

OPINION INDIVIDUELLE DE M. BEDJAOUI

1. Je trouve que la majorité de la Cour n'a pas assez clarifié deux questions, celle du *droit applicable* et celle de la *nature* du traité de 1977. Je ne suis nullement en désaccord avec l'analyse de la majorité de la Cour sur ces deux points qui justifient de ma part seulement quelques nuances et précisions que je formulerai plus loin.

2. Mais sur deux autres questions, en revanche, je demeure très réservé sur la position prise par la majorité. Il s'agit d'abord de la *qualification juridique de la variante C*, que la majorité considère comme illicite seulement à sa phase finale, celle du détournement du Danube, et que je considère pour ma part comme une infraction dont l'illicéité affecte chacun des actes, du premier au dernier, de la construction de cette variante C. Il s'agit ensuite de l'analyse globalisante des comportements des deux Parties, que j'estime constituer des *violations croisées*, nourries alternativement les unes par les autres, dans un enchevêtrement de causalités difficile à démêler, et génératrices de *deux effectivités* que les Parties reconnaissent mutuellement.

La distance que je prends à l'égard de la position de la majorité de la Cour sur ces différents points ne m'a cependant pas empêché de voter pour l'ensemble du dispositif, car, globalement, j'adhère à l'orientation générale de l'arrêt.

* * *

3. Je suis en accord avec la majorité de la Cour pour son approche générale concernant la question du *droit applicable*. Je n'évoquerai qu'un aspect de cette question que je trouve fondamental et qui touche à l'applicabilité en l'espèce des conventions et autres instruments *postérieurs* au traité de 1977 et concernant l'environnement et le droit des cours d'eau internationaux.

4. La Hongrie invite la Cour à interpréter le traité de 1977 à la lumière du droit nouveau plus développé et plus exigeant, relatif à l'environnement, ainsi que du droit des cours d'eau internationaux. A l'appui de sa thèse, elle cite principalement l'avis consultatif rendu par la Cour en 1971 dans l'affaire de la *Namibie (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, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16)*. Dans cette affaire, la Cour avait déclaré qu'un traité devrait être interprété «dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu» (*ibid.*, p. 31).

SEPARATE OPINION OF JUDGE BEDJAOUI

[*Translation*]

1. In my view, the majority of the Court has not sufficiently clarified two questions, i.e., the *applicable law* and the *nature* of the 1977 Treaty. In no way do I disagree with the analysis of the majority of the Court on these two points which will necessitate just a little finer shading and clarification from me at a later stage.

2. However on two other questions I do have distinct reservations about the position taken by the majority. These are first the *legal characterization of Variant C*, considered by the majority to be unlawful only in its final phase, i.e., the diversion of the Danube, and which I personally consider to be an offence, whose unlawfulness in the final phase has a retroactive effect upon each of the acts — from first to last — in the construction of Variant C. Then there is the comprehensive analysis of the conduct of the two Parties, that I see as constituting *intersecting violations*, nurturing and nurtured by each other in turn in a tangle of causalities hard to unravel, and generating *two effectivités* mutually acknowledged by the Parties.

However, my reservations with regard to the position of the majority of the Court on these various points did not prevent me from voting for the operative part as a whole, since I agree with the tenor of the Judgment overall.

* * *

3. I agree with the majority of the Court on its general approach to the question of the *applicable law*. I shall refer to only one aspect of this question that I consider to be fundamental and that touches upon the applicability in this case of the conventions and other instruments *subsequent* to the 1977 Treaty, and concerning the environment and the law of international watercourses.

4. Hungary asks the Court to interpret the 1977 Treaty in the light of the new, more developed and more exacting law of the environment, and of the law of international watercourses. In support of its argument, it principally relies upon the Advisory Opinion rendered by the Court in 1971 in the *Namibia* case (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16). In that case, the Court stated that a treaty should be interpreted “within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation” (*ibid.*, p. 31).

5. Prise à la lettre et isolée de son contexte, cette formule peut mener fort loin. Il faut bien veiller à prendre les précautions suivantes:

- l'«*interprétation évolutive*» ne peut s'appliquer que *dans le respect de la règle générale d'interprétation* de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités;
- il ne faut pas confondre la «*définition*» d'un concept et le «*droit*» applicable à ce concept;
- il ne faut pas confondre «*interprétation*» d'un traité et «*revision*» de celui-ci.

A. L'«INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE» NE PEUT S'APPLIQUER QUE DANS LE RESPECT DE LA RÈGLE GÉNÉRALE D'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

a) *Respect du principe pacta sunt servanda
sauf incompatibilité avec une norme impérative
relevant du jus cogens*

6. i) Il est au préalable utile de rappeler ici l'évidence: *pacta sunt servanda*. Dans la mesure où le traité de 1977 est considéré comme en vigueur aux fins d'une interprétation judiciaire, il lie nécessairement les parties. Celles-ci ont l'obligation de l'exécuter de *bonne foi* (article 26 de la convention de Vienne de 1969).

ii) Par ailleurs les parties ne peuvent en principe s'écarter d'une interprétation classique fondée sur l'article 31 de la convention de Vienne que si le traité qu'elles avaient conclu dans le passé est devenu incompatible avec une norme de *jus cogens*. Or tant la Hongrie que la Slovaquie semblent convenir que tel n'est pas le cas du traité de 1977.

b) *L'interprétation du traité doit être conforme aux intentions
des parties exprimées lors de sa conclusion*

7. i) Il faut replacer dans son contexte la formule de la Cour dont s'est emparée la Hongrie pour justifier son «*interprétation évolutive*». Avant d'en arriver à cette formule, la Cour avait en effet bien pris soin, dans le même avis de 1971 et à la même page, de souligner «*la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion*» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 31; les italiques sont de moi).

ii) Or les intentions des parties sont présumées avoir été influencées par *le droit en vigueur au moment de la conclusion du traité*, droit qu'elles étaient censées connaître, et non pas par le droit à venir, qui était encore inconnu. Comme l'avait dit l'ambassadeur Mustapha Kamil Yasseen cité par la Hongrie (contre-mémoire de la Hongrie, par. 6.13.), seul le droit

5. Taken literally and in isolation, there is no telling where this statement may lead. The following precautions must be taken:

- an “*evolutionary interpretation*” can only apply *in the observation of the general rule of interpretation* laid down in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties;
- the “*definition*” of a concept must not be confused with the “*law*” applicable to that concept;
- the “*interpretation*” of a treaty must not be confused with its “*revision*”.

A. THE “EVOLUTIONARY INTERPRETATION” CAN ONLY BE APPLIED IF THE GENERAL RULE OF INTERPRETATION IN ARTICLE 31 OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES IS RESPECTED

(a) *Respect for the Principle Pacta Sunt Servanda Unless There Is Incompatibility with a Peremptory Norm Appertaining to Jus Cogens*

6. (i) It may be useful first to restate the obvious: *pacta sunt servanda*. Inasmuch as the 1997 Treaty is regarded as being in force for the purposes of a judicial interpretation, it is necessarily binding upon the parties. They are under an obligation to perform it in *good faith* (Article 26 of the 1969 Vienna Convention).

(ii) Moreover the parties cannot, in principle, evade a traditional interpretation based on Article 31 of the Vienna Convention unless the Treaty which they concluded in the past has become incompatible with a norm of *jus cogens*. Both Hungary and Slovakia appear to agree that this is not the case of the 1977 Treaty.

(b) *The Interpretation of the Treaty Must Comply with the Intentions of the Parties Expressed at the Time of Its Conclusion*

7. (i) The Court’s dictum, seized upon by Hungary in order to justify its “*evolutionary interpretation*”, needs to be put back into its proper context. Before settling on this dictum, the Court had been at pains, in the same 1971 Opinion and on the same page, to emphasize “*the primary necessity* of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion” (*I.C.J. Reports 1971*, p. 31; emphasis added).

(ii) The intentions of the parties are presumed to have been influenced by *the law in force at the time the Treaty was concluded*, the law which they were supposed to know, and not by future law, as yet unknown. As Ambassador Mustapha Kamil Yasseen, quoted by Hungary (Counter-Memorial of Hungary, para. 6.13), put it, only international law existing

international existant au moment de la conclusion du traité «a pu influencer l'intention des Etats contractants ..., le droit qui n'existait pas encore à ce moment-là ne pouvant logiquement avoir aucune influence sur cette intention»¹.

iii) La Hongrie épouse d'ailleurs cette démarche très classique en déclarant: «le traité de 1977 doit être interprété *d'abord* en fonction du droit international qui était en vigueur lors de sa conclusion» (contre-mémoire de la Hongrie, par. 6.28; les italiques sont de moi).

c) *Primauté du principe du «renvoi fixe» sur celui du «renvoi mobile»*

8. Ainsi la base essentielle pour l'interprétation d'un traité demeure le «renvoi fixe» au droit international contemporain de sa conclusion. Le «renvoi mobile» au droit qui aura ultérieurement évolué ne peut être recommandé que dans des hypothèses exceptionnelles que l'on va voir.

B. NE PAS CONFONDRE «*DÉFINITION*» D'UN CONCEPT ET «*DROIT*» APPLICABLE À CE CONCEPT

9. Dans l'affaire de la *Namibie* la Cour avait à interpréter une situation bien particulière. Le traité instituant un mandat C sur le Sud-Ouest africain évoquait, parmi les obligations de la puissance mandataire, celle d'une «*mission sacrée de civilisation*». Il s'agissait alors pour elle d'interpréter cette formule. Elle ne pouvait le faire qu'en observant la réalité qui montre que cette notion de «*mission sacrée de civilisation*» échafaudée en 1920 à l'époque de la colonisation n'était pas comparable à l'idée qu'on pouvait s'en faire un demi-siècle plus tard à l'ère des décolonisations en chaîne. Elle a donc été d'avis que les questions à interpréter, telle celle de la «*mission sacrée*», «n'étaient pas statiques mais par définition évolutives» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 31). Dans une telle hypothèse la *méthode du renvoi mobile*, c'est-à-dire du renvoi au droit nouveau contemporain, était tout à fait indiquée pour une interprétation soucieuse d'éviter des archaïsmes, conforme aux temps présents et utile pour l'action du demandeur d'avis qu'était le Conseil de sécurité.

10. Mais la Cour savait de toute évidence qu'elle procédait ainsi parce qu'il s'agissait d'une situation particulière. Elle n'a nulle part déclaré que sa méthode du renvoi mobile devait s'imposer dorénavant et se généraliser dans tous les cas d'interprétation. La *définition* de la «*mission sacrée de civilisation*» est évolutive. Il faut appliquer à ce concept le droit qui

¹ M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 151 (1976), p. 64.

when the Treaty was concluded “could influence the intention of the Contracting States . . . , as the law which did not yet exist at that time could not logically have any influence on this intention”¹.

(iii) Moreover, Hungary espouses this very classical approach by stating: “the 1977 Treaty must *in the first place* be interpreted in the light of the international law prevailing at the time of its conclusion” (Counter-Memorial of Hungary, para. 6.28; emphasis added).

(c) *Primacy of the Principle of the “Fixed Reference”
(Renvoi Fixe) over the Principle of the “Mobile Reference”
(Renvoi Mobile)*

8. Hence, the essential basis for the interpretation of a treaty remains the “*fixed reference*” to contemporary international law at the time of its conclusion. The “*mobile reference*” to the law which will subsequently have developed can be recommended only in exceptional cases of the sort we shall be looking at.

B. “*DEFINITION*” OF A CONCEPT NOT TO BE CONFUSED WITH THE “*LAW*”
APPLICABLE TO THAT CONCEPT

9. In the *Namibia* case, the Court had to interpret a very special situation. Among the obligations of the Mandatory Power, the treaty instituting a “C” Mandate over South West Africa referred to that of a “*sacred trust*”. It was then for the Court to interpret that phrase. It could only do so by observing the reality, which shows that this notion of a “*sacred trust*”, fashioned in 1920 in the era of colonization, was not comparable to the idea people had of it half a century later in the period of successive decolonizations. The Court thus considered that the matters to be interpreted, such as the “*sacred trust*”, “were not static, but were by definition evolutionary” (*I.C.J. Reports 1971*, p. 31). This being so, *the method of the mobile reference*, in other words the reference to new contemporary law, was wholly suitable for an interpretation seeking to avoid archaic elements, was in tune with modern times and was useful as regards the action of the Applicant, which in this case was the Security Council.

10. But the Court patently knew that it was pursuing this approach because the situation was special. Nowhere did it state that its method of the mobile reference was subsequently to become mandatory and extend to all cases of interpretation. The *definition* of the “*sacred trust*” is evolutionary. It is *the law* corresponding to the period when this concept is

¹ M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 151 (1976), p. 64.

correspond à l'époque à laquelle on procède à l'interprétation de ce concept. Par contre *l'environnement* reste l'environnement. C'est l'eau, l'air, la terre, la végétation, etc. En tant que *définition* de base, l'environnement n'est pas évolutif. Ses composantes restent les mêmes. Son «*état*» peut en revanche changer, se dégrader ou s'améliorer, mais c'est autre chose que la définition par ses composantes.

11. J'ajouterai que ce qui a évolué dans l'affaire du mandat, c'est l'*objet du traité* qui l'a institué. Cet *objet* était la mission sacrée. Or l'objet n'a nullement évolué en l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. Il s'agissait de consentir à un investissement conjoint et de construire un certain nombre d'ouvrages. Cet objet, ou cet objectif, demeure, même si *les moyens* pour le réaliser peuvent quant à eux évoluer ou se perfectionner.

