

## OPINION DISSIDENTE DE M. HERCZEGH

A mon grand regret, je ne peux partager la position de la majorité des membres de la Cour exprimée dans le présent arrêt, et je me trouve obligé de rédiger une opinion dissidente pour faire connaître les faits et les motifs qui expliquent les conclusions différentes auxquelles je suis parvenu.

Le différend ayant opposé la Hongrie et la Tchécoslovaquie, puis la Hongrie et la Slovaquie, a pour objet la construction d'un système d'écluses sur le Danube (dénommé ci-après «projet G/N») destiné à «mettre en valeur, de façon générale, les ressources naturelles de la section Bratislava-Budapest du Danube...» Selon le traité conclu à Budapest le 16 septembre 1977,

«l'utilisation conjointe de la section hungaro-tchécoslovaque du Danube ... contribuera de façon significative à favoriser l'intégration socialiste des Etats membres du Conseil d'assistance économique mutuelle...»

Le projet apparaissait par ailleurs comme devant avoir des impacts considérables sur l'environnement. La Cour, appelée par les parties à résoudre le différend, était ainsi confrontée non seulement à l'application du droit des traités, mais aussi aux problèmes que pose la protection de l'environnement, et à des questions concernant la responsabilité internationale des Etats.

Dans son avis consultatif donné à l'Assemblée générale le 8 juillet 1996 sur la question de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour s'est déclarée consciente de ce

«que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.» (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 241-242, par. 29.)

Le présent arrêt de la Cour cite ce passage et souligne toute l'importance que revêt le respect de l'environnement, mais ne tient ensuite pas dûment compte de l'application de ce principe pour la construction et le fonctionnement du projet G/N.

La Cour, dans la partie «déclaratoire» de son présent arrêt, ne con-

DISSENTING OPINION OF JUDGE HERCZEGH

*[Translation]*

I am most regretfully unable to share the position of the majority of Members of the Court as expressed in this Judgment, and I find myself obliged to draft a dissenting opinion to set out the facts and reasons which explain the different conclusions I have reached.

The subject of the dispute between Hungary and Czechoslovakia, and later Hungary and Slovakia, was the construction of a system of locks on the Danube (hereinafter called "the G/N Project") intended to enhance "the broad utilization of the natural resources of the Bratislava-Budapest section of the Danube . . .". According to the Treaty concluded in Budapest on 16 September 1977,

"the joint utilization of the Hungarian-Czechoslovak section of the Danube will . . . significantly contribute to bringing about the socialist integration of the States members of the Council for Mutual Economic Co-operation . . .".

The Project seemed in other respects likely to have a considerable impact on the environment. The Court, called upon by the Parties to resolve the dispute, was thus confronted with not only the implementation of the law of treaties, but also the problems raised by protection of the environment, and with questions concerning the international responsibility of States.

In its Advisory Opinion given to the General Assembly on 8 July 1996 on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, the Court declared that it recognized

"that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment." (*I.C.J. Reports 1996*, pp. 241-242, para. 29.)

This Judgment of the Court cites that passage and stresses the importance of respecting the environment, but then does not take due account of the application of that principle to the construction and operation of the G/N Project.

The Court only grants a very modest place to ecological considerations

sacre qu'une place très modeste aux considérations écologiques. Certes la Cour, comme organe judiciaire, n'était pas habilitée à trancher des questions scientifiques touchant à la biologie, à l'hydrologie, etc., ni celles, d'ordre technique, qui se présentent dans le cadre du projet G/N; mais elle pouvait — et même devait — se prononcer sur les conséquences juridiques de certains faits allégués par une Partie et admis ou non discutés par l'autre, aux fins d'évaluer leur comportement respectif dans la présente espèce.

Avant de déterminer les faits pouvant ainsi se révéler pertinents, il me faut présenter quelques observations préliminaires quant aux caractéristiques du projet G/N. Ce projet constituait un plan audacieux, unique en son genre et le premier conçu comme un système d'écluses pour l'exploitation en régime de pointe des ressources hydro-électriques du Danube. Les barrages construits sur les secteurs allemand et autrichien du Danube ne fonctionnent en effet pas en régime de pointe; par ailleurs, les barrages sur le Rhin fonctionnant selon ce mode d'exploitation se présentent comme des ouvrages beaucoup plus modestes.

Ce mode d'exploitation comportait et comporte des risques qui n'étaient pas totalement inconnus de ceux qui avaient en charge d'élaborer les plans du projet G/N, mais ses concepteurs raisonnaient dans le cadre de l'état des connaissances dans les années soixante et soixante-dix — celles-ci étant considérées aujourd'hui, et à juste titre, comme dépassées. Ils ont ainsi minimisé les risques, tout en ayant une appréciation perfectible des dommages qu'ils pourraient causer, et partant des solutions qui pourraient être apportées. Un exemple parmi d'autres: le fait que le plan contractuel conjoint n'ait prévu le déversement que de cinquante mètres cubes par seconde d'eau dans l'ancien chenal du Danube pendant les mois de mars à novembre montre clairement que les considérations écologiques les plus fondamentales ne s'étaient pas vu attribuer le poids qu'elles méritaient. Le projet initial a fait l'objet de critiques non seulement de la partie hongroise, mais aussi de dirigeants tchécoslovaques. Le paragraphe 38 de l'arrêt cite ainsi les paroles du président tchécoslovaque, M. Havel, selon lesquelles le projet G/N constituait un «monument totalitaire, atteint de gigantisme et contraire à la nature» (contre-mémoire de la Hongrie, vol. 3, annexe 88), ainsi que — partiellement — celles du ministre tchécoslovaque de l'environnement, M. Vavroušek, pour qui «le projet G/N constituait un vieux projet, de caractère désuet» et qui ajoutait qu'«il n'y a aucun doute que, si nous pouvions remonter le temps, nous n'aurions jamais approuvé le projet...», mais que s'il existait «de nombreuses raisons de changer, de modifier le traité ... il n'[était] pas acceptable d'annuler le traité ... et de négocier plus tard» (mémoire de la Slovaquie, vol. IV, annexe 97, p. 248-249).

Compte tenu des déclarations des dirigeants tchécoslovaques, il est quelque peu surprenant que la Cour ait adopté une approche selon laquelle les risques écologiques énumérés par la Hongrie en 1989 étaient déjà connus lors de la conclusion du traité, qu'ils demeuraient incertains, et que les dispositions des articles 15, 19 et 20 concernaient la sauvegarde

in the “declaratory” part of its Judgment. As a judicial organ, the Court was admittedly not empowered to decide scientific questions touching on biology, hydrology, and so on, or questions of a technical type which arose out of the G/N Project; but it could — and even should — have ruled on the legal consequences of certain facts alleged by one Party and either admitted or not addressed by the other, in order to assess their respective conduct in this case.

Before determining the facts which could thus be pertinent, I must make a few preliminary observations on the characteristics of the G/N Project. The Project was an audacious scheme, in a class of its own and the first to be designed as a system of locks for the exploitation in peak mode of the hydroelectric resources of the Danube. The locks built on the German and Austrian sections of the Danube do not operate in peak mode; moreover, the dams on the Rhine operating in that mode are much more modest works.

That mode of operation involved and involves risks which were not altogether unknown to those responsible for drawing up the plans for the G/N Project, but its designers reasoned within the confines of what was known in the 1960s and 1970s — and that way of thinking is today considered outmoded, and rightly so. They accordingly minimized the risks, whilst at the same time having an imperfect understanding of the damage they could cause, and therefore of the possible solutions. To give just one example, the fact that the Joint Contractual Plan only provided for a discharge of 50 cubic metres per second in the old channel of the Danube during the months of March to November shows clearly that the most basic ecological considerations were not accorded the weight they deserved. The original Project was criticized not only by the Hungarian party, but also by the Czechoslovak leaders. Paragraph 38 of the Judgment quotes the Czechoslovak President, Mr. Havel, as saying that the G/N Project was a “totalitarian, gigomaniac monument which is against nature” (Counter-Memorial of Hungary, Vol. 3, Ann. 88), together with part of a statement made by the Czechoslovak Minister for the Environment, Mr. Vavroušek, for whom “the G/N Project was an old, obsolete one”, and who went on to say that “there is no doubt that if we could turn the course of time, we would never approve the original project . . .” but that even though there were “many reasons to change, modify the Treaty . . . it [was] not acceptable to cancel the Treaty . . . and negotiate later on” (Memorial of Slovakia, Vol. IV, Ann. 97, pp. 248-249).

Given the declarations of the Czechoslovak leaders, it is somewhat surprising that the Court adopted the approach that the ecological risks listed by Hungary in 1989 were already known when the Treaty was concluded but remained uncertain, and the provisions of Articles 15, 19 and 20 covered the protection of the natural environment, water quality, and

de l'environnement naturel, la qualité des eaux, etc., alors qu'elle aurait pu et dû s'occuper des problèmes que l'interprétation et l'application de ces dispositions pouvaient soulever sur le terrain. Or, l'arrêt se borne à mentionner les objectifs du projet et les avantages que celui-ci était présumé présenter.

Malheureusement, ce tableau est éloigné de la réalité. On ne voit guère sinon pourquoi le ministre Vavroušek aurait considéré le projet G/N contenu dans le traité de 1977 comme «vieux», présentant un caractère «désuet», et à «changer» ou à «modifier», etc. En outre, la question décisive n'est pas de savoir s'il y avait dans le traité des dispositions protégeant l'environnement, mais si ces dispositions avaient été effectivement appliquées ou non au cours de la construction du projet G/N.

Depuis les négociations qui ont mené à la conclusion du traité de 1977, les connaissances écologiques se sont développées et enrichies de manière considérable, alors que le droit international de l'environnement progressait de son côté. Dans l'avis consultatif qu'elle a donné sur la question des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la Cour a déclaré ce qui suit :

«De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué ... une évolution importante ... Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 53.)

Ce qui était valable pour le système des mandats de la Société des Nations est tout autant valable pour l'obligation de sauvegarder l'environnement naturel, la seule différence étant qu'au lieu de cinquante années il faudrait évoquer une période de vingt années dans la présente espèce. Selon l'article 19 du traité de 1977 :

«Les parties contractantes assureront, par les moyens spécifiés dans le plan contractuel conjoint, le respect des obligations concernant la protection de la nature découlant de la construction et du fonctionnement du système d'écluses.»

Le texte original en langue hongroise contient, au lieu du mot «obligations», le terme «exigences», mais cela n'affecte en rien sa portée essentielle: la protection de la nature devait être assurée en fonction des exigences du moment donné, c'est-à-dire, en 1989, selon les exigences de 1989, et non de celles qui pouvaient prévaloir avant 1977. De même, et dans la mesure où l'on admettrait, comme la majorité des membres de la Cour, que le traité est encore applicable comme tel, il en irait pareillement en 1997, et c'est suivant les exigences d'aujourd'hui que devrait être

so forth, whereas it could and should have concerned itself with the problems which the interpretation and implementation of these provisions might raise in the field. However, the Judgment merely mentions the aims of the Project and the advantages it was presumed to offer.

Unfortunately, that picture is a far cry from reality. It is difficult to see otherwise why the Minister, Mr. Vavroušek, would have considered the G/N Project contained in the 1977 Treaty to be “old”, of an “obsolete” character, and needing to be “changed” or “modified”, and so on. Moreover, the key question is not whether the Treaty contained certain provisions protecting the environment, but whether those provisions had been effectively implemented during the construction of the G/N Project.

Since the negotiations which led to the conclusion of the 1977 Treaty, ecological knowledge has become considerably broader and deeper whilst international environmental law has also progressed. In its Advisory Opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, the Court found that:

“Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, the last fifty years . . . have brought important developments . . . In this domain, as elsewhere, the *corpus juris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.” (*I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.)

What held good for the Mandate system of the League of Nations also holds good for the duty to safeguard the natural environment, the only difference being that instead of a 50-year period, we have to look at a 20-year period in this case. Under Article 19 of the 1977 Treaty,

“The Contracting Parties shall, through the means specified in the joint contractual plan, ensure compliance with the obligations for the protection of nature arising in connection with the construction and operation of the System of Locks.”

The original Hungarian wording uses, instead of the word “obligations”, the word “requirements”, but that does not in any way affect its essential scope: the protection of nature was to be ensured in a manner commensurate with the requirements of the day, that is to say, in 1989, in accordance with the requirements of 1989, and not those that might have prevailed in 1977. Likewise, and in so far as it is accepted, as it is by the majority of the Members of the Court, that the Treaty still applies as it stands, the same would hold good for 1997, and it is in accordance with

défini le contenu des obligations conventionnelles des Parties en matière de protection de l'environnement.

La Cour, dans la partie «normative» de son arrêt, déclare :

«Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures —, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque les Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé.» (Par. 140.)

Il est regrettable que la Cour n'ait pas suivi ce principe même dans le raisonnement qui l'a conduite à sa réponse à la première question qui lui était posée dans le compromis.

Avoir perçu les insuffisances d'un projet — pour ne pas évoquer le terme d'«erreur» — et reconnaître être à l'origine desdites insuffisances sont deux actes différents qu'une distance parfois très large peut séparer. L'argument principal de la partie tchécoslovaque en faveur du projet G/N, en 1991, était fondé sur le fait que celui-ci était presque achevé. Par l'accélération des travaux prévue dans le protocole du 6 février 1989, certains dirigeants hongrois ont voulu faire de même — prétendre qu'un point de non-retour avait été atteint — pour faire face à une opposition et à une résistance toujours grandissantes. Les changements politiques intervenus au cours de la même année ne leur ont pas permis de réaliser ce dessein.

Le problème crucial posé par le projet G/N a été celui du mode d'exploitation en régime de pointe, sur lequel le traité de 1977 ne contenait aucune disposition. La Slovaquie a confirmé à maintes reprises qu'il n'y avait pas d'accord entre les parties contractantes quant à l'exploitation en régime de pointe du système d'écluses. Elle a soutenu que les règles opérationnelles afférentes à une telle exploitation n'étaient toujours pas déterminées au début de 1989, et que sans l'accord et la coopération des parties aucun plan d'exploitation en régime de pointe ne pouvait être appliqué. «Une exploitation en régime de pointe de la centrale de Gabčíkovo ... n'avait jamais fait l'objet d'un accord entre les parties au traité» — dit-elle dans sa réplique (vol. II, p. 8-9) — et «la Tchécoslovaquie avait proposé de s'engager à limiter ou exclure [ce mode d'exploitation] en octobre 1989 *si des études ultérieures le justifiaient*» (les italiques sont de moi). Quelques lignes plus bas, elle réaffirme que :

«avant 1989, il n'avait été convenu d'aucune méthode ni d'aucun mode d'exploitation en régime de pointe ... Il ne convient donc pas ici d'insister sur l'exploitation en régime de pointe, car cela revient à supposer un régime d'exploitation dont il n'a pas été convenu et dont il n'était pas certain qu'il soit adopté sous une forme quelconque.» (*Ibid.*, p. 9.)

present-day requirements that the scope of the Parties' treaty obligations with regard to protection of the environment should be defined.

The Court, in the "prescriptive" part of its Judgment, states:

"Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind — for present and future generations — of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past." (Para. 140.)

It is regrettable that the Court did not follow this principle even in the reasoning which led to its reply to the first question put to it in the Special Agreement.

To have perceived the shortcomings of a project — to avoid using the word "error" — and to recognize that one is the source of those shortcomings are two very different things which may sometimes be very far apart. The principal argument put forward, in 1991, by the Czechoslovak party in favour of the G/N Project, was based on the fact that the Project was almost completed. By the acceleration of the works laid down in the Protocol of 6 February 1989, certain Hungarian leaders wanted to do the same thing — to claim that a point of no return had been reached — in order to deal with increasing opposition and resistance. Political changes during that year prevented them from achieving that aim.

The crucial problem posed by the G/N Project was that of peak mode operation, for which the 1977 Treaty makes no provision. Slovakia confirmed repeatedly that there was no agreement between the contracting parties with regard to the peak mode operation of the system of locks. It maintained that the operational rules relating to peak mode operation had still not been established at the start of 1989, and that without the agreement and co-operation of the parties no plan to operate in peak mode could be implemented. In its Reply (Vol. II, pp. 8-9), Slovakia states "the Gabčíkovo plant would have operated at a level of maximum peak mode operation that was never agreed between the Treaty parties" and "Czechoslovakia offered its pledge to limit or exclude [that mode of operation] in October 1989 *if justified by subsequent studies*" (emphasis added). A few lines further on, it reaffirms that:

"no agreed method or level of peak mode operation had been reached prior to 1989 . . . The focus on peak mode operation here is therefore misplaced, for it assumes a mode of operation that was neither agreed nor certain to be adopted in any form." (*Ibid.*, p. 9.)



