

DISSENTING OPINION OF JUDGE FLEISCHHAUER

I have voted in favour of paragraph 1 A of the *dispositif* of the Court's Judgment as I am in agreement with the Court's finding therein

“that Hungary was not entitled to suspend and subsequently abandon, in 1989, the works on the Nagymaros Project and on the part of the Gabčíkovo Project for which the Treaty of 16 September 1977 and related instruments attributed responsibility to it” (para. 155).

I am also in agreement with the reasons that led the Court to this finding (paras. 27-59).

I have, moreover, voted in favour of paragraph 1 C of the *dispositif*, according to which “Czechoslovakia was not entitled to put into operation, from October 1992, this ‘provisional solution’ ” (para. 155). I share the view of the majority that

“Czechoslovakia, in putting Variant C into operation, was not applying the 1977 Treaty but, on the contrary, violated certain of its express provisions, and, in so doing, committed an internationally wrongful act” (para. 78).

As to the reasoning which led the Court to its findings in this respect (paras. 72-88), I note, in particular, that the Court has not endorsed justification of Czechoslovakia's recourse to Variant C by an alleged principle of “approximate application” (para. 76) and that “[t]he Court thus considers that the diversion of the Danube carried out by Czechoslovakia was not a lawful countermeasure because it was not proportionate” (para. 87). I am in agreement with these positions of the Court.

I cannot agree, however, with most of the rest of the Judgment, and in particular not with its central finding that

“the notification, on 19 May 1992, of the termination of the Treaty of 16 September 1977 and related instruments by Hungary did not have the legal effect of terminating them” (conclusion 1 D, para. 155).

I am of the view that Hungary has validly terminated that Treaty by its notification of termination of 19 May 1992, with effect from 25 May 1992, or — alternatively — as from 23 October 1992, i.e., the date of the actual damming. Accordingly, I regard the consequences, which the majority of the Court draws in the five conclusions in part 2 of paragraph 155 as legally flawed, inasmuch as they are based on the concept of

OPINION DISSIDENTE DE M. FLEISCHHAUER

[Traduction]

J'ai voté pour l'alinéa 1 A du dispositif de l'arrêt de la Cour parce que je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle

«la Hongrie n'était pas en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs au projet de Nagymaros ainsi qu'à la partie du projet de Gabčíkovo dont elle était responsable aux termes du traité du 16 septembre 1977 et des instruments y afférents» (par. 155).

Je suis aussi d'accord avec le raisonnement qui a amené la Cour à cette conclusion (par. 27-59).

En outre, j'ai voté pour l'alinéa 1 C du dispositif ainsi libellé: «la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service, à partir d'octobre 1992, cette «solution provisoire» (par. 155). Je partage le point de vue de la majorité selon lequel

«la Tchécoslovaquie, en mettant en service la variante C, n'a pas appliqué le traité de 1977 mais, au contraire, a violé certaines de ses dispositions expresses et, de ce fait, a commis un acte internationalement illicite» (par. 78).

Quant au raisonnement qui a amené la Cour à ses conclusions en la matière (par. 72-88), je relève en particulier que la Cour n'a pas entériné la justification fondée sur un prétendu principe d'«application par approximation» que la Tchécoslovaquie avait avancé à l'appui de son recours à la variante C (par. 76) et que: «La Cour estime donc que le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée.» (Par. 87.) J'approuve ces positions de la Cour.

Toutefois, je ne puis accepter la plus grande partie du reste de l'arrêt et, en particulier, sa conclusion centrale selon laquelle:

«la notification, le 19 mai 1992, de la terminaison du traité du 16 septembre 1977 et des instruments y afférents par la Hongrie n'a pas eu que pour effet juridique d'y mettre fin» (par. 155, conclusion 1 D).

J'estime que la Hongrie a valablement mis fin au traité par sa notification de terminaison du 19 mai 1992, prenant effet à compter du 25 mai 1992 ou, subsidiairement, à partir du 23 octobre 1992, c'est-à-dire à la date du barrage effectif du Danube. C'est pourquoi j'estime que les conséquences que la majorité des membres de la Cour tire des cinq conclusions énoncées dans la deuxième partie du paragraphe 155 de l'arrêt sont erronées

the continuing validity of the 1977 Treaty. I have therefore voted against four of them (i.e., conclusions 2 A, 2 B, 2 C and 2 E); my vote in favour of conclusion 2 D has to be seen in the light of my considerations on the legal consequences of the Judgment set forth in Part II below.

My reasoning is as follows.

I. THE LEGAL FATE OF THE 1977 TREATY

1. *As to the date of the unlawfulness of the recourse by Czechoslovakia to Variant C*, the Judgment points only to the date when the actual damming of the Danube at Čunovo occurred, i.e., to 23 October 1992:

“Czechoslovakia violated the Treaty only when it diverted the waters of the Danube into the bypass canal in October 1992. In constructing the works which would lead to the putting into operation of Variant C, Czechoslovakia did not act unlawfully.” (Para. 108.)

“The Court notes that between November 1991 and October 1992, Czechoslovakia confined itself to the execution, on its own territory, of the works which were necessary for the implementation of Variant C, but which could have been abandoned if an agreement had been reached between the parties and did not therefore predetermine the final decision to be taken. For as long as the Danube had not been unilaterally dammed, Variant C had not in fact been applied.” (Para. 79.)

Based on these findings the majority of the Court has concluded that:

“the notification of termination by Hungary on 19 May 1992 was premature. No breach of the Treaty by Czechoslovakia had yet taken place and consequently Hungary was not entitled to invoke any such breach of the Treaty as a ground for terminating it when it did.” (Para. 108.)

