

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* SIMMA

Existence of the dispute as a condition to the exercise of the Court's contentious jurisdiction — Question whether the dispute between the Parties continued to exist at the time of the decision — "Convergence of positions" not an agreement — Interpretation of the submissions of the Parties — Hollowed out dispute — The role of the Court in the pacific settlement of disputes.

1. I have voted with some reluctance in favour of the operative part of this Judgment. While I accept that the Court, being a court of justice, cannot exceed the inherent limitations incumbent upon it in the exercise of its judicial function, I wonder if justice is served when the Court renders a judgment of the kind it rendered today. Moreover, I am disappointed with the uncritical and somewhat impressionistic way in which the Court has ascertained whether certain points concerning the status and use of the waters of the Silala were still in dispute between the Parties at the time of the decision. These concerns have compelled me to append the present separate opinion.

2. It is a curiosity of this Judgment that it decides almost nothing. The Court has rendered a Judgment which is compact, almost "transactional" in form¹. Of the five claims advanced by Chile and three counter-claims advanced by Bolivia, two are rejected (Judgment, paras. 128 and 162) and six are found to no longer have any object such that the Court is not called upon to give a decision thereon (*ibid.*, paras. 59, 65, 76, 86, 147 and 155). The reasons given in the Judgment are on the whole confined to recording the various shifts and changes in the Respondent's case made in the course of the proceedings. The operative part of the Judgment has little "operative" about it. With the exception of point 5, which concerns Chile's submission (*e*), the operative part of the Judgment does not settle any of the points in dispute between the Parties (*ibid.*, para. 163 (5)).

3. Why did the Court render such a Judgment? How did the mountain give birth to the proverbial mouse? The answer lies in the disappearance of most of the points in dispute between the Parties during the proceedings. I wish to make three sets of observations in this regard.

¹ This is not the first judgment giving me this impression; cf. my separate opinion in the case concerning the *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2011 (II)*, p. 697, para. 6.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* SIMMA

[Traduction]

Existence du différend comme condition à l'exercice par la Cour de sa compétence contentieuse — Question de savoir si le différend entre les Parties persistait au moment de la décision — « Convergence des positions » n'étant pas un accord — Interprétation des conclusions des Parties — Différend vidé de sa substance — Rôle de la Cour dans le règlement pacifique des différends.

1. C'est avec une certaine réticence que j'ai voté en faveur du dispositif du présent arrêt. Je conviens que la Cour, en tant que tribunal, ne peut outrepasser les limitations inhérentes à l'exercice de sa fonction judiciaire, mais je me demande néanmoins si justice est rendue lorsqu'elle statue comme elle l'a fait aujourd'hui. En outre, je suis déçu de l'approche non critique et quelque peu impressionniste qu'a suivie la Cour pour déterminer si certains points en litige entre les Parties concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala persistaient au moment où elle a statué. Aussi ai-je estimé qu'il me fallait joindre à l'arrêt la présente opinion individuelle.

2. Cet arrêt est curieux en ce qu'il ne décide presque rien ; il est concis et comme « transactionnel » dans sa forme¹. Sur les cinq demandes présentées par le Chili et les trois demandes reconventionnelles présentées par la Bolivie, la Cour en a rejeté deux (arrêt, par. 128 et 162) et a considéré que les six autres étaient devenues sans objet de sorte qu'elle n'était plus appelée à y statuer (*ibid.*, par. 59, 65, 76, 86, 147 et 155). Les motifs exposés dans l'arrêt se limitent dans l'ensemble à un constat des divers changements et revirements opérés par la défenderesse dans sa thèse en cours de procédure. Le dispositif ne « dispose » guère. Il ne tranche aucun des points en litige entre les Parties, à l'exception du point 5, qui concerne la demande formulée par le Chili à l'alinéa *e*) de sa conclusion finale (*ibid.*, par. 163, point 5).