C'est le plan contractuel conjoint qui évoque l'exploitation en régime de pointe, montrant par là que le traité de 1977 et le plan contractuel conjoint n'ont pas le même caractère juridique, car la Slovaquie n'aurait pas nié sinon l'existence d'un accord quant au mode d'exploitation.

Il est vrai que le préambule du compromis parle du traité relatif à la construction et au fonctionnement du système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros et des instruments y afférents (ci-après dénommé le traité) mais, du fait que «des instruments y afférents» ont été associés au terme «traité», on ne peut nullement conclure que tous ces instruments — et parmi ceux-ci le plan contractuel conjoint — ont le même caractère et la même valeur juridique que le traité lui-même.

De plus, le compromis ne définit point la notion d'«instruments y afférents» et aucune liste de ces instruments n'a été annexée au compromis ou aux autres documents présentés à la Cour par les Parties, pour la simple raison qu'elles étaient en désaccord sur le contenu matériel de cette expression. Les références des Parties aux «instruments y afférents», tant dans la procédure écrite que lors de la procédure orale, ont été vagues, ambiguës et souvent contradictoires. Le dossier soumis à la Cour ayant été insuffisant pour clarifier le contenu de cette expression, la Cour aurait dû éviter d'employer ces termes dans son raisonnement et surtout dans le dispositif. Elle n'a malheureusement pas procédé ainsi, ce qui a nui à la nécessaire précision de son arrêt.

Pour revenir au problème posé par le mode d'exploitation du système d'écluses, les déclarations citées plus haut émanant de la Partie slovaque révèlent au demeurant que la Tchécoslovaquie avait elle-même certains doutes et certaines réserves quant au mode d'exploitation en régime de pointe. Toutefois la Slovaquie a insisté, au cours des audiences, sur le fait que les Parties devaient régler le problème de la définition des «modalités (et des limites) de la production d'électricité de pointe» (CR 97/15, p. 50, Pellet), sans préciser pour autant la base conventionnelle d'une telle revendication.

Il existait en tout cas une contradiction évidente entre un projet conçu pour une exploitation en régime de pointe et l'absence d'un accord des parties quant à ce mode d'exploitation. La Cour n'a pas essayé de résoudre cette contradiction, mais n'a pu entièrement passer sous silence les doutes qu'elle pouvait avoir quant à ce mode d'exploitation. Dans le paragraphe 134 de l'arrêt, elle conclut que «les deux Parties ont, *dans les faits*, écarté l'hypothèse d'une exploitation en régime de pointe» (les italiques sont de moi). Dans le paragraphe 138, elle constate: la Tchécoslovaquie «était disposée à envisager une limitation, voire l'abandon de l'exploitation en régime de pointe».

Entre 1977 et 1989 les experts hongrois sont devenus conscients des dangers écologiques que pouvaient engendrer non seulement l'exploitation du système d'écluses en régime de pointe, mais aussi la construction de certains des ouvrages du système, conçus en vue d'un tel régime d'exploitation: plus particulièrement le barrage de Nagymaros et, dans sa

It is the Joint Contractual Plan which describes peak mode operation, thus demonstrating that the 1977 Treaty and the Joint Contractual Plan do not have the same legal character since Slovakia would not otherwise have denied the existence of an agreement as to mode of operation.

It is true that the Preamble to the Special Agreement mentions the Treaty on the Construction and Operation of the Gabčíkovo-Nagymaros Barrage System and related instruments (“the Treaty”) but, despite the linking of the “related instruments” to the term *treaty*, it is absolutely incorrect to conclude that all those instruments — including the Joint Contractual Plan — are of the same nature and carry the same legal weight as the Treaty itself.

Moreover, the Special Agreement does not define the concept of “related instruments” at all and a list of the instruments was not appended to the Special Agreement or to the other documents lodged at the Court by the Parties, for the simple reason that they disagreed as to the material content of that expression. The references made by the Parties to the “related instruments”, both in the written proceedings and in the hearings, were vague, ambiguous and often contradictory. Since the file submitted to the Court was insufficient to clarify what was meant by that expression, the Court should have avoided using it in its reasoning and especially in the operative part. Unfortunately, it did not follow this course, and this was detrimental to the necessary precision of its Judgment.

To return to the problem posed by the mode of operation of the system of locks, the above statements by the Slovak party show, moreover, that Czechoslovakia itself had certain doubts and certain reservations about the peak mode of operation. However, Slovakia emphasized during the hearings that the Parties had to resolve the problem of defining “the modalities of (and limitations to) the production of electricity in peak mode” (CR 97/15, p. 50, Pellet), yet without specifying the treaty basis of such a claim.

In any event there was an obvious contradiction between a project designed for peak mode operation and the absence of an agreement between the parties as to this mode of operation. The Court did not attempt to resolve that contradiction, but was unable to remain entirely silent as to the doubts it had regarding that mode of operation. In paragraph 134 of the Judgment, the Court concluded that there had been an “*effective* discarding by both Parties of peak power operation” (emphasis added). In paragraph 138, it states that Czechoslovakia “was willing to consider a limitation or even exclusion of operation” in peak power mode.

Between 1977 and 1989 Hungarian experts became aware of the ecological dangers potentially caused not only by the peak mode operation of the system of locks, but also by the construction of certain works of the system which had been designed with a view to such a mode of operation: more particularly the Nagymaros dam and the storage reservoir at

conception initiale — caractérisée par une superficie immense de 60 kilomètres carrés —, le réservoir de retenue de Dunakiliti, éléments tous deux ni indispensables ni même utiles en cas d'exploitation de la centrale de Gabčíkovo au fil de l'eau. La Slovaquie reconnaît que le barrage de Nagymaros devait, « premièrement, compenser la fluctuation du niveau des eaux qui résulterait du fonctionnement de pointe de Gabčíkovo » (mémoire de la Slovaquie, par. 2.51), que « l'une des fonctions du secteur de Nagymaros était d'utiliser les eaux du Danube pour permettre une production d'électricité en régime de pointe à Gabčíkovo » (*ibid.*, par. 7.13) ou, pour reprendre les termes utilisés par l'agent de la Slovaquie au cours des audiences, que « la production d'électricité en régime de pointe à Gabčíkovo requérait l'existence de l'ouvrage de Nagymaros » (CR 97/7, p. 15, Tomka).

On comprend donc mal pourquoi la Tchécoslovaquie a insisté de manière rigoureuse sur le fait que la Hongrie devait poursuivre la construction du barrage de Nagymaros — alors que la raison d'être principale de celui-ci était de permettre l'exploitation de la centrale de Gabčíkovo en régime de pointe — si le mode d'exploitation, comme la Slovaquie le concède expressément, n'avait jamais fait l'objet d'un accord entre les Parties. Il n'existait dans ce cas aucun obstacle juridique à ce que le projet G/N soit modifié aux fins de l'adapter à un mode d'exploitation moins dangereux. La Slovaquie a pour sa part souligné à maintes reprises que

« ce traité et les accords internationaux connexes étaient particulièrement souples ... des études n'ont cessé d'être menées sur les problèmes qui surgissaient en cours de construction, ce qui a conduit à des modifications, notamment pour tenir compte de l'environnement et de la qualité de l'eau » (CR 97/7, p. 14, Tomka).

Dans ce cas, le péril qui apparaissait en rapport avec la construction du barrage de Nagymaros pour l'approvisionnement de Budapest en eau potable — point que je traiterai plus tard — constituait une raison suffisante pour procéder à la modification du traité de 1977 et des accords internationaux connexes, comme la Hongrie l'avait suggéré dans sa note verbale datée du 3 novembre 1989 (mémoire de la Hongrie, vol. 4, annexe 29).

Avant de répondre à la question de savoir « si la République de Hongrie était en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs au projet de Nagymaros ainsi qu'à la partie du projet de Gabčíkovo » dont elle était responsable, il faut préciser que cette question couvre plusieurs actions du Gouvernement hongrois, qui doivent être évaluées séparément. Ces actions sont les suivantes :

- en mai 1989, la suspension des travaux du barrage de Nagymaros,
- en juillet 1989, la suspension des travaux à Dunakiliti,
- en octobre 1989, l'abandon des travaux à Nagymaros.

En même temps, il faut noter le fait que la Hongrie a poursuivi et même achevé, vers la fin de 1991, les travaux afférents au secteur d'aval

Dunakiliti as initially designed, that is, with an enormous surface area of 60 square kilometres, neither construction being indispensable or even of use if the Gabčíkovo power plant were to be operated in run-of-the-river mode. Slovakia recognizes that the Nagymaros dam was intended, “first, to compensate fluctuating water levels caused by peak operation of Gabčíkovo” (Memorial of Slovakia, para. 2.51), that “One of the functions of the Nagymaros section was to utilize the Danube waters so as to permit peak power production at Gabčíkovo” (*ibid.*, para. 7.13) or, to reiterate the words used by the agent of Slovakia during the hearings, that “to produce peak power electricity at Gabčíkovo required the existence of the Nagymaros weir” (CR 97/7, p. 15, Tomka).

It is therefore difficult to understand why Czechoslovakia insisted with some vigour that Hungary had to continue with the construction of the Nagymaros dam — when its primary purpose was to allow peak mode operation of the Gabčíkovo power station — if the mode of operation, as Slovakia expressly concedes, was never the subject of an agreement between the Parties. There was therefore no legal obstacle to prevent the G/N Project from being modified for adaptation to a less dangerous mode of operation. Slovakia, for its part, has repeatedly stated that

“The 1977 Treaty and the international agreements linked to it were highly flexible . . . there were continuing studies of problems emerging during construction, which led to modifications related, *inter alia*, to the environment and water quality.” (CR 97/7, p. 14, Tomka.)

In that case, the danger which the construction of the Nagymaros dam posed for Budapest’s drinking water supply — a point I shall return to later — was a sufficient ground for amending the 1977 Treaty and the international agreements linked to it, as Hungary suggested in its Note Verbale dated 3 November 1989 (Memorial of Hungary, Vol. 4, Ann. 29).

Before replying to the question “whether the Republic of Hungary was entitled to suspend and subsequently abandon, in 1989, the works on the Nagymaros Project and on the part of the Gabčíkovo Project” for which it was responsible, it should be noted that that question covers several actions taken by the Hungarian Government which must be assessed individually. Those actions are the following:

- in May 1989, the suspension of work on the Nagymaros dam;
- in July 1989, the suspension of work at Dunakiliti;
- in October 1989, the abandonment of work at Nagymaros.

At the same time, it should be noted that, towards the end of 1991, Hungary carried on with and even completed the work relating to the

du canal de dérivation, en territoire tchécoslovaque, entre Gabčíkovo et Szap, pour lequel elle était responsable d'après l'article 5, paragraphe 5, alinéa *b*), point 4, du traité de 1977, et ce parce qu'elle ne considérait pas cette partie du projet G/N comme dangereuse pour l'environnement. Ce fait est symptomatique de son attitude envers le traité de 1977. L'allégation selon laquelle la Hongrie aurait répudié ou rejeté le traité de 1977 comme tel en 1989 ou en 1990 est donc sans fondement.

Pour justifier son comportement, la Hongrie a évoqué plusieurs motifs et, parmi ceux-ci, l'état de nécessité, raison principale et décisive. L'état de nécessité n'a pas pour effet l'extinction ou la suspension d'un traité, mais elle constitue une circonstance exonératoire de la responsabilité qu'un Etat encourt lorsqu'il commet un acte non conforme à ses obligations internationales.

Le paragraphe 1 de l'article 33 du projet de la Commission du droit international (dénommée ci-après «CDI») sur la responsabilité internationale des Etats, considéré comme exprimant les règles du droit international coutumier et cité par la Cour dans son arrêt, stipule ce qui suit :

«1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet Etat non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que

- a*) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit Etat contre un péril grave et imminent; et que
- b*) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat à l'égard duquel l'obligation existait.»

L'état de nécessité est «la situation où se trouve un Etat» — dit le rapport de la CDI —

«n'ayant absolument pas d'autre moyen de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent que celui d'adopter un comportement non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale envers un autre Etat» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 33, par. 1).

Le «caractère volontaire du comportement, l'aspect intentionnel de sa non-conformité avec l'obligation internationale» — dit le rapport —

«sont non seulement indéniables, mais en quelque sorte logiquement inhérents à la justification que l'on avance; lorsqu'on invoque l'état de nécessité, on est parfaitement conscient d'avoir choisi délibérément d'agir d'une manière non conforme à une obligation internationale» (*ibid.*, p. 33, par. 3).

L'état de nécessité est une notion bien circonscrite en droit international général. Au cours des travaux de la CDI concernant la codification du droit de la responsabilité des Etats, la très grande majorité de ses membres a été d'avis «qu'il faut certainement exclure toute applicabilité

downstream section of the bypass canal, on Czechoslovakian territory, between Gabčíkovo and Szap, for which it was responsible under Article 5, paragraph 5 (b) (4), of the 1977 Treaty, and that it did so because it did not consider that part of the G/N Project to threaten the environment. That is symptomatic of its attitude towards the 1977 Treaty. The allegation that Hungary repudiated or rejected the 1977 Treaty as such in 1989 or in 1990 is therefore groundless.

In order to justify its conduct, Hungary put forward various grounds and these included, *inter alia*, a state of necessity, the main and decisive reason. A state of necessity does not have the effect of extinguishing or suspending a treaty, but it is a circumstance exonerating the State from the responsibility it incurs in committing an act not in conformity with its international obligations.

Article 33, paragraph 1, of the Draft of the International Law Commission on the International Responsibility of States, considered as expressing the rules of customary international law and cited by the Court in its Judgment, stipulates the following:

“1. A state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act of that State not in conformity with an international obligation of the State unless:

- (a) the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril; and
- (b) the act did not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed.”

The state of necessity is “the situation of a State” — according to the International Law Commission Report —

“whose sole means of safeguarding an essential interest threatened by a grave and imminent peril is to adopt conduct not in conformity with what is required of it by an international obligation to another State” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part 2, p. 34, para. 1).

The “deliberate nature of the conduct, the intentional aspect of its failure to conform with the international obligation” — according to the Report —

“are not only undeniable but in some sense logically inherent in the justification alleged; invoking a state of necessity implies perfect awareness of having deliberately chosen to act in a manner not in conformity with an international obligation” (*ibid.*, p. 34, para. 3).

State of necessity is a very narrow concept in general international law. In the course of the International Law Commission’s work on the codification of State responsibility, the great majority of its members were of the view “that any possibility of the notion of state of necessity being

de la notion d'état de nécessité là où elle est effectivement dangereuse, mais non pas là où elle est et reste utile...» «Il faut éviter en effet, disait la CDI, que l'exigence essentielle de l'observation du droit ne finisse par aboutir à des situations que l'adage *summum jus summa injuria* caractérise parfaitement» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 31). C'est ainsi que la CDI, exprimant une approche et une conviction presque générales, a souligné qu'il devait s'agir d'un intérêt «essentiel» de l'état en question. Ce caractère «essentiel» est naturellement fonction des conditions dans lesquelles se trouve un Etat, ce qu'on ne peut définir préalablement de manière abstraite. Le péril qui vise cet intérêt essentiel doit être extrêmement grave et imminent, et il ne peut être écarté qu'à travers un recours à des moyens contraires à une obligation internationale. En cas d'état de nécessité, il y a

«danger grave pour l'existence de l'Etat lui-même, pour sa survie politique ou économique, pour le maintien de la possibilité de fonctionnement de ses services essentiels, pour la conservation de sa paix intérieure, pour la survie d'une partie de sa population, pour la conservation écologique de son territoire ou d'une partie de son territoire, etc.» (*ibid.*, p. 34, par. 3).

L'invocation de l'état de nécessité n'est pas une manière de mettre fin de façon licite à des obligations conventionnelles, c'est-à-dire de terminer un traité international. Toutefois, la partie en question sera libérée des conséquences de la violation du droit international, car elle a agi dans un état de nécessité. L'état de nécessité est une circonstance exonératoire de responsabilité: en d'autres termes, il exonère l'auteur de l'acte illicite de ladite responsabilité. C'est à cause de cela que le problème n'est pas réglé — et ne peut pas être réglé — par le droit des traités, mais qu'il a sa place dans le cadre des dispositions du droit international sur la responsabilité des Etats.

