

## DECLARATION OF JUDGE YUSUF

1. I concur in the Judgment, but have some reservations regarding the manner in which the Court decided to handle the abundant factual material presented by the Parties. I am of the view that the Court should have had recourse to expert assistance, as provided in Article 50 of its Statute, to help it gain a more profound insight into the scientific and technical intricacies of the evidence submitted by the Parties, particularly with regard to the possible impact of the effluent discharges of the Orion (Botnia) mill on the living resources, quality of the water and the ecological balance of the River Uruguay.

2. The Parties to the present case have submitted to the Court extensive and complex technical and scientific material related to effluent discharges, water quality, chemical substances, the capacity of the river to receive contaminants, its hydrodynamic and geomorphological characteristics, and the parameters used for determining the existence of pollution. In addition, they provided voluminous data, gathered by their respective experts and consultants, on the results of their monitoring before and after the start of the operation of the mill, using different methods and modelling approaches. This factual information relates to a wide range of scientific and technical fields including hydrology, hydrobiology, river morphology, water chemistry, soil sciences, ecology and forestry.

3. Furthermore, both in the written and oral pleadings, the Parties presented many contradictory assertions and divergent approaches in terms of data collection and scientific methodologies for their interpretation. Thus, for example as regards the flow of the river, the hydrodynamic data presented by the Parties proved very difficult to compare because they were derived from monitoring at different stations, at different depths, and on different dates. Similarly, with respect to water quality, the Parties used different sampling techniques at different locations and depths, to obtain the data presented to the Court, thus complicating the comparability of the results submitted by them.

4. Notwithstanding these factual complexities, the Court states, in paragraph 168 of the Judgment, with regard to the manner in which this material is to be handled by it, that:

“It needs only to be mindful of the fact that, despite the volume

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE YUSUF

*[Traduction]*

1. Je souscris à l'arrêt de la Cour, mais j'ai quelques réserves quant à la manière dont la Cour a décidé de traiter les abondantes informations factuelles qui lui ont été présentées par les Parties. Je suis d'avis qu'elle aurait dû demander l'avis d'experts, comme le prévoit l'article 50 du Statut, pour l'aider à mieux se frayer un chemin dans le dédale scientifique et technique des éléments de preuve soumis par les Parties, et à mieux comprendre, en particulier, l'impact potentiel des rejets d'effluents de l'usine Orion (Botnia) sur les ressources biologiques, la qualité des eaux et l'équilibre écologique du fleuve Uruguay.

2. Les Parties à la présente instance ont soumis à la Cour quantité d'informations techniques et scientifiques fort complexes sur les rejets d'effluents, la qualité de l'eau, les substances chimiques, la capacité des eaux du fleuve à recevoir des polluants, les caractéristiques hydrodynamiques et géomorphologiques du fleuve, et les paramètres utilisés pour conclure à l'existence d'une pollution. Elles ont en outre fourni une multitude de données, issues du contrôle et du suivi effectués, avant et après la mise en service de l'usine, par leurs experts et consultants respectifs, à l'aide de différentes méthodes et modélisations. Ces informations factuelles touchent à un large éventail de domaines scientifiques et techniques comme l'hydrologie, l'hydrobiologie, la morphologie des cours d'eau, la chimie de l'eau, la science des sols, l'écologie et la foresterie par exemple.

3. En outre, les Parties ont avancé, aussi bien dans leurs écritures que dans leurs plaidoiries, un grand nombre d'assertions contradictoires et de positions divergentes concernant la collecte des données et les méthodes scientifiques d'interprétation. Ainsi, s'agissant du débit du fleuve, il s'est révélé très difficile de comparer les données hydrodynamiques présentées par les Parties du fait que les relevés avaient été effectués à des stations de prélèvement, des profondeurs et des dates différentes. De la même manière, s'agissant de la qualité de l'eau, les Parties n'ont pas utilisé les mêmes techniques d'échantillonnage et ont effectué des prélèvements à des endroits différents et à des profondeurs différentes pour obtenir les données qu'elles ont présentées à la Cour, rendant leurs résultats difficilement comparables.

