

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. 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.*

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.

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 généré 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 chenalisation 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.

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»).

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.