

DISSENTING OPINION OF JUDGE SKUBISZEWSKI

1. While agreeing with the Court in all its other holdings, I am unable to concur in the broad finding that Czechoslovakia was not entitled to put Variant C into operation from October 1992 (Judgment, para. 155, point 1C). The finding is too general. In my view the Court should have distinguished between, on the one hand, Czechoslovakia's right to take steps to execute and operate certain works on its territory and, on the other, its responsibility towards Hungary resulting from the diversion of most of the waters of the Danube into Czechoslovak territory, especially in the period preceding the conclusion of the 1995 Agreement (Judgment, para. 25).

I

2. In proposing to Czechoslovakia the revision of the Treaty, Hungary, for some time, did not exclude the possibility of an arrangement that would maintain, in one form or another, the System of Locks (Article 1 of the Treaty). But the subsequent abandonment of the works was a clear indication of where Hungary was heading. Even when it first proposed a postponement of the works it was aiming at abolishing the Project. That was the heart of the matter. On 22 May 1990, the Prime Minister of the newly democratic Hungary put it in a nutshell by describing the whole Project as "a mistake" (Memorial of Hungary, Vol. 1, p. 64, para. 3.110). Hungary wanted to extricate itself from that "mistake". This is the basic fact of the case. The mass of scientific and technological information that has been submitted to the Court and the maze of legal argumentation should not cause that basic fact to be lost: it was Hungary, and Hungary alone, which, from a certain moment on, followed a policy of freeing itself from the bonds of the Treaty. Czechoslovakia, on its part, insisted on the implementation of the Treaty, though it was ready to adopt a flexible attitude with regard to some aspects of the operation of the System of Locks, for example with regard to the limitation or exclusion of the peak power operation mode or the objectively verified environmental needs.

3. This difference in the stance and the actions of the two Parties with regard to the Treaty should not be blurred. To simply say that, in fact, the two contracting States (and not only one of them, i.e., Hungary) conformed to rules other than those laid down by the Treaty does not cor-

OPINION DISSIDENTE DE M. SKUBISZEWSKI

[Traduction]

1. Tout en souscrivant à tout ce que la Cour a dit dans son arrêt, je ne peux m'associer à la conclusion trop large selon laquelle la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service la variante C à partir d'octobre 1992 (arrêt, par. 155, al. 1 C). Cette conclusion est trop générale. A mon avis, la Cour aurait dû établir une distinction entre, d'une part, le droit qu'avait la Tchécoslovaquie de prendre des mesures pour réaliser et exploiter certains ouvrages sur son territoire et, d'autre part, sa responsabilité à l'égard de la Hongrie en raison du détournement de la plus grande partie des eaux du Danube sur le territoire tchécoslovaque, en particulier pendant la période qui a précédé l'accord de 1995 (arrêt, par. 25).

I

2. En proposant à la Tchécoslovaquie la révision du traité, la Hongrie n'a pas exclu, pendant un certain temps, la possibilité d'un arrangement qui aurait maintenu, sous une forme ou une autre, le système d'écluses (article premier du traité). Mais l'abandon ultérieur des travaux constituait une indication claire de la voie dans laquelle s'engageait la Hongrie. Même lorsqu'elle a d'abord proposé le report des travaux, son but était d'annuler le projet. C'était là le cœur du problème. Le 22 mai 1990, le premier ministre de la nouvelle Hongrie démocratique l'a dit en un mot, en qualifiant d'«erreur» l'ensemble du projet (mémoire de la République de Hongrie, vol. 1, p. 64, par. 3.110). La Hongrie voulait se dégager de cette «erreur». Tel est le fait essentiel de l'affaire. La masse d'informations scientifiques et techniques qui ont été soumises à la Cour et les arguties de l'argumentation juridique ne doivent pas occulter ce fait fondamental: c'est la Hongrie, et la Hongrie seule, qui, à partir d'un certain moment, a suivi une politique visant à se délier de ses engagements conventionnels. La Tchécoslovaquie, pour sa part, insistait pour que le traité soit mis en œuvre, tout en se montrant disposée à adopter une attitude empreinte de souplesse vis-à-vis de certains aspects du fonctionnement du système d'écluses, par exemple en ce qui concerne la limitation ou l'exclusion du mode d'exploitation en régime de pointe, ou les besoins écologiques objectivement vérifiés.

3. Cette différence dans la position et les actes des deux Parties au regard du traité ne doit pas être estompée. Dire simplement qu'en fait les deux Etats contractants (et non pas seulement l'un d'entre eux, à savoir la Hongrie) ont observé des règles autres que celles énoncées par le traité

respond to legal reality. In particular, chronology cannot be dismissed as irrelevant. Hungarian doubts and reservations about and, finally, Hungary's withdrawal from the Project have not only preceded Variant C, but constituted its cause. Without an earlier suspension and abandonment of the works by Hungary there would have been no Variant C. Nor can it be said that Variant C excluded Hungary from the Project. The fact is that Hungary excluded itself, having lost all interest in the maintenance of the Project. Also, Czechoslovakia and subsequently Slovakia were prepared to co-operate with Hungary in respect of Variant C which they regarded as a provisional solution.

4. The documentation submitted in these proceedings does not support the view that the two States actually displayed the same intention of withdrawing from the Treaty. Prior to and also after the Hungarian declaration of termination, Czechoslovakia did not express any such intention. Variant C maintained some important aims of the joint investment: production of energy, flood prevention, and improvement of navigation. Where it deviated from the Project, it did not put any definitive bar to a return to the original concept of the Treaty. There was no tacit consent to the extinction of the Treaty on the part of Czechoslovakia. That country no longer exists, but Slovakia (as its successor) still postulates the implementation of the Treaty (Judgment, para. 14).