3. Pourquoi la Cour a-t-elle rendu pareil arrêt ? Comment, pour citer le proverbe, la montagne a-t-elle pu accoucher d'une souris ? La réponse tient à ce que la plupart des points en litige entre les Parties ont disparu en cours d'instance. Je souhaite faire trois séries d'observations à cet égard.

¹ Ce n'est pas le premier arrêt qui me donne cette impression ; cf. mon opinion individuelle dans l'affaire relative à l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 697, par. 6.

I. THE DISAPPEARANCE OF CERTAIN POINTS IN DISPUTE

4. When in 2016 Chile instituted proceedings against Bolivia, the two neighbouring States had been embroiled in a dispute over the nature and use of the Silala waters for about 20 years. At the core of this dispute was a simple question: is the Silala River an international watercourse under customary international law? Chile affirmed that it was an international watercourse, and Bolivia denied this. For Bolivia, the Silala River was a national river whose waters had been diverted to Chile through channel works built at the beginning of the twentieth century. The Silala being a national river, it followed, in Bolivia's view, that Chile did not have a right to the equitable and reasonable use of the waters to which riparian States are entitled under customary international law. Chile's entitlement to an equitable and reasonable use of the waters thus turned on the nature of the Silala River under international law, which raised scientific and technical questions. By 1999, the nature of the Silala River had become a point of contention (Judgment, para. 32). The Parties' various efforts to find common ground over the years proved unfruitful. Finally, in 2016, the President of Bolivia denied that the Silala was an international river (*ibid.*, para. 37).

5. This statement appears to have prompted the Applicant to institute proceedings before the Court, asking, essentially, for a declaratory judgment as to the nature of the Silala River. This kind of judgment is designed to "ensure recognition of a situation at law, once and for all and with binding force as between the [p]arties; so that the legal position thus established cannot again be called in question in so far as the legal effects ensuing therefrom are concerned"².

6. I do not find it necessary to dwell on the many ways the dispute has been altered by the Respondent's shifts and changes throughout the proceedings. The Court takes note of these shifts and changes with sobriety (*ibid.*, paras. 52-53, 62, 68, 79 and 152). The basic point is that the Respondent admitted the soundness of the Applicant's case on the Silala and relinquished most of its claims. In their final submissions and in their oral arguments, both Parties therefore asked the Court to reject some or all of the other Party's submissions on the ground that they no longer had any object because the Parties agreed with respect to the subject-matter of these submissions.

7. Yet, the Parties were at pains to explain exactly what it is that they were agreed about.

8. I agree that the existence of a dispute at the time of the decision is a condition for the Court to render a judgment on the merits and to pass upon the parties' submissions. As the Court emphasized in the case concerning *Nuclear Tests (Australia v. France)*, "[t]he dispute brought before

² *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, p. 20.

I. LA DISPARITION DE CERTAINS POINTS EN LITIGE

4. Lorsque le Chili a introduit l'instance contre la Bolivie en 2016, cela faisait près de 20 ans que les deux Etats voisins étaient pris dans un litige sur le caractère et l'utilisation des eaux du Silala. La question au cœur du différend était simple: le Silala était-il un cours d'eau international au sens du droit international coutumier? Le Chili considérait que c'était le cas, mais pas la Bolivie. Pour la défenderesse, le Silala était un cours d'eau national dont les eaux avaient été détournées par le Chili au moyen d'ouvrages de chenalisation construits au début du XX^e siècle. Le Silala étant pour elle un cours d'eau national, la Bolivie estimait que le Chili n'avait pas droit à l'utilisation équitable et raisonnable des eaux auxquelles les Etats riverains peuvent prétendre en droit international coutumier. Le droit du Chili à une utilisation équitable et raisonnable des eaux du Silala dépendait donc du caractère de ce cours d'eau en droit international coutumier, ce qui soulevait des questions techniques et scientifiques. A partir de 1999, la question du caractère du Silala est devenue un sujet de désaccord (arrêt, par. 32). Les divers efforts déployés par les Parties au fil des ans pour trouver un terrain d'entente se sont révélés vains. Finalement, en 2016, le président bolivien a publiquement contesté que le Silala fût un cours d'eau international (*ibid.*, par. 37).

