinte. Je considère donc que la demande uruguayenne en indication de mesures conservatoires satisfait le critère dit du *fumus boni juris* ou du *fumus non mali juris* (voir l'opinion individuelle du juge Abraham jointe à l'ordonnance du 13 juillet 2006 dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*).

22. Il ne s'agit maintenant plus que de voir si, compte tenu des circonstances de l'affaire telles qu'elles se présentent aujourd'hui d'après les informations en possession de la Cour, la conservation des droits invoqués par l'Uruguay dans sa demande exige ou non l'indication des mesures conservatoires sollicitées ou, éventuellement, d'autres mesures conservatoires.

*

23. La Cour a déclaré maintes fois que son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, conformément à l'article 41 de son Statut, présuppose qu'un «préjudice irréparable» ne doit pas être causé aux droits en litige au cours de la procédure judiciaire et qu'il s'ensuit que «la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître, soit au demandeur soit au défendeur» (voir, par exemple, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 19, par. 34). Mais évidemment il n'est pas nécessaire pour indiquer des mesures conservatoires que le «préjudice» lui-même se soit déjà produit, car la finalité des mesures conservatoires est essentiellement «préventive».

24. Il suffit qu'il existe un «risque» sérieux de préjudice irréparable aux droits en cause, qu'au vu des circonstances de l'affaire — y compris la situation de l'Etat en danger de le subir — pour que la Cour intervienne. C'est pour cela qu'il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour que les mesures conservatoires ont pour objet de faire face non pas au «préjudice irréparable» comme tel, mais au «risque d'un préjudice irréparable» aux droits en cause. Et c'est bien ce «risque» et l'«urgence» d'y remédier qui doivent être démontrés lorsqu'il s'agit des mesures sollicitées par l'une ou l'autre des parties à l'affaire.

25. Avant d'aborder la question centrale de l'existence ou non d'un «risque de préjudice irréparable» en l'espèce, il convient de rappeler que les conseils de l'Uruguay ont parfois soulevé des questions de responsabilité internationale qui, à mon avis, relèvent du fond du différend. Par exemple, en rapport avec l'imputabilité de certains faits à l'Argentine ou avec la qualification d'un comportement déterminé de l'Argentine comme un fait international illicite. Je ne tiens donc pas compte de ces observations et déclarations dans mes considérations ci-dessous sur l'existence en l'espèce d'un «risque de préjudice irréparable» aux droits en cause de l'Uruguay. Dans cette procédure incidente, ce sont les faits qui comptent. Je tâcherai donc de répondre à la question relative à l'existence du risque en m'appuyant essentiellement sur des éléments de faits.

*

26. La notion de «préjudice irréparable» n'a pas fait l'objet d'une définition abstraite par la Cour. Mais elle se dégage de la jurisprudence et l'on peut aussi en trouver des définitions dans les plaidoiries et dans la doctrine (voir, par exemple, CR 2006/54, p. 46 et suiv.). Pour ce qui est de l'«irréparabilité», je suis d'accord avec la conclusion générale de Mme le juge Higgins, dans sa déclaration au nom du Royaume-Uni dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, dans le sens que «préserver l'intégrité et l'effectivité de la décision sur le fond semble donc bien être l'élément central des réflexions de la Cour lorsqu'elle se demande si les circonstances appellent l'indication de mesures conservatoires» (*Lockerbie*, CR 92/3). Quant au «préjudice», la jurisprudence de la Cour emploie le terme dans un sens plutôt large et flexible. Certainement, il ne se réduit pas, il s'en faut, à des préjudices ou des dommages d'ordre économique.