5. When Czechoslovakia and Hungary were negotiating and concluding their Treaty, they knew very well what they were doing. They made a conscious choice. A joint investment of such proportions inevitably entails some changes in the territories of the countries involved, including an impact on the environment. In particular, the two States were facing the dichotomy of socio-economic development and preservation of nature. Articles 15, 19 and 20 show that the two States paid attention to environmental risks and were willing to meet them. In the 1970s, when the Treaty was being negotiated, the state of knowledge was sufficient to permit the two partners to assess the impact their Project would have on the various areas of life, one of them being the environment. The number of studies was impressive indeed. The progress of science and knowledge is constant; thus, with regard to such a project, that progress becomes a reason for adaptation and, consequently, for entering into negotiations, no matter how long and difficult.

6. By its unilateral rejection of the Project, Hungary has precluded itself from asserting that the utilization of the hydraulic force of the Danube was dependent on the condition of a prior agreement between it and Czechoslovakia (and subsequently Slovakia). For this is what the Treaty was and is about: mutual regulation of the national competence of each riparian State, in particular, to use the hydraulic force of the river. Mutual rights and obligations have been created under the Treaty, but

n'est pas conforme à la réalité juridique. En particulier, on ne peut écarter comme étant dépourvue de pertinence la chronologie des faits. Les doutes et les réserves de la Hongrie à l'égard du projet et, finalement, son retrait du projet ont non seulement précédé la variante C, mais en ont aussi été la cause. S'il n'y avait eu d'abord suspension puis abandon des travaux par la Hongrie, il n'y aurait pas eu de variante C. Et l'on ne saurait non plus dire que la variante C excluait la Hongrie du projet. Le fait est que la Hongrie s'est exclue elle-même car elle avait perdu tout intérêt à l'égard de la poursuite du projet. En outre, la Tchécoslovaquie, et par la suite la Slovaquie, était prête à coopérer avec la Hongrie au sujet de la variante C, qu'elle considérait comme une solution provisoire.

4. La documentation produite dans la présente instance n'était pas l'opinion selon laquelle les deux Etats avaient en réalité manifesté la même intention de se retirer du traité. Ni avant ni après la notification de terminaison faite par la Hongrie, la Tchécoslovaquie n'avait exprimé une telle intention. La variante C conservait certains objectifs importants de l'investissement conjoint : production d'énergie, prévention des crues et amélioration de la navigation. Là où elle s'écartait du projet, elle ne mettait aucun obstacle définitif à un retour à ce que le traité prévoyait à l'origine. Il n'y a pas eu de consentement tacite à l'extinction du traité de la part de la Tchécoslovaquie. Ce dernier Etat n'existe plus, mais la Slovaquie (en tant qu'Etat successeur) continue de soutenir que le traité doit être mis en œuvre (arrêt, par. 14).

5. La Tchécoslovaquie et la Hongrie savaient très bien ce qu'elles faisaient lorsqu'elles négociaient et concluaient leur traité. Elles faisaient un choix en toute connaissance de cause. Un investissement conjoint d'une telle ampleur entraîne inévitablement certaines modifications sur le territoire des pays concernés, et notamment des incidences sur l'environnement. En particulier, les deux Etats devaient faire des choix entre le développement socio-économique et la protection de la nature. Les articles 15, 19 et 20 montrent que les deux Etats ont prêté attention aux risques écologiques et qu'ils étaient prêts à y faire face. Dans les années soixante-dix, au moment où le traité était en cours de négociation, l'état des connaissances était suffisamment avancé pour permettre aux deux parties d'évaluer l'impact qu'aurait leur projet sur les différents domaines de la vie, dont l'environnement. Le nombre d'études effectuées était réellement impressionnant. Les progrès de la science et de la connaissance sont constants ; aussi, s'agissant d'un tel projet, ces progrès nécessitent des aménagements et, par conséquent, que des négociations soient engagées, si longues et difficiles soient-elles.

6. Par son rejet unilatéral du projet la Hongrie s'est privée de la possibilité de faire valoir que l'utilisation de l'énergie hydraulique du Danube était tributaire d'un accord préalable entre elle-même et la Tchécoslovaquie (et, par la suite, la Slovaquie). Car tel était bien et tel est l'objet du traité : définir en commun la compétence nationale de chacun des Etats riverains, en particulier pour l'utilisation de l'énergie hydraulique du fleuve. Le traité avait créé des droits et des obligations réciproques, mais

during the period 1989 to 1992 Hungary progressively repudiated them. It thus created an estoppel situation for itself.

II

7. The withdrawal of Hungary from the Project left Czechoslovakia with the possibility of doing on its territory what it was allowed to do by general law. In the circumstances of the dispute submitted to the Court action based on general law does not derogate from the binding force of the Treaty. The shift onto the plane of general law results from the Hungarian rejection of the Project. There was, actually, no "single and indivisible operational system of works" (Art. 1, para. 1, of the 1977 Treaty) in which first Czechoslovakia and subsequently Slovakia could participate. The conduct of Hungary led to a factual situation which, as long as it lasted, prevented the implementation of binding agreements. A full application of the Treaty required bilateral action. Thus, for the time being, the treaty relationship of the two States found itself in a state of abeyance or inactivity. As the objectives of the Treaty did not disappear, a temporary solution would be based on general law and equity, until there was a return to the bilateral enforcement of the Treaty. That is the essence of the concept of the Czechoslovak "provisional solution", maintained by Slovakia.