5. Cette déclaration semble avoir décidé le Chili à saisir la Cour afin de solliciter, pour l'essentiel, un jugement déclaratoire quant au caractère du Silala. Ce type de jugement vise à «faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les [p]arties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent»².

6. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de nous attarder sur les nombreuses façons dont le différend a été modifié par suite des changements et revirements de la défenderesse pendant la procédure. La Cour a pris sobrement note de ces changements (*ibid.*, par. 52-53, 62, 68, 79 et 152). Ce qu'il faut retenir c'est que la défenderesse a reconnu le bien-fondé des arguments du demandeur concernant le Silala et a renoncé à la plupart de ses demandes. Dans leurs plaidoiries et leurs conclusions finales, les deux Parties ont ainsi prié la Cour de rejeter tout ou partie des demandes de l'autre au motif que celles-ci étaient devenues sans objet par suite de leur accord à cet égard.

7. Pourtant, les Parties ont difficilement su expliquer ce sur quoi précisément elles s'accordaient.

8. Je conviens que l'existence d'un différend au moment de statuer est une condition pour que la Cour rende un arrêt au fond et se prononce sur les conclusions des parties. Ainsi qu'elle l'a souligné dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, «[l]e différend dont [elle est] saisie

² *Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 20.*

[the Court] must . . . continue to exist at the time when the Court makes its decision”³. There must be an element of “actual” dispute.

9. The Judgment’s test to decide whether a dispute has disappeared in the proceedings seems to me too low a bar. The Judgment asserts in paragraph 42 that the Court must “ascertain whether specific claims have become without object as a consequence of a *convergence of positions* or agreement between the Parties, or for some other reason” (emphasis added). I am not aware of any case where the Court has used the “convergence of positions” standard. To my mind, a finding that a point in dispute has disappeared during the proceedings calls for a high threshold because of the important repercussions it may have on the case. It may cause the Court to decide not to render a judgment or it may significantly narrow the decision to be rendered by the Court (as illustrated by the present Judgment). A “convergence of positions” is not an agreement. Parties before the Court may converge on the manner in which a problem arises but disagree on the solution of that problem. Parties whose views have converged may still wish to obtain from the Court a recognition and statement of the situation at law between them on the points which are still in dispute.

10. The Judgment concludes that the Parties agree on five claims, namely submissions (a), (b), (c) and (d) of Chile and Bolivia’s counter-claim (a) (Judgment, paras. 59, 65, 76, 86 and 146-147). I agree. The Judgment also concludes that the Parties’ positions have converged with regard to one submission, namely Bolivia’s counter-claim (b) (*ibid.*, para. 155). I am more sceptical about this conclusion. This brings me to my second set of observations which touches on the Court’s interpretation of Bolivia’s counter-claim (b).

II. THE INTERPRETATION OF THE PARTIES’ SUBMISSIONS

11. The Court had to interpret the Parties’ submissions to determine whether they reflected a dispute between them. The Judgment asserts that the Court “will take into account not only the submissions, but also, *inter alia*, the Application as well as all the arguments put forward by the Parties in the course of the written and oral proceedings” (*ibid.*, para. 43). Citing the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, the Judgment also emphasizes that the Court has no power to “substitute itself for [the parties] and formulate new submissions simply on the basis of arguments and facts advanced”⁴. This is understood:

³ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 271, para. 55.

⁴ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits*, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 35.

doit... persister au moment où elle statue»³. Il doit y avoir un élément de litige «réel».

