

OPINION DISSIDENTE DE M. RANJEVA

Il m'est difficile de souscrire à la conclusion de l'arrêt selon laquelle: «la Tchécoslovaquie était en droit de recourir, en novembre 1991, à la «solution provisoire» et «la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service, à partir d'octobre 1992, cette «solution provisoire» (par. 155, al. 1 B et al. 1 C).

Sur le plan de la logique, ces deux propositions, même distinctes, sont incohérentes. La construction d'un ouvrage de travaux publics a pour finalité ultime son fonctionnement. Comment dès lors concilier la licéité de la construction de la variante C avec l'illicéité de sa mise en fonctionnement?

Je ne peux en effet souscrire à l'analyse de la majorité des membres de la Cour sur le véritable rôle de l'illicéité hongroise, objet du premier paragraphe du dispositif, dans la chaîne des illicéités croisées que la Cour a, à juste titre, relevées dans le paragraphe 150 des motifs.

L'illicéité de la décision hongroise portant suspension puis abandon des travaux ne peut, en droit, être remise en cause. La Hongrie n'a pas assuré pleinement l'exécution des obligations du traité de Budapest. Par ailleurs, la chronologie des faits est défavorable à la cause hongroise. Mais la situation de fait et de droit n'est pas aussi simple qu'elle le paraît à la lecture de l'analyse qu'en fait la Cour.

En privilégiant une option en faveur des données de la chronologie pour l'examen des données de fait, la majorité de la Cour semble donner une analyse trop simple de la séquence des événements. La structure des questions formulées dans l'article 2 du compromis n'a pas facilité la mission de la Cour qui, ainsi, a été amenée à ne pas attacher de l'intérêt aux effets juridiques des illicéités croisées, clef de voûte du différend qu'elle a dû adjuger.

Le double objet de la mission de la Cour aux termes de l'article 2 du compromis a fait l'objet d'une excellente analyse aux paragraphes 130 et 131 du présent arrêt. Mais mon désaccord porte sur la place des illicéités croisées qui, aux yeux de la majorité des membres de la Cour, relève uniquement de la partie normative alors qu'à mon avis elle constitue la clef de voûte de la partie déclarative de l'arrêt.

La question que la Cour aurait pu, voire dû se poser, est celle de savoir si, en l'absence de la première illicéité hongroise de 1989, les illicéités ultérieures se seraient produites et en particulier la décision d'abandonner les travaux serait-elle intervenue en novembre 1991. Cette question, hypo-

thétique, devait être évoquée dans la mesure où la Cour ne s'interroge à aucun moment sur le fait de déterminer si l'illicéité hongroise a fait courir un risque suffisamment justifié qui a obligé la République fédérative tchèque et slovaque à réparer le dommage par la construction et la mise en service de la variante C. Le problème, en effet, devait amener la Cour à dire si une des illicéités pouvait être absorbée par une autre, de sorte que l'évolution ultérieure des illicéités n'aurait eu qu'une seule cause véritable.

Cette question hypothétique devait être posée *in limine* compte tenu des risques de confusion que recèle la structure du premier paragraphe de l'article 2 du compromis. La classification des faits pertinents de l'espèce en deux blocs de questions *a)* et *b)*, combinée avec la prise en considération de la décision hongroise de 1989 comme point origine de la séquence des faits, a facilité une approche bilatérale globalisante des problèmes au détriment d'une véritable vision d'ensemble des relations entre les deux Parties. La vision bilatérale globalisante des problèmes a, en effet, donné l'illusion d'une relation quasi mécaniste entre les comportements respectifs des Parties. Cette analyse aurait été fondée si les blocs *a)* et *b)* de faits décrits dans la question étaient d'une part isolés et d'autre part à effet instantané. Les points *a)* et *b)* décrivent au sein d'un même ensemble les différents actes imputables, respectivement, et à des dates différentes, à la Hongrie et à la République fédérative tchèque et slovaque. Cette classification binaire ne relate pas la séquence des événements.

Dans la présente espèce, l'analyse des faits ne saurait être effectuée sans une référence au faisceau continu de faits et de comportements ambigus qui se sont amplifiés. Le projet donne l'impression d'avoir été, *ab initio*, victime d'un certain nombre d'incidents et frappé par le mauvais sort. Ainsi, comme le reconnaît la Cour, chacune des Parties a commis des illicéités distinctes. Mais, à la différence de l'observation de la majorité de la Cour, j'estime que chaque illicéité a joué le rôle de déclencheur de l'autre. Il ne s'agit ni d'une illicéité unique commise en même temps par les deux Parties ni de deux illicéités successives, mais d'illicéités différentes qui ont concouru à la réalisation de la situation présentement soumise à la Cour. Chaque Partie a contribué à la réalisation d'une illicéité qui a progressivement contribué à la réalisation du fait objet du présent différend dans son entièreté. Cette mise en évidence de l'enchevêtrement des comportements et des illicéités était nécessaire car, compte tenu de la double mission de la Cour au titre de l'article 2 du compromis, la réciprocité des illicéités pose le problème de la causalité au niveau de l'ensemble du présent différend.