These considerations are erroneous for two reasons:

Firstly, Czechoslovakia, when it “proceeded” to Variant C, as the expression used in Article 2, paragraph 1 (*b*), of the Special Agreement reads, was not free to engage in this way of proceeding. It follows from the Special Agreement that the time in question is November 1991. What happened in November 1991 is that work on Variant C began that month (para. 23). It is uncontested between the Parties that at that time, in spite of Hungary’s violation of the 1977 Treaty, the Treaty was in force between Czechoslovakia and Hungary.

The 1977 Treaty being in force in November 1991, both Czechoslovakia and Hungary were under the obligation to perform it in good faith.

du point de vue juridique, dans la mesure où elles se fondent toutes sur le postulat du maintien de la validité du traité de 1977. J'ai donc voté contre quatre d'entre elles (à savoir, les conclusions 2 A, 2 B, 2 C et 2 E; mon vote en faveur de la conclusion 2 D doit être apprécié à la lumière des considérations sur les conséquences juridiques de l'arrêt que je formule dans la deuxième partie ci-après.

Mon raisonnement est le suivant.

I. LE SORT JURIDIQUE DU TRAITÉ DE 1977

1. *Pour ce qui est de la date à laquelle l'illicéité du recours à la variante C par la Tchécoslovaquie est devenue effective*, l'arrêt met seulement en avant la date du barrage effectif du Danube à Čunovo, c'est-à-dire le 23 octobre 1992:

«la Tchécoslovaquie n'a violé le traité que lorsqu'elle a détourné les eaux du Danube dans le canal de dérivation en octobre 1992. En construisant les ouvrages qui devaient conduire à la mise en service de la variante C, la Tchécoslovaquie n'a pas agi de façon illicite» (par. 108).

«La Cour note qu'entre novembre 1991 et octobre 1992 la Tchécoslovaquie s'est bornée à exécuter sur son propre territoire des travaux qui étaient certes nécessaires pour la mise en œuvre de la variante C, mais qui auraient pu être abandonnés si un accord était intervenu entre les parties et ne préjugeaient dès lors pas de la décision définitive à prendre. Tant que le Danube n'avait pas été barré unilatéralement, la variante C n'avait en fait pas été appliquée.» (Par. 79.)

Sur la base de ces constatations, la majorité de la Cour a conclu que:

«la notification par la Hongrie, le 19 mai 1992, de la terminaison du traité était prématurée. Il n'y avait pas encore eu de violation du traité par la Tchécoslovaquie; la Hongrie n'était donc pas en droit d'invoquer semblable violation du traité comme motif pour y mettre fin au moment où elle l'a fait.» (Par. 108.)

Ces considérations sont erronées pour deux raisons:

En premier lieu, lorsqu'elle a «recouru» à la variante C, pour reprendre les termes de l'article 2, paragraphe 1 *b*), du compromis, la Tchécoslovaquie n'avait pas la faculté de s'engager dans cette voie. D'après le compromis, la période en question est novembre 1991. C'est en novembre 1991 que les travaux relatifs à la variante C ont commencé (par. 23). Les deux Parties s'accordent à reconnaître qu'à l'époque le traité de 1977 était toujours en vigueur entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie, bien qu'il ait été violé par la Hongrie.

Puisque le traité de 1977 était toujours en vigueur en novembre 1991, tant la Tchécoslovaquie que la Hongrie avaient l'obligation de l'exécuter

That is the basic rule underlying the whole fabric of the international law of treaties. It is reflected in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”). Good faith in performing a treaty does not only concern the manner in which the treaty is applied and implemented by the parties to it; good faith performance means also that the parties must not defeat the object and purpose of the treaty. Under the Vienna Convention, the obligation not to defeat the object and purpose of a treaty exists already before its entry into force. According to Article 18 of the Convention:

“A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

- (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or
- (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.”

I do not want to go into the question as to whether the whole of Article 18 corresponds actually to general international law. However, as the International Law Commission remarked in its Commentary on Article 15 (which became Article 18 in the text of the Convention as adopted) — with a reference to the Permanent Court’s decision in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (*Merits, Judgment No. 7, P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 30*):

“That an obligation of good faith to refrain from acts calculated to frustrate the object of the treaty attaches to a State which has signed a treaty subject to ratification appears to be generally accepted.” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 202.)

A fortiori does that obligation apply to a treaty after its entry into force. It follows from there that a State party to a treaty in force is not free to engage in — even on its own territory as Czechoslovakia did as from November 1991 — construction works which are designed to frustrate the treaty’s very object, i.e., in the present case the creation and the operation of the Joint Project. The question of a justification of Czechoslovakia’s construction work as countermeasure does not arise, as the Court has — rightly — found that the diversion of the Danube carried out by Czechoslovakia — which is the central part of Variant C — was not a lawful countermeasure because it was not proportionate (para. 87).

Secondly, I do not regard — as the majority of the Court does — the putting into operation of Variant C as a wrongful act which consisted

de bonne foi. Telle est la règle fondamentale qui constitue la trame du droit international des traités. Elle trouve son expression à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités (« Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »). L'exécution de bonne foi d'un traité ne concerne pas seulement la manière dont le traité est appliqué ou exécuté par les parties; exécuter un traité de bonne foi signifie aussi pour les parties qu'elles ne doivent pas priver le traité de son objet et de son but. D'après la convention de Vienne, l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but existe dès avant l'entrée en vigueur dudit traité. Aux termes de l'article 18 de cette convention :

« Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but :

- a) lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité; ou
- b) lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée ».