8. In the present case one should draw a distinction between, on the one hand, the "provisional solution" which, as a whole, is lawful, especially under the existing circumstances (i.e., the advanced stage of completion of the works on Czechoslovak territory at the beginning of the 1990s), and, on the other, one element of the implementation of that solution that calls for redress and remedy; that element is the sharing of the waters of the Danube. It is not enough to dismiss the Slovak arguments (that is, the principle of approximate application; the duty to mitigate damages; and, as a possibility, the plea of countermeasures, Judgment, paras. 75-87). The situation is more complex. A legal evaluation of Variant C cannot be limited to the Treaty alone. As a result of Hungarian action, the implementation of the Treaty became paralysed. Czechoslovakia responded by putting into effect its "provisional solution". In the proceedings before the Court Slovakia's emphasis was on what I would term as the Treaty approach. But Slovakia has also referred, though in a somewhat subsidiary manner, to general law. Under that law, as applied by the Court, Slovakia bears responsibility for withholding from Hungary that part of the Danube's waters to which the latter was entitled. By saying that Hungary did not forfeit "its basic right to an equitable and reasonable sharing of the resources of an international watercourse" the Court applies general law (Judgment, para. 78). The Court likewise applies general law (cf. para. 85) when, in particular, it refers to the concept of the "community of interest in a navigable river", as explained by the Permanent Court in the case relating to the *Territo-*

au cours de la période de 1989 à 1992, la Hongrie les a progressivement dénoncés. Elle s'est donc placée dans une situation d'*estoppel*.

II

7. La Hongrie s'étant retirée du projet, il restait à la Tchécoslovaquie la possibilité de faire sur son territoire ce que lui permettait le droit général. Dans les circonstances du différend soumis à la Cour, une action fondée sur le droit général ne porte pas atteinte à la force exécutoire du traité. Le recours au droit général tient au fait que la Hongrie a rejeté le projet. Il n'existait pas, en fait, de «système d'ouvrages opérationnel, unique et indivisible» (paragraphe 1 de l'article premier du traité de 1977) auquel d'abord la Tchécoslovaquie puis la Slovaquie pouvait participer. Le comportement de la Hongrie a conduit à une situation de fait qui, tant qu'elle durait, empêchait la mise en œuvre d'accords ayant force obligatoire. Une application intégrale du traité exigeait une action bilatérale. Ainsi, à cette époque, la relation conventionnelle des deux Etats était suspendue ou statique. Comme les objectifs du traité n'avaient pas disparu, une solution temporaire devait être fondée sur le droit général et l'équité jusqu'à ce que l'on puisse revenir à une application bilatérale du traité. C'était là l'essentiel du concept de la «solution provisoire» adoptée par la Tchécoslovaquie et maintenue par la Slovaquie.

8. Dans la présente affaire, il y a lieu de distinguer entre, d'une part, la «solution provisoire» qui, dans l'ensemble, est licite, en particulier dans les circonstances existantes (c'est-à-dire l'état avancé d'achèvement des travaux sur le territoire tchécoslovaque au début des années quatre-vingt-dix) et, d'autre part, un élément de la mise en œuvre de cette solution qui appelle une réparation et une compensation; cet élément est le partage des eaux du Danube. Il ne suffit pas de rejeter les arguments de la Slovaquie (c'est-à-dire le principe de l'application par approximation, l'obligation d'atténuer les dommages et, éventuellement, l'argument des contre-mesures, arrêt, par. 75-87). La situation est plus complexe. Une appréciation juridique de la variante C ne saurait se limiter au seul traité. Du fait de l'action de la Hongrie, la mise en œuvre du traité était bloquée. La Tchécoslovaquie a riposté en appliquant sa «solution provisoire». Au cours de la procédure devant la Cour, la Slovaquie a mis l'accent sur ce que j'appellerais l'approche fondée sur le traité. Mais la Slovaquie a aussi invoqué, bien que de façon assez subsidiaire, le droit général. En vertu de ce droit, tel qu'il a été appliqué par la Cour, la responsabilité de la Slovaquie est engagée parce qu'elle a privé la Hongrie de la partie des eaux du Danube à laquelle celle-ci avait droit. En affirmant que la Hongrie n'a pas perdu «son droit fondamental à une part équitable et raisonnable des ressources d'un cours d'eau international», la Cour applique le droit général (arrêt, par. 78). La Cour applique également le droit général (par. 85) lorsqu'elle évoque, en particulier, la notion de «communauté d'intérêts sur un fleuve navigable», exposée par la Cour permanente dans

rial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, (Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 27). The canon of an equitable and reasonable utilization figures prominently in the recent United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, especially in its general principles (Arts. 5-10).

9. The Award in the case of *Lake Lanoux* between Spain and France states the law which is relevant to the evaluation of Variant C, though for various reasons that case must be distinguished from the case before the Court. In the *Lake Lanoux* case, the Arbitral Tribunal considered the question whether the French development scheme for Lake Lanoux (involving the diversion of waters) required, for its execution, a prior agreement between the two Governments, in the absence of which the country proposing the scheme would not have freedom of action to undertake the works (*Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XII, p. 306, para. 10; *International Law Reports (ILR)*, Vol. 24, 1957, p. 127, para. 10).

10. The Tribunal said:

“In effect, in order to appreciate in its essence the necessity for prior agreement, one must envisage the hypothesis in which the interested States cannot reach agreement. In such case, it must be admitted that the State which is normally competent has lost its right to act alone as a result of the unconditional and arbitrary opposition of another State. This amounts to admitting a ‘right of assent’, a ‘right of veto’, which at the discretion of one State paralyzes the exercise of the territorial jurisdiction of another.