La question est donc la suivante: les critères de l'état de nécessité se trouvent-ils réunis en rapport avec la construction du barrage de Nagymaros? Il convient de relever dans cette perspective que c'est sur l'île de Szentendre, en aval de Nagymaros, que se situent plus de cinq cents puits filtrants sur berge qui satisfont les deux tiers environ des besoins de Budapest en eau potable. L'eau de ces puits est propre à la consommation sans qu'aucune procédure de purification ne soit nécessaire. *L'approvisionnement en eau potable de la capitale hongroise* — qui compte 2 millions d'habitants (soit un cinquième de toute la population du pays) —, *qualitativement et quantitativement, constitue certainement un intérêt essentiel* pour la Hongrie. Celle-ci devait protéger les bras du Danube, de part et d'autre de l'île, contre toute érosion mettant en danger la production d'eau potable de ces puits.

Le dragage du lit du Danube dans les deux bras autour de l'île de Szentendre — prescrit par l'article 1, paragraphe 3, alinéa c), du traité de 1977 — avait déjà causé des dommages graves. Après les cris d'alarme du service des eaux de la capitale hongroise, ces travaux ont été non seule-

applied where it is really dangerous must certainly be prevented, but that this should not be so in cases where it is and will continue to be [a] useful . . .” “The imperative need for compliance with the law must not be allowed to result in situations so aptly characterized by the maxim *summum jus summa injuria*” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part 2, p. 49, para. 31). Thus the International Law Commission, expressing an almost general approach and conviction, stressed that the situation had to involve an “essential” interest of the State in question. That “essential” character naturally depends upon the circumstances in which a State finds itself, which cannot be defined beforehand, in the abstract. The peril threatening the essential interest must be extremely grave and imminent, and it must have been avertable only by means conflicting with an international obligation. In a state of necessity, there is a

“grave danger to the existence of the State itself, to its political or economic survival, the maintenance of conditions in which its essential services can function, the keeping of its internal peace, the survival of part of its population, the ecological preservation of all or some of its territory . . .” (*ibid.*, p. 35, para. 3).

Invoking a state of necessity is not a way to terminate treaty obligations lawfully, that is, to terminate an international treaty. However, the party in question will be released from the consequences of the violation of international law, since it acted in a state of necessity. The state of necessity is a circumstance which exonerates from responsibility: in other words, it exonerates the author of the unlawful act from that international responsibility. Hence the problem has not been resolved — and cannot be resolved — by the law of treaties, but pertains to the provisions of the international law of State responsibility.

The question is therefore whether the criteria for a state of necessity are fulfilled in relation to the construction of the Nagymaros dam? It should be noted in this context that more than 500 bank-filtered wells which satisfy about two-thirds of Budapest’s drinking water requirements are situated on the island of Szentendre, downstream of Nagymaros. The water from those wells is fit for consumption without any purification procedure being necessary. *The provision of drinking water for the Hungarian capital* — which has two million inhabitants (that is, one-fifth of the country’s population) —, *qualitatively and quantitatively, certainly constitutes an essential interest* for Hungary. Hungary had to protect the branches of the Danube, on either side of the island, against any erosion endangering the production of drinking water from those wells.

The dredging of the bed of the Danube in the two branches around the island of Szentendre — as laid down by Article 1, paragraph 3 (c), of the 1977 Treaty — had already caused serious damage. After the water services of the Hungarian capital had raised the alarm, those works



ment suspendus, mais abandonnés en 1980, conduisant par la suite à une amélioration naturelle de l'état du lit du fleuve. Dans la mesure où la construction du barrage de Nagymaros aurait eu les mêmes effets néfastes, en aval, que ceux dus au dragage — et notamment l'érosion du lit du fleuve —, ladite construction constituait un péril grave.

En parlant de «péril grave», on vise l'existence d'une forte probabilité que des effets néfastes, des dommages de grande envergure, se produiront. Il est vrai que les dommages en rapport avec Nagymaros ne devaient pas advenir d'un jour à l'autre, mais après un certain temps. L'arrêt cite le commentaire de la CDI selon lequel le péril «extrêmement grave et imminent» doit s'être «trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé.» Cela n'exclut pas, ajoute la Cour,

«qu'un «péril» qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour «imminent» dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable» (par. 54).

Malheureusement la Cour n'a pas tiré la conclusion évidente de cette définition en ce qui concerne la construction du barrage de Nagymaros. Il n'était point douteux que l'érosion du lit du Danube en aval de Nagymaros serait la conséquence certaine et inévitable du barrage. Il ne s'agissait pas là d'«incertitudes», comme on pouvait le prétendre à propos d'autres conséquences écologiques du projet G/N, mais de certitudes quant aux effets prévisibles de la construction du barrage. Si la Cour ne voulait pas à cet égard se fonder uniquement sur les thèses de la Hongrie, elle aurait pu tirer profit des données fournies par la Slovaquie. Selon cette dernière, en effet,

«la construction d'ouvrages hydrauliques et de centrales hydro-électriques en amont en Allemagne et en Autriche a eu pour effet de réduire de façon spectaculaire les volumes de sédiments charriés vers le tronçon hungaro-slovaque ... Quand les quantités de sédiments enlevées par le dragage et par l'érosion ont commencé à dépasser la masse annuelle des sédiments venant de l'amont, le lit du Danube s'est mis à se détériorer dans la région entre la porte de Dévin et Szap et a déclenché le phénomène d'érosion causé par l'action d'«af-fouillement» des eaux.» (Mémoire de la Slovaquie, par. 1.42.)

Le mémoire de la Slovaquie cite le rapport du 2 novembre 1993 du groupe de travail des experts des Communautés européennes, selon lequel :

«Le niveau du chenal principal a baissé de manière significative en raison de l'érosion causée par une combinaison de plusieurs facteurs d'origine humaine :

- la construction de barrages en Autriche au cours des dernières décennies qui a provoqué un déficit en sédiments (en particulier en ce qui concerne la charge de fond)...» (*ibid.*, par. 1.57).

Le barrage de Nagymaros ne pouvait avoir que les mêmes effets, en aval, sur le lit du Danube, que les barrages construits en Autriche avaient

were not only suspended, but abandoned in 1980, resulting in a natural improvement of the state of the river bed. Since the construction of the Nagymaros dam would have had the same harmful effects downstream as those of the dredging, and in particular the erosion of the river bed, that construction constituted a grave peril.

The expression “grave peril” refers to the existence of a strong likelihood that detrimental effects and very extensive damage will occur. It is true that the damage in connection with Nagymaros would not occur overnight, but after a lapse of time. The Judgment cites the International Law Commission’s commentary to the effect that the “extremely grave and imminent” peril must “have been a threat to the interest at the actual time”. That does not rule out, the Court adds,

“that a ‘peril’ appearing in the long term might be held to be ‘imminent’ as soon as it is established, at the relevant point in time, that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable” (para. 54).

Unfortunately, the Court has not drawn the obvious conclusion from that definition as far as the construction of the Nagymaros dam is concerned. There could be no doubt that the erosion of the bed of the Danube downstream of Nagymaros would be the certain and inevitable consequence of the dam. These were not “uncertainties”, as could be claimed in relation to other ecological consequences of the G/N Project, but certainties as to the foreseeable effects of the construction of the dam. If the Court did not want, in this respect, to rely solely on Hungary’s arguments, it could have used the information provided by Slovakia. According to Slovakia,

“the construction of water projects and hydropower plants upstream in Germany and Austria had the effect of dramatically reducing the quantities of sediments transported downstream to the Slovak-Hungarian section . . . dredging coupled with erosion began to exceed the annual deposition of sediment from upstream, the Danube river bed started to deteriorate in the region between Devín Gate and Sap (Palkovičovo) and the erosion processes caused by ‘hungry water’ commenced.” (Memorial of Slovakia, para. 1.42.)

The Memorial of Slovakia cites the Report of 2 November 1993 of the European Communities Working Group of Experts that:

“The main channel has been significantly lowered due to erosion caused by a combination of several man-made factors:

— dam construction in Austria in the last decades resulting in a sediment (in particular bed load) deficit . . .” (*Ibid.*, para. 1.57.)

The Nagymaros dam could only have had the same effects, downstream, on the bed of the Danube, as the dams built in Austria had had

eu pour le secteur de la capitale slovaque: l'érosion du lit du fleuve. Du fait d'une telle érosion, la production d'eau potable des puits filtrants sur berge de l'île de Szentendre ne pouvait que diminuer, et la qualité se détériorer. *Certus an incertus quando*. Il était impossible de prédire exactement que cette diminution s'élèverait à tel ou tel pourcentage de l'ancienne production de ces puits, et ce sur cinq ans ou dix ans, mais il était certain que cette diminution de la quantité d'eau et cette détérioration de sa qualité se produiraient dans un futur relativement proche.

L'imminence du péril en question dépendait de la construction du barrage de Nagymaros: sans le barrage, nul péril grave, ni imminent ni à long terme; une fois le barrage achevé, ce n'est pas d'un péril dont il aurait fallu parler, mais bien de dommages graves et permanents se produisant aussi longtemps que le barrage existe — barrage construit par l'Etat même dont la population et le territoire auraient été les victimes. Prétendre que la suspension des travaux du barrage de Nagymaros n'était pas justifiée par l'état de nécessité, le péril n'étant pas imminent, c'est signifier en réalité que la Hongrie aurait dû achever le barrage et attendre que les puits filtrants sur berge de l'île de Szentendre s'épuisent à cause de l'érosion du lit du fleuve et que l'approvisionnement en eau potable de la capitale hongroise soit remise en cause de manière cruciale. La Cour, en jugeant l'affaire, aurait dû tenir compte des dommages qui se seraient produits si la Partie en question n'avait pas pris les mesures nécessaires pour les écarter. Les Etats sont sous le coup d'une obligation de prévention, et pas seulement de réparation.

La Slovaquie n'a pas nié que l'efficacité des puits en question baisserait, mais elle a prétendu qu'ils ne seraient pas entièrement perdus et a suggéré des mesures visant à faire face à une telle situation, mais sans tenir compte du coût de telles mesures (voir la réponse de la Slovaquie, en date du 7 mai 1997, à la question posée par le Vice-Président (CR 97/15, p. 64). Certes, il aurait été possible de purifier les eaux de surface et de les rendre propres à la consommation humaine; toutefois, cela aurait coûté des sommes énormes, compte tenu des besoins d'une ville de deux millions d'âmes. L'autre solution proposée, à savoir le déversement de grandes quantités de gravier dans le lit du fleuve, paraissait peu réaliste: les deux bras du Danube autour de l'île de Szentendre, pris ensemble, ont une largeur de 1000 mètres et une longueur de 70 kilomètres. Quelle quantité de gravier aurait-elle dès lors été nécessaire pour contrecarrer l'érosion du lit du fleuve causée par le barrage de Nagymaros? La troisième solution évoquée, la construction d'un second barrage en aval de Budapest, n'aurait pas été moins coûteuse, et la nécessité d'un troisième barrage, à Paks ou à Mohacs, se serait présentée à terme, sans même parler des conséquences qu'une telle série de barrages aurait pu engendrer sur le secteur yougoslave du Danube. *En théorie*, les trois solutions étaient possibles — l'argument de l'impossibilité ne tient pas — mais l'application de ces mesures aurait transformé radicalement la portée des obligations de la Hongrie restant à exécuter en vertu du traité. Une telle

on the sector of the Slovak capital: the erosion of the river bed. As a result of such erosion, the production of drinking water from the bank-filtered wells on the banks of the island of Szentendre could only diminish, and the quality deteriorate. *Certus an incertus quando*. It was impossible to predict exactly that that diminution would amount to such-and-such a percentage of the former production of those wells, and whether it would occur over five or ten years, but it was certain that the quantity of water would diminish and its quality deteriorate in the relatively near future.

The imminence of the peril in question depended on the construction of the Nagymaros dam: without the dam, there would be no grave peril, either imminent or long-term; once the dam had been constructed, it would no longer have been appropriate to speak of a peril, but rather of grave and permanent damage occurring for so long as the dam existed — a dam built by the very State whose population and territory would have been its victims. To claim that the suspension of works on the Nagymaros dam was not justified by a state of necessity, since the peril was not imminent, means in reality that Hungary should have completed the dam and waited for the bank-filtered wells on the island of Szentendre to dry out because of the erosion of the river bed and for the supply of drinking water to the Hungarian capital to be called critically into question. The Court, in deciding the case, ought to have taken account of the damage that would have occurred if the Party in question had not taken the necessary preventive measures. States are under an obligation of prevention and not merely of reparation.

Slovakia did not deny that the effectiveness of the wells would be reduced, but it claimed that they would not be entirely lost and suggested measures designed to deal with such a situation, but without taking account of the cost of such measures (see Slovakia's reply, dated 7 May 1997, to the question asked by the Vice-President (CR 97/15, p. 64). Indeed, the surface waters could have been purified and rendered fit for human consumption; however, that would have been enormously expensive in view of the requirements of a city of two million inhabitants. The other solution proposed, namely the discharging of large quantities of gravel into the river bed, did not seem very realistic: both branches of the Danube around the island of Szentendre, taken together, are 1,000 metres wide and 70 kilometres long. How much gravel would therefore have been necessary to counteract the erosion of the river bed caused by the Nagymaros dam? The third solution raised, the construction of a second dam downstream of Budapest, would have cost no less and, in the end, a third dam would have been needed, at Paks or at Mohacs, not to mention the potential consequences of such a series of dams on the Yugoslav sector of the Danube. *In theory*, all three solutions were possible — the argument of impossibility does not stand up — but the implementation of these measures would have radically transformed the scope of Hungary's remaining obligations under the Treaty. Such a solution denotes a fundamental change of circumstances which may be relied

situation dénote un changement fondamental de circonstances pouvant être invoqué comme motif pour mettre fin au traité, comme le prescrit l'article 62, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. La Cour s'est exprimée comme suit dans son arrêt du 2 février 1973 en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* :

«Le droit international admet que, si un changement fondamental des circonstances qui ont incité les parties à accepter un traité transforme radicalement la portée des obligations imposées par celui-ci, la partie lésée de ce fait peut, à certaines conditions, en prendre argument pour invoquer la caducité ou la suspension du traité.» (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 18, par. 36.)

Au lieu de prendre en considération la conséquence des changements ainsi intervenus sur la portée des obligations restant à exécuter par la Hongrie, la Cour, dans son présent arrêt, se limite à noter que «l'épuration des eaux du fleuve, comme les autres mesures envisagées auraient à l'évidence constitué une technique plus coûteuse» (par. 55). Les coûts du déversement de gravier dans le fleuve ainsi que ceux de la construction d'un second barrage n'ont pas été pris sérieusement en considération non plus que la transformation radicale de la portée des obligations assumées.

En matière de changement fondamental de circonstances, on doit considérer que celui qui peut faire le plus peut faire le moins. La Hongrie n'a invoqué ni la caducité ni la suspension du traité comme telles, mais elle a suspendu l'exécution d'une de ses obligations — la construction du barrage de Nagymaros — en se référant à l'état de nécessité, cause d'exclusion de l'illicéité résultant de la non-application d'une disposition conventionnelle. Il s'agissait en l'occurrence de sauvegarder un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent — c'est-à-dire certain et inévitable. L'application d'autres mesures destinées à contrecarrer ce péril grave aurait transformé radicalement la portée des obligations de la Hongrie à exécuter en vertu du traité.

Puisque la Cour n'a pas pris position sur la question de savoir si la suspension et l'abandon de la construction de Nagymaros ont porté atteinte à un intérêt essentiel de l'autre Partie, je me bornerai simplement à observer que la centrale de Gabčíkovo fonctionne à l'heure actuelle normalement, au fil de l'eau, sans barrage à Nagymaros, où le Danube coule naturellement dans son lit. Les bateaux empruntent le canal de dérivation, la navigation n'a donc point souffert, et il n'y a aucun danger d'inondation que l'état actuel des ouvrages aurait engendré. En conséquence, la suspension puis l'abandon des travaux de construction n'ont pas porté atteinte à un intérêt essentiel de l'autre partie contractante.

Toutefois, la Cour déclare ce qui suit :

«même s'il avait été établi qu'il existait en 1989 un état de nécessité lié à l'exécution du traité de 1977, la Hongrie n'aurait pas été admise à s'en prévaloir pour justifier le manquement à ses obligations

upon as a ground for terminating the Treaty, as prescribed in Article 62, paragraph 1 (b), of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The Court expressed itself as follows in its Judgment of 2 February 1973 in the case concerning *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*:

“International law admits that a fundamental change in the circumstances which determined the parties to accept a treaty, if it has resulted in a radical transformation of the extent of the obligations imposed by it, may, under certain conditions, afford the party affected a ground for invoking the termination or suspension of the treaty.” (*I.C.J. Reports 1973*, p. 18, para. 36.)