L'économie générale du présent arrêt se fonde sur l'idée selon laquelle l'illicéité hongroise serait la *causa prima* juridique du différend. Mais, contrairement à mon opinion, la majorité des membres de la Cour en limite la portée à la seule question de l'obligation de réparer. Le caractère croisé des illicéités permet, en effet, à la Cour de recommander l'« option

zéro» en matière de réparation des préjudices telle qu'elle ressort de l'alinéa D de la seconde partie du dispositif dans les termes qui ont été retenus¹.

Avec tout le respect que je porte à la Cour, je ne pense pas que l'obligation de réparer soit le seul domaine sur lequel le caractère croisé des illécitités a eu des conséquences. Le concept de violation de la norme, par la commission d'actes illicites, n'a aucun intérêt dans l'absolu; il n'a de sens que par rapport aux droits que chaque Partie tire de la convention de 1977 et à la compétence discrétionnaire d'autoqualification subjective que le droit lui reconnaît. L'idée de violation permet ainsi à chacun des Etats de tirer les conséquences d'un comportement qu'il a, de manière discrétionnaire, au préalable qualifié d'illicéité. Ces considérations amènent d'une part à examiner la portée de l'illicéité hongroise (par. 155, al. 1 A) sur la séquence des événements et d'autre part à critiquer le paragraphe 155, alinéa 1 B, du présent arrêt.

Aucune conclusion péremptoire ne peut être formulée quant à l'enchaînement des faits constitutifs de comportements de chaque Partie. La notion de cause originelle ne peut être établie, dans la présente affaire, qu'à une double condition: la première est liée à son apparition *ex nihilo* dans la chaîne des événements et la seconde relative à son caractère efficient quant à la genèse même des événements. Pour satisfaire à ces exigences, il aurait fallu que l'illicéité commise par la Hongrie n'eût aucune relation de connexité avec un comportement quelconque de la Tchécoslovaquie. Or, en l'espèce, compte tenu de la nature chaotique des rapports entre les deux Parties litigantes, il est difficile de vouloir transposer dans cet examen une analyse mécaniste plus ou moins indifférenciée. A la différence des exigences inhérentes au droit de la responsabilité en droit interne, il ne s'agit pas de trouver à tout prix un responsable, ni une illécéité en soi qui ne soit pas causale de la séquence des comportements respectifs des Parties. La preuve d'une illécéité ne suffit pas à établir un lien de causalité directe entre le comportement hongrois et la réaction tchécoslovaque.

Les données de caractère historique et technique montrent que des projets d'aménagement du Danube dans cette portion du cours de ce fleuve étaient envisagés dès la fin de la seconde guerre mondiale. Dans le cadre de ces programmes de coopération, chaque partie poursuivait des objectifs qui n'étaient pas nécessairement identiques avec ceux de son partenaire. Ainsi la République fédérative tchèque et slovaque manifestait un

¹ L'option zéro se rattache à une certaine interprétation de la règle pomponienne: «Quod si quis ex culpa sua sentit, non intelligitur damnun sentire» (*Digeste*, «*De regula juris*», 50, 17). En d'autres termes, un demandeur est déchu de son droit à réparation dès qu'une irrégularité est susceptible de lui être reprochée, qu'elle soit ou non la cause du préjudice subi par lui. La proposition pomponienne a été écartée par le droit canon au fur et à mesure du développement de l'individualisation de la responsabilité de la faute et de l'atténuation des mécanismes de présomption de responsabilité.

intérêt particulier pour l'hydro-électricité et la navigation. Les ouvrages situés à Nagymaros étaient conçus pour être mis en fonctionnement lorsque les installations de Gabčíkovo étaient en régime de pointe. Enfin, il résulte des différents projets antérieurs que n'était pas exclue, depuis des temps anciens, la possibilité de construire les ouvrages sur le seul territoire tchécoslovaque. Ces données, relatives à l'environnement et du projet et du présent différend, situent les enjeux sans constituer pour autant des faits justificatifs de la décision hongroise. Sur le plan juridique, la conclusion du traité de Budapest rend sans objet ces débats. La seule certitude tient au fait que la décision hongroise de suspendre a pris corps dans un contexte lourd de suspicion et de méfiance et a constitué un acte longuement réfléchi.

