

DECLARATION OF JUDGE BUERGENTHAL

1. Although I agree with the Court's decision to deny Uruguay's request for provisional measures in this case, I regret that in doing so the Court assumed that its power under Article 41 of its Statute is limited to only one type of provisional measures.

2. The Court has the power, in my opinion, to indicate two distinct types or categories of provisional measures. By focusing only on one type, the Court has missed an opportunity in this case to fully address the legal implications of extrajudicial coercive measures as far as its power to indicate the second type of provisional measures is concerned.

3. The first type of provisional measures order requires a finding that there is an urgent need for the Court to indicate such measures because of the risk of irreparable prejudice or harm to the rights that are the subject of the dispute over which the Court has prima facie jurisdiction. This was the type of provisional measures order the Court refused to grant Argentina last July because it found that Argentina had failed to demonstrate that it would suffer irreparable harm or prejudice to the rights in dispute between the Parties if the order were not indicated at that stage of the proceedings. And this is the ground upon which the Court relies in declining to indicate the provisional measures requested by Uruguay in the present case.

4. But in my view this is not the only ground that may justify the grant of provisional measures. As early as 1939, the Permanent Court of International Justice, invoking Article 41 of its Statute, which was identical to the wording of Article 41 of the Statute of this Court, indicated two types of provisional measures when it required Bulgaria to "ensure that no step of any kind is taken capable of prejudicing the rights claimed by the Belgian Government or of aggravating or extending the dispute submitted to the Court" (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Order of 5 December 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 79*, p. 199). In asserting its power to order the aforementioned provisional measures, the Permanent Court of International Justice emphasized, moreover, that Article 41 of its Statute

"applies the principle universally accepted by international tribunals . . . to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BUERGENTHAL

[Traduction]

1. Si je souscris à sa décision de rejeter la demande en indication de mesures conservatoires soumise par l'Uruguay en la présente affaire, je regrette que, pour y aboutir, la Cour ait postulé que le pouvoir qu'elle tient de l'article 41 de son Statut est limité à un certain type de mesures conservatoires.

2. La Cour a, selon moi, le pouvoir d'indiquer deux types distincts de mesures conservatoires. En ne prenant en compte que l'un d'entre eux, la Cour a, en l'espèce, manqué une occasion de mener un examen approfondi du rapport d'ordre juridique entre l'existence de mesures coercitives extrajudiciaires et son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires du second type.

3. L'indication, par la Cour, du premier type de mesures conservatoires est subordonnée au constat d'une nécessité urgente liée au risque de préjudice ou de dommage irréparable pesant sur les droits objets d'un différend relevant, *prima facie*, de sa compétence. C'est à une demande en indication de mesures de ce type, présentée par l'Argentine, que la Cour a refusé de faire droit en juillet dernier, au motif que l'Argentine n'avait pas démontré que, en l'absence de telles mesures à ce stade de la procédure, les droits en litige entre les Parties subiraient un préjudice ou un dommage irréparable. C'est à ce même titre que la Cour refuse d'indiquer les mesures conservatoires aujourd'hui sollicitées par l'Uruguay.

4. Or, telle n'est pas, selon moi, la seule considération susceptible de motiver l'indication de mesures conservatoires. En 1939, déjà, la Cour permanente de Justice internationale, invoquant l'article 41 de son Statut, libellé en des termes identiques à ceux de l'article 41 du Statut de la présente Cour, avait indiqué deux types de mesures conservatoires lorsqu'elle avait prescrit à la Bulgarie de «veille[r] à ce qu'il ne soit procédé à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible de préjuger des droits réclamés par le Gouvernement belge ou d'aggraver ou d'étendre le différend soumis à la Cour» (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance du 5 décembre 1939, C.P.J.I. série A/B n° 79, p. 199*). En faisant valoir son pouvoir d'indiquer les mesures conservatoires susmentionnées, la Cour permanente de Justice internationale avait en outre souligné que l'article 41 de son Statut

«appliqu[ait] le principe universellement admis devant les juridictions internationales ... 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

any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 79*, p. 199).

5. The International Court of Justice has over the years adopted provisional measures similar to the one the Permanent Court of International Justice indicated in the above case. Thus, for example, in the *Burkina Faso/Republic of Mali* case, the ICJ Chamber declared that

“the Court or, accordingly, the chamber possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require” (*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986*, p. 9, para. 18).

The Chamber then entered provisional measures that called on both Governments to

“ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Chamber or prejudice the rights of the other Party to compliance with whatever judgment the Chamber may render in the case” (*ibid.*, pp. 11-12, para. 32 (1) (A).)