27. Pour la majorité des juges dans l'affaire, l'Uruguay n'aurait pas démontré le risque du préjudice irréparable aux droits en cause et/ou l'imminence de ce risque, c'est-à-dire l'urgence. C'est le motif sur lequel se fonde la Cour dans la présente ordonnance afin de rejeter au fond la première mesure conservatoire demandée par l'Uruguay (paragraphe 40 à 43 de l'ordonnance). Je suis en désaccord avec cette conclusion. Les événements décrits dans l'ordonnance emportent pour moi un risque, bien actuel et grave, de préjudice irréparable non seulement à des droits déterminés revendiqués par l'Uruguay dans l'instance, mais aussi à la bonne administration de la justice internationale. Dans cette affaire, les «circonstances» dont il est question à l'article 41 du Statut de la Cour constituent vraiment un *unicum*. Elles exigent l'indication de mesures bien adaptées à l'espèce, c'est-à-dire fortement particularisées. En effet, il n'arrive pas souvent que l'Etat défendeur se trouve exposé à subir, en tant que «litigant», des préjudices économiques, sociaux et politiques comme résultat des mesures ayant un but coercitif adoptées par des ressortissants de l'Etat demandeur dans le territoire de ce dernier. Ces mesures coercitives ont en effet, en l'espèce, le but déclaré de causer l'arrêt de la construction de l'usine de pâte à papier Orion ou sa délocalisation, c'est-à-dire de porter préjudice au principal droit en cause pour l'Uruguay dans l'affaire.

28. Et il n'est pas non plus fréquent qu'un Etat demandeur «tolère» une telle situation, en invoquant une politique interne de persuasion et non pas de répression à l'égard de ses mouvements sociaux et en s'abstenant, par ce motif, d'adopter les mesures de «due diligence» que le droit international général impose en la matière au souverain territorial et, en tout premier lieu, l'obligation de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats (*Détroit de Corfou*, C.I.J. Recueil 1949, p. 22). Le fait que, dans l'espèce, les droits revendiqués par le l'Uruguay, que visent les *asambleistas* de Gualeguaychu et de sa zone environnante, soient des «droits en litige» devant la Cour, ne change point lesdites obligations de l'Argentine.

29. D'autre part, en tant que Partie à l'instance, l'Argentine a l'obligation de procédure d'adopter un comportement vis-à-vis de l'autre Partie qui n'anticipe pas la décision finale de la Cour sur les «droits en litige» dans l'affaire qu'elle-même a soumise à la Cour. En tout cas, la situation se dégrade trop de jour en jour pour que la Cour puisse mettre fin à la présente procédure incidente en déclarant tout simplement — comme dans l'ordonnance du 13 juillet 2006 — que les circonstances, telles qu'elles se présentent actuellement à la Cour, ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut. Depuis la fin novembre 2006, les circonstances sont bien différentes. Elles appellent à l'exercice par la Cour de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires pour préserver les droits de l'Uruguay en cause et pour renverser la tendance prononcée à l'aggravation et à l'extension du différend.

*

30. Malgré les considérations précédentes, la Cour, au paragraphe 43 de l'ordonnance, conclut que les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à exiger l'indication de la première mesure conservatoire demandée par l'Uruguay, tendant à «prévenir ou faire cesser l'interruption de la circulation» entre les deux Etats, et notamment le «blocage des ponts et des routes» qui les relie.

31. Cette conclusion est motivée dans les paragraphes 40 et 42 de l'ordonnance par les considérations suivantes :

- 1) en dépit des barrages, la construction de l'usine Botnia a considérablement progressé depuis l'été 2006 et est à présent à un stade avancé ;
- 2) il a été également démontré que d'autres itinéraires avaient été utilisés pour la circulation des touristes et le transport des marchandises, y compris des matériaux nécessaires aux ouvrages de l'usine Botnia ;
- 3) la construction de l'usine se poursuit ;
- 4) la Cour — sans examiner la question de savoir si les barrages peuvent avoir causé ou peuvent continuer de causer des dommages à l'économie uruguayenne — n'est pas convaincue, au vu de ce qui précède, que ces barrages pourraient causer un préjudice irréparable aux droits que l'Uruguay prétend en l'espèce tirer du statut de 1975 en tant que tels ; et
- 5) il n'a pas été démontré que, quand bien même il existerait un risque de préjudice aux droits allégués par l'Uruguay en l'espèce, celui-ci serait imminent.

32. Ces considérations ne mettent pas en cause la matérialité des faits comme tels concernant les barrages des routes d'accès aux ponts internationaux. Cependant, la Cour n'y voit pas un «risque imminent» de préjudice irréparable au droit de l'Uruguay de construire *pendente lite* l'usine Orion à Fray Bentos. Je suis en désaccord avec cette conclusion de l'ordonnance parce qu'elle est fondée sur un «réductionnisme» du concept de «*risque* imminent d'un préjudice irréparable» (les italiques sont de moi) ainsi que de la portée des «droits de l'Uruguay en cause» dans l'affaire.