C. NE PAS CONFONDRE «*INTERPRÉTATION*» D'UN TRAITÉ ET «*REVISION*» DE CELUI-CI

12. Une interprétation d'un traité qui viendrait à substituer un tout autre droit à celui qui le régissait au moment de sa conclusion constituerait une *revision détournée*. «*Interprétation*» n'est pas «*substitution*» à un texte négocié et agréé d'un texte tout autre, ni négocié, ni convenu. Sans qu'il faille renoncer à l'«*interprétation évolutive*» qui peut être utile et même nécessaire dans des hypothèses très limitées, il convient de dire qu'elle ne peut pas être appliquée automatiquement à n'importe quelle affaire.

13. D'une manière générale, il faut rappeler que les règles classiques d'interprétation n'exigent pas qu'un traité soit interprété *en toutes circonstances* dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment de l'interprétation, c'est-à-dire, dans le cas présent, que le traité de 1977 soit interprété «*dans le cadre*» et à la lumière du nouveau droit actuel de l'environnement, ou des cours d'eau internationaux. C'est même tout le contraire que ces règles d'interprétation prescrivent en s'attachant à recommander une interprétation conforme aux intentions qui animaient les parties au moment de la conclusion du traité.

14. En général un Etat s'engage conventionnellement pour des obligations précises contenues dans un droit tel qu'il existe à la conclusion du traité et *nullement pour des devoirs évolutifs et indéterminés*. Un Etat ne peut s'engager à des obligations inconnues ni pour l'avenir, ni même pour le présent.

15. Dans le cas présent, le droit nouveau de l'environnement ou des cours d'eau internationaux aurait pu être incorporé au traité de 1977 avec le consentement des parties et par la voie des «*mécanismes procéduraux*» prévus dans ce traité. Il s'agirait là d'une «*revision*» du traité acceptée dans les limites de celui-ci. De même le droit nouveau aurait pu jouer un rôle dans le cadre d'une «*nouvelle interprétation*» du traité mais pour autant qu'elle serait intervenue *avec le consentement* de l'autre partie.

being interpreted which must be applied to the concept. On the other hand, the *environment* remains the environment. It is water, air, earth, vegetation, etc. As a basic *definition*, the environment is not evolutionary. Its components remain the same. On the other hand, its "*status*" may change, deteriorate or improve, but this is different from a definition by its components.

11. I would add that what evolved in the case of the Mandate was the *object of the treaty* which created it. This *object* was the sacred trust. Yet this object has not evolved at all in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case. The point here was to consent to a joint investment and to build a number of structures. This object, or objective, remains, even if the actual *means* of achieving it may evolve or become more streamlined.

C. "*INTERPRETATION*" OF A TREATY NOT TO BE CONFUSED WITH ITS "*REVISION*"

12. An interpretation of a treaty which would amount to substituting a completely different law to the one governing it at the time of its conclusion would be a *distorted revision*. The "*interpretation*" is not the same as the "*substitution*", for a negotiated and approved text, of a completely different text, which has neither been negotiated nor agreed. Although there is no need to abandon the "*evolutionary interpretation*", which may be useful, not to say necessary in very limited situations, it must be said that it cannot automatically be applied to any case.

13. In general, it is noteworthy that the classical rules of interpretation do not require a treaty to be interpreted *in all circumstances* in the context of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation, in other words, in the present case, that the 1977 Treaty should be interpreted "*in the context*" and in the light of the new contemporary law of the environment or of international watercourses. Indeed, it is quite the opposite that these rules of interpretation prescribe, seeking as they do to recommend an interpretation consonant with the intentions of the parties at the time the Treaty was concluded.

14. In general, in a treaty, a State incurs specific obligations contained in a body of law as it existed on the conclusion of the treaty and *in no wise incurs evolutionary and indeterminate duties*. A State cannot incur unknown obligations whether for the future or even the present.

15. In this case, the new law of the environment or of international watercourses could have been incorporated into the 1977 Treaty with the consent of the parties and by means of the "*procedural mechanisms*" laid down in the Treaty. That would be a "*revision*" of the Treaty accepted within the limits of that Treaty. Similarly, the new law might have played a role in the context of a "*reinterpretation*" of the Treaty but provided it did so *with the consent* of the other party.

D. PRENDRE PRUDEMMENT EN COMPTE LE DROIT POSTÉRIEUR
COMME ÉLÉMENT D'INTERPRÉTATION OU DE MODIFICATION
DANS DES HYPOTHÈSES TRÈS PARTICULIÈRES

16. Il est vrai qu'on ne saurait être d'une excessive rigidité sans méconnaître le mouvement de la vie. Le droit nouveau pourrait être en principe pertinent d'une double manière: comme élément d'*interprétation* du contenu du traité de 1977 et comme élément de *modification* de ce contenu.

17. *La première hypothèse*, celle de l'interprétation, est la plus simple. Il y a certes lieu, *d'une manière générale*, de protéger l'autonomie de la volonté. Mais, *en l'espèce*, les articles 15, 19 et 20 du traité de 1977 sont heureusement rédigés en termes extrêmement vagues (il y est question de «*protection*» — sans autre — des eaux, de la nature ou des pêcheries). Sans autre spécification, le respect de l'autonomie de la volonté implique précisément que des dispositions de cette nature soient interprétées de façon évolutive, c'est-à-dire compte tenu des critères retenus par *le droit commun* prévalant à chaque époque considérée. Si tel est le cas, ne faut-il pas reconnaître que ces critères ont sensiblement évolué au cours des vingt dernières années? Le droit nouveau, tant de l'environnement que des cours d'eau internationaux, trouve donc opportunément matière à s'appliquer à partir du socle des articles 15, 19 et 20 du traité de 1977, en vue d'une «*interprétation évolutive*» de celui-ci.

18. C'est la première grande affaire que la Cour traite, dans laquelle il existe un arrière-fond écologique tellement sensible qu'il a envahi le devant de la scène au point de risquer de détourner le regard du droit des traités. L'opinion publique internationale n'aurait pas compris si la Cour avait écarté le droit nouveau dont la Hongrie réclamait l'application. Fort heureusement, à partir de la souche des articles 15, 19 et 20 du traité de 1977, la Cour pouvait faire pousser l'arbre du droit nouveau. D'ailleurs il faut souligner que la Slovaquie ne s'opposait pas à la prise en compte de ce droit. Mais en accueillant en l'espèce le principe dit de *l'interprétation évolutive* d'un traité, la Cour devait s'expliquer davantage et rappeler que la règle générale d'interprétation d'un traité demeure celle de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969.

19. Pour terminer l'examen de cette question du droit applicable, je voudrais rappeler que des progrès considérables ont été enregistrés, depuis vingt ou trente ans, dans les connaissances humaines concernant l'environnement. Mais ce qui a progressé, et qui était seul susceptible de progresser, c'est d'une part l'explication scientifique des dégradations écologiques et d'autre part les moyens techniques de limiter ou de supprimer ces dégradations. Quant au phénomène lui-même de dégradation, il a, lui, de tout temps existé chaque fois que l'homme a contrarié la nature. C'est dire que les dégradations étaient connues avant comme après le traité de 1977 et c'était là le sens de ma question aux Parties.

* * *

D. CAUTIOUSLY TAKE SUBSEQUENT LAW INTO ACCOUNT AS AN ELEMENT OF INTERPRETATION OR MODIFICATION IN VERY SPECIAL SITUATIONS

16. It is true that one cannot be excessively rigid without failing to allow for the movement of life. The new law might, in principle, be relevant in two ways: as an element of the *interpretation* of the content of the 1977 Treaty and as an element of the *modification* of that content.

17. *The former case*, that of interpretation, is the simpler of the two. *In general*, there is certainly good reason to protect the autonomy of the will. But *in our case*, Articles 15, 19, and 20 of the 1977 Treaty are fortunately drafted in extremely vague terms (in them, reference is made to “*protection*” — without any further qualification — of water, nature or fishing). In the absence of any other specification, respecting the autonomy of the will implies precisely that provisions of this kind are interpreted in an evolutionary manner, in other words, taking account of the criteria adopted by *the general law* prevailing in each period considered. If this is the case, should it not be acknowledged that these criteria have evolved appreciably over the past 20 years? The new law, both the law of the environment and the law of international watercourses, may therefore advisedly be applied on the basis of Articles 15, 19 and 20 of the 1977 Treaty, for an “evolutionary interpretation” of the Treaty.

18. This is the first major case brought before the Court in which there is such a sensitive ecological background that it has moved to centre stage, threatening to divert attention from treaty law. International public opinion would not have understood had the Court disregarded the new law, whose application was called for by Hungary. Fortunately the Court has been able to graft the new law onto the stock of Articles 15, 19 and 20 of the 1977 Treaty. And Slovakia, it must be said, was not opposed to taking this law into consideration. However in applying the so-called principle of *the evolutionary interpretation* of a treaty in the present case, the Court should have clarified the issue more and should have recalled that the general rule governing the interpretation of a treaty remains that set out in Article 31 of the 1969 Vienna Convention.

19. Concluding this consideration of the issue of the applicable law, let me say that considerable progress has been made over the last 20 or 30 years in mankind’s knowledge of the environment. What has actually progressed however, all that could progress, is on the one hand the scientific explanation of ecological damage and on the other the technical means for limiting or eliminating such damage. The phenomenon of damage, as such, has existed since the dawn of time, each time that mankind has opposed the forces of nature. This means that damage was a known factor, before and after the 1977 Treaty, and this was the meaning behind my question to the Parties.

* * *

20. La question de la *nature* du traité de 1977 et de ses instruments connexes m'a semblé devoir mériter plus d'attention de la part de la majorité de la Cour. C'est en effet une question centrale. La nature de ce traité conditionne largement la succession de la Slovaquie à cet instrument qui constitue la substance du droit applicable et qui, en dépit des *violations croisées* qu'il a subies de la part des deux Parties, reste toujours en vigueur.

21. Le traité de 1977 (ses instruments connexes compris) possède la triple caractéristique:

- qu'il est un *traité territorial*;
- qu'il est un traité auquel a *succédé* valablement la Slovaquie; et
- qu'il est un traité toujours *en vigueur aujourd'hui*.

22. Le traité considéré est un traité *territorial*:

- *parce qu'il réalise le mariage des territoires de deux Etats*; il crée des obligations entre eux soit quant à l'utilisation d'une partie du territoire de chacun d'eux, soit quant à ses restrictions à son usage. Il crée une sorte de «*dépendance*» territoriale d'un Etat par rapport à l'autre; il instaure un «*lien territorial*» entre eux dans le respect des frontières établies. Le fonctionnement de la centrale hydro-électrique de Gabčíkovo en territoire slovaque est conditionné par le barrage de Duna-kiliti en territoire hongrois. Et le fonctionnement de cette centrale en régime dit «*de pointe*» est subordonné à la création du barrage de Nagymaros en territoire hongrois;
- *parce qu'il crée un espace spécifique régional entre deux pays voisins*; il concerne la construction et l'utilisation commune d'ouvrages importants, tous érigés sur le Danube, fleuve lui-même frontière, ou construits autour de lui et pour lui. Ces aménagements conventionnels d'un cours d'eau dans une zone frontalière affectent le régime de la navigation fluviale sur ce parcours, ainsi que l'utilisation et la répartition des eaux frontières et associent les deux Etats au bénéfice d'une activité de production d'énergie. Le tout crée un *espace régional et un régime frontalier spécifiques*, conférant incontestablement au traité constitutif un caractère de «*traité territorial*»;
- *parce que enfin il a une double fonction, à la fois confirmatrice et légèrement modificatrice de la frontière entre deux Etats*; cette frontière était déjà définie par d'autres instruments antérieurs. Mais ledit traité de 1977 concerne l'aménagement d'un fleuve dont on sait que la ligne médiane du chenal principal détermine la frontière d'Etat entre les deux parties. De surcroît, ce traité comporte néanmoins une disposition sur la démarcation de la ligne de la frontière d'Etat, ce qui fait de lui un traité frontalier de confirmation. En outre il prévoit d'apporter une modification mineure au tracé frontalier, une fois la construction du système de barrages achevée. Il annonce à cet effet un échange limité de territoires par la voie d'un traité distinct. Enfin le traité de 1977 affecte ainsi non seulement le *tracé* frontalier, mais même sa nature, puisque la frontière n'est plus constituée *de facto* par le thalweg effectif.

20. It seems to me that the issue of the *nature* of the 1977 Treaty and its related instruments warranted more attention from the majority of the Court. Actually, it is a crucial question. The nature of the Treaty largely conditions the succession of Slovakia to this instrument, which constitutes the substance of the applicable law, and which remains in force despite *intersecting violations* by both Parties.

21. The 1977 Treaty (including its related instruments) has the three-fold characteristic

- of being a *territorial treaty*;
- of being a treaty to which Slovakia validly *succeeded*; and
- of being a treaty which is still *in force today*.