That is why international practice prefers to resort to less extreme solutions by confining itself to obliging the States to seek, by preliminary negotiations, terms for an agreement, without subordinating the exercise of their competences to the conclusion of such an agreement. Thus, one speaks, although often inaccurately, of the ‘obligation of negotiating an agreement’. In reality, the engagements thus undertaken by States take very diverse forms and have a scope which varies according to the manner in which they are defined and according to the procedures intended for their execution; but the reality of the obligations thus undertaken is incontestable and sanctions can be applied in the event, for example, of an unjustified breaking off of the discussions, abnormal delays, disregard of the agreed procedures, systematic refusals to take into consideration adverse proposals or interests, and, more generally, in cases of violation of the rules of good faith (*Tacna-Arica Arbitration: Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, pp. 921 *et seq.*; *Case of Railway Traffic between Lithuania and Poland: Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 42*, pp. 108 *et seq.*.)” (*RIAA*, Vol. XII, p. 306, para. 11; *ILR*, Vol. 24, 1957, p. 128, para. 11; footnotes omitted.)

l'affaire relative à la *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 27). La règle générale d'une utilisation équitable et raisonnable figure en bonne place dans la convention récemment adoptée par l'Organisation des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, tout particulièrement dans ses principes généraux (art. 5-10).

9. La sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux* opposant l'Espagne et la France énonce le droit qui s'applique à l'appréciation de la variante C, bien que pour diverses raisons cette affaire doive être distinguée de celle dont est saisie la Cour. Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral examinait la question de savoir si le projet français d'aménagement des eaux du lac Lanoux (avec dérivation des eaux) requérait, pour son exécution, l'accord préalable des deux gouvernements, à défaut duquel le pays qui le proposait ne pourrait avoir liberté d'action pour entreprendre les travaux (*Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 306, par. 10; *International Law Reports (ILR)*, vol. 24, 1957, p. 127, par. 10).

10. Le tribunal a déclaré :

«En effet, pour apprécier, dans son essence, la nécessité d'un accord préalable, il faut se placer dans l'hypothèse dans laquelle les Etats intéressés ne peuvent arriver à un accord. Dans ce cas, il faut admettre que l'Etat normalement compétent a perdu le droit d'agir seul, par suite de l'opposition inconditionnée et discrétionnaire d'un autre Etat. C'est admettre un «droit d'assentiment», un «droit de veto», qui paralyse, à la discrétion d'un Etat, l'exercice de la compétence territoriale d'un autre Etat.

C'est pourquoi la pratique internationale recourt de préférence à des solutions moins extrêmes, en se bornant à obliger les Etats à rechercher, par des tractations préalables, les termes d'un accord, sans subordonner à la conclusion de cet accord l'exercice de leurs compétences. On a ainsi parlé, quoique souvent d'une manière impropre, de l'«obligation de négocier un accord». En réalité, les engagements ainsi pris par les Etats prennent des formes très diverses et ont une portée qui varie selon la manière dont ils sont définis et selon les procédures destinées à leur mise en œuvre; mais la réalité des obligations ainsi souscrites ne saurait être contestée et peut être sanctionnée, par exemple, en cas de rupture injustifiée des entretiens, de délais anormaux, de mépris des procédures prévues, de refus systématiques de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi (affaire de *Tacna-Arica*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 921 et suiv.; *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 42, p. 108 et suiv.)» (*RSA*, vol. XII, p. 306, par. 11; *ILR*, vol. 24, 1957, p. 128, par. 11; notes de bas de page omises.)

Czechoslovakia has fulfilled its obligation to negotiate a revision of the Treaty. But a revision is something different from the refusal to implement that Treaty. Faced with such a refusal on the part of Hungary Czechoslovakia could act alone, without any prior consent by Hungary, while respecting the latter's right to an equitable and reasonable share of the Danube's waters. But in evaluating whether Czechoslovakia has respected that right one must not forget that the said share has increased in 1995, and that the water appropriated by Czechoslovakia and subsequently used by Slovakia does not serve Slovakia's interests alone, but also Hungary's. The operation of Variant C improved navigation on the Danube and enhanced flood protection.

11. In the *Lake Lanoux* case the Tribunal expressed its position on the right of each riparian State to act unilaterally in the following terms:

“In fact, States are today perfectly conscious of the importance of the conflicting interests brought into play by the industrial use of international rivers, and of the necessity to reconcile them by mutual concessions. The only way to arrive at such compromises of interests is to conclude agreements on an increasingly comprehensive basis. International practice reflects the conviction that States ought to strive to conclude such agreements: there would thus appear to be an obligation to accept in good faith all communications and contracts which could, by a broad comparison of interests and by reciprocal good will, provide States with the best conditions for concluding agreements. . . .

But international practice does not so far permit more than the following conclusion: the rule that States may utilize the hydraulic power of international watercourses only on condition of a *prior* agreement between the interested States cannot be established as a custom, even less as a general principle of law. The history of the formulation of the multilateral Convention signed at Geneva on December 9, 1923, relative to the Development of Hydraulic Power Affecting More than One State, is very characteristic in this connection. The initial project was based on the obligatory and paramount character of agreements whose purpose was to harness the hydraulic forces of international watercourses. But this formulation was rejected, and the Convention, in its final form, provides (Article I) that ‘[it] in no way alters the freedom of each State, within the framework of international law, to carry out on its territory all operations for the development of hydraulic power which it desires’; there is provided only an obligation upon the interested signatory States to join in a common study of a development programme; the execution of this programme is obligatory only for those States which have formally subscribed to it.” (*RIAA*, Vol. XII, p. 308, para. 13; *ILR*, Vol. 24, 1957, p. 129, para. 13; footnote omitted.)

La Tchécoslovaquie s'est acquittée de son obligation de négocier une révision du traité. Mais une révision de ce traité n'équivaut pas à un refus de l'appliquer. Devant ce refus de la part de la Hongrie, la Tchécoslovaquie pouvait agir seule, sans le consentement préalable de la Hongrie, tout en respectant le droit de celle-ci à une part équitable et raisonnable des eaux du Danube. Mais en déterminant si la Tchécoslovaquie a respecté ce droit, il ne faut pas perdre de vue que cette part avait augmenté en 1995, et que les eaux que s'était appropriées la Tchécoslovaquie et qui ont ensuite été utilisées par la Slovaquie ne servent pas seulement les intérêts de la Slovaquie mais aussi ceux de la Hongrie. La mise en service de la variante C a amélioré la navigation sur le Danube et renforcé la protection contre les crues.

11. Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal a défini sa position sur le droit pour chacun des Etats riverains d'agir unilatéralement en ces termes :

«En réalité, les Etats ont aujourd'hui parfaitement conscience de l'importance des intérêts contradictoires que met en cause l'utilisation industrielle des fleuves internationaux, et de la nécessité de les concilier les uns avec les autres par des concessions mutuelles. La seule voie pour aboutir à ces compromis d'intérêt est la conclusion d'accords, sur une base de plus en plus compréhensive. La pratique internationale reflète la conviction que les Etats doivent tendre à conclure de tels accords; il y aurait ainsi une obligation d'accepter de bonne foi tous les entretiens et les contacts qui doivent, par une large confrontation d'intérêts et par une bonne volonté réciproque, les mettre dans les meilleures conditions pour conclure des accords...

Mais la pratique internationale ne permet pas, jusqu'à présent, de dépasser cette conclusion: la règle suivant laquelle les Etats ne peuvent utiliser la force hydraulique des cours d'eau internationaux qu'à la condition d'un accord *préalable* entre les Etats intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de principe général du droit. Très caractéristique, à cet égard, est l'histoire de l'élaboration de la convention multilatérale de Genève du 9 décembre 1923, relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs Etats. Le projet initial était fondé sur le caractère obligatoire et préalable des accords destinés à mettre en valeur les forces hydrauliques des cours d'eau internationaux. Mais cette formule fut repoussée et la convention, dans sa forme finale, dispose (article premier) qu'elle «ne modifie en aucune manière la liberté pour tout Etat, dans le cadre du droit international, d'exécuter sur son territoire tous travaux d'aménagement des forces hydrauliques qu'il désire»; seule est prévue, entre Etats signataires intéressés, une obligation de se prêter à une étude en commun d'un programme d'aménagement; l'exécution de ce programme ne s'impose d'ailleurs qu'aux Etats qui s'y sont formellement engagés.» (*RSA*, vol. XII, p. 308, par. 13; *ILR*, vol. 24, 1957, p. 129, par. 13; notes de bas de page omises.)

I think that the Court would agree that this is an exact statement of general law. That law is applicable in the present case. Czechoslovakia had the right to put the Gabčíkovo complex into operation. It also had the duty to respect Hungary's right to an equitable and reasonable share of the waters of the Danube.

12. In rejecting, in the *Lake Lanoux* case, the necessity of a prior agreement between the interested States on the utilization of the hydraulic power of international watercourses the Tribunal referred to the "most general principles of international law" according to which:

"It is for each State to evaluate in a reasonable manner and in good faith the situations and the rules which will involve it in controversies; its evaluation may be in contradiction with that of another State; in that case, should a dispute arise the Parties normally seek to resolve it by negotiation or, alternatively, by submitting to the authority of a third party; but one of them is never obliged to suspend the exercise of its jurisdiction because of the dispute except when it assumes an obligation to do so; by exercising its jurisdiction it takes the risk of seeing its international responsibility called into question, if it is established that it did not act within the limits of its rights." (*RIAA*, Vol. XII, p. 310, para. 16; *ILR*, Vol. 24, 1957, p. 132, para. 16.)

13. This seemed to be, *mutatis mutandis*, the position of Czechoslovakia. It could act, but it had to respect certain rights of Hungary. In the *Lake Lanoux* case, the Tribunal said that, carrying matters to extremes, the requirement of prior agreement

"would imply either the general paralysis of the exercise of State jurisdiction whenever there is a dispute, or the submission of all disputes, of whatever nature, to the authority of a third party; international practice does not support either the one or the other of these consequences" (*loc. cit.*).

14. Concerning the said possibility of a unilateral suspension of works the Tribunal added:

"Further, in order for negotiations to proceed in a favourable climate, the Parties must consent to suspend the full exercise of their rights during the negotiations. It is normal that they should enter into engagements to this effect. If these engagements were to bind them unconditionally until the conclusion of an agreement, they would, by signing them, lose the very right to negotiate; this cannot be presumed.

It is important to keep these considerations in mind when drawing legal conclusions from diplomatic correspondence." (*RIAA*, Vol. XII, p. 311, para. 18; *ILR*, Vol. 24, 1957, p. 134, para. 18.)

Je pense que la Cour conviendra qu'il s'agit là d'un énoncé exact d'un principe de droit général. Ce principe est applicable à la présente espèce. La Tchécoslovaquie était en droit de mettre en service les ouvrages de Gabčíkovo. Mais elle avait également l'obligation de respecter le droit de la Hongrie à une part équitable et raisonnable des eaux du Danube.

12. En rejetant, dans l'affaire du *Lac Lanoux*, la nécessité d'un accord préalable entre les Etats intéressés sur l'utilisation de la force hydraulique des cours d'eau internationaux, le tribunal arbitral s'est référé aux « principes les plus généraux du droit international » conformément auxquels :

« il appartient à chaque Etat d'apprécier, raisonnablement et de bonne foi, les situations et les règles qui le mettent en cause; son appréciation peut se trouver en contradiction avec celle d'un autre Etat; dans ce cas, apparaît un différend que les parties cherchent normalement à résoudre par la négociation, ou bien en se soumettant à l'autorité d'un tiers; mais l'une d'elles n'est jamais obligée de suspendre, du fait du différend, l'exercice de sa compétence, sauf engagement de sa part; en exerçant sa compétence; elle prend le risque de voir sa responsabilité internationale mise en cause s'il est établi qu'elle n'a pas agi dans la limite de ses droits » (*RSA*, vol. XII, p. 310, par. 16; *ILR*, vol. 24, 1957, p. 132, par. 16).

