

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BENNOUNA

Relations entre l'instance principale et la demande en indication de mesures conservatoires — Sauvegarde des droits et maintien du statu quo — Violation des droits et risque de dommage irréparable — Accord des Parties sur l'examen par la Cour prima facie de l'existence des droits en cause — Circonstances autorisant la Cour à se prononcer prima facie sur l'existence des droits en cause — La Cour a érudé la discussion sur les droits.

1. Si j'ai voté en faveur du dispositif de l'ordonnance rendue par la Cour, je ne peux pas me rallier, cependant, à l'enchaînement du raisonnement qui a permis d'y parvenir. Je regrette en particulier que la Cour n'ait pas saisi l'occasion qui lui était offerte, dans cette affaire, pour clarifier les relations entre l'instance principale, dont elle était saisie, et la demande en indication de mesures conservatoires.

Que cette relation soit inévitable, ceci a été clairement affirmé par la Cour dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*:

«considérant en outre qu'une demande en indication de mesures conservatoires a nécessairement, par sa nature même, un lien avec la substance de l'affaire puisque, comme l'article 41 l'indique expressément, son objet est de protéger le droit de chacun; et qu'en la présente espèce le but de la demande des Etats-Unis ne paraît pas être d'obtenir un jugement provisionnel ou définitif, sur le fond des réclamations mais de protéger *pendente lite* la substance des droits invoqués» (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran), mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 16, par. 28*).

2. La jurisprudence a précisé que cette protection des droits de chacun se faisait au travers de mesures conservatoires adoptées en urgence et destinées à empêcher qu'un dommage irréparable ne vienne annihiler les droits en cause qui ont été bafoués. Il s'agit certes de maintenir le *statu quo* et de faire en sorte qu'on n'assiste pas, selon la terminologie de la Cour, à «l'aggravation ou à l'extension du différend». Encore faut-il se demander s'il s'agit du maintien du *statu quo* au moment de la saisine de la Cour ou de la restauration de celui qui existait avant l'action prétendument illégale du défendeur¹.

¹ Même dans ce cas, l'objet de la mesure provisoire demeure la sauvegarde du droit qui est l'objet du litige devant la Cour, car, à ce stade, il n'est pas question de réparer le dommage. Ainsi que l'avait souligné E. Dumbauld: «interim protection looks to the future» (*Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, p. 164).

3. Dans ce dernier cas, la violation des droits protégés porte en elle-même le risque d'un dommage irréparable et la Cour peut décider à titre provisoire, comme elle l'a fait dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, précitée, de mesures conservatoires de la situation existant avant l'action prétendument illégale. C'est ainsi que la Cour s'est prononcée *prima facie* en faveur de l'existence des droits invoqués dont la violation représente par elle-même un dommage irréparable. En d'autres termes, les droits invoqués par les Etats-Unis dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* sont présumés et la Cour pouvait d'autant plus aisément parvenir à cette conclusion *prima facie* que l'Iran ne s'est pas présenté devant elle et n'a pas eu l'occasion de contester réellement les droits en question. Il est plus simple, en effet, pour la Cour, en application de l'article 53 du Statut, d'adjudger à la partie demanderesse ses conclusions, notamment quant à la présomption en faveur des droits invoqués.

4. De même, la Cour peut éviter de s'engager dans la discussion sur l'existence *prima facie* des droits à protéger, lorsque ce n'est pas leur existence même qui est en cause mais leur portée.

Ainsi dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*:

«la Cour observe qu'il n'est pas contesté qu'il existe, pour la Finlande, un droit de passage par le Grand-Belt, le différend qui oppose les Parties ayant trait à la nature et à l'étendue de ce droit, et notamment à son applicabilité à certains navires de forage et plates-formes pétrolières» (*Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 17, par. 22).

D'autre part, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, les juges se sont divisés sur la situation juridique existante qui doit être préservée *pendente lite*, notamment sur le contenu du droit de procéder à des essais nucléaires (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 135; voir notamment les opinions dissidentes des juges Forster et Petren).

Le problème qui nous concerne dans la requête en mesures conservatoires introduite par l'Argentine contre l'Uruguay est plus complexe, puisque les deux Parties ont engagé un véritable débat devant la Cour sur l'existence même du droit invoqué par l'Argentine à ce que l'autorisation de construire les usines de pâte à papier ne soit donnée, ni que le lancement des travaux ne soit effectué, sans l'accord préalable des deux pays.