Je ne souhaite pas aborder la question de savoir si l'article 18 correspond effectivement, dans sa totalité, au droit international général. Toutefois, comme la Commission du droit international l'a fait remarquer dans son commentaire sur l'article 15 (qui est devenu l'article 18 dans le texte de la convention telle qu'adoptée), en se référant à la décision de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 30) :

« Il semble généralement admis que l'Etat qui a signé un traité sous réserve de ratification est tenu de l'obligation de bonne foi de s'abstenir d'actes par l'effet desquels l'objet du traité serait réduit à néant. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 220.)

Cette obligation existe à plus forte raison après l'entrée en vigueur du traité. Il s'ensuit qu'un Etat partie à un traité en vigueur n'est pas libre d'effectuer — même sur son propre territoire comme la Tchécoslovaquie l'a fait à partir de novembre 1991 — des travaux de construction qui visent à priver le traité de son objet même, c'est-à-dire, en l'occurrence, la réalisation et la mise en œuvre d'un projet conjoint. La question de savoir si les travaux de construction entrepris par la Tchécoslovaquie se justifiaient à titre de contre-mesure ne se pose pas puisque la Cour a estimé — à juste titre — que le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie — qui constitue la partie centrale de la variante C — n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée (par. 87).

En deuxième lieu, contrairement à la majorité des membres de la Cour, je ne considère pas que la mise en service de la variante C était un acte

only in the actual damming of the Danube in October 1992. In my view, the putting into operation of Variant C constituted a continuing wrongful act in the meaning of Article 25 of the ILC Draft on State Responsibility (Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, p. 133), which extended from the passing from mere studies and planning to construction in November 1991 and lasted to the actual damming of the Danube in October of the following year. This is so because Czechoslovakia, in November 1991, entered into the construction phase in the certainty that Hungary would not, and could not, in view of the position taken not only by its Government but also by its Parliament, return to the implementation of the 1977 Treaty. At the same time, Czechoslovakia was firmly determined to start production at the Gabčíkovo hydroelectric power plant as soon as it was technically possible and to that end to dam the Danube at Čunovo at the next occasion when that would be feasible, i.e., during the low-water season in October 1992. How firmly both sides were locked in their respective positions is illustrated by their diplomatic exchanges. In April 1991, the Hungarian Parliament had recommitted the Government to negotiate with the Czechoslovak Government "regarding the dissolution by joint agreement of the Treaty concluded on 16 September 1977" (Parliamentary resolution 26/1991 (IV.23) Regarding the Government's Responsibility in Connection with the Gabčíkovo-Nagymaros Barrage System, Memorial of Slovakia, Vol. IV, Ann. 88, p. 215) and instructed the Government to

"concurrently initiate the conclusion of a new international treaty to settle the issue of the consequences of the non-construction (abandonment) of the barrage system and associated main projects" (*ibid.*).

Consequently, Hungary not only constantly protested the unilateral measures initiated by Czechoslovakia in order to put Variant C into operation, but it continued to ask for the abrogation of the 1977 Treaty and its replacement by a new agreement:

"the mandate of the Hungarian Governmental Delegation was determined by the Resolution of Parliament, . . . Freed from the politics of the past, we can re-evaluate the disputed problem from a professional/scientific viewpoint, namely, the ecological effects, flood protection, navigation, energy, economic, technical/security and other questions of the Barrage System related to the 1977 Interstate Treaty or any other solution." (Hungarian Minister without Portfolio to Slovak Prime Minister, 7 November 1991, Memorial of Hungary, Vol. 4, Ann. 67, p. 122.)

illicite qui se limitait au barrage effectif du Danube, en octobre 1992. A mon avis, la mise en service de la variante C a constitué un acte illicite continu, au sens de l'article 25 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996, doc. A/51/10, p. 156), qui, de la réalisation de simples études et projets, est passé aux travaux de construction en novembre 1991 et s'est poursuivi jusqu'au barrage effectif du Danube, en octobre de l'année suivante. Il en est ainsi parce que la Tchécoslovaquie, en novembre 1991, a abordé cette phase de construction avec la certitude que la Hongrie, compte tenu de la position prise non seulement par son gouvernement mais aussi par son parlement, ne voudrait ni ne pourrait reprendre l'exécution du traité de 1977. En même temps, la Tchécoslovaquie était fermement déterminée à commencer la production à la centrale hydro-électrique de Gabčíkovo dès que cela s'avérerait possible du point de vue technique et, à cette fin, de barrer le Danube à Čunovo à la première occasion, c'est-à-dire au cours de la saison des basses eaux, en octobre 1992. Les échanges diplomatiques entre les deux Parties montrent à quel point celles-ci campaient sur leurs positions respectives. En avril 1991, le Parlement hongrois a recommandé au gouvernement de négocier avec le Gouvernement tchécoslovaque «au sujet de la terminaison d'un commun accord du traité conclu le 16 septembre 1977» (résolution du Parlement 26/1991 (IV.23) relative à la responsabilité du gouvernement au titre du système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros, mémoire de la Slovaquie, vol. IV, annexe 88, p. 215) et a donné pour instruction au gouvernement

«d'amorcer en même temps la conclusion d'un nouveau traité international pour régler la question des conséquences de la non-construction (de l'abandon) du système de barrage et des principaux projets connexes» (*ibid.*).

C'est ainsi que la Hongrie a non seulement élevé sans relâche des protestations vis-à-vis des mesures unilatérales que la Tchécoslovaquie a prises pour mettre en service la variante C, mais aussi continué de demander l'abrogation du traité de 1977 et son remplacement par un nouvel accord :

«le mandat de la délégation gouvernementale hongroise a été fixé par une résolution du Parlement ... Libérés des contraintes politiques du passé, nous pouvons réévaluer d'un point de vue scientifique et professionnel le problème litigieux posé par le système de barrage (incidence écologique, protection contre les inondations, navigation, énergie, conséquences économiques, aspects technique et sécurité, etc.) soit dans le cadre du traité interétatique de 1977, soit dans le cadre de toute autre solution.» (Lettre du 7 novembre 1991 adressée au premier ministre de la Slovaquie par le ministre hongrois sans portefeuille, mémoire de la Hongrie, vol. 4, annexe 67, p. 122.)