4. En dépit de cette complexité des faits, la Cour déclare, au paragraphe 168 de son arrêt, concernant la manière dont il convient d'examiner ces éléments d'information :

«[La Cour] doit seulement garder à l'esprit que, si volumineuses et

and complexity of the factual information submitted to it, it is the responsibility of the Court, after having given careful consideration to all the evidence placed before it by the Parties, to determine which facts must be considered relevant, to assess their probative value, and to draw conclusions from them as appropriate. Thus, in keeping with its practice, the Court will make its own determination of the facts, on the basis of the evidence presented to it, and then it will apply the relevant rules of international law to those facts which it has found to have existed.”

5. It is of course true that it is the responsibility of the Court to determine the facts and to assess their probative value, but this does not prevent it from taking advantage of its powers to order an enquiry or to seek expert opinion in the handling of the complex technical and scientific material submitted to it in this case. The Court, in order to exercise its function of resolving disputes, needs to ensure not only to be in possession of all the available facts relevant to the issues before it, but also to understand fully their actual meaning for the proper application of the law to those facts. The rationale behind the provisions on enquiry and the seeking of an expert opinion in the Statute and in the Rules of Court is to allow the Court to obtain the necessary assistance and support in acquiring such full knowledge of the facts.

6. This case offered a unique opportunity for the Court to use the powers granted to it by Article 50 of its Statute, as well as by Article 67 of the Rules of Court. It is a case where the decisions and conclusions of the Court largely depend on a correct appreciation of the scientific and technical facts. It is true that on many occasions in the past the Court was able to resolve complex and contested factual issues without resorting to Article 50 of the Statute. Yet, in a case such as this one concerning the protection of the environment and the prevention of pollution, specialized scientific expertise can provide the Court with the insights necessary to make a thorough appraisal of the merits of the scientific and technical material submitted by the Parties.

7. It cannot be expected that expert opinions or scientific assessments commissioned by the Court will always arrive at uniform conclusions, but the adversarial process by which the Parties are given an opportunity to comment on such opinions provides the Court with further insight into the relevance and significance not only of the factual material presented by the Parties, but of the expert opinion as well. Moreover, the use of an enquiry or an expert report by the Court has the advantage of enhancing the confidence of the Parties in the technical evaluation by the Court of the factual and scientific information provided by them and ensuring transparency.

8. Surely, the grounds invoked by the Court, in the *Nicaragua*

complexes que soient les informations factuelles qui lui ont été soumises, il lui incombe, au terme d'un examen attentif de l'ensemble des éléments soumis par les Parties, de déterminer quels faits sont à prendre en considération, d'en apprécier la force probante et d'en tirer les conclusions appropriées. Ainsi, fidèle à sa pratique, la Cour se prononcera sur les faits, en se fondant sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis appliquera les règles pertinentes du droit international à ceux qu'elle aura jugés avérés.»

5. Certes, c'est à la Cour qu'il incombe de se prononcer sur les faits et d'en apprécier la force probante; cela ne l'empêche pas pour autant d'user de son pouvoir d'ordonner une enquête ou expertise afin d'évaluer des éléments techniques et scientifiques difficiles à interpréter, comme ceux qui lui étaient soumis en la présente affaire. Pour s'acquitter de sa mission, qui consiste à régler des différends, la Cour doit non seulement s'assurer qu'elle est en possession de tous les éléments pouvant l'aider à répondre aux questions qui lui sont posées, mais aussi comprendre parfaitement leur signification réelle afin de bien appliquer le droit à ces faits. L'idée qui sous-tend les dispositions du Statut et du Règlement prévoyant la possibilité d'une enquête ou expertise est d'offrir à la Cour l'aide et l'appui dont elle a besoin pour se prononcer en pleine connaissance de cause.