Selon mon opinion, la décision hongroise n'a pas constitué la cause mais le motif ou le mobile qui a été pris en considération par la République fédérative tchèque et slovaque pour justifier ses comportements ultérieurs. Peut-on, pour autant en droit, la considérer comme étant la source de laquelle les illicéités ultérieures tirent leur être? Une réponse à cette question doit tenir compte de la stratégie d'escalade dans le cadre du jeu pression/négociation. De prime abord, la chronologie factuelle est défavorable à la Hongrie si on considère la séquence des faits en termes de succession linéaire. Mais au fur et à mesure de l'écoulement du temps, les liens de causalité avec l'illicéité initiale ne cessent de s'estomper et de s'affaiblir tandis que l'escalade dans les comportements s'amplifie. C'est ainsi que, dans le présent différend, il y avait lieu de déterminer le caractère causal de l'illicéité inhérente au comportement hongrois décrit à l'alinéa A du dispositif. Si on envisage la question, objet du second paragraphe, en termes de relations entre les deux Parties, c'est l'ensemble des faits et des illicéités qu'il convient de prendre en considération: il est alors difficile, en l'absence de présomption de responsabilité, de considérer l'illicéité de la mise en service de la variante C comme la conséquence directe de la décision hongroise de 1989. Il me paraissait cependant nécessaire de vider cette question préalable sur le plan logique; dans ces conditions, le croisement des illicéités était le nœud du problème de la seconde question.

Le caractère incohérent de la conclusion dégagée par la Cour, dans les alinéas B et C du premier paragraphe du dispositif (par. 155), démontre si besoin est le caractère artificiel de la distinction entre le «recours à la solution provisoire» et sa «mise en service». Cette distinction pourrait se justifier si étaient fondées dans le droit des traités la thèse dite de l'application par approximation ou celle de limiter les dommages. C'est à juste titre que la Cour a rejeté les arguments tirés de ces principes qui peuvent trouver leur place dans les constructions de droit interne au sein d'un système de présomption de responsabilité.

Mais dès lors que la Cour a accepté le caractère croisé des illicéités commises par les Parties, la distinction entre d'une part la construction de la variante C et d'autre part sa mise en service n'a qu'un caractère artificiel dans le cadre du jeu des relations de pression/négociation.

La divisibilité du comportement tchécoslovaque aux yeux de l'arrêt se fonderait sur l'usage, dans le compromis, de la conjonction de coordination «et» pour marquer la liaison entre les deux étapes du processus de l'accomplissement de sa décision. Mais, la liaison qu'assure la conjonction, sur le plan grammatical, est caractérisée par le fait que les éléments du processus sont de même nature et aussi par l'immédiateté de la succession de ces éléments. Dans ces conditions, contrairement à ce que présume la majorité de la Cour, et l'attitude constante de la Tchécoslovaquie le prouve, il n'a jamais été question, dans ses projets, de ne pas mener à son terme la mise en service de la variante C une fois prise la décision d'y recourir. La qualification d'acte continu apparaît la plus pertinente, tant au regard de la séquence générale des faits (ci-dessus) que du comportement affiché de la Tchécoslovaquie puis de la Slovaquie.

En effet, pour que la distinction retenue dans l'arrêt soit fondée, une équipollence entre le «recours à la solution provisoire» et «sa mise en service» doit, au préalable, exister effectivement. Cela pour éviter que l'un des éléments ne soit absorbé par l'autre. Toutefois, la décision tchécoslovaque n'a de raison d'être ni de signification que si l'évolution ultérieure n'aboutit à un résultat unique: la mise en service de la variante C, dite «solution provisoire».

A l'examen et contrairement à l'analyse de l'arrêt, l'illicéité du comportement de la Tchécoslovaquie ne saurait se limiter à la seule mise en service de la «solution provisoire» en raison du statut du Danube au regard du droit international. Je ne peux souscrire à l'idée selon laquelle la souveraineté territoriale conférerait à un Etat la faculté d'aménager de façon unilatérale l'utilisation d'un cours d'eau international dont le régime juridique a fait l'objet d'une convention internationale. Dans ces conditions, ce n'est pas en soi la construction ou la non-édification d'ouvrages sur le territoire de l'une ou de l'autre Partie ni uniquement le détournement du cours du Danube qui constituent les seules violations des obligations du traité de 1977. Le fait de substituer et de mettre en place un projet national à un projet conjoint international contrevient de manière grave aux prescriptions du traité de Budapest. Limiter la sanction de l'illicéité aux conséquences de fait de la violation des obligations internationales mais non à la violation elle-même représente «un précédent aux effets perturbateurs pour les relations conventionnelles et l'intégrité de la règle *pacta sunt servanda*» (voir arrêt, par. 114). Ces considérations expliquent le bien-fondé de la proposition d'article 25, paragraphe 1, du projet de la Commission du droit international de codification du droit de la responsabilité en matière d'illicéité continue:

«La violation d'une obligation internationale par le fait d'un Etat ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.»

En dernière analyse, comment justifier l'illicéité de la variante C à la seule mise en service lorsque cette solution ne trouve, de l'avis de l'arrêt, aucun fondement juridique au regard du traité de 1977 une fois que la Cour a écarté la thèse de l'application par approximation, celle de l'obligation d'assurer la limitation des dommages, et la proportionnalité entre l'illicéité hongroise et la mise en service de cette variante?

(Signé) Raymond RANJEVA.