22. The Treaty in question is a *territorial treaty*:

- *because it "marries" the territories of two States*; it creates obligations between the States relating either to the use of a part of the territory of each of the two States or to restrictions as to its use. It creates a sort of *territorial "dependency"* of one State in relation to the other; it institutes a *"territorial link"* between them in respecting the established frontiers. The operation of the Gabčíkovo hydroelectric power plant on Slovak territory is conditioned by the Duna-kiliti dam on Hungarian territory. And the operation of that plant in "peak power" mode is subordinate to the creation of the dam at Nagymaros on Hungarian territory;
- *because it creates a specific regional area between two neighbouring countries*; it concerns the joint construction and use of major structures, all constructed on the Danube, itself a frontier river, or around and for the river. Such regulation by treaty of a watercourse in a frontier zone affects navigation on this stretch of the river as well as the use and apportionment of the frontier waters and makes the two States partners in the benefits of an industrial activity producing energy. All this creates a *specific regional area and frontier régime*, undeniably giving the Treaty instituting this space and this régime the character of a "territorial treaty";
- *lastly because it has a dual function, both confirming and slightly modifying the frontier between the two States*; the frontier had already been determined by other, previous instruments. However the 1977 Treaty concerns the regulation of a river which determines the State frontier between the two parties as the median line of its main channel. Moreover, the Treaty nonetheless contains a provision on the demarcation of the State boundary line, making it a boundary Treaty confirming the frontier. In addition it provides for a minor modification of the boundary line once the construction of the system of dams is completed. For this purpose it announces a limited exchange of territory on the basis of a separate treaty. Lastly, the 1977 Treaty thus affects not only the boundary *line*, but even its nature, since the frontier is no longer constituted *de facto* by the actual thalweg.

23. Ce traité est un instrument auquel *la Slovaquie a succédé* indubitablement :

- parce qu'il est un traité territorial, le principe étant en pareil cas le caractère automatique de la succession;
- parce que le type de succession ici (la dissolution d'Etat) est gouverné par la règle de la continuité successorale;
- parce que la Slovaquie avait elle-même participé, avant la dissolution de la Tchécoslovaquie, à la conclusion de ce traité; et
- parce que enfin la Slovaquie avait déclaré à sa naissance être liée par tous les traités conclus par l'Etat prédécesseur, sans avoir à aucun moment exclu celui de 1977.

24. Assurément le compromis passé entre les Parties en 1993 n'a pas dû être facile à élaborer. Sa rédaction paraît avoir été *inspirée* par le souci de concilier des éléments qui demeurent contradictoires. L'une des Parties, la Hongrie, reconnaît que le traité de 1977 s'applique à elle-même jusqu'à sa terminaison le 19 mai 1992, mais ne s'applique pas à l'autre. Cette dernière, la Slovaquie, n'aurait pas, selon la Hongrie, hérité de l'*instrument formel* lui-même, mais de *son contenu matériel* constitué par « les droits et obligations » que la Slovaquie tiendrait de ce traité désormais disparu selon la même Hongrie.

25. Ainsi la Cour aurait, dans cette construction compliquée, non pas à juger deux Etats sur la base d'un même traité, mais à juger

- i) sur la base du même traité une Partie au différend, la Hongrie, et un Etat dissous, la Tchécoslovaquie, non partie au différend, et
- ii) en même temps, sur une autre base qui n'est pas *directement* le traité, deux Etats, la Hongrie et la Slovaquie dont il n'est pas reconnu au second la qualité d'Etat successeur au traité en cause.

26. En vérité la Slovaquie a bien succédé au traité de 1977, lequel *est toujours en vigueur* aujourd'hui entre les deux Parties litigantes, en dépit des violations qu'il a subies de part et d'autre. J'adhère au raisonnement et aux conclusions de la majorité de la Cour pour dire et juger d'une part que la Hongrie aussi bien que la Slovaquie ont violé le traité et d'autre part que celui-ci demeure en vigueur. Mais j'irai plus tard un peu plus loin que la majorité de la Cour sur cette question des atteintes portées au traité, que je considère comme des *violations croisées*, génératrices d'*effectivités* qu'il faudra concilier avec la *survivance* du traité.

* * *

27. S'agissant des atteintes portées audit traité, je partage entièrement les vues de la majorité de la Cour lorsqu'elle déclare que la Hongrie a manifestement contrevenu à ses obligations contractuelles en suspendant,

23. The Treaty is an instrument to which undeniably *Slovakia succeeded*:

- because it is a territorial treaty, the principle in such cases being automatic succession;
- because the type of succession concerned here (the dissolution of a State) is governed by the rule of continuity of succession;
- because Slovakia itself, prior to the dissolution of Czechoslovakia, participated in the conclusion of the Treaty; and lastly
- because, on its emergence, Slovakia declared that it was bound by all treaties concluded by the predecessor State, without ever excluding the 1977 Treaty.

24. The Special Agreement concluded by the Parties in 1993 cannot have been easy to draw up. The text appears to have been *inspired* by the desire to reconcile elements which remain contradictory. One of the Parties — Hungary — acknowledges that the 1977 Treaty applies to itself, Hungary, until its termination on 19 May 1992, but does not apply to the other Party. According to Hungary, that Party — Slovakia — did not inherit *the formal instrument* itself, but *its material content* made up of “*the rights and obligations*” which Slovakia allegedly derived from this — according to Hungary — now defunct Treaty.

25. With this convoluted structure as backdrop, the Court apparently has to judge not two States on the basis of one and the same treaty but to judge

- (i) on the basis of one and the same treaty, one party to the dispute, Hungary, and a State now dissolved, Czechoslovakia, which is not a party to the dispute, and
- (ii) at the same time, on another basis which is not *directly* the Treaty, two States, Hungary and Slovakia, the latter of which is not recognized to have the status of successor State to the Treaty concerned.

26. Slovakia did indeed succeed to the 1977 Treaty, which *is still in force* today between the two Parties in contention, despite the intersecting violations of it by the Parties. I concur with the reasoning and conclusions of the majority of the Court in adjudging and declaring on the one hand that both Hungary and Slovakia violated the Treaty, and on the other that the Treaty remains in force. However, I shall shortly go a little further than the majority of the Court on this question of the infringements of the Treaty, which I hold to be *intersecting violations*, resulting in *effectivités* which must be reconciled with the *survival* of the Treaty.

* * *

27. As for the breaches of the Treaty, I entirely share the views of the majority of the Court in declaring that Hungary was manifestly in breach of its contractual obligations in suspending then abandoning work and

puis abandonnant ses travaux, et en déclarant plus tard la terminaison de ce traité. Aucune des justifications tentées par la Hongrie, tant pour la suspension puis l'abandon des travaux que pour la terminaison du traité, n'emporte ma conviction. Je n'ajouterais rien à l'analyse de la majorité de la Cour sur les violations hongroises, si ce n'est que, s'agissant de la « terminaison » du traité, l'acte hongrois a été dirigé contre un traité créant un régime frontalier objectif et aménageant un espace territorial ; qu'il concernait les ressources partagées d'un fleuve et qu'il a provoqué un dommage d'autant plus considérable qu'il risquait de laisser inachevés des travaux et ouvrages *par nature difficiles à reconvertir*.

28. Quant aux atteintes portées par la (Tchéco)Slovaquie audit traité, je regrette d'être en dissension avec la majorité de la Cour. Nous reconnaissons ensemble que la (Tchéco)Slovaquie a violé le traité de 1977, mais mon point de vue est différent quant à l'étendue et à la portée de la violation (tchéco)slovaque. La question la plus importante concerne le jugement que l'on doit porter sur la solution de rechange, dite « variante C », retenue et appliquée par la Tchécoslovaquie. Selon la majorité de la Cour,

« la Tchécoslovaquie était en droit de recourir, en novembre 1991, à la variante C, dans la mesure où elle se bornait alors à entamer des travaux qui ne préjugeaient pas de la décision définitive qu'elle devait prendre. En revanche la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service cette variante à partir d'octobre 1992 » (par. 88).

Cette présentation de la Cour a fait ensuite l'objet du dispositif de l'arrêt sous I B et I C.

Mon point de vue est différent.

29. La Slovaquie ne fait pas de difficulté pour reconnaître que la variante C diffère physiquement de la réalisation que l'on aurait pu obtenir avec le projet initial. De fait, la variante C a créé un *système autonome*, désormais sans aucune dépendance à l'égard de la Hongrie. L'idée d'un *projet commun* s'éloigne, avec les conséquences juridiques quant au mode de fonctionnement des ouvrages, lesquels dépendent désormais de la seule Slovaquie. Celle-ci, par un acte unilatéral, s'est appropriée un investissement conjoint et des eaux du Danube, ressource partagée, sur une quarantaine de kilomètres du cours du fleuve. L'opération de recherche et de répartition du profit, commune aux deux Parties, est abandonnée.

30. La théorie de l'application « *approximative* », ou « *approchée* » ou « *approchante* », invoquée par la Slovaquie pour justifier la construction et la mise en service de la variante C n'est pas convaincante. Le droit international ne connaît pas cette théorie. Les « précédents » avancés pour justifier celle-ci n'ont pas de valeur. Du fait au moins de ses dangers, cette théorie méritait une censure vigoureuse que je ne trouve pas dans l'arrêt.

31. Si cette théorie est acceptée ce serait au détriment de la *sécurité juridique* dans les rapports entre Etats et en particulier de la sécurité des traités et de l'*intégrité des obligations* régulièrement contractées. Une consolidation de cette théorie signifierait pratiquement la fin du principe cardinal *pacta sunt servanda*, dès lors qu'un Etat qui s'engage pour une

later in declaring the Treaty terminated. None of Hungary's attempted justifications, relating either to the suspension then the abandonment of work or to the termination of the Treaty, convince me. I have nothing to add to the analysis of the majority of the Court regarding breaches by Hungary, save that the Hungarian act of "termination" was directed against a treaty creating an objective frontier régime and regulating a territorial space; that it concerned the shared resources of a river, and that it caused damage which was all the greater in that it threatened to leave unfinished works and structures *which by their very nature were difficult to redeploy*.

28. As for the breaches of the Treaty by (Czecho)Slovakia, I regret to dissent from the majority of the Court. We all recognize that (Czecho)Slovakia breached the 1977 Treaty, but my view differs as to the extent and scope of the (Czecho)Slovak breach. The salient question is how to judge the substitute solution, "Variant C", a solution chosen and applied by Czechoslovakia. According to the majority of the Court,

"Czechoslovakia was entitled to proceed, in November 1991, to Variant C in so far as it then confined itself to undertaking works which did not predetermine the final decision to be taken by it. On the other hand, Czechoslovakia was not entitled to put that Variant into operation from October 1992." (Para. 88.)

This presentation by the Court then became the subject-matter of the operative part, subparagraphs 1 B and 1 C.

I take a different view.

29. Slovakia has no hesitation in acknowledging that Variant C differs in its physical characteristics from the structure which could have been obtained under the original Project. Variant C in fact created an *autonomous system*, no longer dependent on Hungary in any way. The idea of a *joint project* recedes, with legal consequences for the mode of operation of the works, for which Slovakia now bears sole responsibility. Slovakia has, unilaterally, appropriated a joint investment and waters of the Danube, a shared resource, over a stretch of the river 40 or so kilometres long. The Parties' joint operation of research and profit-sharing has been abandoned.

30. The theory of "*approximate application*" or "*close approximation*" relied on by Slovakia in order to justify the construction and commissioning of Variant C is unconvincing. There is no such theory in international law. The "precedents" advanced in favour of this theory are worthless. At least because of its dangers, this theory deserved wholehearted censure, which I find lacking in the Judgment.

31. Were this theory to be accepted, it would be to the detriment of *legal certainty* in relations between States and in particular of the certainty of treaties and of the *integrity of the obligations* properly entered into. The consolidation of this theory would virtually signal the end of the cardinal principle *pacta sunt servanda*, since a State which undertakes

obligation précise est laissé libre d'en exécuter une autre qu'il serait assez habile de présenter comme très proche de la première. Il lui suffirait de faire observer que son « *application approchante* » est permise dès lors que le comportement de l'autre partie le place, à ses dires, dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations aux termes du traité et qu'il ne dispose d'aucun autre recours. Tous les manquements aux obligations de l'Etat risqueraient ainsi d'être habillés en une « *application approchante* ».

Le danger est d'autant plus grand que cette théorie ne livre *aucun critère fiable pour mesurer le degré de « proximité »* ou d'« *approximation* » tolérable. La « *distance* » — ou la « *différence* » — qu'un Etat serait autorisé à prendre par rapport au but du traité dans l'exécution de l'obligation reste dangereusement indéterminée et laissée à l'appréciation subjective de l'Etat.

Mais il y a plus.

32. Ce qui fait défaut à la thèse de l'« *application approchante* » pour en faire une « *nouvelle interprétation* » valide du traité, c'est bien évidemment la condition de base qu'est le consentement de l'autre Etat. La Slovaquie n'a certes pas tort d'avancer que des écarts à la norme conventionnelle lors de l'application du traité peuvent être considérés comme une « *nouvelle interprétation* » dudit traité. Mais cette sorte de « *mutation* » ou de « *novation* » de l'obligation au niveau de son exécution est subordonnée à l'existence d'une condition essentielle qui n'est pas du tout remplie en l'espèce. L'« *application approchante* » ne peut être validée et constituer une « *nouvelle interprétation* » que si l'autre partie au traité y a *donné son consentement*. On voit donc bien la faiblesse de la thèse slovaque.

La position de la Hongrie est de surcroît bien particulière car, non seulement elle n'a pas donné son consentement à la « *nouvelle interprétation* » du traité, mais encore elle considère qu'il n'y a eu ni interprétation *première*, ni interprétation *nouvelle* dudit traité puisqu'il a cessé d'exister, selon elle, avant même la naissance de la Slovaquie.