9. J'estime, au vu des considérations exposées dans l'arrêt, que le seuil à partir duquel il est établi qu'un différend a disparu en cours d'instance est ici trop bas. Il est dit, au paragraphe 42, que la Cour doit «rechercher si des demandes données sont devenues sans objet à la suite d'une *convergence des positions* des Parties ou d'un accord entre celles-ci, ou pour quelque autre raison» (les italiques sont de moi). Je ne crois pas que la Cour ait jamais auparavant pris comme référence la «convergence des positions». A mon sens, le seuil à partir duquel il est possible de conclure qu'un point en litige a disparu pendant la procédure doit être élevé en raison des répercussions importantes que cela peut avoir sur l'affaire: la Cour pourrait en effet décider de ne pas statuer, ou la décision à rendre pourrait s'en trouver considérablement réduite (comme l'illustre le présent arrêt). Une «convergence des positions» n'est pas un accord. Ainsi, il se peut que les Parties devant la Cour voient leurs positions converger quant à la façon dont un problème se pose, mais soient en désaccord sur la solution à apporter à ce problème. Les Parties dont les vues ont convergé peuvent malgré tout souhaiter faire reconnaître et constater par la Cour la situation de droit entre elles sur les points qui demeurent en litige.

10. Il est conclu dans l'arrêt que les Parties s'accordent sur cinq demandes, à savoir celles contenues dans les conclusions finales *a*), *b*), *c*) et *d*) du Chili et dans la demande reconventionnelle *a*) de la Bolivie (arrêt, par. 59, 65, 76, 86 et 146-147), ce à quoi je souscris. Il y est aussi conclu que les positions des Parties ont convergé s'agissant de la demande reconventionnelle *b*) de la Bolivie (*ibid.*, par. 155), ce sur quoi je suis un peu plus sceptique. Cela m'amène à ma deuxième série d'observations, qui concerne l'interprétation faite par la Cour de la demande reconventionnelle *b*) de la Bolivie.

II. L'INTERPRÉTATION DES CONCLUSIONS DES PARTIES

11. La Cour devait interpréter les conclusions des Parties afin de déterminer si elles reflétaient un différend entre ces dernières. Il est dit dans l'arrêt que, pour ce faire, la Cour «prend en considération non seulement les conclusions, mais aussi, entre autres, la requête et tous les arguments avancés par les Parties au cours de la procédure écrite et orale» (*ibid.*, par. 43). Il y est en outre souligné, par renvoi à l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, que la Cour n'a pas le pouvoir de «se substituer [aux parties] pour... formuler de nouvelles [conclusions] sur la [seule] base des... thèses avancées et faits allégués»⁴. C'est un

³ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 271, par. 55.

⁴ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond*, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 35.

the Court is always required to rule on the final submissions of the parties as formulated at the close of the oral proceedings⁵.

12. I am not convinced that the Court faithfully followed the methodology thus stated when interpreting Bolivia's counter-claims, in particular counter-claim (*b*).

13. For context: Bolivia's counter-claim (*b*), as formulated in its Counter-Memorial and Rejoinder, asked the Court to adjudge and declare that "Bolivia has sovereignty over the artificial flow of Silala waters engineered, enhanced, or produced in its territory and Chile has no right to that artificial flow" (Judgment, para. 26). This submission reflected Bolivia's new theory of its case (by then it had abandoned its diversion theory⁶) that the Silala waters are part of an "artificially enhanced watercourse". Bolivia referred to what it called the "artificial flow" of the Silala, explaining that international and domestic judicial decisions "recognize the legal relevance of the distinction between the existence of natural and artificial flows"⁷. It contended that its sovereignty over the waterworks located within its territory afforded it full sovereignty over the artificial flow of waters generated by the waterworks. The upshot of this view was that Chile could not use the "artificial flows" without Bolivia's consent. This was the theory underpinning counter-claim (*b*).

14. Counter-claim (*b*) became untenable when, not a moment too soon during the oral proceedings, the Respondent acknowledged that Chile's right to make equitable and reasonable use of the waters of the Silala covers the entirety of the waters (*ibid.*, para. 63).

15. At this point, it may be thought that the Respondent would have abandoned its counter-claim. It did not. Instead, the Respondent reformulated counter-claim (*b*), suggesting a strained interpretation which is inconsistent with that claim's very wording.