33. Ce «réductionnisme» s'explique par le fait que la Cour s'est abstenue — à tort, à mon avis — d'examiner la question de savoir si les barrages ont causé et/ou peuvent continuer de causer des préjudices économiques et sociaux à l'Uruguay. Pourtant, c'était la *raison d'être* de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay. L'Uruguay a demandé l'indication de mesures conservatoires justement pour se protéger des dommages considérables causés au commerce et au tourisme uruguayens inhérents à la situation créée par les barrages. Pourquoi dis-je à tort ? Parce que les barrages ont été établis par leurs auteurs dans le but de ce que l'Uruguay paie un prix pour permettre la continuation de la construction de l'usine Orion à Fray Bentos, c'est-à-dire un «péage». L'Uruguay est en effet placé par ces événements — tolérés par l'Argentine — devant le dilemme suivant : soit il arrête la construction de l'usine, soit il paie un «péage» de nature économique et sociale pour continuer la construction de l'usine.

34. Les choses étant ce qu'elles sont, le fait que la construction de l'usine se poursuive n'est pas de nature à écarter le «risque de préjudice» aux droits de l'Uruguay mis en cause par les barrages. Au contraire, le préjudice représenté par ledit «péage» devient, chaque jour qui passe, plus lourd. D'autre part, il y a une relation, indubitable et reconnue, entre les faits qui créent objectivement le «péage» et le «droit» revendiqué par l'Uruguay de construire l'usine à Fray Bentos en attendant la décision finale de la Cour. Or, la défense de ce droit par l'Uruguay n'est nullement assujettie à aucune sorte de «péage» par le statut du fleuve Uruguay de 1975 ou par la procédure de la Cour. En outre le «péage» soulève un problème de sécurité car les agissements des *asambleistas* sont une source d'alarme et de tension sociale pouvant éventuellement être la cause d'incidents frontaliers et transfrontaliers.

35. Le «péage» en question s'analyse essentiellement comme un *lucrum cessans* pour l'économie de l'Uruguay qui est porteur d'un «risque de préjudice» pour les droits qu'il défend dans la présente affaire sur la base du statut du fleuve Uruguay, notamment le droit à continuer à construire l'usine Orion à San Bentos et le droit à ce que le différend juridique qui divise l'Argentine et l'Uruguay à propos des usines de pâte à papier soit décidé en conformité avec l'article 60 du statut du fleuve. Comme il a été reconnu par la Cour «il se peut [en effet] que des événements privent ensuite la requête de son objet» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1988, p. 95, par. 66*). Par exemple, certaines conclusions de la requête argentine du 4 mai 2006 sont déjà dépassées par les événements, le projet de l'usine CMB de ENCE ayant déménagé à Punta Pereyra sur la rive uruguayenne du Rio de la Plata. Voilà le «risque du préjudice» aux droits en cause pour l'Uruguay dans l'affaire. La paix sociale est très appréciée par les entreprises industrielles. Les *asambleistas* en sont bien au courant, comme le prouve le fait qu'ils ont commencé le blocage actuel de routes et de ponts peu après l'approbation du projet Orion de Botnia par la Banque mondiale et ses institutions de crédit.

36. Le préjudice en question est, par sa nature même, irréparable car, comme cela a été déclaré au cours des audiences par les conseils de l'Uruguay, l'arrêt de la Cour ne pourra faire revenir Orion à Fray Bentos si Botnia décidait de partir. Ce n'est pas le cas en ce moment même, mais la question n'est pas là. Ce qui compte c'est le «risque du préjudice» et ce risque est bien présent. L'Argentine n'a pas pris les mesures qui s'imposent pour mettre fin à la situation créée objectivement par les barrages et pour en empêcher la répétition à l'avenir. En outre, il est urgent d'éliminer le «préjudice irréparable» étant donné qu'il y a bien plus qu'un «risque plus ou moins imminent». Il s'agit en effet d'un «risque actuel» pour l'Uruguay qui existe et se développe d'une façon continue depuis la fin de novembre 2006 avec les conséquences fâcheuses que l'on peut imaginer pour un développement économique soutenable du pays.