6. Cette affaire offrait à la Cour une occasion unique de faire usage des pouvoirs que lui confèrent l'article 50 du Statut et l'article 67 du Règlement car, en l'espèce, les décisions et conclusions de la Cour dépendaient dans une large mesure de la juste appréciation des faits scientifiques et techniques. Il est vrai que, à maintes reprises par le passé, la Cour est parvenue à résoudre des questions factuelles complexes et litigieuses sans recourir à l'article 50 du Statut. Il n'en reste pas moins que, dans une affaire comme celle-ci, qui touche à la protection de l'environnement et à la prévention de la pollution, l'avis d'experts scientifiques aurait pu éclairer la Cour et lui permettre d'évaluer de manière approfondie les éléments de preuve scientifiques et techniques produits par les Parties.

7. On ne peut s'attendre à ce que les expertises ou les analyses scientifiques effectuées à la demande de la Cour aboutissent toujours à des conclusions identiques, mais la procédure contradictoire dans le cadre de laquelle les Parties peuvent faire part de leurs observations sur les avis des experts permet à la Cour de mieux apprécier la pertinence et l'importance non seulement des informations factuelles présentées par les Parties mais aussi de ces avis eux-mêmes. En outre, le fait d'ordonner une enquête ou une expertise présente l'avantage, d'une part, de renforcer la confiance des Parties dans l'évaluation technique par la Cour des informations factuelles et scientifiques qu'elles lui soumettent et, d'autre part, de garantir la transparence.

8. De toute évidence, les raisons invoquées par la Cour pour ne pas user

case<sup>1</sup>, not to have recourse to its power under Article 50 of the Statute do not apply to this case, there being no similar practical difficulties regarding the River Uruguay. Rather, the reluctance of the Court in the present case is reminiscent of that commented upon by Judge Wellington Koo, almost 60 years ago, in a dissenting opinion:

“All the foregoing questions are of a technical character and call for an independent expert or experts to supply reliable answers. I am of the opinion that the Court would have been well advised, under Articles 44 and 50 of the Statute, to send its own expert or experts to investigate on the spot and make a report of their observations and recommendations, as was done in the *Corfu Channel* case (*I.C.J. Reports 1949*). Such a report would have been of great assistance to the Court in deciding the case by law on the basis of all the relevant facts of a technical as well as other character. I for one feel unable to reach a final conclusion satisfactory to myself without knowing the answers to the technical questions which I have defined above and which, in my view, bear a vital importance for a correct determination of one of the crucial issues on the present case.” (*Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 100, para. 55.)

9. Similarly, in his separate opinion on the *Kasikilil/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* case, Judge Shigeru Oda made the following observation:

“The criteria for determining the ‘main’ channel may well be settled by law, with the assistance of scientific knowledge, but the determination of the ‘main channel’ as a boundary by employing the said criteria, in any specific geographical situation, is far from being a legal function. I would recall that, at the time of the meeting in Kasane of the Presidents of Botswana and Namibia in May 1992, the two States tried to settle the matter as a *technical* problem that could be solved by the expertise of *technical* experts (see paragraphs 13 and 14 of this opinion). The Judgment deals with these two matters in its paragraphs 20 to 40 and attempts to rule on them, relying only on the information given in the written and oral pleadings by the respective Parties, but without the benefit of objective scientific knowledge, which it could have obtained itself but chose not to.” (*Kasikilil/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1119, para. 6; emphasis in the original.)

---

<sup>1</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 40, para. 61.

du pouvoir conféré par l'article 50 du Statut en l'affaire du *Nicaragua*<sup>1</sup> ne trouvent pas à s'appliquer en la présente affaire, le fleuve Uruguay ne posant pas du tout le même genre de difficultés pratiques. En fait, la réticence de la Cour en la présente affaire n'est pas sans rappeler celle que commentait, il y a près de soixante ans, M. le juge Wellington Koo dans son opinion dissidente :