16. The counter-claim as reformulated by Bolivia at the end of the oral proceedings asks the Court to adjudge and declare that "Bolivia has sovereignty over the artificial flow of Silala waters engineered, enhanced, or produced in its territory and Chile has no *acquired* right to that artificial

⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 68, para. 41.

⁶ The experts of the Parties agreed that the Silala River flows naturally from Bolivia to Chile due to the topographical gradient. See Counter-Memorial of Bolivia, Vol. 2, Ann. 17, Danish Hydraulic Institute (DHI), *Study of the Flows in the Silala Wetlands and Springs System*, 2018, p. 266, para. 10 (noting that "without canals, both surface and groundwater will cross the border"); Reply of Chile, H. S. Wheeler and D. W. Peach, *Impacts of Channelization of the Silala River in Bolivia on the Hydrology of the Silala River Basin*, 2019, p. 43 (noting that Chile's and Bolivia's experts agree that "[t]he Silala River flows naturally from Bolivia to Chile").

⁷ Counter-Memorial of Bolivia, p. 58, para. 81.

fait entendu: la Cour est toujours appelée à statuer sur les conclusions finales des parties telles qu'elles sont formulées au terme de la procédure orale⁵.

12. Je ne suis pas convaincu que la Cour ait fidèlement suivi la méthodologie ainsi établie lorsqu'elle a interprété les demandes reconventionnelles de la Bolivie, en particulier la demande reconventionnelle *b*).

13. Pour rappel, la Bolivie, dans sa demande reconventionnelle *b*) telle qu'elle est formulée dans le contre-mémoire et la duplique, priait la Cour de dire et juger qu'elle «détient la souveraineté sur les eaux du Silala dont l'écoulement a été artificiellement aménagé, amélioré ou créé sur son territoire, et [que] le Chili n'a pas droit à cet écoulement artificiel» (arrêt, par. 26). Cette prétention reflétait la nouvelle théorie de la Bolivie (qui avait alors abandonné sa théorie du détournement des eaux⁶) selon laquelle les eaux du Silala faisaient partie d'un «cours d'eau artificiellement amélioré». La Bolivie se référait à ce qu'elle appelait l'«écoulement artificiel» du Silala, affirmant que «l'intérêt juridique d'établir une distinction entre écoulements naturels et écoulements artificiels a[vait] été reconnu» dans des décisions judiciaires nationales et internationales⁷. Elle soutenait que la souveraineté qu'elle détient sur les ouvrages hydrauliques situés sur son territoire lui conférerait la pleine souveraineté sur l'écoulement artificiel des eaux générés par lesdits ouvrages. Il en résultait que le Chili ne pouvait pas utiliser les eaux qui «s'écoulent artificiellement» sans son consentement. Voilà la théorie qui sous-tendait la demande reconventionnelle *b*).

14. Or la demande reconventionnelle *b*) est devenue indéfendable lorsque, pendant les audiences, la défenderesse a enfin admis que le droit du Chili à l'utilisation équitable et raisonnable des eaux du Silala s'appliquait à la globalité des eaux (*ibid.*, par. 63).

15. On aurait alors pu penser que la défenderesse abandonnerait sa demande reconventionnelle *b*), mais elle n'en a rien fait. Elle a préféré la reformuler et en proposer une interprétation forcée qui en contredit les termes mêmes.

16. Ainsi, la Bolivie, dans sa demande reconventionnelle *b*) telle que reformulée à l'issue de la procédure orale, priait la Cour de dire et juger qu'elle «détient la souveraineté sur les eaux du Silala dont l'écoulement a été artificiellement aménagé, amélioré ou créé sur son territoire, et [que] le

⁵ *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 68, par. 41.