37. Ce «risque actuel» porte également atteinte au droit invoqué par l'Uruguay à ce que le différend soit décidé par la Cour conformément à l'article 60 du statut du fleuve Uruguay et non pas unilatéralement. La nécessité de protéger ce droit dès maintenant n'est pas douteuse pour moi car la durée du préjudice créé par le «péage» menace l'intégrité même du règlement judiciaire du différend. Il n'est écrit nulle part qu'un Etat défendeur doit supporter une telle situation pour faire valoir son droit dans une affaire devant la Cour. D'ailleurs, dans la pratique de la Cour, il y a des exemples de mesures conservatoires indiquées en application du principe de la bonne administration de la justice internationale.

38. Ajoutons que le préjudice causé à l'économie uruguayenne par les barrages n'est nullement un préjudice que l'Uruguay est censé de subir en vertu du droit matériel applicable au différend juridique devant la Cour — c'est-à-dire le statut du fleuve Uruguay de 1975 — ni non plus en vertu du Statut ou du Règlement de la Cour ou d'une décision de celle-ci, étant donné que l'ordonnance du 13 juillet 2006 rejeta la demande en indication de mesures conservatoires soumise par l'Argentine le 4 mai 2006 lors du dépôt de sa requête.

39. En outre, l'on n'est pas *prima facie* devant une hypothèse de *damnum sine injuria esse potest*. L'Uruguay a un droit d'action pour demander que cessent les barrages et les agissements des *asambleistas* qui causent le préjudice signalé à son économie et l'Argentine a des obligations particulières en la matière en tant qu'Etat sur le territoire duquel les faits en question sont commis ainsi qu'en tant qu'Etat partie à la présente instance. Il est surprenant que, pour le moment, ces deux qualités n'aient pas poussé les autorités argentines à mettre fin aux barrages des routes argentines d'accès aux ponts internationaux placés par des groupes de citoyens argentins organisés qui déclarent ouvertement que l'objectif poursuivi par leur action est que l'Uruguay arrête la construction d'Orion à Fray Bentos ou qu'il délocalise l'usine ailleurs. Les devoirs de l'Argentine en la matière existent objectivement comme résultat de la localisation géographique des événements générateurs du risque d'un préjudice irréparable en territoire de la République argentine et de la nationalité des *asambleistas*.

40. La question de la construction d'Orion à Fray Bentos est un des éléments du différend juridique sur l'interprétation et l'application du statut du fleuve Uruguay de 1975 que la République argentine a demandé à la Cour de régler. Or, si l'on se place, comme il se doit, dans le contexte de ce statut, qui est un traité bilatéral entre l'Argentine et l'Uruguay, on constate *prima facie*, dès son article premier, que l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve, dans le strict respect des droits et obligations découlant des traités et autres engagements internationaux en vigueur à l'égard de l'une ou l'autre des Parties, est un principe de base du traité et un objectif du statut du fleuve.

41. Cela étant, je ne peux que conclure *prima facie* qu'il existe également une *relation juridique* entre : 1) les faits relatifs aux barrages de routes et de ponts par les *asambleistas*, tolérés par les autorités argentines, 2) le risque actuel d'un préjudice irréparable pour les droits de l'Uruguay en cause, 3) le principe de l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve Uruguay et de ses eaux, y compris à des fins industrielles dans le respect du régime du fleuve et la qualité de ses eaux (statut de 1975, art. 27), et 4) le règlement judiciaire des différends du statut. Cette relation juridique est pour moi largement suffisante dans cette procédure incidente pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires en vue de mettre fin aux barrages en question. Ma conclusion est confirmée par les conclusions de la requête introductive d'instance dans lesquelles l'Argentine prie la Cour de dire et juger que «l'Uruguay a manqué aux obligations lui incombant en vertu du statut de 1975 et des autres règles de droit international auxquelles ce statut renvoie, y compris mais pas seulement...» (paragraphe 3 de l'ordonnance).