« Toutes les questions ci-dessus ont un caractère technique et leurs réponses, pour être dignes de foi, demanderaient l'intervention d'un ou plusieurs experts indépendants. J'estime, pour ma part, qu'il aurait été judicieux que la Cour, aux termes des articles 44 et 50 du Statut, envoie son propre expert ou ses propres experts faire une enquête sur place en vue d'établir un rapport contenant leurs observations et leurs recommandations, comme il a été fait dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (*C.I.J. Recueil 1949*). Un tel rapport aurait considérablement aidé la Cour à statuer en droit sur la base de tous les éléments de fait pertinents présentant un caractère technique ou autre. Je me sens personnellement incapable d'arriver à une conclusion finale satisfaisante à mes yeux sans connaître les réponses aux questions techniques que j'ai précisées ci-dessus et qui ont, à mon avis, une importance capitale en vue d'une décision correcte à l'égard des points cruciaux que soulève la présente affaire. » (*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 100, par. 55.)

9. De la même manière, dans son opinion individuelle sur l'affaire de l'*Ile de Kasikili/Sedudu* (*Botswana/Namibie*), le juge Shigeru Oda faisait l'observation suivante :

« Les critères permettant de déterminer le chenal « principal » peuvent très bien être définis par le droit, avec le concours de connaissances scientifiques, mais la détermination du « chenal principal » en tant que frontière qui est opérée par le recours aux mêmes critères dans n'importe quelle situation géographique n'a rien d'une fonction juridique. Je rappellerai qu'au moment où les présidents du Botswana et de la Namibie se sont réunis à Kasane en mai 1992, les deux Etats ont tenté de régler la question comme s'il s'agissait d'un problème *technique* qu'ils pouvaient résoudre en faisant appel à des experts *techniques* (voir paragraphes 13 et 14 de la présente opinion). Les deux questions sont examinées aux paragraphes 20 à 40 de l'arrêt et la Cour tente de se prononcer à ce sujet, en s'appuyant exclusivement sur les informations données par les Parties dans leurs écritures et au cours de la procédure orale, mais sans bénéficier de connaissances scientifiques objectives qu'elle aurait pu obtenir elle-même mais qu'elle a refusé de demander. » (*Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 1119, par. 6; les italiques sont dans l'original.)

<sup>1</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 40, par. 61.

10. In view of the persistent reticence of the Court to use the powers conferred upon it by Article 50 of the Statute, except in two cases<sup>2</sup>, the question arises as to whether there is a risk that the resort to an expert opinion may take away the role of the judge as the arbiter of fact and therefore undermine the Court's judicial function? My answer is in the negative. First, it is not for the expert to weigh the probative value of the facts, but to elucidate them and to clarify the scientific validity of the methods used to establish certain facts or to collect data. Secondly, the elucidation of facts by the experts is always subject to the assessment of such expertise and the determination of the facts underlying it by the Court. Thirdly, the Court need not entrust the clarification of all the facts submitted to it to experts in a wholesale manner. Rather, it should, in the first instance, identify the areas in which further fact-finding or elucidation of facts is necessary before resorting to the assistance of experts.

11. As was observed by the Arbitral Tribunal in the *Laguna del Desierto* case:

“When the question relates to whether a given industrial activity produces harmful polluting effects for third parties, or whether the collapse of a building was due to faulty construction, or whether a product has the chemical composition stated in its packaging, the judge has recourse to an expert on the subject and asks him to make analyses and studies and produce conclusions. It is absurd to think that the judge has delegated his responsibility to the expert.” (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Application for revision and subsidiary Interpretation of the Award of 21 October 1994 submitted by Chile (Argentina, Chile), 13 October 1995*, Vol. XXII, p. 162, para. 40.)

12. Thus, although experts may assist the Court to develop a finer grasp of the scientific and technical details of factual issues arising in the case, it always remains the ultimate responsibility of the judge to decide on the relevance and significance of those facts to the adjudication of the dispute.

13. In light of the above, it is my view that there is reason for concern when in a case as factually and scientifically complex as the present one, the Court fails to use its power to seek the assistance of a commission of enquiry or an expert opinion under Article 50 of the Statute, since errors

---

<sup>2</sup> In the *Corfu Channel* case, the Court resorted to the appointment of experts at two different stages in the proceedings: *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Order of 17 December 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 124 (naval expertise); and *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Order of 19 November 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 237 (amount of compensation). See also *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, I.C.J. Reports 1984*, p. 165.