13. Telle semblait être, *mutatis mutandis*, la position de la Tchécoslovaquie. Elle pouvait agir, mais devait respecter certains droits de la Hongrie. Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal a ajouté que, poussée à l'extrême, la thèse de la nécessité d'un accord préalable

« impliquerait ou bien la paralysie générale de l'exercice des compétences étatiques en présence d'un différend, ou bien la soumission de tous les différends, quels qu'ils soient, à l'autorité d'un tiers; la pratique internationale ne consacre ni l'une ni l'autre de ces conséquences » (*loc. cit.*).

14. En ce qui concerne cette possibilité d'une suspension unilatérale des travaux, le tribunal a ajouté :

« Par ailleurs, pour qu'une négociation se déroule dans un climat favorable, il faut que les parties consentent à suspendre, pendant la négociation, le plein exercice de leurs droits. Il est normal qu'elles prennent des engagements à cet effet. Si ces engagements devaient les lier inconditionnellement jusqu'à la conclusion d'un accord, elles perdraient, en les signant, la faculté même de négocier; cela ne saurait être présumé.

Il est nécessaire de garder ces considérations présentes à l'esprit, lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions juridiques de la correspondance diplomatique. » (*RSA*, vol. XII, p. 311, par. 18; *ILR*, vol. 24, 1957, p. 134, par. 18.)

15. Finally, it is worthwhile to note the following statement of the Tribunal:

“France is entitled to exercise her rights; she cannot ignore Spanish interests.

Spain is entitled to demand that her rights be respected and that her interests be taken into consideration.

As a matter of form, the upstream State has, procedurally, a right of initiative; it is not obliged to associate the downstream State in the elaboration of its schemes. If, in the course of discussions, the downstream State submits schemes to it, the upstream State must examine them, but it has the right to give preference to the solution contained in its own scheme provided that it takes into consideration in a reasonable manner the interests of the downstream State.” (*RIAA*, Vol. XII, p. 316, para. 23; *ILR*, Vol. 24, 1957, p. 140, para. 23.)

III

16. In paragraph 72 of its Judgment the Court makes clear that it is aware of the serious problems with which Czechoslovakia was confronted as a result of Hungary's action. That is another reason for distinguishing between various elements of Variant C. Having said what it did the Court should have made a step further and applied equity as part of international law. It would then have arrived at a holding that would have given more nuance to its decision.

17. In the case relating to the *Diversion of Water from the Meuse* Judge Hudson observed:

“It would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party.

.....
 The general principle is one of which an international tribunal should make a very sparing application. It is certainly not to be thought that a complete fulfilment of all its obligations under a treaty must be proved as a condition precedent to a State's appearing before an international tribunal to seek an interpretation of that treaty. Yet, in a proper case, and with scrupulous regard for the limitations which are necessary, a tribunal bound by international law ought not to shrink from applying a principle of such obvious fairness.” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 70, Judgment, 1937, p. 77.*)

18. The foregoing quotation does not mean that one may close one's eyes to the differences between the *Diversion of Water from the Meuse* case and the present case. According to Judge Hudson the two locks (i.e., the one operated by the Netherlands and the one operated by Belgium)

15. Enfin, il convient de noter la déclaration suivante du tribunal :

«La France peut user de ses droits, elle ne peut ignorer les intérêts espagnols.

L'Espagne peut exiger le respect de ses droits et la prise en considération de ses intérêts.

En la forme, l'Etat d'amont a, en vertu de la procédure, un droit d'initiative, il n'est pas obligé d'associer à l'élaboration de ses projets l'Etat d'aval. Si, au cours des entretiens, l'Etat d'aval lui soumet des projets, l'Etat d'amont doit les examiner, mais il a le droit de préférer la solution retenue par son projet, s'il prend en considération d'une manière raisonnable les intérêts de l'Etat d'aval.» (*RSA*, vol. XII, p. 316, par. 23; *ILR*, vol. 24, 1957, p. 140, par. 23.)

III

16. Au paragraphe 72 de son arrêt, la Cour indique clairement qu'elle est consciente des sérieux problèmes auxquels la Tchécoslovaquie a dû faire face à la suite des actions de la Hongrie. C'est là une raison supplémentaire de faire une distinction entre plusieurs éléments de la variante C. Ayant fait cette constatation, la Cour aurait dû faire un pas de plus et appliquer l'équité dans le cadre du droit international. Elle serait alors parvenue à une conclusion qui aurait nuancé davantage sa décision.

17. Dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, M. Hudson a observé :

«Un important principe d'équité semblerait être que, quand deux parties ont assumé une obligation identique ou réciproque, une partie qui, de manière continue, n'exécute pas cette obligation, ne devrait pas être autorisée à tirer avantage d'une non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie.

.....
 Le principe général est de ceux qu'un tribunal international doit appliquer avec beaucoup de prudence. On ne saurait certainement estimer que, pour qu'un Etat pût se présenter devant un tribunal international afin d'obtenir l'interprétation d'un traité, il faudrait que cet Etat eût préalablement prouvé qu'il a rempli toutes les obligations assumées par lui en vertu de ce traité. Et cependant, dans un cas nettement pertinent, et en tenant compte scrupuleusement des restrictions nécessaires, un tribunal, lié par le droit international, ne devrait pas reculer devant l'application d'un principe si évidemment juste.» (*C.P.J.I. série A/B n° 70, arrêt, 1937, p. 77.*)

18. La citation qui précède ne veut pas dire que l'on doit passer sous silence les différences existant entre l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* et la présente espèce. Selon M. Hudson, les deux écluses (c'est-à-dire celle qui fonctionnait aux Pays-Bas et celle de la Belgique) se trouvaient dans

were in law and in fact in the same position. “This seems to call for an application of the principle of equity stated above” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 70, Judgment, 1937*, p. 78). But the more complex facts in the present case do not by themselves eliminate the relevance of the learned judge’s opinion.