42. A la lumière des considérations précédentes, et compte tenu des arguments et de la documentation présentés par les Parties, j'estime que les circonstances de l'espèce sont de nature à indiquer la *première mesure conservatoire* sollicitée par l'Uruguay, à savoir que l'Argentine doit prendre : «toutes les mesures raisonnables et appropriées qui sont à sa disposition pour prévenir ou faire cesser l'interruption de la circulation entre l'Uruguay et l'Argentine, notamment le blocage de ponts et de routes entre les deux Etats».

*

43. Ainsi, je suis en désaccord avec le rejet par l'ordonnance de la première mesure conservatoire demandée par l'Uruguay. Et je le suis également en ce qui concerne la non-indication dans le dispositif de l'ordonnance d'une mesure conservatoire tendant à éviter l'aggravation ou l'extension du différend ou d'en rendre le règlement plus difficile, question posée par la *deuxième mesure conservatoire* sollicitées par l'Uruguay. En tout cas, le motif (paragraphe 49 et 50 de l'ordonnance) sur la base duquel l'ordonnance rejette l'indication de la deuxième mesure conservatoire demandée par l'Uruguay ne m'empêche pas de le faire, car je viens de conclure ci-dessus que je considère que les circonstances et les conditions pour l'indication de la première mesure conservatoire demandée par l'Uruguay sont remplies.

44. J'estime que les circonstances particulières de l'affaire — y compris celles postérieures aux audiences qui sont dans le domaine public — appellent l'indication urgente de mesures provisoires relatives à la non-aggravation et à la non-extension du différend adressées aux deux Parties. Sur ce dernier aspect, je m'éloigne donc de la formulation donnée par l'Uruguay à la deuxième mesure qu'il sollicite. Je le fais en application de l'article 75, paragraphe 2, du Règlement de la Cour.

45. La jurisprudence de la Cour des dernières années a souligné toute l'importance du pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend indépendamment des demandes des parties. Par exemple, en 1996 — avant donc l'arrêt sur l'affaire *LaGrand* — les motifs de l'ordonnance indiquant des mesures conservatoires dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* disait déjà :

«indépendamment des demandes en indication de mesures conservatoires présentées par les parties à l'effet de sauvegarder des droits déterminés, la Cour dispose, en vertu de l'article 41 de son Statut, du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent (cf. *Différend frontalier, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986*, p. 9, par. 18)» (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 22, par 41).

Des déclarations similaires ont été également incorporées dans les motifs d'autres ordonnances postérieures à l'affaire *LaGrand*. (voir *C.I.J. Recueil 2003*, p. 111, par. 39).

46. En tout cas, les circonstances de la présente affaire tendant à s'aggraver, la Cour aurait dû indiquer de mesures conservatoires à la charge des deux Parties pour éviter l'aggravation et l'extension du différend. Si le rejet par la Cour de la première mesure sollicitée par l'Uruguay créait un obstacle quelconque pour indiquer une mesure de ce genre dans le dispositif de la présente ordonnance, la Cour aurait pu s'appuyer sur le droit international, à savoir sur le

«principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions ... d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, C.P.J.I. série A/B n° 79, p. 199*)» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 503, par. 103*).

*

47. Finalement, je suis d'accord avec l'ordonnance pour ce qui est du rejet de la *troisième mesure conservatoire* sollicitée par l'Uruguay, mais non pas pour le motif indiqué (paragraphe 51 de l'ordonnance). Je rejette la troisième mesure parce qu'elle manque de précision et qu'elle n'est pas suffisamment concrète et parce que j'estime que les circonstances de l'affaire à l'heure actuelle n'exigent pas l'indication d'une mesure d'une portée aussi vaste.

*

48. En bref, je suis d'accord avec la conclusion de l'ordonnance concernant la compétence *prima facie* de la Cour pour connaître de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay et sur le rejet de la troisième mesure sollicitée. Par contre, je suis en désaccord avec l'ordonnance en ce qui concerne le rejet de la première mesure sollicitée ainsi que sur le rejet de la deuxième mesure reformulée de façon à l'adresser aux deux Parties. Ces deux points de désaccord m'ont empêché de voter en faveur de l'ordonnance.

(Signé) Santiago TORRES BERNARDEZ.