In the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* case, the Court repeated verbatim the conclusion of the Chamber that

“the Court possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 22-23, para. 41).

Again, in the *Congo v. Uganda* case, the Court quoted the language from the *Cameroon v. Nigeria* case (para. 44) and indicated the following provisional measures, *inter alia*:

“Both Parties must, forthwith, prevent and refrain from any action, and in particular any armed action, which might prejudice the rights of the other Party in respect of whatever judgment the Court may render in the case, or which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve.” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Order of 1 July 2000, I.C.J. Reports 2000*, p. 129, para. 47 (1).)

6. These are only a few of similar pronouncements by this Court that are predicated on the assumption that it has the power under Article 41 to order provisional measures to prevent a party to a dispute before it from interfering with or obstructing the judicial proceedings by coercive extrajudicial means, unrelated to the specific rights in dispute, that seek

laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend...» (C.P.J.I. série A/B n° 79, p. 199).

5. Par la suite, la Cour internationale de Justice a adopté des mesures conservatoires semblables à celle indiquée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire précitée. Ainsi la Chambre constituée en l'affaire *Burkina Faso/République du Mali* a-t-elle déclaré disposer

«en vertu de l'article 41 du 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...» (*Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 9, par. 18*),

avant de prescrire des mesures conservatoires invitant les deux gouvernements à

«veille[r] l'un et l'autre à éviter tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Chambre est saisie ou de porter atteinte au droit de l'autre Partie à obtenir l'exécution de tout arrêt que la Chambre pourrait rendre en l'affaire...» (*ibid.*, p. 11-12, par. 32, al. 1), point A)).

Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, la Cour a repris mot pour mot la conclusion à laquelle était parvenue la Chambre, à savoir que

«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...» (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 22-23, par. 41).

De même a-t-elle, en l'affaire *Congo c. Ouganda*, cité le passage de l'arrêt *Cameroun c. Nigéria* (par. 44) et indiqué notamment les mesures conservatoires suivantes :

«Les deux Parties doivent, immédiatement, prévenir et s'abstenir de tout acte, et en particulier de toute action armée, qui risquerait de porter atteinte aux droits de l'autre Partie au regard de tout arrêt que la Cour pourrait rendre en l'affaire, ou qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend porté devant elle ou d'en rendre la solution plus difficile...» (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), mesures conservatoires, ordonnance du 1^{er} juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 129, par. 47, al. 1*).

6. Il ne s'agit là que de quelques exemples de décisions prises en ce sens par la présente Cour, reposant sur le postulat que celle-ci dispose, en vertu de l'article 41, du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires aux fins d'empêcher une partie à un différend dont elle est saisie d'influencer ou d'entraver la procédure judiciaire par des méthodes coercitives

or are calculated to undermine the orderly administration of justice in a pending case. In fact, it was its right to be free from such interference that Uruguay has sought to vindicate when it claimed that it was entitled to have its rights under the 1975 Uruguay River Statute determined in these proceedings without being subjected to extrajudicial economic coercion.

7. It is undisputed that the Court has no jurisdiction over the blockading of the bridges as such, since the 1975 Uruguay River Statute under which the Court appears to have *prima facie* jurisdiction with regard to the present litigation deals only with the régime of the River Uruguay. The Court must nevertheless be deemed to have the requisite powers vested in courts generally, powers that in my view find expression in Article 41 of its Statute, to ensure that the orderly adjudication of cases pending before it is not aggravated or undermined by extrajudicial coercive measures resorted to by one party to the dispute against the other. That, moreover, is what the Court appears to have asserted in the aforementioned cases when it claimed the power to indicate provisional measures to prevent the aggravation of the dispute.

8. It is true that the Court has tended to combine the two types of provisional measures in one single paragraph in the *dispositif* when indicating such measures, and that it has thus far not had occasion to indicate the second type of provisional measures in a case in which the first type was not also indicated. That does not necessarily prove that it lacks the power to do so, although it has given rise to the suggestion that the second type of provisional measures is merely ancillary to the first and that the Court consequently lacks the power under Article 41 to grant the second independently of the first.

9. This, basically, is the approach the Court adopts in the instant case. Thus, in paragraph 31 of the Order, the Court notes that its

“power . . . to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute has as its object to preserve the respective rights of each party to the proceedings ‘[p]ending the final decision’, providing that such measures are justified to prevent irreparable prejudice to the rights which are the subject of the dispute”.