19. The impossible situation in which Hungarian action put Czechoslovakia speaks strongly in favour of the application of equitable principles by the Court in evaluating Variant C. For “[e]quity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice. . . . [T]he legal concept of equity is a general principle directly applicable as law” (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71). The Court’s “decisions must by definition be just, and therefore in that sense equitable” (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, pp. 48-49, para. 88). “[A]n equitable solution derive[s] from the applicable law” (*Fisheries Jurisdiction, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78; p. 202, para. 69). Both “the result to be achieved and the means to be applied to reach the result” must be equitable. “It is, however, the result which is predominant; the principles are subordinate to the goal” (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 59, para. 70).

20. In its resolution of 1961 on the utilization of non-maritime international waters the Institute of International Law has stated (Art. 3):

“If the States are in disagreement over the scope of their rights of utilization [of the said waters], settlement will take place on the basis of equity, taking particular account of their respective needs, as well as of other pertinent circumstances.” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, 1961, Vol. II, p. 382.)

21. The degree to which Czechoslovakia has implemented the Treaty has reached such proportions that it would be both unreasonable and harmful to stop the completion of certain works and to postpone indefinitely the operation of the bypass canal, the Gabčíkovo hydroelectric power plant, navigation locks and appurtenances thereto, in so far as that operation was possible without Hungarian co-operation or participation. To find, as the Court does, that such operation is unlawful overlooks the considerations of equity. At the same time Hungary’s right under general international law to an equitable and reasonable sharing of the waters of the Danube had to be preserved notwithstanding its repudiation of the Project and the Treaty.

IV

22. A State that concluded a treaty with another State providing for the execution of a project like Gabčíkovo-Nagymaros cannot, when that project is near completion, simply say that all should be cancelled and the

la même situation, en droit comme en fait. « Cette situation semble recommander l'application du principe d'équité énoncé ci-dessus. » (*C.P.J.I., série A/B n° 70, arrêt, 1937, p. 78.*) Mais si les faits de la présente espèce sont plus complexes, l'opinion de cet éminent juge n'en reste pas moins pertinente.

19. La situation impossible dans laquelle l'action de la Hongrie a placé la Tchécoslovaquie milite fortement en faveur de l'application des principes d'équité par la Cour dans son appréciation de la variante C. Car « [l]'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice ... la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 60, par. 71*). Les « décisions [de la Cour] doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables » (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 48, par. 88*). « [U]ne solution équitable ... repose sur le droit applicable. » (*Compétence en matière de pêcheries, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 33, par. 78; p. 202, par. 69.*) Il faut à la fois que « le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir » soient équitables. « C'est néanmoins le résultat qui importe: les principes sont subordonnés à l'objectif à atteindre. » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 59, par. 70.*)

20. Dans sa résolution de 1961 sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes, l'Institut de droit international a déclaré (à l'article 3):

« Si les Etats sont en désaccord sur la portée de leurs droits d'utilisation [desdites eaux] le règlement se fera sur la base de l'équité, en tenant compte notamment de leurs besoins respectifs, ainsi que des autres circonstances propres au cas d'espèce. » (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1961, t. II, p. 371.*)

21. La mise en œuvre du traité par la Tchécoslovaquie a atteint un tel degré d'avancement qu'il serait à la fois déraisonnable et dommageable d'arrêter l'exécution de certains travaux et de reporter indéfiniment l'exploitation du canal de dérivation, la centrale hydro-électrique de Gabčíkovo, les écluses de navigation et les ouvrages annexes dans la mesure où cette exploitation était possible sans la coopération ou la participation de la Hongrie. Conclure, comme le fait la Cour, que cette exploitation est illicite méconnaît les considérations d'équité. En même temps, le droit reconnu à la Hongrie par le droit international général d'obtenir une part équitable et raisonnable des eaux du Danube devait être préservé même si elle a abandonné le projet et mis fin au traité.

IV

22. Un Etat qui a conclu un traité avec un autre Etat prévoyant l'exécution d'un projet comme celui de Gabčíkovo-Nagymaros ne saurait, alors que ce projet est près d'être achevé, déclarer simplement qu'il faut

only remaining problem is compensation. This is a situation where, especially under equitable principles, the solution must go beyond mere pecuniary compensation. The Court has found that the refusal by Hungary to implement the Treaty was unlawful. By breaching the Treaty, Hungary could not deprive Czechoslovakia and subsequently Slovakia of all the benefits of the Treaty and reduce their rights to that of compensation. The advanced stage of the work on the Project made some performance imperative in order to avoid harm: Czechoslovakia and Slovakia had the right to expect that certain parts of the Project would become operational.

23. Thus, pecuniary compensation could not, in the present case, wipe out even some, not to speak of all, of the consequences of the abandonment of the Project by Hungary. How could an indemnity compensate for the absence of flood protection, improvement of navigation and production of electricity? The attainment of these objectives of the 1977 Treaty was legitimate not only under the Treaty but also under general law and equity. The benefits could in no way be replaced and compensated by the payment of a sum of money. Certain works had to be established and it was vital that they be made operational. For the question here is not one of damages for loss sustained, but the creation of a new system of use and utilization of the water.

24. Once a court, whether international or municipal, has found that a duty established by a rule of international law has been breached, the subject to which the act is imputable must make adequate reparation. The finding in point 2 D of the operative paragraph is the consequence of the holdings in point 1. Absence of congruence between the vote on one or more of the findings in point 1 and the vote on point 2 D should be explained in order that any implication of an uncertainty regarding the foregoing principle on reparation may be eliminated.