33. J'en arrive maintenant à un tout autre aspect concernant cette variante C. Il me permet d'apporter en toute justice une nuance à mon propos. Il n'échappe en effet à personne que lorsque les Etats entreprennent des négociations, ils envisagent souvent, par prudence et réalisme, d'autres solutions en prévision d'un échec de ces négociations. Un Etat avisé va toujours à la négociation avec, en réserve, une ou plusieurs solutions de rechange en cas d'insuccès. *On peut donc affirmer que le fait d'envisager une solution unilatérale de rechange doit faire nécessairement partie de la stratégie et de la tactique habituelles de la négociation, parfois pour mieux peser sur le partenaire au cours de cette négociation.* Les « *solutions de rechange* » constituent donc une précaution élémentaire dans toute négociation.

34. On ne peut soutenir le contraire que si l'Etat a fait *preuve de mauvaise foi* et qu'il est parfaitement établi qu'il a seulement fait semblant de négocier alors que *sa volonté arrêtée était de saboter ces négociations de façade pour faire prévaloir coûte que coûte une solution unilatérale déjà décidée.*

Cela pose alors le problème de savoir *si la Tchécoslovaquie a respecté*

a specific obligation is left free to fulfil another, which it would be quite cunning to present as being very close to the first obligation. The State would only have to observe that its “*approximate application*” was allowed since, according to it, the conduct of the other party placed it in the impossibility of performing its obligations under the treaty and since it had no other remedy. All breaches of the obligations of the State would thus run the risk of being presented as an “*approximate application*”.

The danger is all the greater in that this theory provides *no reliable criterion for measuring the tolerable degree of “proximity” or “approximation”*. The “*distance*” — or the “*difference*” — which a State would be authorized to take in relation to the purpose of a treaty when performing the obligation remains dangerously undefined and is still left to the subjective evaluation of the State.

But this is not all.

32. What the theory of “approximate application” lacks in order to be a valid “*reinterpretation*” of the treaty is quite obviously the basic condition of the consent of the other State. Indeed Slovakia is not wrong in stating that deviations from treaty norms in the application of the Treaty may be considered a “*reinterpretation*” of that Treaty. Yet this species of “*mutation*” or “*novation*” of the obligation in its performance is subject to the existence of an essential condition which has not been fulfilled in the present case at all. The “*approximate application*” may only be recognized as valid and may only constitute a “*reinterpretation*” if the other party to the Treaty has *given its consent*. The weakness of Slovakia’s case is only too apparent.

Moreover Hungary’s position is a most distinctive one since not only did it not give its consent to the “*reinterpretation*” of the *Treaty*, it also considers that there was neither an *original* interpretation nor a *re-interpretation* of the *Treaty* since for Hungary it ceased to exist even before the advent of Slovakia.

33. I now come to quite another aspect concerning Variant C, one which fully warrants my adding a nuance to what I have already said. It is no secret that when States undertake negotiations, they often envisage, in a spirit of caution and realism, other solutions should the negotiations fail. A prudent State always approaches the negotiating table with one or more substitute solutions up its sleeve in case of failure. *It may therefore be said that envisaging a unilateral substitute solution must necessarily be part of the customary strategy and tactics of negotiation, sometimes in order to put more pressure on the negotiating partner*. “Substitute solutions” are therefore an elementary precaution in any negotiation.

34. The contrary can only be asserted if the State has *shown bad faith* and if it has been demonstrated beyond doubt that it only pretended to negotiate, whereas *its firm intention was to sabotage the seeming negotiations in order to impose at all costs a unilateral solution already decided on*.

This then raises the problem as to *whether Czechoslovakia respected*

le principe de la bonne foi. Je ne me hasarderai pas à aborder l'examen de cette question car, pour moi, la Tchécoslovaquie aussi bien que la Hongrie affichaient chacune sa bonne foi tout en se renvoyant l'une à l'autre l'image de leur inquiétude respective. La bonne foi de chacune des deux Parties était érodée par le «goutte à goutte» de l'inquiétude et de la méfiance de chacune envers l'autre.

35. Quoi qu'il en soit, pour apprécier la validité juridique de la variante C, la majorité de la Cour s'est livrée à la distinction entre la *construction proprement dite* de cette «solution de rechange», qui serait licite, et le *détournement effectif du fleuve*, phase finale de la variante, qui serait illicite. Les diverses opérations que comporte la variante C seraient découpées en quelque sorte en autant de *tranches de salami juridique*.

Je ne puis partager cette approche. La réalisation de la variante C relève à mon avis de l'une des catégories de ces infractions qu'on appelle «*continues*», ou «*composées*», ou «*complexes*», *selon leurs caractéristiques*, et dont chaque phase, ou chaque élément, est illicite.

36. La majorité de la Cour considère que seul le détournement du fleuve porte réellement atteinte aux obligations conventionnelles de la (Tchéco)Slovaquie ainsi qu'au droit international coutumier qui interdit l'appropriation unilatérale d'une ressource partagée. Chacune des autres phases antérieures au détournement serait licite au motif qu'un Etat souverain a le droit de construire sur son territoire tout édifice qu'il veut, dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux droits ou aux intérêts d'un autre Etat.

37. Mais c'est précisément sur ce dernier point que le raisonnement est insoutenable. Car pour que celui-ci soit irréprochable il faut démontrer qu'aucune phase de la construction de la variante C, à l'exception du détournement du fleuve, n'a porté atteinte aux droits et intérêts de la Hongrie. Une telle démonstration n'a pas été faite et semble être considérée par la Cour comme allant de soi à l'instar d'un postulat.

38. Certes un Etat est souverain sur son territoire sur lequel il peut ériger toute construction qu'il souhaite. Mais dès lors que cet Etat est lié par un engagement concernant par exemple l'aménagement d'un bassin fluvial, il ne peut plus ériger *à sa guise* une construction qui *se rapporte* à ce bassin fluvial, ou qui a *un lien* avec ce bassin, ou *une incidence* sur lui. Dans l'aire d'intervention du traité, il n'y a désormais place pour rien d'autre que pour l'application de cet instrument (mis à part bien évidemment toutes les opérations d'administration de ce territoire). En d'autres termes, dans son comportement, certes souverain mais lié par une obligation conventionnelle déterminée, l'Etat doit nécessairement agir avec une prudence et un discernement tels qu'à aucun moment et pour aucune de ses opérations il ne puisse craindre de compromettre potentiellement la concrétisation de son obligation conventionnelle. Dans le domaine désormais régi par un traité, l'Etat contractant ne peut plus procéder à n'importe quelle réalisation. Celle-ci ne serait licite que si elle est *totale-ment neutre* par rapport à l'économie générale dudit traité.

39. Je dois rappeler ici ce que j'avais noté plus haut au sujet de la nature territoriale du traité de 1977 qui met à la charge des deux Etats

the principle of good faith. I shall not venture to examine this question since, in my view, both Czechoslovakia and Hungary showed good faith, whilst each presenting the image of their own anxiety to the other. On either side, good faith was eroded by the “drip” effect of anxiety and distrust vis-à-vis the other Party.

35. In any event, in determining the legal validity of Variant C, the majority of the Court made a distinction between *the actual construction* of this “substitute solution”, held to be lawful, and *the actual diversion of the river*, the final phase of Variant C, held to be unlawful. The various operations which make up Variant C are thus dissected as it were into so many *slices of legal salami*.

I cannot agree with this approach. In my opinion the construction of Variant C falls into one of the categories of breaches termed “*continuing*”, “*composite*” or “*complex*”, depending on their characteristics, each phase or each element of which is unlawful.

36. The majority of the Court considers that only the diversion of the river genuinely breaches (Czecho)Slovakia’s treaty obligations as well as customary international law, which prohibits the unilateral appropriation of a shared resource. Each of the other phases prior to the diversion is allegedly lawful, on the ground that a sovereign State is entitled to erect any edifice it wishes on its territory, providing it does not prejudice the rights and interests of another State.

37. However, it is precisely on this last count that the reasoning is untenable. For the reasoning to be unassailable, it has to be shown that no phase of the construction of Variant C, apart from the diversion of the river, prejudiced Hungary’s rights and interests. This has not been shown and appears to have been considered self-evident by the Court, after the fashion of a postulate.

38. It is true that a State is sovereign on its own territory, on which it may erect any construction it wishes. However, once that State is bound by a commitment, concerning the regulation of a river basin for instance, it may no longer construct *as and when it wishes* a structure relating to this river basin, or which has *a link* with this basin, or *an effect* on it. Within the scope of the Treaty, this leaves room for nothing else but the application of this instrument (excepting of course all the operations regarding the administration of this territory). In other words, in its conduct the State, sovereign of course but bound by a given treaty obligation, must necessarily act with such caution and discernment that it need not fear potentially compromising the performance of its treaty obligation, at any time and in relation to any of its operations. In the field henceforth governed by a treaty, the contracting State can no longer carry out any operation it wishes, which would be lawful only if it were *totally neutral* in relation to the general structure of such a treaty.

39. At this point I must recall what I said above on the subject of the territorial nature of 1977 Treaty, which lays various mutual obligations

contractants diverses obligations mutuelles relatives soit à l'utilisation d'une partie du territoire de chacun des deux Etats, *soit à des restrictions à son usage*. Le traité crée une «dépendance territoriale» d'un Etat par rapport à l'autre. Comment soutenir dans ces conditions que l'Etat est libre d'agir à sa guise?

40. Il faut bien savoir ce qu'est en fait la variante C. Le paragraphe 66 de l'arrêt en fait la description détaillée et le groupe de travail d'experts indépendants la présente comme suit:

«La variante C est un ensemble complexe d'ouvrages, situé en Tchécoslovaquie... Les ouvrages comprennent...:

- 2) les déversoirs de dérivation contrôlant l'écoulement dans le Danube,
- 3) le barrage fermant le lit du Danube,
- 4) le déversoir de la plaine d'inondation,
- 5) l'ouvrage de prise alimentant le bras Moson du Danube,
- 6) l'ouvrage de prise alimentant le canal usinier,
- 7) les barrages/digues en terre reliant les ouvrages,
- 8) l'écluse destinée aux navires de faible tonnage ...,
- 9) l'évacuateur de crue,
- 10) la centrale hydro-électrique.» (Mémoire de la Slovaquie, vol. II, annexe 12.)

Cette description de la variante C montre combien les ouvrages prévus sont *nombreux*, «*lourds*», *nullement neutres* et *interfèrent* sur le projet initial, ou plus exactement le *dénaturent*.

41. Dans ces tranches de «salami juridique» que serait la variante C, la première phase elle-même ne saurait être regardée comme *indifférente* au traité de 1977. Le premier acte de la (Tchéco)Slovaquie, la construction du verrou de Čunovo, s'inscrit dans un bassin fluvial certes en territoire tchécoslovaque, mais avec une répercussion immédiate quant à la manière de disposer des eaux appartenant aux deux Etats, puisque le fleuve a été élargi là en un grand réservoir représentant les deux tiers de celui de Dunakiliti. Cette première opération n'est pas de celles, *neutres*, que pourrait prendre librement un Etat tenu par ailleurs par un engagement portant sur un certain aménagement du fleuve. Elle vient créer au contraire une situation qui a une incidence directe et immédiate sur les prévisions du traité de 1977, prévisions qu'elle modifie substantiellement. Certes le traité considéré n'a nulle part formellement interdit à la Tchécoslovaquie de faire un barrage à Čunovo, sur son propre territoire. Mais en décidant que le barrage devait se situer à Dunakiliti, il a indubitablement prescrit à la Tchécoslovaquie une «*obligation d'abstention*» d'ériger ce barrage à Čunovo. Bref, même l'opération première de Čunovo ne pouvait être laissée à l'initiative exclusive et souveraine de la Tchécoslovaquie. Le premier «détournement» des eaux du Danube n'a-t-il pas eu lieu en réalité à Čunovo, lorsque le fleuve, verrouillé là, s'est élargi en une vaste «retenue» — c'est le mot — au détriment de la Hongrie?

42. *Sur un tout autre registre*, je ne parviens pas à imaginer qu'une

on the two contracting States relating either to the use of a part of the territory of each of the two States, *or to restrictions on its use*. The Treaty creates a “territorial dependency” of one State in relation to the other. This being so how can it be asserted that the State is free to act as it wishes?

40. It is important to ascertain exactly what Variant C is. Paragraph 66 of the Judgment gives a detailed description of it and the Working Group of Independent Experts presents it in the following terms:

“Variant C consists of a complex of structures, located in Czechoslovakia . . . The structures include . . .:

- (2) By-pass weir controlling the flow into the river Danube.
- (3) Dam closing the Danubian river bed.
- (4) Floodplain weir (weir in the inundation).
- (5) Intake structure for the Mosoni Danube.
- (6) Intake structure in the power canal.
- (7) Earth barrages/dykes connecting structures.
- (8) Ship lock for smaller ships . . .
- (9) Spillway weir.
- (10) Hydropower station.” (Memorial of Slovakia, Vol. II, Ann. 12.)

This description of Variant C shows to what extent the planned structures are *numerous*, “*heavy*”, and *not at all neutral*, and *interfere with* the initial Project, or to be more specific *change its nature*.