“the Hungarian Party has repeatedly (beginning in summer of 1989) offered the Czech and Slovak Party the chance to co-operate and to amend the 1977 Interstate Treaty, and to conclude a new treaty, . . . the Czech and Slovak Party should not undertake any work which would be aimed at unilateral solutions (which may, perhaps, mean the diversion of the Danube in contravention of international law)” (Letter from the Hungarian Minister for Environmental Protection and Territorial Development and the Minister without Portfolio to the Czechoslovak Minister of Environmental Protection of 6 December 1991, Memorial of Hungary, Vol. 4, Ann. 68, p. 124).

“In light of this the Hungarian Government deems the decision brought about on 12 December 1991 by the Czech and Slovak Federal Republic unlawful and unacceptable and calls upon the Czech and Slovak Federal Republic to discontinue work on the diversion of the Danube.” (Note Verbale from the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Hungary to the Embassy of the Czech and Slovak Federal Republic, 14 February 1992, *ibid.*, Ann. 74, p. 135.)

Czechoslovakia on the other hand, in the critical period between the autumn of 1991 and May 1992, when Hungary came through with its notification of termination of the 1977 Treaty, consistently gave this message to Hungary:

“I would once again emphasise, however, that Czechoslovakia will only find acceptable a variant which would make the operation of the Gabčíkovo Barrage possible.” (Slovak Prime Minister to Hungarian Minister without Portfolio, 19 September 1991, *ibid.*, Ann. 62, p. 113.)

“Work on the temporary measures will also cease if the Hungarian Party discontinues its unilateral breach of the 1977 Treaty and recommences the obligations provided for it therein or if an agreement is concluded between the Republic of Hungary and the Czech and Slovak Federal Republic as to some other solution regarding the fate of the Project.

.
The Government of the Czech and Slovak Federal Republic is prepared to continue negotiations with the Hungarian Government on all levels regarding the situation which has developed. At the same time, it cannot agree to the cessation of work on the provisional solution.” (Note Verbale from the Ministry of Foreign Affairs of the Czech and Slovak Federal Republic to the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Hungary, 17 March 1992, *ibid.*, Ann. 76, p. 139.)

“Czechoslovak[ia] has shown enough good intentions and a readiness to negotiate, but it can no longer give consideration to the time-wasting and delays which are being used by Hungary, and thus, it

«La partie hongroise ... n'a cessé (dès l'été 1989) ... d'offrir à la partie tchèque et slovaque la possibilité de coopérer pour modifier le traité interétatique de 1977 et de conclure un nouveau traité ... [L]a partie tchèque et slovaque ne devrait pas entreprendre de travaux qui laisseraient présager une solution unilatérale (peut-être, en l'occurrence, le détournement du Danube en violation du droit international).» (Lettre du 6 décembre 1991 adressée au ministre tchécoslovaque de la protection de l'environnement par le ministre hongrois de la protection de l'environnement et de l'aménagement du territoire et le ministre hongrois sans portefeuille, mémoire de la Hongrie, vol. 4, annexe 68, p. 124.)

«A la lumière de ce qui précède, le Gouvernement hongrois juge que la décision arrêtée le 12 décembre 1991 par la République fédérative tchèque et slovaque est illégale et inacceptable et il l'invite à interrompre les travaux de détournement du Danube.» (Note verbale du 14 février 1992 adressée à l'ambassade de la République fédérative tchèque et slovaque par le ministère hongrois des affaires étrangères, *ibid.*, annexe 74, p. 135.)

Par ailleurs, dans la période critique qui sépare l'automne 1991 et mai 1992, lorsque la Hongrie a procédé à la notification de terminaison du traité de 1977, la Tchécoslovaquie n'a cessé de dire à la Hongrie :

«Néanmoins, je souhaiterais une fois encore souligner que la Tchécoslovaquie ne jugera acceptable qu'une variante qui permette l'exploitation du barrage de Gabčíkovo.» (Lettre du 19 septembre 1991 adressée au ministre hongrois sans portefeuille par le premier ministre de la Slovaquie, *ibid.*, annexe 62, p. 113.)

«Les travaux relatifs à la solution temporaire cesseront également si la partie hongroise met un terme à sa violation unilatérale du traité de 1977 et honore à nouveau les obligations que prévoit celui-ci, ou si la République de Hongrie et la République fédérale tchèque et slovaque s'entendent sur quelque autre solution pour la suite du projet.

Le Gouvernement de la République fédérative tchèque et slovaque est disposé à poursuivre les négociations avec le Gouvernement hongrois, à tous les niveaux, à propos de la solution qu'il a mise en œuvre. Cependant, il ne peut consentir à cesser les travaux entrepris à titre provisoire.» (Note verbale du 17 mars 1992 adressée au ministre des affaires étrangères de la République de Hongrie par le ministre des affaires étrangères de la République fédérative tchèque et slovaque, *ibid.*, annexe 76, p. 139.)

«La Tchécoslovaquie a donné des preuves suffisantes de ses bonnes dispositions et de sa volonté de négocier, mais elle ne peut plus faire cas des atermoiements et des temps morts que la Hongrie

cannot suspend work related to the provisional solution. In my view, until the Danube is closed (31 October 1992) there is still an opportunity to resolve the debated question by way of an agreement between the two States.” (Czechoslovak Prime Minister to Hungarian Prime Minister, 23 April 1992, Memorial of Hungary, Vol. 4, Ann. 79, p. 147.)