Instead of taking into consideration the consequence of the changes thus operated on the scope of Hungary’s remaining obligations under the Treaty, the Court, in this Judgment, merely states that “the purification of the river water, like the other measures envisaged, clearly would have been a more costly technique” (para. 55). The costs of discharging gravel into the river and those of constructing a second dam were not given serious consideration, any more than was the radical transformation of the scope of the obligations assumed.

As far as a fundamental change in circumstances is concerned, it should be noted that he who can do the most can do the least. Hungary did not rely on the Treaty having lapsed or on the suspension of the Treaty as such, but it did suspend performance of one of its obligations — the construction of the Nagymaros dam — on the basis of a state of necessity, a ground for setting aside unlawfulness resulting from the failure to implement a treaty provision. In this case, it was a matter of safeguarding an essential interest against a peril which was grave and imminent — that is, certain and inevitable. The taking of other measures to counteract that grave peril would have radically transformed the scope of the obligations to be performed by Hungary under the Treaty.

Since the Court has not adopted a position on the question whether the suspension and abandonment of the construction at Nagymaros impaired an essential interest of the other Party, I shall merely observe that the Gabčíkovo power plant operates normally today, as a run-of-the-river power station, without a dam at Nagymaros, where the Danube flows naturally in its bed. Boats use the bypass canal, so that navigation has not been affected, and there is no danger of flooding which could have been caused by the present state of the works. Accordingly, the suspension and subsequent abandonment of the construction works has not impaired an essential interest of the other contracting party.

However, the Court finds as follows:

“even if it had been established that there was, in 1989, a state of necessity linked to the performance of the 1977 Treaty, Hungary would not have been permitted to rely upon that state of necessity in

conventionnelles, car elle aurait contribué, par action ou omission, à sa survenance» (par. 57).

C'est là une conclusion surprenante, qui laisse à penser que la Hongrie aurait dû achever la construction du barrage de Nagymaros, ce qui aurait contribué en réalité à aggraver l'état de nécessité déjà existant du fait du commencement des travaux, et cela en infligeant des dommages irréparables à l'approvisionnement en eau potable de sa capitale. Dans ce cas, elle n'aurait pu que s'en prendre à elle-même, car elle seule aurait été la cause de la situation catastrophique qui en aurait résulté.

La suspension des travaux à Dunakiliti se place dans un contexte un peu différent. La suspension des travaux à Dunakiliti avait pour but de sauvegarder un intérêt essentiel de la Hongrie, à savoir principalement la protection de l'aquifère située sous le Szigetköz et la région environnante. Le risque de dommages à l'aquifère trouvait sa source dans la taille du réservoir de retenue de Dunakiliti (surdimensionné en cas d'exploitation de Gabčíkovo au fil de l'eau) et dans l'effet polluant de ses eaux stagnantes. Le rapport national de la République tchèque et slovaque à la conférence de Rio indiquait que Gabčíkovo constituait une menace pour l'environnement :

«Les réservoirs de Nové Mlyny dans la République tchèque et l'ouvrage de Gabčíkovo sur le Danube dans la République slovaque constituent des exemples de perturbations écologiques de ressources en eau et de systèmes ruraux uniques causées par la construction de vastes ouvrages hydrauliques. Dans le premier cas, la forêt naturelle avec sa faune et sa flore sans égales a été gravement endommagée et, dans le second, le volume considérable et exceptionnel des eaux souterraines est menacé et les systèmes de forêts naturelles et d'affluents ont été radicalement altérés.» (P. 92.) (Voir dossier de documents afférent au second tour de plaidoiries de la Hongrie, 10-11 avril 1997, annexe III-5.) [*Traduction du Greffe.*]

La suspension des travaux à Dunakiliti a certainement porté atteinte aux intérêts de la Tchécoslovaquie consistant en la mise en fonction de la centrale de Gabčíkovo, pratiquement achevée; il fallait protéger les digues déjà construites, et un apport d'eau du Danube était indispensable pour faire fonctionner la centrale, même au fil de l'eau. Il y avait donc conflit d'intérêts entre les deux Etats. La Tchécoslovaquie pouvait s'appuyer sur les dispositions du traité que les deux Parties considéraient comme valables, tandis que la Hongrie se référait à des dommages écologiques qui se présenteraient, en ce qui concerne Dunakiliti — contrairement à Nagymaros —, dans un futur plutôt lointain. Toutefois, les intérêts de la Tchécoslovaquie étaient d'ordre financier, théoriquement faciles à indemniser, tandis que ceux de la Hongrie concernaient la sauvegarde de son équilibre écologique et la lutte difficile et incertaine contre des dommages à son environnement. *In dubio pro natura.*

Le projet G/N a eu d'autres conséquences sur le plan environnemental, dont les détails ont été abondamment discutés par les Parties, qui les ont

order to justify its failure to comply with its treaty obligations, as it had helped, by act or omission to bring it about” (para. 57).

That is a surprising conclusion, implying that Hungary should have finished the construction of the Nagymaros dam, which in reality would have helped to aggravate the state of necessity already existing as a result of the start of the works, by causing irreparable damage to the drinking water supply to its capital city. In that case, it would have had only itself to blame, since it alone would have been the cause of the catastrophic situation that would have ensued.

The suspension of the works at Dunakiliti is to be seen in a somewhat different context. The suspension of those works was intended to safeguard an essential interest of Hungary, that is, principally the protection of the aquifer situated below the Szigetköz and the surrounding area. The risk of damage to the aquifer arose from the size of the storage reservoir at Dunakiliti (oversized were Gabčíkovo to be operated as a run-of-the-river power station) and from the polluting effect of its stagnant waters. The national report of the Czech and Slovak Republic to the Rio Conference showed that Gabčíkovo constituted a threat to the environment:

“Example of disturbance of the unique water and rural ecological systems due to large water works are the reservoirs in Nové Mlýny in Czech Republic and the Gabčíkovo water works on the Danube river in the Slovak Republic. In the first example the mead forest with its unique flora and fauna were seriously damaged, in the second example, the huge and unique volume of underground water is threatened and the systems of mead forests and river tributaries are drastically affected.” (P. 92.) (See file of documents relating to the second round of oral arguments of Hungary, 10-11 April 1997, Ann. III-5.)

The suspension of the works at Dunakiliti certainly impaired the interests of Czechoslovakia inasmuch as they related to the commissioning of the almost completed Gabčíkovo power plant; the dykes which were already constructed had to be protected, and a supply of water from the Danube was essential in order to operate the plant even as a run-of-the-river power station. There was therefore a conflict of interests between the two States. Czechoslovakia could rely on the provisions of the Treaty which the two Parties considered to be valid, whereas Hungary referred to the ecological damage which would occur, as far as Dunakiliti — unlike Nagymaros — was concerned, in the more distant future. However, the interests of Czechoslovakia were of a financial nature, theoretically easy to compensate, whereas those of Hungary related to the safeguarding of its ecological balance and the difficult and uncertain struggle against damage to its environment. *In dubio pro natura*.

The G/N Project had other consequences for the environment, the details of which were discussed at length by the Parties, which presented



présentés d'une manière diamétralement opposée. Cette présentation détaillée et contradictoire n'a pas facilité la tâche de la Cour et a rendu plus difficile la détermination des faits que l'une et l'autre des Parties n'ont pas nié ou mis en doute.

La Cour a indiqué que l'état de nécessité, en tant que cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale, ne saurait être admis qu'à titre exceptionnel et, en se référant au rapport pertinent de la CDI, a ajouté que

«l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'Etat concerné ne saurait être seul juge de la réunion de ces conditions» (par. 51).

Je partage entièrement cette approche, mais je suis incapable d'accepter les conclusions tirées en l'espèce par la Cour. Celle-ci a en effet conclu qu'en ce qui concerne tant Nagymaros que Gabčíkovo

«les périls invoqués par la Hongrie, sans préjudice de leur gravité éventuelle, n'étaient en 1989 ni suffisamment établis, ni «imminents»; et que, pour y faire face, la Hongrie disposait à l'époque d'autres moyens que la suspension et l'abandon des travaux dont elle avait la charge» (par. 57).

Il en va tout autrement. Pour la Hongrie, il s'agissait de sauvegarder un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent, c'est-à-dire certain et inévitable, et tous les moyens pour contrecarrer ce péril auraient transformé de manière radicale la portée des obligations à exécuter en vertu du traité. En suspendant et en abandonnant les travaux à Nagymaros, la Hongrie n'a pas porté atteinte à un intérêt essentiel de la Tchécoslovaquie, et c'est précisément en construisant le barrage de Nagymaros qu'elle aurait contribué à un état de nécessité sans égal, à une situation catastrophique pour sa capitale. L'existence du péril allégué par la Hongrie a été reconnue — au moins partiellement — par l'autre Partie, et la Hongrie n'a donc pas agi d'une manière arbitraire.

La première question posée dans le compromis était celle de savoir si la République hongroise était en droit de suspendre certains travaux dont elle était responsable en vertu du traité de 1977. La convention de Vienne sur le droit des traités ne connaît pas l'état de nécessité. Toutefois le droit international — et spécialement le droit de la responsabilité — le connaît. L'état de nécessité existe non seulement en théorie, mais aussi dans la réalité. En l'espèce, même les critères les plus rigoureux et pris de manière cumulative prouvent, en rapport avec la construction du barrage de Nagymaros, que la Hongrie pouvait se prévaloir d'une telle cause d'exclusion de sa responsabilité pour n'avoir pas accompli une de ses obligations en vertu du traité de 1977. Elle était donc en droit de suspendre puis d'abandonner les travaux à Nagymaros. En ce qui concerne la suspension des travaux à Dunakiliti, l'existence d'un état de nécessité est discutable,

them in diametrically opposed ways. That detailed and conflicting presentation did not ease the Court's task and made it harder for it to determine the facts not denied or challenged by one or the other of the Parties.

The Court held that the state of necessity, as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation, can only be accepted on an exceptional basis and, referring to the relevant International Law Commission Report, added that

“the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met” (para. 51).

I entirely concur with that approach, but I cannot accept the conclusions drawn in this case by the Court. It has concluded that, with respect to both Nagymaros and Gabčíkovo,

“the perils invoked by Hungary, without prejudging their possible gravity, were not sufficiently established in 1989, nor were they ‘imminent’; and . . . Hungary had available to it at that time means of responding to these perceived perils other than the suspension and abandonment of works with which it had been entrusted” (para. 57).

This is absolutely not the case. As far as Hungary was concerned, what was at stake was the safeguarding of an essential interest against a peril which was grave and imminent, that is to say certain and inevitable, and any measures taken to counteract that peril would have radically transformed the scope of the obligations to be performed under the Treaty. By suspending and abandoning the works at Nagymaros, Hungary has not impaired an essential interest of Czechoslovakia, and it is precisely by constructing the dam at Nagymaros that it would have contributed to an unequalled state of necessity and to a situation catastrophic for its capital. The existence of the peril alleged by Hungary was recognized — at least in part — by the other Party, and Hungary therefore did not act in an arbitrary manner.

The first question asked in the Special Agreement was whether the Republic of Hungary was entitled to suspend certain works for which it was responsible under the 1977 Treaty. The Vienna Convention on the Law of Treaties is silent as to the state of necessity. However, international law — and particularly the law of responsibility — recognizes it. The state of necessity exists not only in theory, but also in reality. In the present case, even the strictest criteria applied cumulatively prove that, as far as the construction of the Nagymaros dam is concerned, Hungary was entitled to rely on that ground precluding its responsibility for not having fulfilled one of its obligations under the 1977 Treaty. It was therefore entitled to suspend and subsequently abandon the works at Nagymaros. As far as the suspension of the works at Dunakiliti is concerned, the existence of a state of necessity is debatable, but Hungary's anxieties

mais les préoccupations de la Hongrie concernant les risques écologiques engendrés par le réservoir — reconnus partiellement par la Tchécoslovaquie elle-même — n'étaient pas à prendre à la légère, et devaient encore moins être réfutées catégoriquement. Cette dernière mesure de suspension avait un caractère indiscutablement provisoire (les installations à Dunakiliti ont été maintenues en bon état par la Hongrie jusqu'à nos jours). Si les circonstances prévalant sur ce site n'exonèrent pas complètement la Hongrie de sa responsabilité, elles constituent toutefois des circonstances atténuantes, que la Cour aurait dû prendre en considération.

La Cour, tout en refusant d'admettre que la Hongrie était en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux du projet G/N relatifs à Nagymaros, reconnaît — bien qu'indirectement — le bien-fondé de la position hongroise, quand elle arrive à affirmer, dans la partie «normative» de son arrêt, que le barrage de Nagymaros ne doit pas être construit : «il n'y a plus aucune raison de le construire puisque les deux Parties ont, dans les faits, écarté l'hypothèse d'une exploitation en régime de pointe» (par. 134); «la construction du barrage de Nagymaros serait devenue inutile» (par. 138). Or, force est de constater que les considérations écologiques militant aujourd'hui contre ce barrage sont les mêmes que celles qui existaient en 1989. Et si l'on a finalement conclu que le barrage ne devait pas être construit en 1997, c'est en réalité parce qu'il ne devait pas l'être non plus en 1989.

Le différend qui oppose les deux Parties résulte en grande partie de leur situation géographique. Harmoniser les intérêts des pays d'amont et d'aval est le problème crucial du droit des cours d'eau internationaux. Au cours des travaux de l'Organisation des Nations Unies consacrés au projet de convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, les pays d'amont se sont plaints de ce que les dispositions du projet limitaient leur droit d'utiliser et de développer les ressources de ces cours d'eau, tandis que les pays d'aval ont critiqué lesdites dispositions en soutenant qu'elles ne protégeaient pas de manière suffisante leurs intérêts et permettaient même que leur soient infligés des dommages significatifs. En ce qui concerne le cours du Danube, la Slovaquie est un pays d'amont, et la Hongrie un pays d'aval. La Cour, dans son présent arrêt, aurait dû maintenir l'équilibre, certes difficile à réaliser, entre les intérêts des pays d'amont et d'aval, et assurer qu'un développement harmonieux de la mise en valeur des ressources naturelles soit soigneusement organisé, afin que les dommages à long terme ne surpassent pas les avantages immédiats. Malheureusement, dans la présente espèce, elle n'a pas réussi à le faire.

Il m'a paru nécessaire d'insister sur cette question car la position à adopter, en particulier, sur le point de savoir si la Hongrie était en droit de suspendre puis d'abandonner les travaux à Nagymaros, et de suspendre ceux de Dunakiliti, détermine dans une large mesure les réponses, ou à tout le moins le raisonnement, pour les questions qui suivent.

\* \* \*

regarding the ecological risks occasioned by the reservoir — and partially recognized by Czechoslovakia itself — should not have been taken lightly, and still less categorically refuted. That latter measure of suspension was undoubtedly provisional (the installations at Dunakiliti have been maintained in good condition by Hungary up to the present day). Although the circumstances prevailing on that site do not entirely relieve Hungary of its responsibility, they do nonetheless provide some mitigation which the Court should have taken into account.

The Court, whilst refusing to accept that Hungary was entitled to suspend and subsequently abandon, in 1989, the works on the G/N Project relating to Nagymaros, recognizes — albeit indirectly — that Hungary's position is well founded, when it manages to assert, in the "prescriptive" part of its Judgment, that the Nagymaros dam should not be built: "with the effective discarding by both Parties of peak power operation, there is no longer any point in building it" (para. 134); "the construction of the Nagymaros dam would have become pointless" (para. 138). Moreover, it must be acknowledged that the ecological considerations that now weigh against the dam are the same as those holding in 1989. If it has finally been concluded that the dam should not have been built in 1997, this is because in reality it should not have been built in 1989, either.

The dispute between the two Parties is very much the result of their geographical situations. The harmonization of the interests of the countries upstream and downstream is the crucial problem of the law governing international watercourses. During the work done by the United Nations on the Draft Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, the upstream countries complained that the provisions of the draft limited their right to use and develop the resources of those watercourses, whereas the downstream countries criticized the provisions of the draft by maintaining that they failed to protect their interests adequately and even allowed significant damage to be inflicted upon them. As far as the course of the Danube is concerned, Slovakia is an upstream country and Hungary a downstream country. In this Judgment the Court should have maintained a balance, admittedly hard to achieve, between the interests of the upstream and the downstream countries, and have ensured that harmonious progress in enhancement of the natural resources would be carefully organized to prevent the long-term disadvantages from outweighing the immediate advantages. Unfortunately, in the present case, it has not succeeded in doing so.