41. In these slices of “legal salami” which supposedly constitute Variant C, the first phase itself cannot be considered as being *immaterial* to the 1977 Treaty. (Czecho)Slovakia’s first act, the construction of the Čunovo dam, occurred in a river basin which was indeed on Czechoslovak territory but this had immediate repercussions on the apportionment of water belonging to both States, since the river was enlarged at that point into a large reservoir two-thirds the size of the Dunakiliti reservoir. This first operation was not the kind of *neutral* measure that might freely be taken by a State which was moreover bound by a commitment relating to a certain way of regulating the river. On the contrary, it creates a situation having a direct, immediate bearing on the provisions of the 1977 Treaty, which provisions it substantially alters. Nowhere does the Treaty in question formally forbid Czechoslovakia to erect a dam at Čunovo, on its own territory. However, in deciding that the dam was to be located at Dunakiliti, the Treaty undeniably imposes on Czechoslovakia an “*obligation to abstain*” from erecting this dam at Čunovo. In short, even the first operation at Čunovo could not be left to Czechoslovakia’s sole, sovereign initiative. Did not the first “diversion” of the waters of the Danube in fact take place at Čunovo when the river, dammed at that point, broadened into a vast “reservoir” — so to speak — to the detriment of Hungary?

42. *On a totally different plane*, I cannot conceive how an action by

action de l'Etat, inscrite comme un maillon dans une chaîne, ne puisse pas recevoir sa coloration illicite dès lors qu'elle s'achève par un dernier maillon reconnu lui-même illicite. Car, une fois le détournement du Danube réalisé, cet acte illicite devait «rétroactivement» servir de «révélateur chimique» pour colorer d'une teinte illicite l'ensemble des opérations de la variante C. Or la majorité de la Cour, en persistant à opposer les opérations de construction qui seraient *définitivement* licites au détournement du fleuve qui ne le serait pas, ne reconnaît pas du tout l'illicéité de l'ensemble de la variante C.

43. C'est là, pour la majorité de la Cour, une façon de nier l'existence de l'«infraction continue», ou «composée», ou «complexe». Tous les efforts doctrinaux et jurisprudentiels, ainsi que la tentative de codification réalisée par la Commission du droit international, me paraissent compromis par cette position. Certes le caractère illicite de l'«infraction continue» est déterminé une fois que le dernier acte de la pièce est joué. Mais dans la doctrine et la jurisprudence la déclaration d'illicéité du dernier maillon entraîne dans la plupart des catégories d'infractions l'illicéité de l'ensemble de la chaîne. Il me paraît donc inexact d'opposer la construction de la variante C, qui serait licite, à sa mise en eau finale qui ne le serait pas.

44. L'arrêt de la Cour renvoie aux travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats. Mais on lit précisément dans l'un des paragraphes de commentaires de cette Commission auquel la Cour se réfère spécialement que :

«à la différence du fait illicite de droit interne, le fait internationalement illicite d'un Etat est fort souvent — et probablement dans la plupart des cas — la résultante d'un enchaînement d'actions ou d'omissions individuelles qui, bien que légalement distinctes en droit interne, *forment un tout en quelque sorte indissociable au regard du droit international*» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1993, vol. II, deuxième partie, p. 59, par. 14; les italiques sont de moi).

45. Ce n'est d'ailleurs pas l'article 41 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, cité par l'arrêt de la Cour, qui est pertinent ici, mais plutôt et davantage l'article 25. Son titre («*Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps*») est en lui-même significatif pour la présente espèce. Il y est dit clairement :

«1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ayant un caractère de continuité *se produit au moment où ce fait commence...*

2. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé...

the State, forming a link in a chain, should not take on an unlawful hue when completed by a final link, itself acknowledged to be unlawful, since, once the Danube had been diverted, this unlawful act was “retroactively” to serve as a “chemical indicator” casting an unlawful hue on all the operations composing Variant C. However, in persisting in setting the construction work, said to be *definitively* lawful, against the diversion of the river, apparently not unlawful, the majority of the Court does not at all recognize the unlawfulness of Variant C as a whole.

43. That, for the majority of the Court, is a way of denying the existence of the “continuing”, “composite” or “complex wrong”. It seems to me that all the effort expended in the literature and in the case-law are compromised by this stand, as is the attempt at codification by the International Law Commission. The unlawful nature of the “continuing wrong” is indeed determined once the last piece of the jigsaw is in place. Yet in the literature and in the case-law the declaration of the unlawfulness of the final link results, in most categories of wrongs, in the unlawfulness of the entire chain. It therefore seems wrong to me to set the allegedly lawful construction of Variant C against its allegedly unlawful *final commissioning*.

44. The Judgment of the Court refers to the proceedings of the International Law Commission on State Responsibility. However, one of the paragraphs in the commentaries of the Commission to which the Court specially refers reads:

“unlike wrongful acts of national law, the internationally wrongful act of a State is quite often — and probably in most cases — the result of a concatenation of a number of individual actions or omissions which, however legally distinct in terms of municipal law, *constitutes one compact whole so to speak from the point of view of international law*” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1993, Vol. II, Part 2, p. 57, para. 14; emphasis added).

45. Moreover it is not so much Article 41 of the Draft Articles of the International Law Commission on State Responsibility, cited in the Judgment of the Court, which is relevant here, but rather Article 25. Its title (“*moment and duration of the breach of an international obligation by an act of the State extending in time*”) is in itself significant for the present case. It clearly states:

“1. The breach of an international obligation by an act of the State having a continuing character *occurs at the moment when that act begins* . . .

2. The breach of an international obligation by an act of a State, composed of a series of actions or omissions in respect of separate cases, occurs at the moment when that action or omission of the series is accomplished which establishes the existence of the composite act . . .

3. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat complexe, constitué par une succession d'actions ou omissions ... se produit au moment de la réalisation du dernier élément constitutif dudit fait complexe...» (Les italiques sont de moi.)

Mais de surcroît et dans tous les cas, la Commission du droit international a déclaré, dans chacune de ces hypothèses (fait continu, composé ou complexe), que: «Toutefois le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière.» En d'autres termes, quelle que soit la qualification donnée à la variante C parmi les trois types d'infraction ci-dessus, l'illicéité de la dernière phase, celle du détournement du fleuve, s'étend à l'ensemble des opérations qui l'ont précédée, même si l'on suppose qu'il ne s'agit pas d'une infraction continue pour laquelle l'illicéité se produit dès son commencement.

46. En vérité le caractère illicite de la variante C, depuis le début de sa construction jusqu'au détournement du fleuve, ne peut être qu'*indivisible*, compte tenu de la nature même de cette «solution de rechange». Comme le dit très bien l'arrêt de la Cour, «les principaux ouvrages du système d'écluses ... seront gérés en tant qu'unité unique coordonnée» (par. 144) ou encore en tant que «système d'ouvrages opérationnel, unique et indivisible» (par. 77). De même la variante C qui s'y est substituée n'est pas constituée par une série d'opérations sans rapport les unes avec les autres. Elles se subordonnent l'une l'autre pour concourir au résultat final. Le caractère «*intégré*» de ces opérations résulte de ce qu'aucune d'entre elles ne se suffit à elle-même ou n'a par elle-même *un sens*. Aucune d'entre elles n'est neutre et n'a de signification que si elle est rapportée au résultat final. A quoi servirait la construction du barrage fermant le lit du Danube sinon au détournement de ce fleuve? Pour un Etat souverain qui a le droit de construire ce qu'il veut sur son territoire, la construction d'un tel barrage, si elle était *isolée et réduite à elle-même*, n'aurait aucun sens et aucun intérêt pour cet Etat qui ne l'entreprendrait pas du tout. Ce sens et cet intérêt n'apparaissent que si l'on rattache ladite opération au détournement final du fleuve. La nature même du canal de dérivation construit dans le cadre de cette variante C était bien évidemment de faire dériver les eaux du chenal principal vers la centrale de Gabčíkovo. Une telle construction ne pouvait être ni innocente, ni neutre; elle était marquée du sceau propre à la finalité de la variante C qui est le détournement des eaux du fleuve. En bref, *il n'est pas possible de séparer d'un côté la construction et de l'autre le détournement*.

47. Il est exact que tout fait internationalement illicite commence d'abord par des «*préparatifs*». Je suis d'accord avec la majorité de la Cour pour considérer que ces préparatifs *stricto sensu* ne sont pas illicites. Même la préparation très poussée d'une «solution de rechange» en vue de peser sur la négociation avec le partenaire ne relève en soi d'aucune illicéité. Mais une fois donné l'ordre de construire et une fois la construction commencée, en novembre 1991, l'on quitte le domaine des préparatifs pour passer à celui de la construction. Or, à cette date

3. The breach of an international obligation by a complex act of the State consisting of a succession of actions or omissions . . . occurs at the moment when the last constituent element of that complex act is accomplished . . .” (Emphasis added.)

In addition, however, and in all cases, the International Law Commission stated, with regard to each of these scenarios (continuing, composite or complex act), that “Nevertheless, the time of commission of the breach extends over the entire period.” In other words, however Variant C is classified among the above three types of wrong, the unlawfulness of the final phase, the diversion of the river, extends to all the operations which preceded it, even supposing it not to be a continuing offence unlawful from the outset.

46. Indeed, the unlawful nature of Variant C, from the commencement of its construction to the diversion of the river, can only be *indivisible*, in view of the very nature of this “substitute solution”. As the Judgment of the Court puts it so appositely, “the main structures of the System of Locks . . . will take the form of a co-ordinated single unit” (para. 144) or a “single and indivisible operational system of works” (para. 77). Similarly, Variant C, which replaced this system, is not made up of a series of unrelated operations. They depend on each other, combining to produce the final result. The “*integrated*” nature of these operations results from the fact that none of them can stand alone, nor have *any meaning* in itself. None of them is neutral and is meaningful only when related to the final result. What would be the purpose of the construction of the dam closing the bed of the Danube unless to divert the river? For a sovereign State, which is entitled to construct whatever it wants on its own territory, building such a dam, *in isolation and on its own*, would be pointless and without interest for that State, which would not embark upon such a venture at all. The point and interest become evident only when the operation in question is related to the final diversion of the river. The very nature of the bypass canal built in the context of Variant C was quite obviously to divert the waters of the main channel to the Gabčíkovo power plant. Such a construction could be neither innocent nor neutral; it bore the stamp of the end purpose of Variant C, which was the diversion of the waters of the river. In short, *it is not possible to separate the construction on the one hand and the diversion on the other*.

47. It is true that any internationally unlawful act initially begins with “*preparations*”. I agree with the majority of the Court in considering that such preparations *stricto sensu* are not unlawful. Even the extremely advanced preparation of a “substitute solution” as leverage on negotiations with the partner is not in itself in any way unlawful. However, once the order to construct was given and once construction began, in November 1991, we leave the field of preparations for that of construction. At that time, November 1991, Czechoslovakia was fully aware that Hungary

de novembre 1991, la Tchécoslovaquie savait parfaitement que la Hongrie n'entendait pas exécuter le traité de 1977 et avait alors pris la décision de détourner les eaux du fleuve. La chaîne des opérations destinées à atteindre ce but était continue et sans rupture de maillon depuis le commencement de la construction jusqu'à la mise en service de la variante C par détournement effectif des eaux en octobre 1992. La majorité de la Cour a estimé cependant que les travaux en question auraient pu «être abandonnés [par la Tchécoslovaquie] si un accord était intervenu entre les parties» (par. 79). Je ne pense pas que l'on puisse se livrer sans risque à une spéculation de cette nature. Au moment où la construction avait été entamée en novembre 1991 et durant toute cette phase des travaux, il est apparu clairement, notamment à travers les échanges diplomatiques entre les Parties, que chacune de celles-ci campait définitivement sur ses positions. Dès lors l'idée d'abandon des travaux évoquée par la Cour ne pouvait être qu'hypothétique et irréaliste.

48. Ainsi le paragraphe 1 du dispositif de l'arrêt est rédigé de telle sorte que la Cour déclare d'une part que la Tchécoslovaquie a agi légalement en recourant à la variante C en novembre 1991 (alinéa A), mais d'autre part qu'elle n'était pas en droit de la mettre en service en octobre 1992 (alinéa B). Je confesse une certaine perplexité devant cette affirmation à deux temps. C'est comme si j'étais autorisé à acheter des fruits au marché, mais privé de les manger. C'est comme si la ménagère avait cuit son repas, mais interdite de le consommer. C'est comme si un Etat était libre d'acheter des armes ou de les faire fabriquer, mais non autorisé à les utiliser en cas d'agression contre lui. Le paragraphe 1 du dispositif offre ainsi un raccourci saisissant d'une analyse qui débouche sur une impasse.

En définitive la décision retenue par la Cour concernant la variante C n'est selon moi ni juridiquement correcte, ni pratiquement bonne, ni effectivement utile. Ni au plan du droit, ni à celui des faits, ni enfin pour les négociations bipartites à venir, elle ne sert.

49. Avec la réalisation de cette variante C, voilà donc des eaux internationales, appartenant à deux Etats et coulant dans le lit d'un fleuve frontière, qui deviennent soudain, et sur 40 kilomètres, de Čunovo à Sap, des eaux purement nationales, slovaques. Voilà un projet bilatéral, en construction sur le territoire de deux Etats grâce à un investissement commun et qui devient soudain un projet unilatéral et purement national. A qui la faute? Certes et d'abord à la Hongrie. Mais cet aspect du problème ne m'intéresse pas pour le moment. Ce qui retient ici l'attention, c'est une réalité physique considérable: sur 40 kilomètres, des eaux jusqu'ici partagées deviennent des eaux purement nationales et un projet bilatéral subit soudain une altération profonde qui le dénature en projet purement national.