10. La Cour s'étant toujours montrée réticente à user des pouvoirs prévus par l'article 50 du Statut — excepté à deux occasions<sup>2</sup> —, la question se pose de savoir si le recours à une expertise risque de priver le juge de son rôle d'arbitre des faits, ce qui affaiblirait la fonction judiciaire de la Cour. Je répondrais à cette question par la négative. En premier lieu, il n'appartient pas aux experts d'évaluer la force probante des faits, mais de les élucider et de vérifier la validité scientifique des méthodes utilisées pour établir certains faits ou recueillir des données. En deuxième lieu, une fois que les experts ont élucidé les faits, leurs conclusions sont toujours soumises à l'évaluation de la Cour, qui se prononce sur les faits ayant fait l'objet de l'expertise. En troisième lieu, il n'est pas nécessaire que la Cour demande aux experts de clarifier la totalité des faits qui lui ont été soumis. Elle doit plutôt commencer par identifier les domaines dans lesquels un complément d'investigation est nécessaire pour établir les faits ou les clarifier, avant de faire appel aux services d'experts.

11. Comme l'a observé le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Laguna del Desierto*:

«Lorsque la question est de savoir si une activité industrielle donnée produit des effets polluants nocifs pour des tiers, si l'effondrement d'un bâtiment est dû à un défaut de construction ou si la composition chimique d'un produit est bien celle indiquée sur l'emballage, le juge fait appel à un expert de la question, et lui demande de conduire des analyses et des études et de lui présenter ses conclusions. Il serait absurde de penser que le juge délègue son autorité à l'expert.» (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales, Demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, présentée par la République du Chili (Argentine, Chili), décision du 13 octobre 1995*, vol. XXII, p. 162, par. 40.)

12. Ainsi, même si les experts peuvent aider la Cour à démêler l'écheveau scientifique et technique des questions factuelles soulevées par une affaire, c'est toujours au juge qu'il revient en dernier lieu de décider de la pertinence et de l'importance des faits pour la solution du différend.

13. Eu égard à ce qui précède, je crois qu'il y a lieu de s'inquiéter lorsque la Cour, dans une affaire d'une telle complexité factuelle et scientifique, décide de ne pas user de son pouvoir de faire appel à une commission d'enquête ou à un expert en application de l'article 50 du Statut,

<sup>2</sup> Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a eu recours à une expertise à deux stades distincts de la procédure: *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, ordonnance du 17 décembre 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 124 (expertise); et *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, ordonnance du 19 novembre 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 237 (montant des réparations). Voir aussi *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, nomination d'expert, ordonnance du 30 mars 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 165.

in the appreciation or determination of facts can substantially undermine the credibility of the Court, and discourage parties to disputes involving scientific and technological issues from turning to the Court.

14. As States continue to bring cases involving complex scientific and technological aspects before the Court, they will need to see that the facts related to their case are fully understood and appreciated by the Court. It would therefore serve the Court well in the future to make better use of the powers granted to it by its Statute to deal with fact-intensive and scientifically complex cases and to develop, for that purpose, a clear strategy which would enable it to assess the need for an expert opinion at an early stage of its deliberations on a case.

*(Signed)* Abdulqawi Ahmed YUSUF.

---

sachant qu'une appréciation erronée des faits peut gravement entamer sa crédibilité et dissuader les parties à des différends mettant en cause des questions scientifiques et techniques de la saisir.

14. Des Etats continueront de porter devant la Cour des affaires comportant une dimension scientifique et technique complexe, et ils attendront de la Cour qu'elle comprenne et apprécie parfaitement les faits. La Cour serait donc bien inspirée de faire un meilleur usage des pouvoirs que lui confère le Statut lorsqu'elle se penchera sur des affaires dans lesquelles sont en cause des données factuelles et scientifiques nombreuses et compliquées, et de définir à cette fin une stratégie claire qui lui permettra de juger de la nécessité de faire procéder à une expertise à un stade précoce de ses délibérations.

(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

---