I have found it necessary to stress this question since the position to be taken, in particular, on whether Hungary was entitled to suspend and subsequently abandon the works at Nagymaros, and to suspend those at Dunakiliti, to a large extent determines the replies, or at least the reasoning, for the questions which follow.

\* \* \*

J'arrive maintenant à la deuxième question posée dans le compromis, à savoir «si la République tchèque et slovaque était en droit de recourir, en novembre 1991, à la «solution provisoire» et de mettre en service, à partir d'octobre 1992, ce système...»

Puisque la Slovaquie a constamment soutenu que le traité de 1977 avait un caractère extrêmement souple et par essence évolutif, les parties contractantes avaient le droit de proposer son adaptation aux exigences de la sauvegarde de l'environnement naturel — compte tenu des connaissances nouvelles et de l'expérience acquise — et même sa modification, afin que le traité corresponde auxdites exigences. L'abandon de la construction du barrage de Nagymaros, dont la fonction principale aurait été de permettre l'utilisation de la centrale de Gabčíkovo en régime de pointe (utilisation à propos de laquelle il n'y avait eu aucun accord préalable entre les parties), n'a pas remis en cause la réalisation de l'objet et du but du traité.

M. Vavroušek, ministre tchécoslovaque de l'environnement, a déclaré devant le Parlement hongrois, en septembre 1991 :

«Je pense qu'il n'y a qu'une seule voie praticable, une voie traditionnelle, qui est utilisée non seulement dans le cas de traités internationaux, mais aussi lorsque des actes nouveaux sont adoptés. Elle passe simplement par la préparation d'un nouveau traité et par l'incorporation dans son dernier paragraphe de dispositions prévoyant la suppression des parties obsolètes du traité de 1977.» (Mémoire de la Slovaquie, vol. IV, annexe 97, p. 249.)

Il se serait agi en d'autres termes de conclure un traité prenant la place de l'ancien, en en modifiant ou abrogeant les dispositions périmées.

Entre la visite de M. Vavroušek à Budapest et le recours à la «solution provisoire» en novembre 1991, deux mois seulement se sont écoulés. Un laps de temps extrêmement bref, lorsque l'on considère que la préparation du traité de 1977 a exigé deux décennies.

Le rapport du rapporteur spécial sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation a souligné l'importance de l'obligation des parties de négocier en citant l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*. Une telle obligation découle de la nature même des droits respectifs des parties. Elle

«ne constitue qu'une application particulière d'un principe, qui est à la base de toutes relations internationales et qui est d'ailleurs reconnue dans l'article 33 de la Charte des Nations Unies...» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 47, par. 86).

De tout cela, le rapporteur conclut que :

«il y a un principe général de droit international qui veut que les Etats règlent par voie de négociation les questions relatives aux ressources internationales en eau douce ... [et ils ont] l'obligation de négocier la répartition des eaux d'une voie d'eau internationale»

I now come to the second question asked in the Special Agreement, that is, "whether the Czech and Slovak Federal Republic was entitled to proceed, in November 1991, to the provisional solution and to put into operation from October 1992 this system . . .".

Since Slovakia has consistently maintained that the 1977 Treaty was extremely flexible and essentially open-ended, the contracting parties were entitled to propose that it be adapted to the requirements of environmental protection — having regard to new information and experience gained — and even modified, in order that the Treaty might match those requirements. The abandonment of the construction of the Nagymaros dam, whose main function would have been to allow the use of the Gabčíkovo power plant in peak mode (a use for which there had been no prior agreement between the parties), has not called in question the accomplishment of the object and purpose of the Treaty.

In September 1991, Mr. Vavroušek, the Czech Minister for the Environment, declared to the Hungarian Parliament:

"I believe there is the only practicable way, a traditional one, that is being used not only in case of international treaties, but also when new acts are adopted. It simply means to prepare a new treaty and to incorporate into the last paragraph provisions that would cancel obsolete parts of the 1977 Treaty." (Memorial of Slovakia, Vol. IV, Ann. 97, p. 249.)

In other words, that would have involved the conclusion of a treaty taking the place of the old one, by modifying or abrogating those provisions that are out of date.

Between Mr. Vavroušek's visit to Budapest and the recourse to the "provisional solution" in November 1991, only two months elapsed. That is an extremely brief interval when one considers that the 1977 Treaty took two decades to prepare.

The Report of the Special Rapporteur on the Law on the Non-Navigational Uses of International Watercourses noted the importance of the parties' duty to negotiate by citing the Judgment delivered by the Court in the *North Sea Continental Shelf* cases. That obligation flows from the very nature of the respective rights of the parties. It

"merely constitutes a special application of a principle which underlies all international relations, and which is moreover recognized in Article 33 of the Charter of the United Nations . . ." (*I.C.J. Reports 1969*, p. 47, para. 86).

From all these considerations, the Rapporteur concludes:

"there is a general principle of international law that requires negotiations among States in dealing with international fresh water resources . . . [and they also have the obligation] to negotiate the apportionment of the waters of an international watercourse" (*Year-*

(*Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 113-114, par. 31 et 34).

Les articles du projet de convention sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adoptés tout récemment par l'Assemblée générale des Nations Unies, s'inspirent de principes identiques.

La Cour, dans son arrêt (par. 141), réaffirme ce qu'elle a dit dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*:

«les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 47, par. 85).

Il est difficile d'admettre que pendant les deux mois en question les parties contractantes du traité de 1977 ont épuisé toutes les possibilités de parvenir à un accord en ce qui concerne la modification mutuellement acceptable de celui-ci. Toutefois le Gouvernement tchécoslovaque a décidé de changer de manière unilatérale l'état des choses conventionnellement établi et de violer ouvertement le traité. Sous le couvert d'une mesure «provisoire», il a entrepris des travaux concernant une construction ayant un caractère permanent et non autorisés par le traité, dont l'objet et le but ont été rendus de ce fait impossibles à atteindre. Au lieu de négocier pour arriver à un accord, il a opté pour une politique de «faits accomplis», recourant à des mesures unilatérales quand les négociations étaient encore en cours. Les possibilités d'une solution agréée entre les Parties existaient pourtant encore.

Les Parties sont en désaccord sur le fait de savoir quand et comment la décision a été prise. Le premier ministre tchécoslovaque, M. Adamec, a évoqué le 31 août 1989 la possibilité de «mesures unilatérales» pour assurer l'exploitation du barrage de Gabčíkovo. Dans sa démarche du 30 octobre 1989, la Tchécoslovaquie a indiqué que:

«Au cas où la République hongroise manquerait à ses obligations ... la partie tchécoslovaque serait contrainte de mettre en œuvre une solution technique provisoire ... consistant à détourner, pour les ouvrages de Gabčíkovo, les volumes d'eau du Danube convenus dans le traité initial...»

Dans un ouvrage d'Egil Lejon dont des exemplaires ont été mis à la disposition des membres de la Cour lors de l'étape slovaque de la visite sur les lieux, il est précisé ce qui suit:

«Le 17 janvier 1991: sur la base de ce rapport, le Gouvernement slovaque décide de commencer les préparatifs de la mise en œuvre de la solution temporaire, à savoir de la «variante C», qui n'est pas tributaire de la coopération hongroise, sans toutefois exclure la possibilité de revenir aux conditions prévues par le traité dans l'avenir.» (*Gabčíkovo-Nagymaros, Old and New Sins* (1994), éd. angl. 1996, p. 86.) [Traduction du Greffe.]

*book of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part. 2, pp. 116-117, paras. 31 and 34).*

The Articles of the Draft Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Waterways, adopted very recently by the General Assembly of the United Nations, are prompted by exactly the same principles.

The Court, in its Judgment (para. 141), reaffirms what it stated in the *North Sea Continental Shelf* cases:

“[the Parties] are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it” (*I.C.J. Reports 1969, p. 47, para. 85*).

It is difficult to accept that during the two months in question, the contracting parties to the 1977 Treaty exhausted all the possibilities of reaching an agreement with respect to a mutually acceptable modification of that instrument. However, the Czechoslovak Government decided to change unilaterally the state of affairs established in the Treaty and openly to breach it. Under the cover of a “provisional” measure, it undertook works which related to a permanent construction and were not authorized by the Treaty, thereby making it impossible to attain its object and purpose. Instead of negotiating in order to reach an agreement, it opted for a policy of “*faits accomplis*”, having recourse to unilateral measures when the negotiations were still under way. The opportunity of a solution agreed between the Parties nonetheless still existed.

The Parties do not agree as to when and how the decision was taken. On 31 August 1989 the Czechoslovak Prime Minister, Mr. Adamec, raised the possibility of “unilateral measures” to ensure the operation of the Gabčíkovo dam. In its representation of 30 October 1989, Czechoslovakia indicated that:

“In the event that the Republic of Hungary fail to fulfil its obligations the Czechoslovakian party would be obliged to implement a provisional technical solution . . . consisting in diverting, for the Gabčíkovo works, the volumes of Danube water agreed in the original treaty . . .”

In a work by Egil Lejon, copies of which were made available to Members of the Court during the Slovak stage of the site visit, the following is stated:

“January 17, 1991: Based on the report, the Slovak Government decides to start preparations of the temporary solution, i.e. ‘Variant C’, not depending on Hungarian co-operation, however not excluding the possibility of returning to the Treaty conditions in the future.” (*Gabčíkovo-Nagymaros, Old and New Sins, 1994* (English ed., 1996), p. 86.)



Des journaux de Bratislava ont par ailleurs informé leurs lecteurs que les travaux avaient effectivement débuté le 2 avril 1991.

Ces diverses dates n'apparaissent pertinentes que dans le cas où il doit être décidé si les deux parties ont négocié de bonne foi. Or, la Cour n'était pas appelée à se prononcer sur la responsabilité des Parties quant à l'échec des négociations. Il ne se révèle au demeurant pas nécessaire de procéder à l'examen des différentes dates marquant le recours à la «solution provisoire» — c'est-à-dire à la variante C — dans la mesure où est à retenir celle qui figure dans le compromis.

La variante C se distingue à plusieurs égards du projet initial inclus dans le traité de 1977. Sa phase I comporte neuf éléments étrangers au projet de 1977, et sa phase II en comporte trois. Au lieu du barrage de Dunakiliti et ses installations, un autre barrage avec d'autres installations complémentaires a été construit, 10 kilomètres en amont, en territoire tchécoslovaque, rendant possible le détournement des eaux du Danube dans le canal de dérivation menant à Gabčíkovo. Le réservoir de retenue de Čunovo a une superficie de trente pour cent inférieure à celle prévue dans le cadre du projet original de Dunakiliti, ce qui a certainement diminué les risques de dommages que l'eau polluée retenue par ses digues pouvait causer aux eaux souterraines. Toutefois, en même temps, la variante C a permis de détourner le Danube de son ancien lit, sur un secteur de 40 kilomètres au lieu des 30 prévus dans le projet original, ce qui n'a pas été sans avoir un impact significatif pour l'environnement de la région du Szigetköz.

Ce n'est cependant pas l'éventail des installations nouvelles qui met la variante C en porte à faux avec le projet initial et la rend contraire au traité de 1977 et au droit international général, mais le fait que sa construction est le résultat d'actes entrepris unilatéralement par la Tchécoslovaquie, sans l'accord du partenaire directement intéressé, la Hongrie. La variante C a été construite malgré les protestations réitérées de la Hongrie et malgré le fait que son fonctionnement allait avoir des conséquences directes et significatives sur le territoire de celle-ci.

La Slovaquie prétend que la Hongrie a acquiescé au plan original de détournement du Danube, et qu'elle n'avait donc pas le droit de protester contre le détournement effectué au titre de la variante C. Il est vrai que, selon le traité de 1977 et le plan contractuel conjoint lié à celui-ci, les parties devaient construire le réservoir de Dunakiliti et détourner les eaux du Danube dans le canal de dérivation menant à Gabčíkovo, et de là à Szap. Toutefois, cette partie du projet original ne privait pas la Hongrie du contrôle sur ses eaux frontalières et n'exposait pas l'écologie d'une de ses régions aux effets de l'activité incontrôlable de son voisin. Dans le cadre du projet original, la Hongrie était en mesure de défendre directement ses propres intérêts, et la variante C l'a privée de cette possibilité. La Hongrie ne disposait plus des moyens que le paragraphe 1 de l'article 14 du traité de 1977 lui offrait quant à l'aptitude à procéder à des prélèvements des eaux du Danube dépassant les quantités spécifiées, aux fins de sauvegarder ses intérêts essentiels quant à l'environnement du Szi-

Furthermore, Bratislava newspapers reported that work had actually started on 2 April 1991.

Those various dates are only pertinent in the event that it has to be decided whether the parties negotiated in good faith. However, the Court was not called upon to pronounce on the Parties' responsibility for the failure of the negotiations. In any event, it does not appear to be necessary to proceed with an examination of the different dates relevant to the recourse to the "provisional solution" — namely Variant C — since the important one is that appearing in the Special Agreement.

Variant C differs in several respects from the original Project included in the 1977 Treaty. Its Phase I includes nine features unrelated to the 1977 Project, and Phase II has three. Instead of the dam at Dunakiliti and its installations, another dam and its additional installations were built, 10 kilometres upstream, in Czechoslovak territory, making it possible to divert waters from the Danube into the bypass canal leading to Gabčíkovo. The storage reservoir at Čunovo has 30 per cent less surface area as compared with the original Dunakiliti project, which has certainly reduced the risks of damage that polluted water retained by its dykes could have caused to the groundwater. However, at the same time, Variant C has enabled the Danube to be diverted from its old bed, over a 40-kilometre section instead of the 30 provided for in the original Project, and this has had a significant impact on the environment of the Szigetköz region.

It is not, however, the range of new installations that puts Variant C quite at odds with the original Project and renders it contrary to the 1977 Treaty and to general international law, but the fact that its construction is the result of acts undertaken unilaterally by Czechoslovakia, without the agreement of the directly interested party, Hungary. Variant C was built despite repeated protests from Hungary and the fact that its operation was going to have direct and significant consequences on the territory of Hungary.

Slovakia claims that Hungary acquiesced in the original plan to divert the Danube, and that it was therefore not entitled to protest against the diversion carried out under Variant C. It is true that, under the 1977 Treaty and the related Joint Contractual Plan, the Parties were to build the Dunakiliti reservoir and divert the Danube waters into the bypass canal leading to Gabčíkovo, and from there to Szap. However, that part of the original Project did not deprive Hungary of control over its border waters and did not expose the ecology of one of its regions to the effects of uncontrollable activity by its neighbour. On the basis of the original Project, Hungary was able to defend its own interests directly, and Variant C deprived it of that possibility. Hungary no longer commanded the means made available to it by Article 14, paragraph 1, of the 1977 Treaty in respect of its ability to withdraw water from the Danube in excess of the specified quantities, in order to protect its essential interests regarding the environment of the Szigetköz. Only Slovakia is in a position to with-

getköz. Seule la Slovaquie est en mesure de prélever à sa convenance des quantités d'eaux du Danube. L'ancien projet, avec tous ses inconvénients et ses défauts, était une entreprise commune sous le contrôle commun des deux parties. La variante C n'avait et n'a plus rien de commun aux deux parties, du fait du contrôle exclusif de la Tchécoslovaquie — désormais la Slovaquie —, et n'a jamais reçu aucune approbation de la part de la Hongrie.

Selon la maxime bien connue *sic utere tuo ut alienum non laedas*, nul ne peut utiliser son bien d'une manière qui inflige des dommages significatifs à l'autre. Qui plus est, en l'occurrence, la Tchécoslovaquie n'a pas utilisé — et la Slovaquie aujourd'hui n'utilise pas — de manière illégale ce qui lui appartenait, mais elle s'est appropriée — et c'est un des éléments décisifs du différend — un bien qui ne lui appartenait point : la presque totalité des eaux du Danube. Il ressort de l'article 3 de la convention sur les eaux frontières conclu en 1976 que les Parties au présent différend «auront chacune droit à la moitié du volume d'écoulement naturel des eaux frontières, non augmenté par une intervention technique, sauf si elles en conviennent autrement». Les Parties n'en sont pas convenues autrement, car il n'y a aucun accord entre elles au sujet de la variante C. La variante C constitue donc une violation grave du traité de 1977 — ainsi que de celui de 1976 sur les eaux frontières.