50. Il est clair qu'en agissant ainsi la (Tchéco)Slovaquie a appliqué quelque chose de tout à fait différent du traité de 1977. Ou bien la variante C constitue l'application du traité ou elle ne l'est pas. Il ne saurait, selon moi, exister une situation intermédiaire. Il n'y a pas, *en droit*, place pour une application «approximative» du traité. Le droit interna-

had no intention of performing the 1977 Treaty, and had then taken the decision to divert the waters of the river. The chain of operations designed to achieve this aim was unbroken, with no missing links, from the commencement of construction to the commissioning of Variant C by the actual diversion of the waters in October 1992. Nevertheless the majority of the Court held that the work concerned might "have been abandoned [by Czechoslovakia] if an agreement had been reached between the parties" (para. 79). I do not think one can engage in speculation of this sort with impunity. When construction began in November 1991 and throughout this phase of the works, it was clearly apparent, particularly from the diplomatic exchanges between the Parties, that each Party had adopted an entrenched position. That being so, the idea mooted by the Court of an abandonment of the works could be only hypothetical and unrealistic.

48. Thus paragraph 1 of the operative part of the Judgment is drafted in such a way that the Court states on the one hand that Czechoslovakia acted legally in proceeding to Variant C in November 1991 (subpara. A), but on the other that it was not entitled to put it into operation in October 1992 (subpara. B). I am somewhat bemused, I must admit, by this twofold affirmation. It is as if I were allowed to buy fruit from the market, but prevented from eating it. It is as if the housewife had cooked a meal but were forbidden to eat it. It is as if a State were free to purchase weapons or have them manufactured, but were not permitted to use them if attacked. Paragraph 1 of the operative part thus reflects, in a nutshell, an analysis which ends in stalemate.

In the final analysis, the decision of the Court concerning Variant C is, in my view, neither correct in legal terms, nor good in practical terms, nor actually useful. It has no value, neither in law nor in fact, nor for future bipartite negotiations.

49. So with the construction of Variant C, international waters belonging to two States and flowing in the bed of a frontier river suddenly, over a distance of 40 kilometres from Čunovo to Sap, become exclusively national, Slovak waters. A bilateral project, under construction on the territory of both States as a result of a joint investment, suddenly becomes a unilateral, purely national project. Whose fault is this? Certainly and primarily the fault of Hungary. For the time being however this aspect does not concern me. What does deserve consideration here is a substantial physical reality: over a distance of 40 kilometres, waters hitherto shared become purely national waters and a bilateral project suddenly undergoes profound modifications, fundamentally altering it into a purely national project.

50. It is clear that (Czecho)Slovakia, in so doing, applied something quite different from the 1977 Treaty. Either Variant C constitutes the application of the Treaty or it does not. In my view there can be no intermediate situation. There is no place, *in law*, for an "approximate" application of the Treaty. There are only two categories of conduct in inter-

tional ne connaît que deux catégories de comportements: celui qui est licite et celui que ne l'est pas. Il ne connaît pas de situation intermédiaire. Celle-ci peut exister, mais elle n'est et ne sera qu'un fait. Rapproché du traité, ce fait ne peut être considéré que comme une non-application du traité, ayant un caractère illicite.

51. Je suis donc parvenu à la conclusion que la variante C, dans sa totalité, est illicite. Peut-elle être regardée toutefois comme une contre-mesure? Je ne le pense pas et je partage sur ce point la démonstration de la majorité de la Cour. Je serais toutefois tenté d'y ajouter une nuance. Le comportement de la (Tchéco)Slovaquie ne s'analyse pas *en toute certitude* en une simple réaction aux actes illicites de la Hongrie. Une autre analyse, peut-être un peu plus réaliste, verrait dans le comportement tchécoslovaque à la fois une *préméditation* et une *riposte*, ce qui crée une situation plus complexe que la contre-mesure. *Une préméditation d'abord*. Sans pouvoir suivre le point de vue hongrois selon lequel la Tchécoslovaquie aurait toujours rêvé depuis 1920 de construire l'ensemble des ouvrages uniquement en territoire slovaque, je relève que la Tchécoslovaquie avait conçu assez tôt en 1989 diverses variantes, dont la C, à titre de «solution de rechange». *Une riposte ensuite*. Il ne fait pas de doute que la Slovaquie est servie par la chronologie. La suspension des travaux par la Hongrie le 13 mai 1989, puis leur abandon définitif et enfin sa décision de mettre fin au traité le 19 mai 1992 présentent mécaniquement la réalisation finale de la variante C le 23 octobre 1992 comme une contre-mesure au comportement hongrois.

52. En tout état de cause, et je rejoins ici la majorité de la Cour, la variante C n'est pas une contre-mesure susceptible d'excuser son illicéité. En effet elle n'est pas proportionnée, puisqu'elle prive d'emblée la Hongrie des eaux du Danube en tant que ressource partagée ainsi que de tout droit de regard sur un investissement commun prévu par le traité de 1977. De surcroît la variante C n'est ni provisoire, ni dissuasive, comme le voudrait une contre-mesure. Elle constitue une violation définitive et irréversible du traité de 1977.

* * *

53. Chacune des deux parties, la Hongrie tout comme la Slovaquie, a donc violé le traité de 1977. La situation créée par elles se caractérise par des *violations croisées* qui se sont répondues l'une à l'autre. Mais il n'est pas facile de déterminer avec certitude les liens de cause à effet dans chaque cas. Les faits et les comportements des parties s'enchevêtrent parfois. La chronologie semble fournir la réponse à la question de savoir laquelle des deux parties a déclenché le cycle de ces violations croisées. De cette chronologie il faut bien sûr tenir compte; il faut prendre garde toutefois qu'elle est seulement comme la partie visible d'un iceberg, à laquelle il ne faudrait se fier qu'avec précaution. Une profonde méfiance réciproque a malheureusement caractérisé les relations entre les parties pendant de longues années.

national law: lawful and unlawful. It does not recognize any intermediate situation. Such a situation may exist but is and will be nothing more than a fact. In relation to the Treaty, this fact may be considered only as a non-application of the Treaty, being unlawful in nature.

51. I have therefore reached the conclusion that Variant C as a whole is unlawful. Can it however be regarded as a countermeasure? I do not think so, and I concur with the majority of the Court on this point. I am however tempted to qualify this. It is impossible to regard (Czecho)Slovakia's conduct *with utter certainty* as no more than a reaction to Hungary's unlawful acts. Another perhaps slightly more realistic view might discern in Czechoslovakia's conduct both a *premeditation* and a *response*, creating a situation which is more complex than a countermeasure. *A premeditation to begin with*. Without accepting the Hungarian view that since 1920 Czechoslovakia had always dreamt of constructing all the works within Slovak territory, I note that Czechoslovakia drew up different variants early in 1989, including Variant C, as a "substitute solution". *Then a response*. There is no doubt that Slovakia is well served by the chronology of events. The suspension of work by Hungary on 13 May 1989 followed by the definitive abandonment of work and finally by its decision to terminate the Treaty on 19 May 1992 are the mechanics of the final implementation of Variant C on 23 October 1992 as a countermeasure to the Hungarian conduct.

52. In any event, and here I concur with the majority of the Court, Variant C is not a countermeasure capable of excusing its unlawfulness. Nor indeed is it proportionate, since from the outset it deprives Hungary of the waters of the Danube as a shared resource and also of any control over a joint investment laid down in the 1977 Treaty. Moreover Variant C is neither provisional nor deterrent, as a countermeasure should be. It constitutes a definitive, irreversible breach of the 1977 Treaty.

* * *

53. Both parties, Hungary just as much as Slovakia, have therefore breached the 1977 Treaty. The situation created by the parties is characterized by *intersecting violations* countering each other. However it is not easy to pinpoint the links between cause and effect in each case with certainty. The acts and conduct of the parties sometimes intercut. The chronology of events appears to answer the question as to which of the two parties triggered the cycle of these intersecting violations. Naturally this chronology must be taken into account; however it must be borne in mind that it is just like the tip of an iceberg, something only to be relied upon with caution. Alas, deep mutual distrust has characterized relations between the parties for many years.

En considérant comme des « *violations croisées* » les illicéités commises par les deux Parties, la Cour aurait pu saisir cette opportunité pour décrire une réalité plus complexe que ce qu'il en paraît, et dans laquelle les liens de cause à effet étaient enchevêtrés. Ce faisant, elle aurait peut-être été fondée à *suggérer aux Parties de négocier à nouveau leur traité sur la base d'une « option zéro » dans laquelle chacune d'elles aurait pu renoncer à son droit à indemnisation contre l'autre*. Elles auraient pu alors redéfinir plus aisément leurs relations conventionnelles dans le cadre d'un traité de 1977 rénové.

* * *

54. Ces *violations croisées* ont généré, sur le terrain, une réalité que la majorité de la Cour n'a pas jugé utile de qualifier. Il me paraît, quant à moi, nécessaire et important de relever que ces violations croisées ont créé deux *effectivités* qui resteront inscrites dans le paysage de la région considérée.

55. Le juriste n'aime pas les effectivités. Elles violentent son goût de l'ordonnement juridique des choses. Mais il sait en revanche que les réalités de la vie sont complexes et qu'une part considérable de ces réalités échappe inévitablement à l'empire du droit. Il lui arrive donc d'être assez réaliste pour tenir compte de certaines de ces situations lorsqu'elles persistent et de considérer ces effectivités comme une « action du fait » contre le titre juridique. Cette attitude est non seulement dictée par le réalisme, mais aussi nourrie par le souci de faire réintégrer les effectivités dans les processus juridiques.

56. La (Tchéco)Slovaquie a réalisé la variante C. La construction du système de Gabčíkovo prévu par le traité a été ainsi faite par substitution de Čunovo à Dunakiliti, avec ses conséquences techniques et physiques. Cette variante C est illégale *mais elle existe*. La Slovaquie se prévaut d'autant plus fort de son effectivité que celle-ci se « rapproche » du droit. Elle a certes tenu à affirmer sa disponibilité à détruire cette effectivité. Mais il paraît clair que toute remise en cause, par destruction ou de toute autre manière, de la variante C, serait antiéconomique, antiécologique et somme toute absurde et inacceptable pour la Slovaquie. C'est sur cette réalité incontournable que le juge doit nécessairement travailler en cherchant à la concilier avec le droit qu'il a la charge de dire.

57. L'effectivité slovaque possède une double particularité.

Tout d'abord elle était jusqu'à récemment ce que Charles De Visscher appelle une « effectivité en action »² et elle s'est consolidée à une époque où l'affaire était « *sub judice* ». Gabčíkovo devait être construit en deux phases. La première devait s'achever le 23 octobre 1992, jour du détournement du fleuve. La seconde phase est aujourd'hui presque terminée;

² Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., 1970, p. 319.

In holding the wrongs committed by both Parties to be “*intersecting violations*” the Court could have seized this opportunity to describe a reality more complex than it appears, one within which the links between cause and effect intercut. In so doing, it might perhaps have been justified in suggesting that the Parties renegotiate their Treaty on the basis of a “zero option” under which each Party waived its right to compensation from the other. The Parties might then have redefined their treaty relations more readily within the framework of the renewed 1977 Treaty.

* * *

54. On the ground, these *intersecting violations* gave rise to a reality which the majority of the Court did not deem it appropriate to characterize. For my part, it seems necessary and important to note that these intersecting violations created *two effectivités* which will continue to mark the landscape of the region in question.

55. The jurist is not fond of *effectivités*. They violate his taste for the legal ordering of things. On the other hand, he is aware that the realities of life are complex and that a substantial portion of these realities inevitably escapes the rule of law. So he is sometimes realistic enough to take account of some of these situations — when they persist — and to regard these *effectivités* as an “action of the fact” against the legal title. This attitude is not only dictated by realism but is nourished by the desire to reincorporate these *effectivités* into the legal processes.

56. (Czecho)Slovakia implemented Variant C. The construction of the Gabčíkovo system laid down in the Treaty was thus effected by the substitution of Cunovo for Dunakiliti, with its technical and physical consequences. This Variant C is illegal *but it exists*. Slovakia places all the greater reliance on its *effectivité* because it “approximates” to the law. It was certainly keen to assert its readiness to destroy this *effectivité*. But it seems clear that any questioning of Variant C, by destruction or in any other way, would be contrary to sound economics and ecology, and would ultimately be absurd and unacceptable to Slovakia. This is the inescapable reality the Court has no option but to deal with in the effort to reconcile it with the law which it is its task to state.

57. The Slovak *effectivité* has a twofold singularity.

Firstly, until recently it was what Charles De Visscher calls an “*effectivité in action*”² and became consolidated when the case was “*sub judice*”. Gabčíkovo was to be constructed in two phases. The former phase was to be completed on 23 October 1992, the date of the diversion of the river. The second phase is now almost complete; it was constructed

² Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4th ed., 1970, p. 319.

elle s'est réalisée pendant que l'affaire était soumise à la Cour. Aujourd'hui c'est une effectivité structurelle quasiment achevée.

La seconde particularité de l'effectivité slovaque c'est qu'elle tire *sa force du fait mais aussi*, partiellement, *du droit*. C'est une remarquable caractéristique qu'offre cette effectivité, bâtie comme toute effectivité, *contre* le droit (conventionnel ici), mais tout de même renforcée par une application partielle du traité, ce qui a permis à la Slovaquie de soutenir que sa variante C n'était rien d'autre qu'une « application approximative » du traité.

De fait,

- i) le barrage et l'usine hydro-électrique de Gabčíkovo, désormais construits, ont été voulus par le traité;
- ii) le détournement du Danube avait été prescrit par ledit traité (à cette importante différence près que le verrou a été érigé à Čunovo au lieu de Dunakiliti);
- iii) le Danube est encore dans son lit originel (à cette double différence près qu'il a été verrouillé à Čunovo et surtout que la Slovaquie y relâche un volume quotidien d'eau insuffisant, ce que d'ailleurs la Slovaquie considère comme susceptible d'être amélioré).