⁶ Les experts des Parties sont convenus que le Silala s'écoule naturellement de la Bolivie au Chili en raison de la pente topographique. Voir le contre-mémoire de la Bolivie, vol. 2, annexe 17, Danish Hydraulic Institute (DHI), *Etude des écoulements dans les zones humides et le système de sources du Silala*, 2018, p. 266, par. 10 (où il est indiqué que, «[e]n l'absence de canaux, tant les eaux de surface que les eaux souterraines traverseraient la frontière»); et la réplique du Chili, H. S. Wheeler et D. W. Peach, *Incidences de la chenalisations du Silala en Bolivie sur l'hydrologie de son bassin hydrographique*, 2019, p. 43 (où il est dit que les experts du Chili et ceux de la Bolivie conviennent que «[l]e Silala s'écoule naturellement de la Bolivie au Chili»).

⁷ Contre-mémoire de la Bolivie, p. 58, par. 81.

flow” (emphasis added). The terms of the submission are clear, and the reader is justified in assuming that they mean what they say. The fig leaf added (the word “acquired”) does not alchemize its purport. The origin of the submission must also be borne in mind. In the light of this, it escapes me how the Judgment interprets this submission as requesting the Court to adjudge and declare that Bolivia has the “sovereign right” to decide whether and how to maintain the channels and drainage mechanisms located in its territory (Judgment, para. 153)⁸.

17. All the same, the Court adopts the Respondent’s interpretation. Having adopted this interpretation, the Court is able to conclude that the positions of the Parties have converged on that claim and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon.

I note that the Court, in the end, rejects the Respondent’s theory of sovereignty over the “artificial flow” in a brief yet illuminating passage (*ibid.*, para. 93). Rightly so. This theory is inconsistent with international and domestic decisions on the matter⁹.

III. IMPLICATIONS BEYOND THIS CASE

18. This brings me to my third and final set of observations. States appearing before the Court have a legitimate interest in seeking declara-

⁸ This interpretation also makes counter-claim (*b*) entirely redundant with counter-claim (*a*), which asks the Court to adjudge and declare that “Bolivia has sovereignty over the artificial canals and drainage mechanisms in the Silala that are located in its territory [note the *lapalissade!*] and *has the right to decide whether and how to maintain them*”, (emphasis added).

⁹ From among the relevant jurisprudence, see *Aargau v. Zurich, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, Vol. IV (1878), p. 34 (where the Swiss Federal Court stated that “[w]ith regard to public waters, the cantons have no private ownership, but only sovereignty”); *Societe energie électrique du littoral méditerranéen v. Compagnia imprese elettriche liguri*, 1939, Italian Court of Cassation, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 9 (1938-1940), p. 121 (where the Italian Court of Cassation stated that “[i]nternational law recognizes the right on the part of every riparian State to enjoy, as a participant of a *kind of partnership* created by the river, all the advantages deriving from it for the purpose of securing the welfare and the economic and civil progress of the nation”, (emphasis added)); *Report of the Krishna Water Disputes Tribunal*, Vol. I, p. 30 (where the Tribunal stated that “[n]o State has a proprietary interest in a particular volume of water of an Inter-State River on the basis of its contribution or irrigable area”); *Report of the Ravi-Beas Waters Tribunal*, p. 94 (where the Tribunal stated that “[t]here is nothing in law for anyone including the State to claim absolute proprietary rights in river waters”); *Mississippi v. Tennessee, United States Reports*, Vol. 525 (2021), pp. 9-10 (where the Supreme Court of the United States stated that the fact that a State has full jurisdiction over the lands within its borders, including the beds of streams and other waters, “does not confer unfettered ‘ownership or control’ of flowing interstate waters themselves”).

Chili n'a pas de droit *acquis* sur cet écoulement artificiel» (les italiques sont de moi). Les termes employés ici sont clairs, et le lecteur est fondé à supposer qu'ils signifient ce qu'ils disent. L'ajout d'un artifice (le terme «acquis») n'en transforme pas la signification. Il convient en outre de garder à l'esprit l'origine de la demande. Au vu de tout cela, je ne parviens pas à comprendre comment, dans l'arrêt, la Cour a pu interpréter qu'elle était priée, par cette demande, de dire et juger que la Bolivie détient le «droit souverain» de décider si les canaux et les installations de drainage qui sont situés sur son territoire doivent être maintenus et selon quelles modalités (arrêt, par. 153)⁸.