In the next paragraph of the Order, the Court emphasizes that its power “to indicate provisional measures can be exercised only if there is an urgent necessity to prevent irreparable prejudice to such rights, before the Court has given its final decision”. Having laid this groundwork, the Court concludes that all three provisional measures requested by Uruguay (para. 13 of the Order) cannot be granted because Uruguay has failed to show that the actions attributed by Uruguay to Argentina pose an imminent threat of irreparable prejudice to Uruguay’s rights in dispute.

extrajudiciaires, sans rapport avec les droits spécifiques en litige et tendant, ou sciemment destinées, à saper la bonne administration de la justice dans une affaire en cours. Et, de fait, c'est son droit de ne pas être soumis à une telle ingérence que l'Uruguay a cherché à faire valoir en invoquant celui de voir trancher, en la présente affaire, la question des droits qu'il tire du statut du fleuve Uruguay de 1975 sans être soumis à des mesures économiques coercitives de nature extrajudiciaire.

7. Incontestablement, la Cour n'a pas compétence à l'égard du blocage des ponts en tant que tel, puisque le statut du fleuve Uruguay de 1975, en vertu duquel elle semble compétente *prima facie* pour connaître du présent différend, porte exclusivement sur le régime du fleuve. Il paraît toutefois difficilement concevable que la Cour ne dispose pas des pouvoirs — reconnus aux instances judiciaires en général et qui trouvent, d'après moi, leur expression dans l'article 41 de son Statut — nécessaires pour éviter que le recours, par l'une des parties, à des mesures coercitives extrajudiciaires contre la partie adverse ne mette en péril ni ne rende plus difficile un règlement conforme à une bonne administration de la justice des différends dont elle est saisie. Tel est, du reste, ce que la Cour semble avoir affirmé dans les affaires précitées, lorsqu'elle s'est prévalu du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation du différend.

8. Il est vrai que la Cour a eu tendance, lorsqu'elle a indiqué de telles mesures, à joindre les deux types de mesures conservatoires dans un même paragraphe du dispositif, et qu'elle n'a pas, jusqu'à présent, eu l'occasion d'en indiquer dans une affaire où n'étaient pas aussi prescrites des mesures du premier type. S'il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle ne puisse le faire, il a pu en être déduit que les mesures conservatoires du second type étaient simplement subordonnées aux premières et que, en conséquence, la Cour n'avait pas, dans le cadre de l'article 41, le pouvoir d'indiquer celles-là indépendamment de celles-ci.

9. Telle est au fond la manière de voir adoptée par la Cour en la présente instance. Ainsi note-t-elle, au paragraphe 31 de son ordonnance, que

«le pouvoir ... d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut vise à lui permettre de sauvegarder le droit de chacune des parties à une affaire «[e]n attendant l'arrêt définitif», pourvu que de telles mesures soient nécessaires pour empêcher que soit causé un préjudice irréparable aux droits en litige».

Au paragraphe suivant, la Cour souligne que ce pouvoir «d'indiquer des mesures conservatoires ne peut être exercé que s'il y a nécessité urgente d'empêcher que soit causé un préjudice irréparable à de tels droits, avant [qu'elle] n'ait eu l'occasion de rendre sa décision définitive». Cela posé, la Cour conclut qu'elle ne saurait indiquer aucune des trois mesures conservatoires demandées par l'Uruguay (paragraphe 13 de l'ordonnance), au motif que celui-ci n'a pas démontré que les actions qu'il attribue à l'Argentine font peser sur les droits qui lui sont contestés un risque imminent de préjudice irréparable.

10. The foregoing findings are based on the conclusion that the Court lacks the power under Article 41 to indicate any provisional measures in a case in which there has been no showing of an imminent risk of irreparable prejudice to the subject-matter in dispute between the parties, that is, the subject-matter over which the Court has at least *prima facie* jurisdiction. Thus, for example, in paragraphs 40 and 41 of its Order the Court makes the following findings with regard to Uruguay's first provisional measure request:

“40. Whereas the Court, having heard the arguments of the Parties, is of the view that, notwithstanding the blockades, the construction of the Botnia plant progressed significantly since the summer of 2006 with two further authorizations being granted and that it is now well advanced; whereas the construction of the plant is thus continuing;

41. Whereas the Court, without addressing whether the road-blocks may have caused or may continue to cause damage to the Uruguayan economy, is not convinced, in view of the foregoing, that those blockades risk prejudicing irreparably the rights which Uruguay claims in the present case from the 1975 Statute as such”.

The Court denies the second and third provisional measures requested by Uruguay on the same grounds.