5. La Cour ne devait-elle pas saisir cette occasion et se demander si, dans certaines circonstances, elle n'est pas tenue d'examiner *prima facie* l'existence du droit en cause? D'autant plus que cette question a divisé jusqu'à présent les juges et la doctrine (voir l'opinion individuelle du juge Shahabuddeen jointe à l'ordonnance précitée de la Cour du 29 juillet 1991 dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, C.I.J. Recueil 1991, notamment p. 29 et suiv.).

6. Je pense que la Cour pouvait s'engager dans cette voie, en prenant toutes les précautions indispensables pour ne pas être taxée d'avoir, ce faisant, préjugé du fond de l'affaire. L'Argentine, au demeurant, n'a pas demandé à la Cour de décider définitivement sur une partie de ses demandes; elle lui a proposé seulement de geler la situation en attendant l'arrêt au fond (dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la Cour a considéré que

«la demande du Gouvernement allemand ne peut être considérée comme visant l'indication des mesures conservatoires, mais comme tendant à obtenir un jugement provisionnel adjugeant une partie des conclusions de la susdite requête» (*ordonnance du 21 novembre 1927, C.P.J.I. série A n° 12, p. 10*)).

7. D'ailleurs les Parties elles-mêmes étaient d'accord pour que la Cour se prononçât *prima facie* sur l'existence du droit revendiqué, à savoir le droit à ce que les ouvrages ne soient pas construits sans leur accord commun préalable, droit dit procédural. En effet, l'Argentine a tout d'abord énuméré, parmi les droits qu'elle cherche à sauvegarder, dans sa demande du 4 mai 2006 en indication de mesures conservatoires:

«le droit à ce que l'Uruguay n'autorise ni n'entreprenne la construction d'ouvrages susceptibles de causer des préjudices sensibles au fleuve Uruguay — bien juridique dont l'intégrité doit être préservée — ou à l'Argentine».

8. La question de savoir qui, en dernière analyse, autorise cette construction, en cas de divergences entre les Parties sur les «préjudices sensibles», restait cependant posée.

Dans ses plaidoiries, l'Argentine devait préciser son interprétation du statut:

«[S]i l'Argentine a fait des objections à un projet soumis à ces conditions énoncées par le statut — comme elle l'a fait en l'espèce à de multiples reprises — l'Uruguay ne peut construire aucun ouvrage... L'Argentine a un droit indéniable à ce qu'il soit interdit à l'Uruguay de réaliser tout ouvrage. L'article 9 [du statut] établit une obligation de «non construction». C'est aussi simple que cela.» (CR 2006/46, p. 31, par. 12 (Sands).)

9. En quelque sorte, l'Argentine estime que si les Parties divergent sur le point de savoir si un projet est susceptible de causer des préjudices sensibles au fleuve Uruguay, il s'ensuit une obligation pour l'Uruguay de ne pas l'autoriser et un droit pour l'Argentine qu'il ne le soit pas. Celle-ci en conclut que

«la poursuite de la construction ... cause un préjudice irréparable non seulement aux droits de l'Argentine mais également ... au bon fonctionnement de la Cour qui joue un rôle très important dans le système établi par le statut» (CR 2006/46, p. 32, par. 14 (Sands)).

10. L'Uruguay, de son côté, admet que là se situe le centre du débat entre les Parties sur l'indication des mesures conservatoires :

«Le débat de ces derniers jours a été clarificateur parce qu'il a mis à nu le vrai objet, ou plutôt le cœur même du différend qui oppose les parties. Le cœur du différend est justement représenté par la question de savoir si, oui ou non, un droit de veto subsiste d'après le statut qui nous intéresse : tout se résume en fin de compte à cela.

Or il va de soi qu'un tel différend fondamental ne saurait être tranché par la Cour à ce stade de la procédure. Il n'en reste pas moins que votre Cour est bien obligée d'en connaître sommairement maintenant parce que — il faut le dire — elle ne pourrait pas accorder les mesures conservatoires demandées qu'à condition de reconnaître, tout au moins *prima facie*, que le statut confère effectivement aux parties un droit de veto. Si par contre la Cour devait constater qu'il y a des raisons sérieuses pour en douter, alors l'octroi des mesures conservatoires ne se justifierait pas...» (CR 2006/49, p. 19-20, par. 8-9 (Condorelli).)