17. Il reste que la Cour adopte l'interprétation de la défenderesse, ce qui lui permet de conclure que les positions des Parties ont convergé sur cette demande et qu'il n'y a dès lors pas lieu pour elle d'y statuer.

Je constate que la Cour, dans un paragraphe succinct qui n'en reste pas moins révélateur, rejette en définitive la théorie de la défenderesse concernant la souveraineté sur l'«écoulement artificiel» (*ibid.*, par. 93), et ce, à juste titre. Cette théorie était incompatible avec des décisions nationales et internationales rendues en la matière⁹.

III. LES CONSÉQUENCES AU-DELÀ DE LA PRÉSENTE ESPÈCE

18. Cela m'amène à ma troisième et dernière série d'observations. Les Etats qui se présentent devant la Cour ont un intérêt légitime à requérir

⁸ Ainsi interprétée, la demande reconventionnelle *b)* fait en outre double emploi avec la demande reconventionnelle *a)*, dans laquelle la Cour est priée de dire et juger que «la Bolivie détient la souveraineté sur les canaux artificiels et les installations de drainage du Silala qui sont situés sur son territoire [notons la lapalissade !] et a le droit de décider si ceux-ci doivent être maintenus et selon quelles modalités» (les italiques sont de moi).

⁹ Parmi la jurisprudence pertinente, voir *Aargau v. Zurich, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, 1878, vol. IV, p. 34 (où le Tribunal fédéral suisse a déclaré que, «[s]’agissant des eaux publiques, les cantons ne détiennent aucun droit de propriété privée; ils détiennent seulement la souveraineté»); *Société énergie électrique du littoral méditerranéen v. Compagnia imprese elettriche liguri*, 1939, Cour de cassation italienne, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 9, 1938-1940, p. 121 (où la Cour de cassation italienne a dit que «[l]e droit international reconnaît à tout Etat riverain le droit de jouir, en tant que participant à une sorte de partenariat né du fleuve, de tous les avantages qui en découlent afin d’assurer le bien-être et le progrès économique et civil de la nation» (les italiques sont de moi)); *Report of the Krishna Water Disputes Tribunal*, vol. I, p. 30 (où le tribunal des eaux chargé des litiges relatifs au fleuve Krishna a dit qu’«[a]ucun Etat n’est propriétaire d’un volume particulier d’eau d’un fleuve interétatique sur la base de sa contribution ou de sa superficie irrigable»); *Report of the Ravi-Beas Waters Tribunal*, p. 94 (où le tribunal des eaux chargé des litiges relatifs aux fleuves Ravi et Beas a dit que «[r]ien, en droit, ne permet à quiconque, Etat compris, de revendiquer des droits de propriété pleine et entière à l’égard d’eaux fluviales»); *Mississippi v. Tennessee, United States Reports*, vol. 525, 2021, p. 9-10 (où la Cour suprême des Etats-Unis a conclu que le fait qu’un Etat ait pleine juridiction sur les terres situées à l’intérieur de ses frontières, y compris les lits de cours d’eau et autres types d’eaux, «ne conf[é]rait pas «la propriété ou le contrôle» illimité des eaux transfrontières proprement dites»).

tory judgments that may ensure recognition of a situation at law, once and for all and with binding force. In order to be binding, this recognition must be clothed in the operative part of the judgment, which alone is binding on the parties. I am troubled that the present Judgment might be read as sending the signal that any position may be held, however untenable, so long as this position is abandoned at the eleventh hour of the judicial proceedings. In this regard, I see a difference between a dispute that has disappeared because the parties genuinely have come to agree in the course of the proceedings, and a dispute that has been hollowed out by one party wishing to evade a declaratory judgment and the legal effects ensuing therefrom.