La Cour a rejeté dans son arrêt la doctrine de l'«application par approximation» sur laquelle la Slovaquie a basé son argumentation pour justifier la construction de la variante C. Je partage la conclusion et l'argumentation de la Cour sur ce point : «En dépit d'une certaine ressemblance physique extérieure avec le projet initial, la variante C en diffère donc nettement quant à ses caractéristiques juridiques.» (Par. 77.)

Ainsi, je ne m'étendrai pas plus avant sur ce sujet. Je suis en outre d'accord avec ce qu'a dit la Cour dans son arrêt quant à la justification de la variante C comme contre-mesure :

«une condition importante est que les effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause.

La Cour considère que la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube — avec les effets continus que le détournement de ses eaux déploie sur l'écologie de la région riveraine du Szigetköz — n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international.

le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée» (par. 85, 87).

draw water from the Danube at its own convenience. The old project, with all its drawbacks and defects, was a joint enterprise under the joint control of both parties. Variant C no longer had or has anything in common between the two parties, as a result of the exclusive control exercised by Czechoslovakia — now Slovakia — and was never given any kind of approval by Hungary.

According to the well-known maxim *sic utere tuo ut alienum non laedas*, one's property may not be used in such a way as to cause significant damage to another. Furthermore, in the present case, Czechoslovakia did not, and Slovakia today does not use its property in an unlawful manner, but it has appropriated — and this is one of the key factors in the dispute — something which did not belong to it, namely almost all the waters of the Danube. It follows from Article 3 of the 1976 Agreement on Boundary Waters that the Parties to the dispute “are entitled, unless otherwise agreed, to one-half of the natural discharge of water not augmented by technical means”. The Parties have not agreed otherwise, since there has been no agreement between them as to Variant C. Variant C is therefore a grave breach both of the 1977 Treaty and of the 1976 Treaty on Boundary Waters.

In its Judgment the Court has rejected the doctrine of “approximate application” on which Slovakia based its reasoning in order to justify the construction of Variant C. I concur with the conclusion and reasoning of the Court on that point: “In spite of having a certain external physical similarity with the original Project, Variant C thus differed sharply from it in its legal characteristics.” (Para. 77.)

Thus, I shall not labour the point. I am moreover in agreement with what the Court states in its Judgment as regards the justification of Variant C as a countermeasure:

“an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question.

.....

The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube — with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetköz — failed to respect the proportionality which is required by international law.

.....

the diversion of the Danube carried out by Czechoslovakia was not a lawful countermeasure because it was not proportionate” (paras. 85 and 87).

Cette constatation rend toutefois nécessaires certaines conclusions supplémentaires. Il ne s'agit pas simplement des « illicéités croisées » des deux Parties au différend. La Cour n'a pas pris le soin de faire la distinction entre les « illicéités », et elle a déclaré notamment « que tant la Hongrie que la Tchécoslovaquie avaient manqué à leurs obligations découlant du traité de 1977 ». Elle a évoqué l'existence de « comportements illicites réciproques », de « manquements réciproques » (par. 114) comme conséquence de ce « qu'aucune des Parties n'a pleinement exécuté le traité depuis des années » (par. 133). Il aurait pourtant fallu faire l'évaluation de la gravité du comportement illicite attribué aux deux Parties pour en tirer les conséquences nécessaires.

La Hongrie, par l'abandon de la construction du barrage de Nagymaros, a exclu l'exploitation en régime de pointe de la centrale de Gabčíkovo, mode d'exploitation sur lequel il n'y avait aucun accord préalable entre les parties, et, par la suspension des travaux à Dunakiliti, a retardé la mise en fonction de la centrale de Gabčíkovo. Par ce fait, elle a infligé des pertes financières à son partenaire, tandis que la Tchécoslovaquie — puis la Slovaquie —, en construisant sur son territoire un barrage détournant de manière unilatérale les eaux du Danube, a violé une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet et du but du traité, selon le paragraphe 3 de l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

La construction de la variante C a violé plusieurs dispositions essentielles du traité de 1977 : non seulement celles qui se trouvent dans les articles 15, 19 et 20, mais avant tout celles concernant l'utilisation commune et le contrôle commun des installations construites au titre du traité. L'agent de la Slovaquie l'a admis expressément au cours des audiences : « L'exploitation conjointe était de l'essence même du projet prévu par le traité de 1977. » (CR 97/7, p. 16, Tomka.) La variante C violait donc l'objet et le but du traité de 1977 lui-même, et cette violation grave équivalait à un rejet du traité par la Tchécoslovaquie.

La Cour, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, s'est référée à la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale en déclarant :

« Il faut donc voir dans la résolution en question l'exercice du droit de mettre fin à un certain rapport à la suite d'une violation délibérée et persistante d'obligations, qui détruit l'objet même et le but de ce rapport. » (C.I.J. *Recueil* 1971, p. 47, par. 95.)

L'objet et le but du traité de 1977 (l'« intégration socialiste » des Etats membres du Comecon, incluse dans son préambule, étant par ailleurs devenue caduque) consistaient en l'utilisation en commun des ressources naturelles du Danube. Le détournement unilatéral de ces eaux et leur utilisation exclusive par la Slovaquie constituait sans aucun doute une violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet et du but

That observation, however, implies a need for certain additional conclusions. We are not dealing simply with “intersecting wrongs” on the part of both Parties to the dispute. The Court has not taken care to distinguish between the “wrongs”, and has declared, *inter alia*, “that both Hungary and Czechoslovakia failed to comply with their obligations under the 1977 Treaty”. It referred to the existence of “reciprocal wrongful conduct” and “reciprocal non-compliance” (para. 114) as the consequence of “the fact that the Treaty has not been fully implemented by either party for years” (para. 133). What should have been done was assess how serious the unlawful conduct attributed to both Parties was in order to make the necessary inferences.

Hungary, by abandoning the construction of the Nagymaros dam, ruled out the peak mode operation of the Gabčíkovo power plant, a mode of operation on which there was no prior agreement between the Parties, and, by suspending the works at Dunakiliti, it delayed the commissioning of the Gabčíkovo power plant. As a result, it inflicted financial losses on its partner whereas Czechoslovakia, later Slovakia, by building on its territory a dam unilaterally diverting the waters of the Danube, violated a provision essential to the accomplishment of the object and purpose of the Treaty, as laid down in Article 60, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The construction of Variant C infringed several essential provisions of the 1977 Treaty: not only those to be found in Articles 15, 19 and 20, but above all those concerning the joint use and control of the plant built under the Treaty. The Agent of Slovakia admitted this expressly during the hearings: “a joint operation was of the very essence of the Project under the 1977 Treaty” (CR 97/7, p. 16, Tomka). Variant C therefore infringed the object and purpose of the 1977 Treaty itself, and that serious infringement is tantamount to a rejection of the Treaty by Czechoslovakia.

The Court, in its Advisory Opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, referred to General Assembly resolution 2145 (XXI), when stating:

“The resolution in question is therefore to be viewed as the exercise of the right to terminate a relationship in case of a deliberate and persistent violation of obligations which destroys the very object and purpose of that relationship.” (*I.C.J. Reports 1971*, p. 47, para. 95.)

The object and purpose of the 1977 Treaty (the “socialist integration” of the States Members of COMECON, included in its preamble, having in the event become obsolete) consisted in joint utilization of the natural resources of the Danube. The unilateral diversion of these waters and their exclusive utilization by Slovakia were undoubtedly a breach of a provision essential to the accomplishment of the object and purpose of

du traité, alors que le comportement de la Hongrie a simplement retardé la mise en fonction de la centrale, mais ne l'a pas éliminée; la Hongrie n'a pas réduit à néant «l'objet et le but» de la relation conventionnelle.

Je suis en désaccord avec l'arrêt de la Cour quand celle-ci conclut que la Tchécoslovaquie était en droit de recourir en novembre 1991 à la variante C (par. 88), en considérant :

«qu'entre novembre 1991 et octobre 1992 la Tchécoslovaquie s'est bornée à exécuter sur son propre territoire des travaux qui étaient certes nécessaires pour la mise en œuvre de la variante C, mais qui auraient pu être abandonnés si un accord était intervenu entre les parties et ne préjugeaient dès lors pas de la décision définitive à prendre» (par. 79).

Je ne peux être d'accord avec cette explication pour les raisons suivantes :

Le fait que les travaux de la variante C aient été effectués seulement sur le territoire de la Tchécoslovaquie n'excluent pas leur illicéité. Un Etat est parfaitement à même d'utiliser son propre territoire pour violer ses engagements internationaux, et les exemples ne manquent pas qui prouvaient le contraire. Le fait que les travaux «auraient pu être arrêtés» n'est pas non plus un argument convaincant et, en tout état de cause, les travaux de la variante C n'ont pas été stoppés comme le demandait la Hongrie, ne fût-ce que pour une durée limitée.

Les constructions de la variante C ne sauraient être considérées comme des «travaux préparatoires» au détournement des eaux du Danube. Seuls le concept et les plans de la variante C méritent une telle qualification, et non pas le recours lui-même, c'est-à-dire la construction des ouvrages — digues, barrages — destinés au détournement. L'arrêt (dans son paragraphe 79) se réfère au commentaire de la CDI relatif au projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Toutefois ledit commentaire mentionne expressément ce qui suit :

«En ce qui concerne le moment où une demande de cessation peut être présentée par l'Etat ou les Etats lésés, il est évident qu'il faut, en droit, attendre à cet effet que le *comportement illicite ait débuté*, c'est-à-dire qu'un seuil, celui de l'illégalité, ait été franchi par suite du comportement réputé illicite.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1993, vol. II, deuxième partie, p. 59, par. 14.; les italiques sont de moi.)

Puisque la variante C, comme telle, constituait une violation du traité de 1977, le comportement illicite de la Tchécoslovaquie a débuté avec le recours à la construction de ces éléments nécessaires au détournement unilatéral des eaux du Danube. Il est tout à fait arbitraire et inconséquent de séparer le comportement en question de la Tchécoslovaquie — illégal à mon avis — de son résultat — illégal selon la Cour.

Par suite, ma conclusion est que la Tchécoslovaquie a agi de manière illicite lorsqu'elle a recouru, en novembre 1991, à la solution provisoire.

the Treaty, whereas the conduct of Hungary simply delayed but did not preclude the commissioning of the power plant; Hungary did not destroy “the object and purpose” of the treaty relationship.

I disagree with the Judgment of the Court when it concludes that Czechoslovakia was entitled, in November 1991, to carry out Variant C (para. 88), given that:

“between November 1991 and October 1992, Czechoslovakia confined itself to the execution, on its own territory, of the works which were necessary for the implementation of Variant C, but which could have been abandoned if an agreement had been reached between the parties and did not therefore predetermine the final decision to be taken” (para. 79) .

I cannot agree with that explanation for the following reasons:

The fact that the work on Variant C was only carried out on Czechoslovak territory does not preclude its unlawfulness. A State can quite well use its own territory to breach its international obligations, and there are numerous examples which could show this to be the case. The fact that the works “could have been halted” is not a convincing argument either and, in any event, work on Variant C was not stopped, as requested by Hungary — not even for a limited time.

The constructions of Variant C could not be considered to be “works preparatory” to the diverting of the Danube waters. Only the design and plans for Variant C may be so described, but not the actual recourse to that Variant, namely the construction of works — dykes, dams — intended for the diversion. The Judgment refers (in paragraph 79), to the commentary of the International Law Commission on the Draft Articles on State Responsibility. However, that commentary expressly mentions the following:

“With regard to the timing of any claim for cessation on the part of the injured State or States, it is obvious that no such claim could be lawfully put forward unless *the wrongful conduct had begun*, namely unless the threshold of unlawfulness had been crossed by an allegedly wrongdoing State’s conduct.” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1993, Vol. II, Part 2, p. 57, para. 14; emphasis added.)

Since Variant C, as such, constituted a breach of the 1977 Treaty, the unlawful conduct of Czechoslovakia began when it proceeded to the construction of those works necessary for the unilateral diversion of the Danube waters. It is completely arbitrary and inconsistent to separate that conduct of Czechoslovakia — unlawful in my opinion — from its result — unlawful according to the Court.

Accordingly, I conclude that Czechoslovakia acted unlawfully when, in November 1991, it embarked on the provisional solution. In other



En d'autres termes, elle n'était pas plus en droit de recourir à celle-ci que de la mettre en service, à partir d'octobre 1992.

\* \* \*

Je me sens contraint à exprimer une opinion dissidente en ce qui concerne la réponse de la Cour à la troisième question posée, à savoir: «quels sont les effets juridiques de la notification, le 19 mai 1992, de la terminaison du traité par la République de Hongrie»? Autrement dit, le traité de 1977 est-il ou non resté en vigueur?

Le 19 mai 1992, le Gouvernement de la Hongrie a notifié au Gouvernement tchécoslovaque qu'il considérerait le traité de 1977 comme terminé à partir du 25 mai de la même année. Les échanges diplomatiques démontrent que c'était le refus catégorique de la Tchécoslovaquie de suspendre, même pour un temps limité, les travaux de la variante C qui a conditionné la date à laquelle le Gouvernement de la Hongrie a décidé de terminer le traité. Le motif principal justifiant cette décision a été de répondre au rejet du traité par la Tchécoslovaquie que constituait la construction de la variante C. L'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités autorise une partie contractante à agir ainsi, comme il sera démontré plus tard.

Le Gouvernement hongrois a pris sa décision sur la base des considérations suivantes: *a)* état de nécessité; *b)* impossibilité d'exécution; *c)* changement fondamental de circonstances; *d)* violation substantielle du traité par l'autre partie; et, finalement, *e)* protection de l'environnement devenue obligatoire en droit international.

Au préalable, j'observerai qu'en réalité il n'existe que rarement des affaires «pures» ou univoques, dans le sens qu'elles n'appelleraient qu'un seul type abstrait de règlement ou de solution juridiques. Le plus souvent en effet, la situation juridique dans laquelle se trouvent les parties entre à la fois dans le champ d'application de plusieurs règles du droit international.

Je ne traiterai pas de l'ensemble des considérations avancées par la Hongrie. L'argument principal de celle-ci pour justifier la terminaison du traité de 1977 est clairement que la construction de la variante C constituait une violation de ce traité, pour les raisons avancées devant la Cour. La Hongrie a qualifié la violation grave du traité que la variante C a constituée de «rejet» par la Tchécoslovaquie du traité, constituant un changement fondamental de circonstances (CR 97/13, p. 42, Crawford). Les notions et les expressions précitées expriment la situation prévalant en mai 1992, envisagée selon différentes approches. La Hongrie a ajouté que cette situation pouvait être caractérisée comme un cas d'impossibilité d'exécution et, bien entendu, que le développement du droit international de l'environnement devait être pris en considération dans ce contexte.

Parmi ces différentes approches, je choisirai celle qui me paraît la plus adéquate et dont le résultat reflète le mieux les éléments juridiques caractérisant la situation. Cela rendra superflu l'examen des autres considéra-

words, it was no more entitled to do so than to commission it in October 1992.

\* \* \*

I feel obliged to express a dissenting opinion in respect of the reply to the third question put to the Court, namely: "what are the legal effects of the notification, on 19 May 1992, of the termination of the Treaty by the Republic of Hungary?" In other words, did the 1977 Treaty remain in force?

On 19 May 1992, the Government of Hungary notified the Government of Czechoslovakia that it would consider the 1977 Treaty to have been terminated as from 25 May of that same year. Diplomatic exchanges show that it was Czechoslovakia's categoric refusal to suspend the work on Variant C, even for a limited time, which determined the date of the Government of Hungary's decision to terminate the Treaty. The main reason for that decision was a wish to respond to the rejection of the Treaty by Czechoslovakia, constituted by the construction of Variant C. Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties authorizes a contracting party to act in this way, as will be shown later.

The Hungarian Government took its decision on the basis of the following considerations: (a) state of necessity; (b) impossibility of performance; (c) fundamental change of circumstances; (d) substantial breach of the Treaty by the other party; and, finally, (e) protection of the environment which had become mandatory in international law.

As a preliminary, I would observe that in reality one does not often see "pure" or unequivocal cases, in the sense that they require only one single abstract type of legal settlement or solution. More often than not, the legal situation in which the parties find themselves falls within the ambit of several rules of international law at the same time.

