

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).

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

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.

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.

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.

* * *

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.

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,

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

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*

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

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

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...

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

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-

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.

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.

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.

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 tint 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

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);

- 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

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.

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 indemnités effectuées et en faisant une pondération de ces éléments et tous autres jugés pertinents par elles.

(Signé) Mohammed BEDJAOUI.