19. I am perplexed as to why the Judgment does not record the agreement of the Parties reached in the course of the proceedings. In the circumstances of this case, it would have been appropriate and helpful to the Parties. In the case concerning *Société Commerciale de Belgique*, the Court's predecessor, the Permanent Court of International Justice, stated in the operative clause that it "not[ed] the agreement between the Parties"¹⁰. The agreement in question was arrived at towards the end of the oral proceedings, as a consequence of declarations of the Greek Government (in fact, counsel speaking on behalf of the Agent who was present in the Court), declarations which Belgium treated as "changing the character of the dispute", leading it to withdraw part of its original submissions¹¹. This situation is uncannily analogous to the one which presented itself here.

20. States do not institute proceedings before the World Court at the drop of a hat. The cases they bring to the Court are usually of considerable importance legally and politically and the volume of preparation and work involved is significant, sometimes enormous. Hundreds of professionals may be involved. Technical or scientific expertise may be mobilized. The Court owes it to the parties to render well-reasoned judgments which settle their disputes with binding force, and, where appropriate, offers them guidance on their rights and obligations. Reflecting on the Court's deliberative process, the then President of the Permanent Court of International Justice, Max Huber, once compared the Court's decisions to "ships which are intended to be launched on the high seas of international criticism"¹². It is a pity that today the Court chose to launch an empty vessel.

(Signed) Bruno SIMMA.

¹⁰ *Société Commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 78, p. 178.*

¹¹ As the Court notes in *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 72, para. 57.*

¹² Quoted in Ole Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, 2005, p. 248.

un arrêt déclaratoire pouvant faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire. Pour être contraignante, cette reconnaissance doit figurer dans le dispositif de l'arrêt, lui seul s'imposant aux parties. Je crains que le présent arrêt ne puisse donner à entendre que toute position peut être défendue, aussi insoutenable soit-elle, pour autant qu'elle soit abandonnée juste avant la fin de la procédure judiciaire. A cet égard, j'estime qu'il existe une distinction entre un différend qui a disparu par suite d'un véritable accord entre les parties en cours d'instance et un différend qui a été vidé de sa substance par l'une des parties qui souhaite échapper à un arrêt déclaratoire et aux effets juridiques qui en découleraient.

19. Je me demande pourquoi le dispositif de l'arrêt ne prend pas acte de l'accord auquel les Parties sont parvenues pendant la procédure. Dans les circonstances de la présente affaire, cela aurait été approprié et utile pour les Parties. Dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique*, la devancière de la Cour, la Cour permanente de Justice internationale, avait précisé dans son dispositif qu'elle «constat[ait] l'accord des Parties»¹⁰. L'accord en question était intervenu vers la fin de la procédure orale, en conséquence de déclarations faites par le Gouvernement hellénique (en fait, le conseil parlant au nom de l'agent qui était présent) et dont la Belgique avait considéré qu'elles «modifiaient le caractère du différend», la conduisant à retirer une partie de ses conclusions initiales¹¹. Cette situation est étonnamment analogue à celle qui s'est présentée ici.

20. Les Etats ne saisissent pas la Cour pour un oui ou pour un non. Les affaires portées devant cette juridiction mondiale sont généralement d'une importance considérable sur le plan juridique et politique, et supposent une préparation et une charge de travail importantes, voire colossales. Elles peuvent parfois nécessiter la participation de centaines de professionnels et mobiliser des experts techniques et scientifiques. La Cour doit aux parties de rendre des arrêts solidement motivés qui règlent leurs différends avec force obligatoire et, le cas échéant, leur donnent des orientations sur leurs droits et obligations. Réfléchissant sur le processus de délibération de la Cour permanente de Justice internationale, dont il était alors président, Max Huber compara les décisions judiciaires à «des navires destinés à être mis à l'eau dans la haute mer des critiques internationales»¹². Il est regrettable que la Cour ait choisi aujourd'hui de mettre à l'eau un navire vide.

(Signé) Bruno SIMMA.

¹⁰ *Société commerciale de Belgique*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 178.

¹¹ Comme la Cour l'a relevé dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 72, par. 57.

¹² Cité dans Ole Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, 2005, p. 248.