Czechoslovakia did not reject the formation of a joint committee of experts, including “foreign experts nominated by the European Community based on the needs of both Parties” (Slovak Prime Minister to Hungarian Minister without Portfolio, 18 December 1991, *ibid.*, Ann. 69, p. 126). But the Slovak Prime Minister added:

“I am repeatedly stressing that, because of the high state of readiness of the Gabčíkovo plant, the only solution that is acceptable for us is one which takes into account the putting into operation of the Gabčíkovo plant.” (*Ibid.*)

And on 8 January 1992 the Slovak Prime Minister repeated this position:

“We repeatedly emphasized at joint negotiations undertaken by the Governmental Delegations of the CSFR and the Republic of Hungary that we can only accept a solution which is aimed at the commencement of operations of the Gabčíkovo Barrage. This demand is justified by the advanced stage of the construction at Gabčíkovo and the amount of material resources invested.

.
The Czechoslovak Party is willing to take into consideration the conclusions of the work done by such a committee of experts in any further procedures regarding the Gabčíkovo-Nagymaros Barrage System. It is also known that the Government of the CSFR is willing to suspend the provisional solution on its own sovereign territory insofar as the Government of the Republic of Hungary is able to find an opportunity to enter into a joint solution.” (*Ibid.*, Ann. 72, p. 132.)

In the light of these circumstances, when the construction work for Variant C got under way, on both sides the point of no return was passed. There was a *continuum* and the Czechoslovak action of November 1991 and its action undertaken in October 1992 share the same legal deficiency. The putting into operation of Variant C was an internationally wrongful act extended over time between November 1991 and October 1992.

Since I am thus — contrary to the opinion expressed in the Court’s Judgment — of the view that Czechoslovakia was not entitled to proceed, in November 1991, to Variant C, I am also in disagreement with the conclusion in paragraph I B of the *dispositif* of the Judgment: “that Czecho-

trouve utiles, ni interrompre donc la réalisation de la solution provisoire. A mon avis, tant que le Danube ne sera pas barré (le 31 octobre 1992), l'occasion restera ouverte de résoudre la controverse par voie d'accord entre les deux Etats.» (Lettre du 23 avril 1992 adressée au premier ministre de la Hongrie par le premier ministre de la Tchécoslovaquie, mémoire de la Hongrie, vol. 4, annexe 79, p. 147.)

La Tchécoslovaquie n'a pas rejeté la constitution d'un comité mixte «composé d'experts étrangers désignés par les Communautés européennes en fonction des besoins des deux parties» (lettre du 18 décembre 1991 adressée au ministre hongrois sans portefeuille par le premier ministre de la Slovaquie, *ibid.*, annexe 69, p. 126). Mais le premier ministre slovaque a affirmé :

«Je tiens de nouveau à souligner qu'à ce stade très avancé de l'achèvement de la centrale de Gabčíkovo la seule solution que nous puissions accepter est une solution qui prenne en considération la mise en service de la centrale.» (*Ibid.*)

Le 8 janvier 1992, le premier ministre slovaque a réitéré sa position :

«Nous n'avons cessé de souligner, lors des négociations conjointes conduites par les délégations gouvernementales de la République fédérative tchèque et slovaque et de la République de Hongrie, que nous ne jugerons acceptable qu'une solution qui déboucherait sur la mise en service du barrage de Gabčíkovo. Cette exigence est justifiée par le stade avancé des travaux de construction à Gabčíkovo et par le volume des ressources matérielles investies.

.....

La partie tchécoslovaque est disposée à prendre en compte, pour toute autre procédure concernant le système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros, les conclusions des travaux qui seraient effectués par ce comité d'experts. Il est également notoire que le Gouvernement de la République fédérative tchèque et slovaque serait prêt à suspendre l'application de la solution provisoire sur le territoire qui relève de sa souveraineté dans la mesure où le Gouvernement de la République de Hongrie pourrait trouver une occasion de rechercher conjointement une solution.» (*Ibid.*, annexe 72, p. 132.)

Au vu de ces circonstances, lorsque les travaux de construction relatifs à la variante C ont commencé, le point de non-retour était franchi pour les deux parties. On était en présence d'un *continuum* et les actions entreprises par la Tchécoslovaquie en novembre 1991 et en octobre 1992 présentent, sur le plan juridique, les mêmes défauts. La mise en œuvre de la variante C était un fait internationalement illicite, de novembre 1991 à octobre 1992.

Puisque j'estime ainsi — contrairement à l'opinion exprimée dans l'arrêt de la Cour — que la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de recourir à la variante C, en novembre 1991, je suis également en désaccord avec la conclusion énoncée à l'alinéa 1 B du dispositif de l'arrêt : «la Tchéco-

slovakia was entitled to proceed, in November 1991, to the 'provisional solution'" (para. 155). Nor can I agree with paragraph 1 D of the *dispositif*:

"that the notification, on 19 May 1992, of the termination of the Treaty of 16 September 1977 and related instruments by Hungary did not have the legal effect of terminating them" (*ibid.*)

in so far as it is based on the allegedly premature giving of the notification of termination by Hungary (para. 108).