58. Quant à la Hongrie, elle a abandonné ses travaux sur presque tous les fronts et a renoncé à construire le barrage de Nagymaros. La nature des effectivités hongroises est assez particulière.

Tout d'abord, une effectivité peut exprimer un *certain ordre* établi par le fait. Tel n'est pas le cas ici. Les effectivités hongroises expriment tout le contraire, une sorte de « *désordre* » par abandon des chantiers. Ce sont des effectivités non pas « en action » mais en état de « malformation » prolongée.

Quant au site de Nagymaros, il offre l'image d'une sorte d'effectivité « négative » du fait de la renonciation à construire le barrage. Cela signifie que l'effectivité « négative » de Nagymaros a créé une situation définitive, la volonté de la Hongrie paraissant irrévocable.

Les autres effectivités hongroises ont généré un état insatisfaisant pour tous. Cette situation attend d'être prise en charge ou « recyclée » par un autre droit, soit conventionnel (un traité de 1977 renégocié), soit interne (une décision hongroise de détruire ou de reconverter les carcasses inachevées).

59. Qu'il s'agisse des effectivités slovaques ou hongroises, toutes possèdent la particularité de bénéficier d'un degré significatif de *reconnaissance mutuelle* par les Parties. En dépit des difficultés à saisir toutes les nuances de la position hongroise d'une écriture à l'autre, ou d'une plaidoirie à l'autre, je crois que la Hongrie n'exige pas le démantèlement de la variante C. Quant à la Slovaquie, elle semble d'un côté s'accommoder de l'inexistence du barrage de Nagymaros en modifiant notamment le régime de fonctionnement du barrage de Gabčíkovo, et de l'autre éviter d'exiger l'achèvement du « grand réservoir » de Dunakiliti, très coûteux et très polluant, mais surtout faisant double emploi avec Čunovo.

while the case was before the Court. Today it is an almost complete structural *effectivité*.

The second singularity of the Slovak *effectivité* is that it draws *its strength from the facts but also*, in part, *from the law*. This is a striking characteristic of this *effectivité*, which is constructed, like any *effectivité*, *against* the law (in this case treaty law), but which is nevertheless reinforced by a partial application of the Treaty, enabling Slovakia to contend that its Variant C was nothing more than an “approximate application” of the Treaty.

In fact:

- (i) the dam and hydroelectric power plant at Gabčíkovo, now constructed, were provided for in the Treaty;
- (ii) the diversion of the Danube was provided for in the Treaty (the major difference being that the river was closed at Čunovo instead of Dunakiliti); and
- (iii) the Danube still flows along its original bed (with the twofold difference that it has been closed at Čunovo and above all that Slovakia releases an insufficient volume of water daily into the Danube, a situation which Slovakia considers might be improved).

58. As for Hungary, it has abandoned work on all fronts and has decided not to build the Nagymaros dam. The nature of the Hungarian *effectivités* is rather curious.

Firstly, an *effectivité* may express a *certain order* established by the act. This is not the case here. The Hungarian *effectivités* express, quite the contrary, a kind of “*disorder*” arising from the abandonment of the works. They are *effectivités* not “in action” but in a state of prolonged “malformation”.

As for the Nagymaros site, it presents a picture of a kind of “negative” *effectivité* through the abandonment of the construction of the dam. This means that the “negative” *effectivité* of Nagymaros has created a definitive situation, for Hungary’s will appears irrevocable.

The other Hungarian *effectivités* have generated a state of affairs unsatisfactory for all. This situation is waiting to be taken in hand or “recycled” by another law, whether treaty law (a renegotiated 1977 Treaty), or domestic law (a Hungarian decision to destroy or redeploy the uncompleted shells).

59. Both the Slovak and Hungarian *effectivités* share the characteristic of enjoying a significant degree of *mutual recognition* by the Parties. Despite the difficulties there are in grasping all the nuances of the Hungarian position from one written pleading to another and from one oral argument to another, I think that Hungary is not calling for the dismantling of Variant C. As for Slovakia, it seems on the one hand to be seeking to adjust to the fact that the Nagymaros dam does not exist by, among other things, modifying the way Gabčíkovo operates and on the other hand avoiding calling for the completion of the “large reservoir” at Dunakiliti, which is very costly and heavily polluting, but above all duplicates the Čunovo reservoir.

C'étaient là des indications précieuses pour la Cour, une sorte de «signaux» utiles pour la recherche de solutions appropriées tenant *compte du droit* et des faits.

* * *

60. *Quel est ce droit? Quels sont ces faits?* Et d'abord les faits. Ils sont constitués par la réalité du terrain que je viens d'analyser en autant d'effectivités. Ensuite le droit. Il est constitué par le traité de 1977 et ses instruments connexes, que les violations croisées des deux parties ont été impuissantes à éteindre. En conséquence, il ne sert à rien de cacher le caractère fort délicat de la mission confiée à la Cour, en cette affaire où les faits heurtent frontalement le droit auquel le dernier mot doit pourtant revenir. La situation s'analyse comme suit: d'une part le traité de 1977 est assez largement vidé de son *contenu matériel*, mais il demeure un *instrument formel*, un réceptacle, ou une coque prête à abriter de nouveaux engagements des Parties; et d'autre part et parallèlement, des effectivités sont nées, mutuellement reconnues par les Parties. Il revenait alors à la Cour de déclarer les deux Parties soumises à une obligation de négocier de bonne foi un nouveau contenu à leur traité, qui tînt compte aussi bien de ce qui en restait que des effectivités du terrain. Mais il était important de souligner surtout qu'en prenant en compte ces effectivités la Cour n'entendait évidemment *en rien légitimer les illicéités relevées*. Il s'agissait seulement, dans un souci de réalisme juridique, de prendre acte (avec les Parties elles-mêmes dans une certaine mesure) *des effets* engendrés par une succession tout à fait singulière de violations croisées qui n'en demeuraient pas moins, pour chacune, *répréhensibles en tant que telles*.

61. Il faut pour cela examiner d'abord la prise en considération du maintien du traité de 1977 et sa signification, puis la prise en compte des effectivités et sa signification, avant de tenter la «coexistence» de ces deux éléments dans le cadre d'un traité rénové.

62. Le maintien en vigueur du traité ne signifie pas exécution forcée des obligations qu'il faisait peser sur la Hongrie et qui n'avaient pas été jusqu'ici remplies par elle. Il n'est ni nécessaire, ni justifié de tirer toutes les conséquences logiques du maintien en vigueur du traité. Il n'est pas question de faire obligation à la Hongrie de réaliser le barrage de Nagymaros, d'achever les travaux de Dunakiliti, d'y mettre en service le verrou de dérivation, de noyer les installations de Čunovo et d'achever, en aval de Gabčíkovo, la partie des travaux qu'elle devait effectuer aux termes du traité, pour autant qu'ils n'aient pas été achevés par la Slovaquie.

Mais en même temps, il faut radicalement écarter toute idée de légitimation de l'abandon que la Hongrie a fait de ses obligations contractuelles. En acceptant les effectivités comme des faits incontournables, il ne faut pas moins relever leur nature de faits internationalement illicites

These were valuable pointers for the Court, “signals” one might say in the attempt to find appropriate solutions, *bearing in mind the law and the facts*.

* * *

60. *What is the law? What are the facts?* First, the facts. They are constituted by the reality on the ground, which I have just analysed as *effectivités*. Second, the law. The law is constituted by the 1977 Treaty and its related instruments, which the intersecting violations of both parties have been powerless to terminate. Consequently, there is no point in concealing the extremely delicate nature of the task conferred upon the Court in this case where the facts clash head on with the law, which ought, however, to have the final say. The situation may be analysed as follows: on the one hand the 1977 Treaty has largely been stripped of its *material content*, but remains a *formal instrument*, a receptacle or shell ready to accommodate new commitments by the Parties; on the other hand, in parallel, *effectivités* have come into being which are mutually recognized by the Parties. So it was for the Court to declare that both Parties were under an obligation to negotiate in good faith a new content to their Treaty, taking account of what remained of the Treaty and also the *effectivités* on the ground. However it was important to emphasize above all that in taking these *effectivités* into account the Court clearly had no intention *whatsoever* of *legitimizing the unlawful facts established*. All it had to do, in a spirit of legal realism, was to take note (together with the Parties themselves to some extent) *of the effects* resulting from a wholly singular succession of intersecting violations, each of which remained *reprehensible as such*.

61. In order to do so, we must first examine the consideration given to the maintenance in force of the 1977 Treaty and its significance, then the consideration of the *effectivités* and its significance, before attempting to make these two elements “co-exist” within the framework of a renewed treaty.

62. The maintenance in force of the Treaty does not mean the enforced performance of the obligations it imposed on Hungary, obligations which to date had not been fulfilled. It is neither necessary nor justified to infer all the logical consequences from the maintenance in force of the Treaty. There is no question of obliging Hungary to construct the Nagymaros dam, to complete the works at Dunakiliti, to put the diversion dam at Dunakiliti into operation and to flood the Čunovo installations, nor to complete, upstream of Gabčíkovo, that part of the work it was to carry out under the Treaty, provided Slovakia had not already done so.

At the same time, however, any idea of legitimizing the abandonment by Hungary of its treaty obligations must be totally excluded. Whilst accepting the *effectivités* as inescapable acts, their nature as internationally unlawful acts must nonetheless be noted, acts for which Hungary

dont la Hongrie doit répondre par l'engagement de sa responsabilité. Il en va de même pour la prise en compte des effectivités slovaques qui, elles non plus, n'ont pas gommé leur caractère illicite.

63. La survivance du traité à toutes les violations montre assez qu'il n'est pas question de légaliser les atteintes portées au principe *pacta sunt servanda*. S'il est sagement réaliste de tenir compte des effectivités et de ne pas «foncer sur le mur» d'une réalité incontournable, il paraît encore plus essentiel, surtout pour un organe judiciaire mondial soucieux de faire respecter le droit international, de montrer *urbi et orbi* que les traités ne sont pas «*chiffons de papier*» et que leur violation ne peut les anéantir. Hors de leur consentement mutuel, les Etats ne peuvent et ne doivent pas se défaire aussi aisément de leurs obligations contractuelles. Il est impératif de renforcer la sécurité juridique des engagements internationaux.

64. *La survivance du traité permet aussi de sauver ses articles 15, 19 et 20*, relatifs respectivement à la protection de la qualité des eaux, à celle de la nature et aux intérêts en matière de pêche. Ce sont des articles certes très généraux et insatisfaisants. Mais ils touchent des matières essentielles qui sont à la base du contentieux actuel entre les deux Etats. Il appartiendra alors à ceux-ci de régler par la négociation ces questions capitales d'environnement, de qualité des eaux et de pêche. Ils trouveront précisément dans ces articles 15, 19 et 20 la base de départ pour cette renégociation.

65. *La survivance du traité permet enfin d'offrir un cadre, et plus encore un encadrement, aux deux volontés étatiques dans la négociation*. Ce ne sont pas seulement les articles 15, 19 et 20 que la survivance du traité sauvera. On peut aller plus loin et dire que l'instrument de 1977 permettra de *conserver la philosophie générale et les grands principes* qui ont animé cette association entre deux Etats en vue d'un investissement commun dont ils pouvaient escompter des avantages mutuels. Le traité servira de cadre, et les volontés étatiques seront encadrées pour éviter des débordements indésirables, ou à l'inverse des réticences éventuelles, de l'une ou l'autre Partie. Sont déjà inscrits et acquis dans le traité qui survit des lignes de conduite générales et des principes utiles pour baliser la négociation future. En particulier, et outre les articles 15, 19 et 20, les points suivants méritent des développements et ajustements nécessaires, mais leur principe est déjà acquis. Il s'agit :

- a) «du développement des secteurs des ressources hydrauliques, de l'énergie, des transports et de l'agriculture et des autres secteurs de l'économie nationale des parties contractantes» (préambule du traité);
- b) de «l'amélioration de l'ancien lit du Danube ...» (art. 1, par. 2, al. e));
- c) de «l'approfondissement et [de] la régulation du lit du Danube» (art. 1, par. 2, al. f));
- d) de la «protection contre les inondations et les crues» (art. 1, par. 3, al. a), et art. 13);

must answer by assuming its responsibility. The same holds true for the consideration of the Slovak *effectivités*, whose unlawful nature has also not been eradicated.

63. The survival of the Treaty in the face of all the violations shows well enough that there is no question of legalizing the infringements of the principle *pacta sunt servanda*. Although it is prudently realistic to take account of the *effectivités* and not to “run headlong into” an inescapable reality, it seems even more essential, especially for a world judicial organ concerned to ensure that international law is respected, to show *urb  et orbi* that treaties are not “scraps of paper” and that they cannot be destroyed by violating them. Save by mutual consent, States cannot and may not rid themselves of their treaty obligations so easily. It is vital to reinforce the legal certainty of international commitments.

64. *The survival of the Treaty also makes it possible to salvage its Articles 15, 19 and 20*, relating respectively to the protection of water quality, the protection of nature and fishing interests. They are of course extremely general, unsatisfactory articles. However they concern essential matters which lie at the root of the current dispute between the two States. It will therefore be for the two States to settle these vital matters of the environment, water quality and fishing, by negotiation. In Articles 15, 19 and 20 they will find the basis for that renegotiation.