11. In my view, these rulings by the Court fail to take the language of Article 41 into account and the inherent powers of judicial institutions generally. Article 41 reads as follows:

“The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party.”

This language permits a less restrictive interpretation, an interpretation that finds expression in the Court's repeated assertions that it

“possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require”.

The fact that the Court, as it emphasizes in paragraph 49 of its Order, has in all these prior cases also indicated the first type of provisional measures, does not detract from the wording of Article 41 of the Statute, which makes the decision whether or not to indicate provisional measures dependent upon the “circumstances” that may require it. These circumstances may involve an imminent threat of irreparable prejudice to the rights in dispute. But, independently thereof, no compelling reason has been advanced by the Court why they may not also apply to situations in which one party to the case resorts to extrajudicial coercive measures, unrelated to the subject-matter in dispute, that aggravate a dispute

10. Ces conclusions s'appuient sur une interprétation de l'article 41 selon laquelle la Cour n'aurait pas le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires dès lors qu'il n'a pas été établi que pèserait sur l'objet du différend entre les parties — celui-là même à l'égard duquel la Cour est à tout le moins compétente *prima facie* — un risque imminent de préjudice irréparable. La Cour, aux paragraphes 40 et 41 de son ordonnance, en conclut dès lors, concernant la première demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay :

«40. Considérant que la Cour, ayant entendu les Parties en leurs plaidoiries, estime que, en dépit des barrages, la construction de l'usine Botnia a considérablement progressé depuis l'été 2006, deux nouvelles autorisations ayant été accordées, et qu'elle est à présent bien avancée; que la construction de l'usine se poursuit donc;

41. Considérant que 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 risquent de causer un préjudice irréparable aux droits que l'Uruguay prétend en l'espèce tirer du statut de 1975 en tant que tels...»

La Cour rejette les deuxième et troisième mesures conservatoires sollicitées par l'Uruguay pour les mêmes motifs.

11. D'après moi, ces conclusions de la Cour ne tiennent pas compte du libellé de l'article 41 et des pouvoirs conférés à toute institution judiciaire. L'article 41 se lit comme suit :

«La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.»

Cette formulation autorise une interprétation moins restrictive, reflétée dans les affirmations répétées de la Cour selon lesquelles elle

«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».

Si la Cour, ainsi qu'elle le souligne au paragraphe 49 de son ordonnance, a, dans tous les précédents qu'elle cite, également indiqué des mesures conservatoires du premier type, il n'en reste pas moins que l'article 41 du Statut subordonne la décision d'indiquer ou non des mesures conservatoires aux «circonstances» susceptibles de rendre de telles mesures nécessaires. Ces circonstances peuvent recouvrir un risque imminent de préjudice irréparable pesant sur les droits en litige. Mais, indépendamment de ce cas de figure, rien dans la jurisprudence de la Cour n'amène à exclure formellement qu'elles puissent aussi recouvrir des situations dans lesquelles une partie à l'affaire recourt à des mesures coercitives extrajudi-

by seeking to undermine or interfere with the rights of the other party in defending its case before the Court. In such situations the test would not be whether there is an imminent threat of irreparable harm to the subject-matter of the dispute, but whether the challenged actions are having a serious adverse effect on the ability of the party seeking the provisional measures to fully protect its rights in the judicial proceedings.

12. While it cannot be denied that the blockades of the bridges have caused considerable economic harm to Uruguay, which is most regrettable, the record before us does not demonstrate that these actions have seriously undermined the ability of Uruguay effectively to protect its rights generally in the judicial proceedings pending in this Court.

(Signed) Thomas BUERGENTHAL.

ciales sans rapport avec l'objet du différend, qui entraînent l'aggravation de ce dernier en tant qu'elles sont prises dans le dessein de saper ou d'entraver les droits dont dispose la partie adverse pour assurer sa défense devant la Cour. Le critère ne consisterait pas alors à savoir si un risque imminent de dommage irréparable pèse sur l'objet du différend, mais si les actions en cause ont des répercussions particulièrement préjudiciables sur l'aptitude de la partie sollicitant les mesures conservatoires à protéger pleinement ses droits dans le cadre de la procédure judiciaire.

12. S'il ne saurait être nié que le blocage des ponts a entraîné, pour l'Uruguay, un préjudice économique considérable, ce qui est fort regrettable, les éléments versés au dossier ne nous permettent pas de conclure que ces actions ont sérieusement compromis l'aptitude de celui-ci à protéger effectivement ses droits en général dans la procédure judiciaire pendante devant la Cour.

(Signé) Thomas BUERGENTHAL.