2. *I would disagree with the conclusion drawn by the majority based on the point in time at which Hungary made its notification of termination even if I shared — quod non — the view that Czechoslovakia violated the 1977 Treaty only in October 1992.* What that view means is that the notification of termination was not warranted in May, as no breach of the Treaty had yet occurred (para. 108), but that when the damming of the Danube happened, in October, the event occurred too late as far as the Hungarian notification is concerned. This view amounts, in its practical consequence, to an extraordinary formalism: a unilateral legal act, the notification, is discounted because a certain event, although expected and foreseen, had not yet happened. The event happens, nothing else changes, but still legal effects of the earlier act are said not to arise as it had been premature. This approach to a matter of international law does not correspond to the requirements of good faith. As the Court has said:

"One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential." (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 268, para. 46.)

If one regards — as the majority of the Court does — Hungary's notification of termination as premature, then one must also admit that it would have been possible for Hungary to withdraw this act and to substitute it later by a new notification of termination based on the events of October 1992. The principle of good faith requires that under such circumstances the defect of Hungary's original act, the, in the view of the Court, premature giving of its notification of termination of the 1977 Treaty, has to be regarded as remedied once the missing factual event has occurred. That the occurrence of a subsequent event can be an adequate ground for remedying a defective unilateral act has been confirmed by the Permanent Court when it stated in the case concerning the *Mavrommatis Palestine Concessions*:

"Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an

slovaquie était en droit de recourir, en novembre 1991, à la «solution provisoire» (par. 155). Je ne saurais pas davantage souscrire à l'alinéa 1 D du dispositif:

«la notification, le 19 mai 1992, de la terminaison du traité du 16 septembre 1977 et des instruments y afférents par la Hongrie n'a pas eu pour effet juridique d'y mettre fin» (*ibid.*),

dans la mesure où il se fonde sur le caractère prétendument prématuré de la notification de terminaison effectuée par la Hongrie (par. 108).

2. *Je serais en désaccord avec la conclusion que la majorité des membres de la Cour a tirée en se fondant sur l'époque à laquelle la Hongrie a procédé à la notification de terminaison, même si je partageais, ce qui n'est pas le cas, le point de vue selon lequel la Tchécoslovaquie n'a violé le traité de 1977 qu'en octobre 1992.* Selon ce point de vue la notification de terminaison n'était pas justifiée en mai parce qu'il n'y avait pas encore eu de violation du traité (par. 108), mais lors du barrage du Danube, en octobre, l'événement est survenu trop tard au regard de la notification de la Hongrie. En ce qui concerne les conséquences pratiques, ce point de vue aboutit à un formalisme extraordinaire: on ne tient pas compte d'un acte juridique unilatéral — la notification — parce qu'un certain événement, bien qu'attendu et prévu, ne s'était pas encore produit. L'événement survient, rien d'autre ne change, mais l'on considère toujours que l'acte précèdent demeure sans effet juridique parce qu'il était prématuré. Cette manière de traiter une question de droit international ne correspond pas aux exigences de la bonne foi. Comme la Cour l'a dit:

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, qu'elle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable.» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 268, par. 46.)

Si l'on considère, comme le fait la majorité des membres de la Cour, que la notification de terminaison de la Hongrie était prématurée, l'on doit aussi admettre que la Hongrie aurait pu procéder au retrait de cet acte et lui substituer plus tard une nouvelle notification de terminaison au vu des événements d'octobre 1992. Le principe de bonne foi requiert que, dans ces circonstances, l'on considère que le défaut de l'acte initial de la Hongrie, à savoir le caractère prématuré — selon la Cour — de la notification de terminaison du traité de 1977, a disparu dès lors que s'est produit l'événement de fait qui manquait. Que la survenance d'un événement ultérieur puisse valablement remédier à un acte unilatéral défectueux a été confirmé par la Cour permanente de Justice internationale lorsqu'elle a dit dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*:

«Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante

adequate reason for the dismissal of the Applicant's suit. . . . Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications." (1924, *P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34.)

And in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* the Permanent Court said:

"Even if, under Article 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned." (1925, *P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14.)

Even if, therefore, the date of 19 May 1992 is not regarded as a suitable date for Hungary's notification of termination, this defect is to be regarded as being remedied as from 23 October 1992, date of the actual damming of the Danube.

3. In its finding that

"the notification, on 19 May 1992, of the termination of the Treaty of 16 September 1977 and related instruments by Hungary did not have the legal effect of terminating them" (para. 155 (1) D, see also para. 108),

the majority of the Court did not base itself alone on the ground that Hungary's notification had been premature. *Two more grounds are given, neither of which I can agree with.*

The first of these additional reasons is

"that Czechoslovakia committed the internationally wrongful act of putting into operation Variant C as a result of Hungary's own prior, wrongful conduct. As was stated by the Permanent Court of International Justice:

"It is, moreover, a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question . . ." (*Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 31).

Hungary, by its own conduct, had prejudiced its right to terminate the Treaty; this would still have been the case even if Czechoslovakia, by the time of the purported termination, had violated a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the Treaty." (Para. 110; emphasis added.)

pour débouter le demandeur de sa requête ... Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises.» (*C.P.J.I. série A n° 2, arrêt n° 2, 1924, p. 34.*)

Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente a également dit :

«Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître.» (*C.P.J.I. série A n° 6, compétence, arrêt n° 6, 1925, p. 14.*)

Même si l'on considère donc que la date du 19 mai 1992 ne se prêtait pas à la notification de terminaison par la Hongrie, on peut considérer qu'il a été porté remède à ce défaut à partir du 23 octobre 1992, date du barrage effectif du Danube.

3. Dans sa conclusion selon laquelle :

«la notification, le 19 mai 1992, de la terminaison du traité du 16 septembre 1977 et des instruments y afférents par la Hongrie n'a pas eu pour effet juridique d'y mettre fin» (par. 155, alinéa 1 D, voir également par. 108).