I shall not examine all the arguments put forward by Hungary. Its main argument to justify termination of the 1977 Treaty is clearly that the construction of Variant C constituted a breach of that Treaty, for the reasons given before the Court. Hungary described the grave breach constituted by Variant C as a "repudiation" by Czechoslovakia of the Treaty, constituting a fundamental change of circumstances (CR 97/13, p. 42, Crawford). The aforementioned concepts and expressions reflect the situation which prevailed in May 1992, viewed from different angles. Hungary further contended that that situation could be characterized as a case of impossibility of performance and, of course, that the development of international environmental law ought to be taken into consideration in this context.

From among these different approaches, I shall select the one which seems to me to be the most adequate and the result of which best reflects the legal points characterizing the situation. That will render superfluous

tions avancées, qui ne font selon moi que «réorganiser» ces éléments de manière différente et moins précise.

Selon le paragraphe 1 de l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités :

«Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.»

Le paragraphe 3 de l'article 60 stipule ce qui suit :

«Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constitué par

- a) un rejet du traité non autorisé par la présente convention ;
- b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.»

La variante C constituait une violation des dispositions du traité de 1977, ainsi que d'autres règles du droit international, du fait que la Hongrie avait été privée des eaux du Danube qui lui appartenaient. L'exploitation conjointe étant l'essence même du projet prévu par le traité, le détournement unilatéral a exclu la réalisation de l'objet et du but du traité. Nonobstant les effets écologiques que le détournement du Danube aurait causé, de manière prévisible, à la Hongrie, le simple fait du détournement unilatéral — pris isolément — était d'une gravité telle qu'elle justifiait la terminaison du traité. La raison principale et décisive de la terminaison est à rechercher dans la construction de la variante C et son illégalité, qui doit être qualifiée de violation fondamentale selon le texte de l'article 60, paragraphe 3, alinéa b), de la convention de Vienne. La question est bien à situer dans le contexte du droit des traités. Toutes les autres raisons évoquées n'ont qu'un caractère subsidiaire.

Si la variante C constituait bien une violation grave, une violation fondamentale du traité — ce que la Cour a elle-même constaté — la Hongrie était en droit de terminer le traité.

La décision de la Hongrie a-t-elle été prise prématurément ?

Il est vrai que le détournement des eaux du Danube n'était pas encore achevé au mois de mai 1992, mais la violation grave du traité de 1977 avait déjà débuté — comme je l'ai démontré auparavant — quand la Tchécoslovaquie a recouru à la construction de la variante C au mois de novembre de l'année précédente. Il est difficile d'admettre que la Hongrie devait attendre passivement l'achèvement de la construction de ladite variante C. La Tchécoslovaquie a plusieurs fois déclaré qu'elle était résolue à mettre en service la solution «provisoire». Les négociations bilatérales se trouvaient dans une impasse; les travaux de la variante C progressaient bien et la Tchécoslovaquie ne cachait pas ses intentions de procéder à un détournement unilatéral des eaux du Danube à Čunovo à la date prévue, tout en refusant de suspendre, même pour un temps strictement limité, les travaux dont l'objectif ne faisait plus mystère.

the examination of the other arguments put forward, which I do not think do more than “reorganize” those points differently and less precisely.

Article 60, paragraph 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides:

“A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.”

Article 60, paragraph 3, provides as follows:

“A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:

- (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or
- (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.”

Variant C constituted a violation of the provisions of the 1977 Treaty and other rules of international law, since Hungary was deprived of the Danube waters which belonged to it. As joint operation was the very essence of the Project provided for by the Treaty, the unilateral diversion precluded the accomplishment of the object and purpose of the Treaty. Notwithstanding the ecological effects that the diversion of the Danube is alleged to have had, predictably, on Hungary, the mere fact of a unilateral diversion — taken on its own — was so serious that it justified termination of the Treaty. The main and decisive reason for the termination is to be found in the construction of Variant C and its unlawfulness, which must be described as a fundamental violation within the meaning of Article 60, paragraph 3 (b), of the Vienna Convention. The question falls clearly within the ambit of the law of treaties. All the other reasons put forward are merely subsidiary.

If Variant C truly constituted a grave breach, a fundamental violation of the Treaty — which the Court itself has noted — Hungary was entitled to terminate the Treaty.

Was Hungary’s decision premature?

It is true that the diversion of the waters of the Danube had not yet been completed in May 1992, but the grave breach of the Treaty had already begun — as I have shown earlier — when Czechoslovakia started constructing Variant C in November of the preceding year. It is difficult to accept that Hungary should have passively awaited completion of the construction of Variant C. Czechoslovakia had on several occasions stated that it was determined to implement the “provisional” solution. The bilateral negotiations were deadlocked; work on Variant C was progressing well and Czechoslovakia made no secret of its intention to carry out a unilateral diversion of the Danube waters at Čunovo on the planned date, while refusing, even for a strictly limited time, to suspend the works whose objective was no longer a mystery.

La Tchécoslovaquie, en procédant à la mise en œuvre de la variante C, l'a toujours qualifiée, en tant que mesure destinée à atteindre le but du traité de 1977, comme étant une «application approximative» du traité de 1977. Pour tenter d'arrêter les travaux de construction, la Hongrie a entendu retirer à la variante C sa prétendue justification, et c'est pour cela qu'elle a déclaré mettre fin au traité. Les travaux de la variante C ont été entrepris et achevés sur territoire tchécoslovaque uniquement. La terminaison du traité de 1977 était le seul moyen dont la Hongrie pouvait disposer pour empêcher la Tchécoslovaquie de détourner les eaux du Danube dans le secteur où les deux rives du fleuve appartiennent à ce pays. Elle a notifié le 19 mai 1992 à la Tchécoslovaquie qu'elle considérerait le traité comme terminé au 25 mai de la même année. Le délai était certainement très court, mais le paragraphe 2 de l'article 65 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui prévoit un délai de trois mois, contient — il convient de le souligner — l'exception suivante: «sauf en cas d'urgence particulière». Dans un tel cas le délai peut être inférieur à trois mois. En mai 1992, en face des progrès visibles dans l'édification de la variante C, la Hongrie se trouvait manifestement dans une telle situation d'«urgence particulière».

Le moyen que constituait la terminaison du traité de 1977 s'est révélé inefficace: la décision de la Tchécoslovaquie était prise, et elle allait demeurer irréversible. De fait, l'ouvrage a été mis en chantier et n'a pas fait l'objet d'une suspension de travaux pour un seul moment; ceux-ci ont été continués, même après que la Hongrie eut notifié à son partenaire qu'elle considérerait le traité comme terminé. En tout cas, le détournement unilatéral du Danube a été achevé le 26 octobre 1992, et la violation grave du traité de 1977 a été accomplie. Même si la note de la Hongrie du 19 mai a pu être considérée comme prématurée — ainsi que la Cour l'estime —, elle a pris effet, au plus tard, quand le détournement des eaux du Danube a été achevé.

La Hongrie a-t-elle perdu, à cause des violations prétendues de ses obligations internationales, son droit de terminer le traité de 1977?

Dans la première partie de mon opinion dissidente, j'ai déjà démontré que la Hongrie, en suspendant puis en abandonnant les travaux de Nagymaros, a agi en état de nécessité, dont les critères — qu'il est inutile de répéter ici — étaient tous réunis. L'état de nécessité a exonéré la Hongrie de la responsabilité encourue pour le non-respect de certaines dispositions du traité de 1977. En ce qui concerne la suspension des travaux à Dunakiliti, la plupart des critères de l'état de nécessité étaient également réunis, mais il est vrai que la Tchécoslovaquie avait un intérêt essentiel à ce que les travaux continuent. La Hongrie, pour sa part, a achevé la construction des digues en aval de Gabčíkovo dont elle était responsable d'après le traité, et elle a offert à la Tchécoslovaquie de l'indemniser pour les pertes que cette dernière aurait pu subir. Il existe donc, au bénéfice de la Hongrie, des circonstances exonératoires de responsabilité et des circonstances atténuantes, le comportement qu'on peut lui reprocher n'ayant pas la gravité de celui constitué par la construction de la variante C par la

When implementing Variant C, Czechoslovakia always described it, in so far as it was a measure designed to attain the purpose of the 1977 Treaty, as an “approximate application” of that Treaty. In an attempt to stop construction work, Hungary sought to deprive Variant C of its alleged justification, and hence it announced its termination of the Treaty. Work on Variant C was undertaken and completed on Czechoslovak territory alone. Termination of the 1977 Treaty was the only means available to Hungary to prevent Czechoslovakia from diverting the Danube waters in the sector where both banks of the river belong to that country. On 19 May 1992, it notified Czechoslovakia that it would consider the Treaty to be terminated as from 25 May of that year. The period of notice was certainly very short but Article 65, paragraph 2, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides for a three month time-limit, contains — as it should be emphasized — the following exception: “except in cases of special urgency”. In such a case the time-limit may be less than three months. In May 1992, in the face of very visible progress in the building of Variant C, Hungary was manifestly in such a situation “of special urgency”.

Recourse to termination of the 1977 Treaty proved ineffectual: Czechoslovakia’s decision was taken, and it was to remain irreversible. In fact, construction had started up and work was not suspended for a single moment; it carried on, even after Hungary had notified its partner that it considered the Treaty to be terminated. In any event, the unilateral diversion of the Danube was completed on 26 October 1992, and the grave breach of the 1977 Treaty was complete. Even if Hungary’s Note of 19 May could — as the Court holds — have been considered premature, it took effect, at the latest, when the diversion of the Danube waters was completed.

Did Hungary, as a result of the alleged violations of its international obligations, forfeit its right to terminate the 1977 Treaty?

In the first part of my dissenting opinion, I showed that, when suspending and then abandoning the works at Nagymaros, Hungary acted out of a state of necessity, for which the criteria — which do not need to be repeated here — were all met. The state of necessity exonerated Hungary from the responsibility incurred on account of its failure to comply with certain provisions of the 1977 Treaty. As far as the suspension of the works at Dunakiliti is concerned, the majority of the criteria for a state of necessity were also met, but it is true that Czechoslovakia had an essential interest in the continuation of these works. Hungary, for its part, completed the construction of the dykes downstream of Gabčíkovo for which it was responsible under the Treaty and it offered to compensate Czechoslovakia for such losses as that State might have sustained. There are therefore, in Hungary’s favour, circumstances exonerating it from responsibility and certain mitigating circumstances, since the conduct for which it can be reproached is not as serious as that constituted by

Tchécoslovaquie. Le traité n'a pas survécu à l'effet conjoint de la violation grave que constituait le détournement du Danube et de la notification par la Hongrie de sa terminaison. La question de la succession d'Etats au traité ne se pose donc pas.

En ce qui concerne l'expression «instruments y afférents» il convient de souligner qu'avec la disparition du traité le texte de base auquel des instruments pouvaient être reliés n'existe plus. Cette expression a par suite perdu toute portée juridique. Cela ne signifie point que tous les instruments dont les dispositions pouvaient entretenir une certaine relation avec celles du traité de 1977 sont devenus caducs. Leur sort devrait être déterminé séparément, compte tenu des règles pertinentes du droit international.

\* \* \*

La Cour a toutefois considéré dans son arrêt que le traité du 16 septembre 1977 était resté en vigueur et que la République slovaque, en tant qu'Etat successeur de la République fédérative tchèque et slovaque, était devenue partie au traité à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1993. En ce qui concerne les conséquences juridiques de l'arrêt, y compris les droits et les obligations pour les Parties que la Cour a été priée de déterminer selon le paragraphe 2 de l'article 2 du compromis, la Cour, dans le paragraphe 2 du dispositif de l'arrêt dit, au point B,

«que la Hongrie et la Slovaquie ... doivent prendre toutes mesures nécessaires à l'effet d'assurer la réalisation des objectifs du traité du 16 septembre 1977, selon des modalités dont elles conviendront».

Le point C du paragraphe 2 du dispositif emploie quant à lui les termes «conformément au traité», et le point E l'expression «conformément aux dispositions pertinentes du traité».

La Cour, en décidant le maintien en vigueur du traité de 1977, a aggravé sa propre tâche et n'a pas facilité celle des Parties au différend, celles-ci devant parvenir à un accord sur la solution des questions qui les ont opposées. Selon son raisonnement :

«La Cour établirait un précédent aux effets perturbateurs sur les relations conventionnelles et l'intégrité de la règle *pacta sunt servanda* si elle devait conclure qu'il peut être unilatéralement mis fin, au motif de manquements réciproques, à un traité en vigueur entre Etats...» (Par. 114.)

Je dois remarquer que l'expression «manquements réciproques» ne reflète pas de manière adéquate la cause ou les causes de la terminaison du traité. Toutefois, là n'est pas mon objection essentielle concernant cette partie de l'arrêt, mais bien plutôt les divergences — pour ne pas dire les contradictions — qui existent entre la partie «déclaratoire» de celui-ci et sa partie «normative». La Cour, tout en maintenant en vigueur le

Czechoslovakia's construction of Variant C. The Treaty did not survive the joint effect of the serious breach constituted by the diversion of the Danube and Hungary's notification of its termination. The question of State succession to the Treaty is therefore irrelevant.

As far as the expression "related instruments" is concerned, it should be noted that with the disappearance of the Treaty, the fundamental text which could hold all the instruments together no longer exists. That expression subsequently lost any legal significance. That does not mean that all the instruments whose provisions could have a certain relationship to those of the 1977 Treaty have become obsolete. Their fate should be decided separately, having regard to the relevant rules of international law.

\* \* \*

The Court in its Judgment has taken the view, however, that the 16 September 1977 Treaty remained in force and that the Slovak Republic, as successor State to the Federal Czech and Slovak Republic, became a party to the Treaty as from 1 January 1993. With regard to the legal consequences of the Judgment, including the rights and obligations for the Parties which the Court was asked to determine under Article 2, paragraph 2, of the Special Agreement, the Court, in paragraph 2 of the operative part of the Judgment, states at point B that

"Hungary and Slovakia must . . . take all necessary measures to ensure the achievement of the objectives of the Treaty of 16 September 1977, in accordance with such modalities as they may agree upon".

For its part, point C of paragraph 2 of the operative part uses the words "in accordance with the Treaty", and point E the expression "in accordance with the relevant provisions of the Treaty".

By deciding that the 1977 Treaty is still in force, the Court made its own task more difficult and did nothing to ease that of the Parties since they have to reach an agreement on the resolution of questions over which they have been in dispute. According to its reasoning,

"The Court would set a precedent with disturbing implications for treaty relations and the integrity of the rule *pacta sunt servanda* if it were to conclude that a treaty in force between States . . . might be unilaterally set aside on grounds of reciprocal non-compliance." (Para. 114.)

I must observe that the expression "reciprocal non-compliance" does not adequately reflect the cause or causes of the termination of the treaty. However, that is not my essential objection regarding that part of the Judgment; rather am I concerned at the divergences — not to say contradictions — between its "declaratory" part and its "prescriptive" part. The Court, while maintaining the Treaty in force, wanted to avoid being



traité, désirait éviter qu'on ne lui oppose l'adage *summum jus summa injuria*, et elle a reconnu que le traité de 1977, dans sa forme originale, n'était pas applicable. Je vais citer *in extenso* les passages pertinents de l'arrêt:

«133. La Cour ne saurait toutefois ignorer qu'aucune des parties n'a pleinement exécuté le traité depuis des années, ni d'ailleurs que les parties, par leurs actes et leurs missions, ont contribué à créer la situation de fait qui prévaut aujourd'hui. En se prononçant sur les exigences auxquelles le comportement à venir des Parties devra satisfaire en droit, la Cour ne peut négliger de tenir compte de cette situation de fait et des possibilités et impossibilités pratiques qui en résultent.

.....

C'est pourquoi il est essentiel de replacer la situation de fait, telle qu'elle s'est développée depuis 1989, dans le contexte de la relation conventionnelle qui s'est maintenue et qui est appelée à évoluer, afin de réaliser son objet et son but dans toute la mesure du possible. Car ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra être porté remède à la situation irrégulière due aux manquements des deux Parties à leurs obligations conventionnelles.