11. Dans ces conditions, la Cour devait se poser la question de l'existence de ce droit *prima facie*. Il est vrai cependant qu'il n'est pas approprié de la trancher, même *prima facie*, lorsque le doute subsiste, du fait de la complexité, de l'ambiguïté, ou du silence éventuels des documents en cause (en particulier le statut de 1975 du fleuve Uruguay) qui ne permettraient pas d'arbitrer à ce stade entre les interprétations divergentes des Parties. Dans cette hypothèse, le renvoi de toute la discussion à la phase du fond s'imposerait. Et c'est précisément la situation dans laquelle la Cour s'est trouvée face à la demande de l'Argentine de se voir reconnaître un droit à ce que les travaux soient autorisés d'un commun accord. Une fois l'appréciation faite des droits en présence, le risque d'un préjudice irréparable et l'indication ou non de mesures conservatoires devraient en découler. Il manque donc, à notre sens, un chaînon dans le raisonnement de la Cour, celui relatif à l'existence ou non *prima facie* du droit invoqué.

12. En effet, ce chaînon du raisonnement est important, comme l'ont perçu les Parties elles-mêmes, puisqu'il détermine la réponse qui sera apportée à la demande en indication de mesures conservatoires, tout au moins dans la partie relative à la suspension des travaux. S'il est établi *prima facie* que l'Uruguay ne peut les entreprendre sans que l'Argentine y ait consenti, alors il convient d'urgence de préserver ce droit de l'Argentine par le retrait des autorisations qui ont été données et le gel de la situation sur le terrain. Par contre, si de prime abord, le statut de 1975, interprété correctement, selon les méthodes admises en la matière, et d'éventuels accords subséquents, ne permettent pas de répondre positivement à la question, alors le débat sera reporté à la discussion au fond de l'affaire.

13. La Cour a choisi d'éluder cette discussion (alors que les deux Parties s'y étaient engagées), en se contentant d'affirmer que même si le

droit invoqué par l'Argentine avait été violé, cela ne signifie pas qu'il ne sera pas toujours possible d'y remédier au stade du fond (paragraphe 70 et 71 de l'ordonnance), autrement dit, il ne s'agirait pas d'un préjudice irréparable. Mais ce n'est là qu'une pétition de principe de la Cour, car si la fonction des mesures conservatoires est de préserver les droits en présence, la Cour devrait veiller à ce que ceux-ci ne soient pas purement et simplement annihilés. Or que devient le droit éventuel de l'Argentine de consentir aux travaux si ceux-ci, une fois autorisés sans son accord, pouvaient se poursuivre jusqu'à leur terme, alors que la Cour était saisie²? Le droit aurait bel et bien disparu et on ne voit pas quelle mesure de réparation pourrait le ressusciter. Certes, la construction de ces usines colossales de pâte à papier n'est pas un «fait accompli», comme l'a souligné la Cour, mais que sait-on des effets qu'elle pourrait avoir à court et à moyen terme sur le site considéré, promis à une vocation touristique du côté argentin?

14. La Cour n'a pas osé lever le voile qui, dans sa jurisprudence, recouvre pudiquement les droits en cause à cette phase de la procédure. On peut estimer qu'elle le fait implicitement, sans le dire; mais, comme en toutes choses, sa fonction ne pourrait que gagner à être expressément clarifiée.

15. Est-ce que cela signifie qu'il y a un risque d'un glissement du débat à ce niveau vers des questions qui devraient être traitées au stade du fond? Je ne le pense pas. Les Parties n'ont-elles pas dans cette affaire débattu du droit en litige et demandé à la Cour de se prononcer à son sujet *prima facie*, tout en restant dans les limites du temps qui leur était imparti et sans jamais aborder réellement le fond? Et encore une fois, il s'agit d'une question de dosage, de degré dans le traitement des problèmes et non de leur nature, tant il est vrai qu'on ne peut séparer totalement l'instance en indication de mesures conservatoires de l'instance au fond, les droits en cause formant le lien indissoluble entre elles. La différence est que d'un côté on veut les préserver à titre provisoire et que, de l'autre, on vise le règlement définitif des différends nés à leur sujet.

16. C'est pour cela que je regrette cette occasion manquée par la Cour de clarifier cet aspect des mesures conservatoires. Il n'en demeure pas moins qu'ayant considéré que les éléments mis à la disposition de la Cour ne lui permettaient pas de se prononcer, *prima facie*, au sujet du droit invoqué par l'Argentine et, partageant le reste du raisonnement de la Cour, j'ai voté en faveur de l'ordonnance.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

² Karin Oellers-Frahm a souligné, dans son commentaire de l'article 41 du Statut: «what is to be preserved is the subject-matter of the right, the factual use of the right which would be impossible if the subject-matter were irreparably destroyed» (*The Statute of the International Court of Justice*, dir. publ. A. Zimmermann *et al.*, 2006, p. 931).