25. The formulation of the finding in point 1 C of the operative paragraph does not correspond to the possibility of different evaluations concerning the various elements of the "provisional solution". There is equally no reflection of that possibility in the formulation of the finding in point 2 D. Indeed, the terms of that point made the position of those judges who voted against point 1 C quite difficult. The same applies to point 2 D when a judge does not agree with *all* the findings in point 1, though I think that there is a way out of this difficulty.

26. It is on the basis of the position taken in this dissenting opinion that I have voted in favour of the finding in point 2 D. However, there is a further reason which made it possible for me to accept that finding. That reason is linked to the task of the Court under Article 2, paragraph 2, of the Special Agreement and the ensuing negotiations of the

tout annuler et que le seul problème qui subsiste concerne l'indemnisation. C'est une situation dans laquelle, plus particulièrement en vertu des principes d'équité, la solution doit aller au-delà d'une simple indemnisation financière. La Cour a conclu que le refus par la Hongrie de mettre en œuvre le traité était illicite. En violant le traité, la Hongrie ne pouvait priver la Tchécoslovaquie, puis la Slovaquie, de tous les avantages découlant du traité et réduire leurs droits à une simple indemnisation. Le stade avancé des travaux dans le cadre du projet rendait l'exécution de certains ouvrages impérative afin d'éviter des dommages: la Tchécoslovaquie et la Slovaquie avaient le droit de compter que certaines parties du projet seraient réalisées.

23. Ainsi, une indemnisation financière ne saurait, en la présente espèce, effacer ne serait-ce que quelques-unes, pour ne pas parler de la totalité, des conséquences de l'abandon du projet par la Hongrie. Comment une indemnité pourrait-elle compenser l'absence de protection contre les crues, le défaut d'amélioration de la navigation et celui de production d'électricité? La réalisation de ces objectifs du traité de 1977 était légitime non seulement au regard du traité mais aussi en vertu du droit général et de l'équité. Ces avantages ne sauraient en aucune façon être remplacés et compensés par le paiement d'une indemnité financière. Certains ouvrages devaient être mis en place et il était indispensable qu'ils soient mis en service. Car ce qui est en cause ici n'est pas une question de dommages et intérêts pour des pertes subies, mais l'établissement d'un nouveau système d'utilisation et d'exploitation des eaux.

24. Aussi bien en droit international qu'en droit interne, lorsqu'un tribunal a constaté qu'une obligation établie par une règle de droit international a été violée, celui auquel l'acte est imputable est tenu d'une réparation appropriée. La conclusion énoncée par la Cour au point 2 D du dispositif découle de ce qu'elle a dit au point 1. Il conviendrait d'expliquer pourquoi le vote relatif à une ou plusieurs des conclusions formulées au point 1 diffère de celui relatif au point 2 D afin de faire disparaître toute incertitude qui pourrait subsister à l'égard du principe, évoqué ci-dessus, de la réparation.

25. Le libellé de la conclusion énoncée au point 1 C du dispositif ne s'accorde pas avec la possibilité de porter des appréciations différentes concernant les divers éléments de la «solution provisoire». Cette possibilité n'apparaît pas non plus dans la formulation de la conclusion du point 2 D. D'ailleurs, les termes dans lesquels ce point a été rédigé ont rendu très difficile la position des juges qui ont voté contre le point 1 C. Il en est de même pour le point 2 D, lorsqu'un juge ne souscrit pas à toutes les conclusions du point 1, bien qu'il soit possible, me semble-t-il, de tourner cette difficulté.

26. C'est en raison de la position exposée dans la présente opinion dissidente que j'ai voté en faveur de la conclusion énoncée au point 2 D. Toutefois, j'ai souscrit aussi à cette conclusion pour un autre motif, qui tient à la tâche que confie à la Cour le paragraphe 2 de l'article 2 du compromis et aux négociations qu'engageront ensuite les Parties au sujet des

Parties on the modalities of the execution of the Judgment (Art. 5, para. 2). My understanding of point 2 D of the operative paragraph is that the enforcement of responsibility and the obligation to compensate, though elaborated upon by the Court in the part of the Judgment devoted to Article 2, paragraph 2, of the Special Agreement (paras. 148-151) need not be a primary factor in the negotiations on the future of the Gabčíkovo-Nagymaros Project. It should be noted that the said finding refers to the issue of compensation in rather general terms. At the same time the Court gives its support to what I would describe as the “zero option” (para. 153 of the Judgment). In my view the underlying message of point 2 D to the negotiating Governments is that, notwithstanding their legal claims and counterclaims for compensation, they should seek — and find — a common solution.

(Signed) Krzysztof SKUBISZEWSKI.

modalités d'exécution de l'arrêt (paragraphe 2 de l'article 5). A mon avis, le point 2 D du dispositif signifie que les questions de la responsabilité et de l'obligation d'indemniser, bien que la Cour les ait traitées en détail dans la partie de l'arrêt consacrée au paragraphe 2 de l'article 2 du compromis (par. 148-151) ne doivent pas être au cœur des négociations relatives à l'avenir du projet de Gabčíkovo-Nagymaros. Il convient d'observer que cette conclusion traite de la question de l'indemnisation en termes assez généraux. La Cour donne également son appui à ce que je qualifie-rais d'«option zéro» (arrêt, par. 153). A mon avis, le message fondamental que le point 2 D adresse aux gouvernements qui mèneront des négociations est que, nonobstant leurs demandes d'indemnisation et leurs demandes reconventionnelles, ils devraient chercher — et trouver — une solution d'un commun accord.

(Signé) Krzysztof SKUBISZEWSKI.