134. Ce qui aurait pu être une application correcte du droit en 1989 ou 1992, si l'affaire avait été soumise à la Cour à l'époque, pourrait représenter un mal-jugé en 1997. La Cour ne saurait ignorer le fait que la centrale de Gabčíkovo fonctionne depuis près de cinq ans, que le canal de dérivation qui alimente la centrale reçoit ses eaux d'un réservoir nettement plus petit formé par un barrage qui n'a pas été construit à Dunakiliti mais à Čunovo, et que la centrale est exploitée au fil de l'eau et non en régime de pointe comme il était prévu à l'origine. La Cour ne saurait pas davantage ne pas tenir compte de ce que non seulement l'ouvrage de Nagymaros n'a pas été construit, mais qu'il n'y a plus aucune raison de le construire puisque les deux Parties ont, dans les faits, écarté l'hypothèse d'une exploitation en régime de pointe.»

Le raisonnement de la Cour dans ce contexte se base avant tout sur le rôle du facteur temps — les huit années qui se sont écoulées entre 1989 et 1997: «Ce qui aurait pu être une application correcte du droit en 1989 ou 1992, si l'affaire avait été soumise à la Cour à l'époque, pourrait représenter un mal-jugé en 1997.» (On ne doit pas oublier, dans ce contexte, que la Hongrie a proposé, déjà en novembre 1989, que les différends que les parties ne pourraient pas résoudre elles-mêmes soient réglés par l'arbitrage ou par le recours à la Cour internationale de Justice.) A mon avis, toutefois, cette approche restreignant l'impact du facteur temps à la période suivant la naissance du différend ne permet pas à la Cour d'intégrer, sur la toile de fond d'une affaire complexe, tous les aspects pertinents de celle-ci.

Le temps a passé, non seulement entre 1989 et 1997, mais aussi entre

set against the maxim *summum jus summa injuria*, and it recognized that the 1977 Treaty, *in its original form*, did not apply. I will cite the pertinent passages of the Judgment *in extenso*:

“133. The Court, however, cannot disregard the fact that the Treaty has not been fully implemented by either party for years, and indeed that their acts of commission and omission have contributed to creating the factual situation that now exists. Nor can it overlook that factual situation — or the practical possibilities and impossibilities to which it gives rise — when deciding on the legal requirements for the future conduct of the Parties.

.....  
What is essential, therefore, is that the factual situation as it has developed since 1989 shall be placed within the context of the preserved and developing treaty relationship, in order to achieve its object and purpose in so far as that is feasible. For it is only then that the irregular state of affairs which exists as the result of the failure of both Parties to comply with their treaty obligations can be remedied.

134. What might have been a correct application of the law in 1989 or 1992, if the case had been before the Court then, could be a miscarriage of justice if prescribed in 1997. The Court cannot ignore the fact that the Gabčíkovo power plant has been in operation for nearly five years, that the bypass canal which feeds the plant receives its water from a significantly smaller reservoir formed by a dam which is built not at Dunakiliti but at Čunovo, and that the plant is operated in a run-of-the-river mode and not in peak hour mode as originally foreseen. Equally, the Court cannot ignore the fact that, not only has Nagymaros not been built, but that, with the effective discarding by both Parties of peak power operation, there is no longer any point in building it.”

The reasoning of the Court in that context is based above all on the role of the time factor — the eight years that have elapsed between 1989 and 1997: “What might have been a correct application of the law in 1989 or 1992, if the case had been before the Court then, could be a miscarriage of justice if prescribed in 1997.” (One should not forget, in this context, that Hungary proposed, as early as November 1989, that the disputes which the parties could not resolve themselves should be decided by arbitration or by recourse to the International Court of Justice.) In my opinion, however, the approach limiting the impact of the time factor to the period that has elapsed since the dispute arose does not enable the Court, against the background of a complex case, to incorporate all of its relevant aspects.

Time passed, not only between 1989 and 1997, but also between 1977

1977 et 1989. Le traité de 1977 — traité bilatéral — a été conclu dans un contexte politique précis — favoriser l'intégration socialiste des Etats membres du Conseil d'assistance économique — qui s'est transformé de manière radicale en 1989. Le contexte économique qui prévalait en 1977 — marqué par le système de l'économie dite planifiée — a été bouleversé de manière non moins radicale, dès lors que l'avènement de l'économie de marché a modifié toutes les prévisions relatives au coût et à la rentabilité du projet G/N. Par ailleurs, depuis la signature du traité, les connaissances et exigences écologiques avaient évolué rapidement. Les parties ont toutes deux admis que le traité est devenu périmé: la Hongrie en proposant, en novembre 1989, de le modifier; et la Tchécoslovaquie, au mois de septembre 1991, en reconnaissant que les parties obsolètes du traité devaient être supprimées (mémoire de la Slovaquie, vol. IV, annexe 97, p. 249). Le recours soudain à la variante C, dite «solution provisoire», a empêché les parties de trouver une solution mutuellement acceptable aux problèmes soulevés par le traité. Les faits, qu'il n'est point nécessaire de répéter ici, militant pour la modification du traité et appelant la conclusion d'un nouvel accord, existaient déjà en 1989, et ne sont pas les produits de la période postérieure à cette date en tant que conséquences du comportement illicite des parties.

L'arrêt de la Cour remet ces parties dans le contexte d'un traité «vieux», de «caractère désuet», tout en prescrivant des changements sages, raisonnables et même indispensables: écarter définitivement l'exploitation en régime de pointe de la centrale de Gabčíkovo; ne pas construire l'ouvrage de Nagymaros, car «il n'y a plus aucune raison de le construire»; et, en ce qui concerne la sauvegarde de l'environnement, prendre en considération les «normes nouvelles» et apprécier convenablement les «exigences nouvelles», «non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé» (par. 140).

Ces normes auraient une effectivité plus grande et les Parties au différend pourraient les appliquer plus aisément sans les références faites au traité de 1977. La Cour aurait pu et aurait dû s'appuyer, dans la partie normative de son arrêt, non pas sur un traité périmé, inapplicable — et à mon avis terminé — mais sur les règles incontestées du droit international général et sur les autres traités et conventions en vigueur entre les deux Parties, aux fins de résoudre leurs problèmes, hérités de l'ancien projet G/N.

Il est indiscutable que la terminaison du traité de 1977 n'aurait pas laissé les Parties au différend dans un vide juridique. Leurs relations sont, comme l'a constaté la Cour,

«aussi soumises aux règles des autres conventions pertinentes auxquelles les deux Etats sont parties, aux règles du droit international général et, en l'espèce, aux règles de la responsabilité des Etats» (par. 132).

Le préambule du compromis conclu par la Slovaquie et par la Hongrie dit que la République slovaque est l'«unique Etat successeur» de la

and 1989. The 1977 Treaty — a bilateral treaty — was concluded in a specific political context, that of the bid to promote socialist integration of the States Members of the Council for Mutual Economic Assistance, which was radically transformed in 1989. The economic climate prevailing in 1977, marked by the economic system known as the command economy, was overturned in a no less radical manner when the advent of the market economy modified all expectations as to the cost and viability of the G/N Project. Furthermore, since the signature of the Treaty, ecological knowledge and requirements have evolved rapidly. The Parties both admitted that the Treaty was out of date: Hungary by proposing to amend it in November 1989; and Czechoslovakia in September 1991, by recognizing that the obsolete parts of the Treaty should be cancelled (Memorial of Slovakia, Vol. IV, Ann. 97, p. 249). The sudden recourse to Variant C, the so-called “provisional solution”, prevented the Parties from finding a mutually acceptable solution to the problems raised by the Treaty. The facts, which I need not repeat at this juncture, that argue for modification of the Treaty and require the conclusion of a new agreement already existed in 1989, and do not derive from the period subsequent to that date as consequences of the unlawful conduct of the Parties.

The Judgment of the Court puts those Parties back in the context of an “old”, “out-of-date” Treaty, whilst prescribing sensible, reasonable and even essential changes: to exclude definitively the peak mode operation of the Gabčíkovo power plant; not to build the Nagymaros works since “there is no longer any point in building [them]”; and, with regard to environmental protection, to take “new norms” into consideration and to assess “new requirements” appropriately, “not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past” (para. 140).

Those norms would be more effective and the Parties to the dispute could apply them more easily without the references to the 1977 Treaty. The Court could and should have founded the prescriptive part of its Judgment not upon an obsolete Treaty which could not be implemented — and which in my opinion had been terminated — but on the uncontested rules of general international law and on other treaties and conventions in force between the Parties, in order to resolve the problems they had inherited from the old G/N Project.

One may be certain that the termination of the 1977 Treaty would not have left the Parties to the dispute in a legal vacuum. Their “relationship”, as the Court noted,

“is also determined by the rules of other relevant conventions to which the two States are party, by the rules of general international law and, in this particular case, by the rules of State responsibility” (para. 132).

The preamble to the Special Agreement concluded by Slovakia and Hungary states that the Slovak Republic is the “sole successor State” of the

République fédérative tchèque et slovaque «en ce qui concerne les droits et obligations relatifs au projet Gabčíkovo-Nagymaros». Les droits et obligations créés par l'exécution du traité de 1977 avant qu'il ait pris fin ne sont pas remis en cause par l'extinction du traité. En effet, selon l'article 70, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités:

«A moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente convention:

- a) libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité;
- b) *ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin.*» (Les italiques sont de moi.)

Les ouvrages construits de bonne foi en application du traité de 1977 — comme Gabčíkovo et Dunakiliti — ne sont point affectés par le sort final de celui-ci. La Slovaquie peut donc maintenir et utiliser la centrale de Gabčíkovo d'une manière qui ne cause pas de dommages significatifs à son voisin, et cela, en particulier, en exploitant ladite centrale au fil de l'eau. Quant aux problèmes suscités par la construction du barrage de Čunovo et le détournement des eaux du Danube, ils devaient être résolus en fonction des autres traités en vigueur entre les Parties, notamment le traité de 1976 sur les eaux frontalières, ainsi que des autres principes et règles du droit international en vigueur entre les Parties et mettant à la charge de celles-ci des obligations qu'elles doivent respecter. Ainsi, chacune des Parties est obligée de s'abstenir de tout acte ou de tout comportement ayant des effets néfastes sur l'environnement et causant des dommages significatifs à l'autre.

Le point le plus important à cet égard est le partage équitable et raisonnable des eaux du Danube. L'arrêt de la Cour cite le paragraphe 2 de l'article 5 de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, aux termes duquel:

«Les Etats du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles.» (Par. 147.)

Ce principe, qui peut être considéré à juste titre comme exprimant une règle générale du droit international en vigueur, est pertinent pour le règlement du différend dans la présente affaire. L'illicéité de la variante C consistait dans l'appropriation par la Tchécoslovaquie, puis par la Slovaquie, de la presque totalité des eaux du Danube — ressource naturelle partagée. Cette utilisation unilatérale doit cesser le plus vite possible et définitivement. Ce but peut être atteint par «l'association de la Hon-

Czech and Slovak Federal Republic “in respect of rights and obligations relating to the Gabčíkovo-Nagymaros Project”. The rights and obligations created by the performance of the 1977 Treaty before it was terminated are not affected by the termination of the Treaty. Under Article 70, paragraph 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties:

“Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

- (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
- (b) *does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.*” (Emphasis added.)

The installations constructed in good faith in fulfilment of the 1977 Treaty — such as Gabčíkovo and Dunakiliti — are not affected by the ultimate fate of that Treaty. Slovakia may therefore keep up and use the Gabčíkovo power plant in a manner not causing significant damage to its neighbour, that is to say, in particular, by operating it in run-of-the-river mode. As to the problems resulting from construction of the Čunovo dam and the diversion of the Danube waters, they should be settled in accordance with other treaties in force between the Parties, in particular the 1976 Boundary Waters Convention, and with the other principles and rules of international law in force between the Parties and placing them under certain binding obligations. It follows that each of the Parties is obliged to refrain from any act or any conduct having harmful effects on the environment and causing significant damage to the other Party.

The most important point in that regard is the equitable and reasonable sharing of the Danube waters. The Judgment of the Court cites Article 5, paragraph 2, of the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, according to which:

“Watercourse States shall participate in the use, development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner. Such participation includes both the right to utilize the watercourse and the duty to co-operate in the protection and development thereof, as provided in the present Convention.” (Para. 147.)

That principle, which may rightly be deemed to express a general rule of international law in force, is relevant to the settlement of the dispute in this case. The unlawfulness of Variant C lay in the appropriation by Czechoslovakia, then by Slovakia, of almost all the Danube waters, a shared natural resource. That unilateral use must cease as soon as possible and definitively. That aim can be achieved by “associating Hungary, on an equal footing, in the operation and management, and the

grie, sur un pied d'égalité, à l'exploitation, à la gestion et aux bénéfices» des ouvrages construits jusqu'ici en application du traité de 1977 ou en dehors et contre celui-ci, et cela par l'utilisation convenue des ressources naturelles du Danube dans le secteur en question. Il serait porté remède dans ce cas à la violation du droit international que constitue la variante C, et le statut de fait serait transformé en un régime de droit. C'est dans cette direction et dans cet esprit que la Cour s'est exprimée dans le paragraphe 146 de son arrêt. Je partage l'essence du message contenu dans ce paragraphe, tout en me sentant cependant contraint de l'exprimer de manière différente pour tenir compte des motifs que j'ai essayé de préciser ci-dessus.

Enfin, je réitérerai ma conclusion selon laquelle le traité de 1977 a été terminé de manière légale et qu'il n'est plus en vigueur. La partie normative de l'arrêt de la Cour aurait à mon avis été plus conséquente et plus convaincante si la Cour ne l'avait pas fondée sur le traité de 1977, mais plutôt sur les règles du droit international général et sur les autres traités et conventions qui obligent les Parties.

Ces considérations m'ont obligé à voter contre les points A, B, et D du paragraphe 1 du dispositif.

En ce qui concerne les points du paragraphe 2 du dispositif, il va de soi que, ayant voté contre le point D au premier paragraphe, je devais voter contre le point A du second paragraphe. Je suis fermement convaincu que la Hongrie et la Slovaquie doivent négocier de bonne foi, sur la base du droit international en vigueur, pour mettre en œuvre les droits et les obligations relatifs aux ressources naturelles partagées du Danube. Ces ressources partagées doivent être exploitées conjointement et selon des modalités arrêtées d'un commun accord. Toutefois, le fait que le point B du paragraphe 2 se réfère expressément aux objectifs du traité du 16 septembre 1977, le point C a un régime opérationnel conjoint conformément au même traité, et le point E aux dispositions pertinentes dudit traité — traité qui à mon avis et compte tenu des arguments avancés plus haut n'est plus en vigueur — m'a empêché de voter en faveur de ces points. Dans le même temps, j'ai voté en faveur du point D concernant l'indemnisation réciproque de la Slovaquie et de la Hongrie — sauf si les Parties en conviennent autrement — pour les dommages qu'elles ont subis en rapport avec la construction du système d'écluses, en considérant ce point juste et conforme aux règles pertinentes du droit international.

(Signé) Géza HERCZEGH.

benefits” of the works built to date in fulfilment of the 1977 Treaty or outside and against it, and that by way of the agreed utilization of the natural resources of the Danube in the sector in question. This would provide a remedy for the breach of international law constituted by Variant C, and the *de facto* status would be transformed into a régime of law. That is the direction and spirit expressed by the Court in paragraph 146 of its Judgment. I concur with the essence of the message contained in that paragraph, whilst considering myself obliged to express it differently in order to take account of the reasons which I have attempted to set out above.

Finally, I reiterate my conclusion that the 1977 Treaty was lawfully terminated and that it is no longer in force. The prescriptive part of the Judgment of the Court would, in my opinion, have been more logical and more convincing if the Court had not based it on the 1977 Treaty but rather on the rules of general international law and on the other treaties and conventions binding on the Parties.

These considerations forced me to vote against points A, B and D of paragraph 1 of the operative part.

As regards the points of paragraph 2 of the operative part, it goes without saying that, having voted against point D of the first paragraph, I had to vote against point A of the second paragraph. I am firmly convinced that Hungary and Slovakia must negotiate in good faith, on the basis of the international law in force, to implement the rights and obligations relating to the shared natural resources of the Danube. These shared resources should be exploited jointly and in accordance with mutually agreed arrangements. However, the fact that point B of paragraph 2 refers expressly to the objectives of the Treaty of 16 September 1977, point C to a joint operational régime in accordance with that Treaty, and point E to the relevant provisions of the said Treaty — which Treaty in my opinion, and having regard to the arguments put forward above, is no longer in force — prevented me from voting in favour of these points. At the same time, I voted in favour of point D on the reciprocal compensation of Slovakia and Hungary — unless the Parties otherwise agree — for the damage they have sustained on account of the construction of the System of Locks, since I considered that point to be fair and in accordance with the relevant rules of international law.

(Signed) Géza HERCZEGH.