65. *Lastly, the survival of the Treaty provides a context, and even more a specific framework, for the wishes of the two States in negotiation*. It is not only Articles 15, 19 and 20 which the survival of the Treaty will salvage. More than that, the 1977 Treaty will make it possible to *conserve the general philosophy and the major principles* which have inspired this association between two States with a view to a joint investment, from which they could expect mutual benefits. The Treaty will serve as a framework, and the wishes of the two States will thus be channelled in order to avoid undesirable excesses, or, conversely, any reluctance, by either Party. The Treaty which survives already contains a number of accepted guidelines and useful principles to point the way for future negotiation. In particular, apart from Articles 15, 19 and 20, the following points need to be further developed and adjusted, but in principle are already accepted. These are:

- (a) “the development of water resources, energy, transport, agriculture and other sectors of the national economy of the Contracting Parties” (Preamble to the Treaty);
- (b) “*improved old bed of the Danube . . .*” (Art. 1, para. 2 (e));
- (c) “*deepened and regulated bed of the Danube*” (Art. 1 para. 2 (f));
- (d) “*flood-control works*” (Art. 1, para. 3 (a), and Art. 13);

- e) de « l'approfondissement et [de] la régulation du lit du Danube, dans ses deux branches... » (art. 1, par. 3, al. c);
- f) des principes qui ont présidé à la distinction entre l'investissement conjoint et les investissements nationaux (art. 2);
- g) de la « prise en charge des coûts de l'investissement conjoint » (art. 5), ce qui permettra aux futurs négociateurs d'évaluer ces coûts et de calculer ce que chaque Partie a déjà assumé de ces coûts et ce qui lui reste à prendre en charge;
- h) de la détermination de la propriété commune et de la propriété individuelle de chaque Etat pour chacun des ouvrages déjà construits (article 8 du traité). Le canal de dérivation construit par la Tchécoslovaquie seule est considéré comme propriété conjointe par l'article 8 b), ce qui est normal dans ce système d'investissement et d'exploitation communs, mais il faudra que la Hongrie, qui doit accéder légitimement à cette propriété commune, paie sa part de la construction dudit canal;
- i) des modalités de gestion commune des ouvrages (art. 9-10) et du principe de la participation « à parts égales à l'utilisation et aux avantages du système » (art. 9, par. 1);
- j) des prélèvements d'eau du Danube et des règles et garanties qui s'imposent aux Parties;
- k) de la protection de la qualité des eaux (art. 15, déjà cité), de l'entretien du lit du Danube (art. 16); des règles pour la navigation (art. 18); de la protection de l'environnement (art. 19 et 20, déjà cités);
- l) de la démarcation de la ligne de la frontière d'Etat entre les deux Parties (art. 22); et enfin
- m) de la responsabilité conjointe et de la responsabilité individuelle dans la gestion en cas de dommage (art. 25-26).

Voilà donc pour la survivance du traité de 1977 et sa signification. Abordons à présent la prise en compte des effectivités et sa signification à son tour.

66. Il faut bien indiquer la signification qui doit être attachée à la prise en compte des effectivités. C'est une manière de souligner les conditions mises à leur harmonisation finale avec le droit. Dans les hypothèses classiques, l'Etat invoque une effectivité contre un titre, c'est-à-dire contre le droit lui-même. En revanche, en l'espèce, la prise en considération des effectivités n'équivaut pas à une négation du titre. Celui-ci ne disparaît pas; il s'adapte seulement, et de surcroît moyennant la mise en jeu de la responsabilité des auteurs de ces effectivités, qui seront soumis à toutes les indemnisations nécessaires. Le droit, piétiné par les effectivités, est ainsi « vengé » par le prix payé par les Parties en forme d'indemnisations pour les effectivités créées. C'est en particulier à cette condition qu'une coexistence sera bâtie entre ces effectivités « payées » et le droit « vengé ».

67. Dans cette perspective, on relèvera tout d'abord comment les Parties pourraient, dans leurs négociations, aménager ces effectivités

- (e) “*deepened and regulated bed of the Danube, in both its branches . . .*” (Art. 1, para. 3 (c));
- (f) the principles which have presided over the *distinction between joint investment and national investment* (Art. 2);
- (g) the “*responsibility for the costs of the joint investment*” (Art. 5), which will enable the future negotiators to assess the costs and to calculate how much of these costs each Party has already paid and for how much it still remains responsible;
- (h) the determination of the *joint and separate ownership* of each State with respect to each of the structures already built (Article 8 of the Treaty). The bypass canal constructed by Czechoslovakia alone is regarded as joint property by Article 8 (b), which is normal in this system of joint investment and operation, but Hungary, which must legitimately accede to this joint property, will have to pay its part of the construction of that canal;
- (i) the method for the *joint operation* of the works (Arts. 9 and 10) and the *principle of participation* “*in the use and in the benefits of the system . . . in equal measure*” (Art. 9, para. 1);
- (j) the *withdrawal of water* from the Danube and the rules and guarantees which apply to the Parties;
- (k) the *protection of water quality* (Art. 15, cited above), the *maintenance of the bed* of the Danube (Art. 16); the rules for *navigation* (Art. 18); the *protection of the environment* (Arts. 19 and 20, cited above);
- (l) the determination of the *State boundary line* between the two Parties (Art. 22); and lastly
- (m) *joint liability and separate liability* in the event of damage (Arts. 25 and 26).

So much for the survival of the 1977 Treaty and its significance. Let us now examine the consideration of the *effectivités* and then its significance.

66. *The significance to be attached to taking account of the effectivités* must be indicated, which is a way of highlighting the conditions placed upon their ultimate harmonization with the law. In the traditional scenarios, the State invokes an *effectivité against* a title, in other words *against the law itself*. In this case on the other hand, taking account of the *effectivités* is not tantamount to a negation of the title. The title does not disappear; it merely adapts and does so, moreover, through involving the responsibility of the authors of these *effectivités*, who will be liable for all the necessary compensation. The law, trampled by the *effectivités*, is thus “avenged” by the price paid by the Parties in the form of compensation for the *effectivités* created. It is on this condition, in particular, that co-existence will develop between these *effectivités* which have been “paid for” and the law which has been “avenged”.

67. With this in mind, we shall first see how the Parties could *adapt* these *effectivités* in their negotiations to incorporate them into the new

pour les intégrer dans le traité rénové. Le point de départ à rappeler est que ces effectivités sont reconnues de part et d'autre.

S'agissant de la Hongrie, elle ne demande le démantèlement de la variante C, qu'elle sait improbable, que si l'accord nouveau à conclure l'empêche de profiter de cette variante.

Quant à la Slovaquie, elle n'a demandé de forcer la Hongrie à construire le barrage de Nagymaros que si les deux Parties ne parviennent pas à modifier le traité par la voie d'un accord qui tiendrait compte de la non-réalisation de ce barrage. Selon ses écritures et ses plaidoiries, la Slovaquie paraît bien s'accommoder d'un fonctionnement *autonome* de l'usine hydro-électrique de Gabčíkovo, c'est-à-dire *non dépendant* du barrage de Nagymaros. Et au lieu d'un fonctionnement de Gabčíkovo en régime de pointe, qui n'était possible qu'avec un barrage à Nagymaros, elle admet de faire fonctionner Gabčíkovo au fil de l'eau et semble se résigner ainsi à cette situation qui relève déjà d'ailleurs de la réalité observable.

Enfin la Hongrie et la Slovaquie s'accommodent apparemment bien la première du verrou de Čunovo et la seconde de l'abandon de Dunakiliti.

68. Ces effectivités, susceptibles d'aménagements, faits ou à faire, pour se couler dans le moule d'un traité nouveau, ont certes violé et dépassé le droit existant, mais celui-ci les rattrape et les régente à nouveau de trois manières :

- ces effectivités ne tuent pas le traité, lequel leur survit ;
- ces effectivités ne restent pas impunies et comportent des sanctions et indemnisations ;
- et surtout, ces effectivités seront « refondues », ou enserrées, dans le traité, dont le nouveau contenu à négocier leur servira de *texte de légitimation*.

69. J'en viens ainsi à la nécessité pour les Parties *de négocier à nouveau et de le faire de bonne foi*. La renégociation doit être vue comme une obligation stricte, tout comme l'est le comportement de bonne foi qu'elle implique. Cette obligation découle non seulement du traité lui-même, mais aussi du droit international général tel qu'il s'est développé dans les domaines des fleuves internationaux et de l'environnement.

70. Dans ce cadre de négociation reconstitué, les Parties devront, à moins qu'elles n'en conviennent autrement, trouver les solutions appropriées à un certain nombre de questions et notamment, mais pas exclusivement, aux problèmes suivants :

- nécessité d'apurer le passé et de payer, chacune, le prix de son comportement fautif et de son effectivité ; l'« *option zéro* » ne serait d'ailleurs pas incompatible avec cette nécessité ;
- nécessité de reconstituer ou de remodeler le contenu matériel du traité en parvenant à un « *équilibre global* » entre elles, dans leurs droits et obligations ;
- nécessité enfin de corriger le fonctionnement de certains éléments pour éviter les risques et dommages écologiques.

Treaty. The starting point to be borne in mind is that these *effectivités* are recognized by both Parties.

For its part, Hungary only requests the dismantling of Variant C, which it knows is unlikely, if the new agreement to be concluded prevents it from benefiting from this variant.

Slovakia has only requested that Hungary be obliged to build the Nagymaros dam if the two Parties cannot manage to modify the Treaty by an agreement taking account of the fact that the dam has not been built. According to its written pleadings and oral arguments, Slovakia does indeed appear to accept the *autonomous* operation of the Gabčíkovo hydroelectric plant, in other words its operation *independently* of the Nagymaros dam. And instead of the peak-mode operation of Gabčíkovo, which was only possible with a dam at Nagymaros, it agrees to the run-of-the-river operation of Gabčíkovo, thus appearing to be resigned to this situation, which, moreover, is only too evident to the observer.

Lastly, Hungary and Slovakia do apparently fully accept the closure at Čunovo and the abandonment of Dunakiliti respectively.

68. While these *effectivités*, adapted as they have been or will be to fit the mould of a new treaty, may have breached and exceeded the existing law, the law reins them in and governs them again in three ways:

- these *effectivités* do not kill the Treaty, which survives them;
- these *effectivités* do not go unpunished and entail sanctions and compensation;
- and above all, these *effectivités* will be “recast”, or inserted into the Treaty, whose new content to be negotiated will serve as a *legitimizing text* for them.

69. This brings me to the necessity for the Parties *to negotiate again and to do so in good faith*. The renegotiation must be seen as a strict obligation, exactly like the good faith conduct it implies. This obligation flows not only from the Treaty itself, but also from general international law as it has developed in the fields of international watercourses and the environment.

70. In this context of a reconstituted negotiation, the Parties will have to find, unless they agree otherwise, the appropriate solutions for a number of questions and, in particular, but not exclusively, the following ones:

- the necessity to wipe the slate of the past clean and for each to pay the price for their wrongful conduct and their *effectivité*; the “zero option”, moreover, would not be incompatible with this necessity;
- the necessity to reconstitute or remodel the material content of the Treaty by achieving a “*comprehensive balance*” between them, in their rights and obligations;
- lastly, the necessity to rectify the operation of certain elements in order to avoid ecological dangers and harm.

71. Dans la recherche de nouveaux «équilibres globaux» du traité, les Parties devront, à moins qu'elles n'en conviennent autrement, négocier les conditions de *restitution à la Hongrie de sa qualité de partenaire dans l'exploitation des eaux*, en la restaurant dans ses droits sur les eaux en aval de Čunovo jusqu'à l'aval à Sap du confluent entre le canal et le cours initial du fleuve; en l'associant, à égalité de responsabilités, au fonctionnement et à la gestion de la variante C qui passe ainsi du statut d'une effectivité à celui d'une novation convenue conjointement dans le cadre d'un traité rénové; et enfin en faisant profiter la Hongrie, à parts égales, des bénéfices réalisés par l'exploitation de cette «solution provisoire» (variante C) devenue une «solution définitive et irréversible» dans le traité rénové.

Enfin les Parties devront, à moins qu'elles n'en conviennent autrement, négocier aussi les conditions de *restitution à la Hongrie de sa qualité de copropriétaire* des ouvrages censés avoir été construits en commun, étant donné qu'il appartiendra aux Parties de reconsidérer cette question de copropriété en prenant dûment en compte les montants versés par chacune d'elles aux titres de l'investissement commun, des indemnisations effectuées et en faisant une pondération de ces éléments et tous autres jugés pertinents par elles.

(Signé) Mohammed BEDJAOUI.

71. In the search for new “comprehensive balances” in the Treaty, unless they agree otherwise, the Parties will have to negotiate the conditions for *restoring Hungary to its status as a partner in the use of the water*, restoring its rights over the water downstream of Čunovo as far as Sap downstream of the confluence between the canal and the original course of the river, involving that country, with equal responsibilities, in the operation and management of Variant C, which thus passes from the status of an *effectivité* to that of a novation jointly agreed in the context of a renovated treaty; and lastly enabling Hungary to enjoy, on an equal footing, the benefits achieved by the implementation of this “provisional solution” (Variant C) which, in the renewed Treaty, has become a “definitive and irreversible solution”.

Lastly, unless they agree otherwise, the Parties will also have to negotiate the conditions for *restoring Hungary to its status as co-owner* of the works supposed to have been built jointly, given that the Parties will have to reconsider the matter of co-ownership, taking due account of the amounts paid by each of them as part of the joint investment, of the compensation paid and weighing up these and any other elements which each of them considers relevant.

(Signed) Mohammed BEDJAOU.