La majorité des membres de la Cour ne s'est pas fondée uniquement sur le caractère prématuré de la notification de la Hongrie. *Deux autres motifs ont été avancés, qui n'emportent ni l'un ni l'autre ma conviction.*

Le premier de ces motifs supplémentaires est :

«que la Tchécoslovaquie a commis l'acte internationalement illicite consistant à mettre en service la variante C, à la suite du comportement illicite préalable de la Hongrie elle-même. Comme l'a dit la Cour permanente de Justice internationale :

«C'est, du reste, un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales, qu'une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte.» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt, n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 31.*)

La Hongrie, par son comportement, avait porté atteinte à son droit de mettre fin au traité; il en serait demeuré ainsi même si la Tchécoslovaquie avait, au moment de la prétendue terminaison du traité, violé une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.» (Par. 110, les italiques sont de moi.)

I do not want to put into doubt this general rule; however, I do not think that the principle applies in the circumstances of the present case.

My objection to the Judgment in this respect is twofold: firstly, the Court overlooks that recourse to Variant C was neither automatic nor the only possible reaction of Czechoslovakia to Hungary's violations of the 1977 Treaty. Czechoslovakia would have been entitled to terminate the Treaty. If it did not want to do this, it could, for example, have provided unilaterally for participation of Hungary in the realization of Variant C, possibly in combination with a third party dispute settlement clause. Secondly, the Court, in basing its negation of a right of Hungary to terminate the 1977 Treaty in response to the realization by Czechoslovakia of Variant C, on the fact that Hungary itself had violated the Treaty first, does not take account of its own conclusion that:

"Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube — with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetköz — failed to respect the proportionality which is required by international law" (para. 85),

and that the derivation of the Danube "was not a lawful countermeasure because it was not proportionate" (para. 87).

What applies in the present case is this: Hungary, by its prior violation of the 1977 Treaty, had not become a legal outlaw which must endure every measure with which Czechoslovakia could come up in response. The principle that no State may profit from its own violation of a legal obligation does not condone excessive retaliation. The principle, as stated by the Permanent Court and applied to the present case, means that one Party, Hungary, would not be entitled to avail itself of the fact that the other Party, Czechoslovakia, has not fulfilled an obligation if the first Party, Hungary, has by an illegal act prevented the other, Czechoslovakia, from fulfilling the obligation in question. This, however, is not the case here. The obligation not fulfilled by Czechoslovakia is the duty to respect Hungary's entitlement to an equitable and reasonable share in the waters of the Danube. Hungary has not made it impossible for Czechoslovakia to respect that right; as I have pointed out above, the unilateral realization of Variant C by Czechoslovakia was neither automatic nor the only possible reaction to Hungary's breaches of the Treaty. A broader interpretation of the principle in question which would disregard the requirement of proportionality, would mean that the right to counter-measures would go further, in respect to disproportionate intersecting violations of a treaty, as it goes under general international law. It is therefore wrong to apply the principle quite schematically to cases where there are intersecting ("reciprocal") violations of a treaty as the Court does where it states

Je ne tiens pas à mettre en cause cette règle générale; toutefois, je ne pense pas que le principe s'applique dans les circonstances de la présente espèce.

Je formule deux objections à l'égard de l'arrêt à ce sujet: premièrement, la Cour n'a pas tenu compte du fait que le recours à la variante C n'était ni automatique ni la seule réaction possible de la Tchécoslovaquie aux violations du traité de 1977 par la Hongrie. La Tchécoslovaquie aurait été en droit de mettre fin au traité. Si elle ne voulait pas le faire, elle aurait pu, par exemple, prévoir unilatéralement la participation de la Hongrie à la réalisation de la variante C, éventuellement en même temps qu'une clause de règlement des différends par des tiers. Deuxièmement, la Cour, en fondant son refus de reconnaître un droit à la Hongrie de mettre fin au traité de 1977 en réaction à la réalisation par la Tchécoslovaquie de la variante C, sur le fait que la Hongrie elle-même avait violé le traité la première, ne tient pas compte de sa propre conclusion selon laquelle:

«la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube — avec les effets continus que le détournement de ses eaux déploie sur l'écologie de la région riveraine du Szigetköz — n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international» (par. 85),

et que le détournement du Danube «n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée» (par. 87).

En l'espèce, les choses se présentent ainsi: que la Hongrie ait préalablement violé le traité de 1977 ne faisait pas d'elle un Etat hors la loi qui devait supporter toute mesure que la Tchécoslovaquie pouvait prendre en réaction. Le principe selon lequel aucun Etat ne peut profiter de sa propre violation d'une obligation juridique ne s'accommode pas de représailles excessives. Le principe, tel qu'il a été énoncé par la Cour permanente et appliqué dans la présente espèce, signifie qu'une Partie, la Hongrie, ne serait pas en droit de se prévaloir du fait que l'autre Partie, la Tchécoslovaquie, ne s'est pas acquittée d'une obligation si la première Partie, la Hongrie, a par un acte illicite, empêché l'autre, la Tchécoslovaquie, de s'acquitter de l'obligation en question. Toutefois ce n'est pas le cas en l'espèce. L'obligation qui n'a pas été exécutée par la Tchécoslovaquie est l'obligation de respecter le droit de la Hongrie à une part équitable et raisonnable des eaux du Danube. La Hongrie n'a pas fait en sorte qu'il soit impossible pour la Tchécoslovaquie de respecter ce droit; comme je l'ai fait observer ci-dessus, la réalisation unilatérale de la variante C par la Tchécoslovaquie n'était ni automatique ni la seule réaction possible aux violations par la Hongrie du traité. Une interprétation plus large du principe en question qui ne tiendrait pas compte de l'exigence de proportionnalité signifierait que le droit de prendre des contre-mesures s'étendrait plus loin, à l'égard de violations croisées disproportionnées d'un traité, comme c'est le cas en droit international général. Il est donc erroné d'appliquer ce principe assez schématiquement à des affaires dans lesquelles il y a des violations croisées («réciproques») d'un traité comme le fait la Cour lorsqu'elle déclare que:

“that although it has found that both Hungary and Czechoslovakia failed to comply with their obligations under the 1977 Treaty, this reciprocal wrongful conduct did not bring the Treaty to an end nor justify its termination” (para. 114).

Rather, the recourse by Czechoslovakia to Variant C constituted a new breach of the 1977 Treaty, this time by Czechoslovakia. This new breach of the Treaty, by exceeding in proportionality Hungary’s earlier breaches, set in motion a new chain of causality and entitled Hungary to defend itself by taking recourse to its right under Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, i.e., to terminate the Treaty. The requirements of Article 60, paragraph 3 (*b*), are met as

“the operation of Variant C led Czechoslovakia to appropriate, essentially for its use and benefit, between 80 and 90 per cent of the waters of the Danube before returning them to the main bed of the river, despite the fact that the Danube is not only a shared international watercourse but also an international boundary river” (para. 78)

and thus Variant C infringed upon basic rights of Hungary, essential in the accomplishment of the 1977 Treaty. In a situation of disproportionate intersecting violations of an international treaty, such as the one in which Hungary and Czechoslovakia found themselves after the latter’s recourse to Variant C, the corrective element does not lie in the loss by the first offending State of the right to defend itself against the second offence by way of termination, but in a limitation of the first offender’s — here Hungary’s — right to claim redress for the second offence.

I therefore come to the conclusion that — contrary to the view of the majority of the Court — the fact that Hungary violated the 1977 Treaty first did not deprive it of its right to terminate the same Treaty in reaction to its later violation by Czechoslovakia.

4. The other of the additional reasons invoked by the Court’s majority in support of the alleged invalidity of Hungary’s notification of termination is

“that, according to Hungary’s Declaration of 19 May 1992, *the termination of the 1977 Treaty was to take effect as from 25 May 1992, that is only six days later*. Both Parties agree that Articles 65 to 67 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, if not codifying customary law, at least generally reflect customary international law and contain certain procedural principles which are based on an obligation to act in good faith.” (Para. 109; emphasis added.)

I do not contest that Articles 65 to 67 may reflect certain procedural principles pertaining to customary law, but I do not think that Hungary’s

«Bien qu'elle ait constaté que tant la Hongrie que la Tchécoslovaquie avaient manqué à leurs obligations découlant du traité de 1977, la Cour estime que ces comportements illicites réciproques n'ont pas mis fin au traité ni justifié qu'il y fût mis fin.» (Par. 114.)

Le recours par la Tchécoslovaquie à la variante C a plutôt constitué une nouvelle violation du traité de 1977, cette fois-ci par la Tchécoslovaquie. Dépassant, au regard de la proportionnalité, les violations précédentes de la Hongrie, cette nouvelle violation du traité a déclenché une nouvelle chaîne de causalité et autorisé la Hongrie à se défendre en faisant usage du droit de mettre fin au traité qu'elle tient de l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Il est satisfait aux exigences posées à l'article 60, paragraphe 3 *b*), puisque :

«la mise en service de la variante C a conduit la Tchécoslovaquie à s'appropriier, essentiellement pour son usage et à son profit, entre quatre-vingts à quatre-vingt-dix pour cent des eaux du Danube avant de les restituer au lit principal du fleuve, en dépit du fait que le Danube est non seulement un cours d'eau international partagé mais aussi un fleuve frontière» (par. 78)

et la variante C a donc porté atteinte à des droits fondamentaux de la Hongrie, qui sont essentiels à l'exécution du traité de 1977. Dans une situation de violations croisées disproportionnées d'un traité international, du genre de celle dans laquelle la Hongrie et la Tchécoslovaquie se sont trouvées après que cette dernière a eu recours à la variante C, le remède ne réside pas dans la perte par l'Etat ayant commis la première violation du droit de se défendre contre la seconde violation en mettant fin au traité, mais dans la limitation du droit de l'Etat qui a commis la première violation — en l'espèce, la Hongrie — à demander réparation au titre de la seconde violation.

En conséquence, je conclus, contrairement à la majorité des membres de la Cour, que le fait que la Hongrie ait violé la première le traité de 1977 ne la prive pas de son droit de mettre fin audit traité en réaction à sa violation ultérieure par la Tchécoslovaquie.

4. L'autre motif supplémentaire invoqué par la majorité des membres de la Cour à l'appui du prétendu manque de validité de la notification de terminaison de la Hongrie est que :

«d'après la déclaration que la Hongrie a faite le 19 mai 1992, *la terminaison du traité de 1977 devait prendre effet à compter du 25 mai 1992, soit six jours plus tard seulement*. Les deux Parties s'accordent à reconnaître que les articles 65 à 67 de la convention de Vienne sur le droit des traités, s'ils ne codifient pas le droit coutumier, le reflètent du moins généralement et contiennent certains principes de procédure qui ont pour fondement l'obligation d'agir de bonne foi.» (Par. 109; les italiques sont de moi.)

Je ne conteste pas que les articles 65 à 67 puissent refléter certains principes de procédure relevant du droit coutumier, mais je ne pense pas que

notification of termination contradicts these principles. In this respect, the delay of only six days provided for by Hungary for its notification to become effective should not be seen in isolation. In fact, Hungary transmitted its notification of termination a full six months after Czechoslovakia had proceeded to Variant C in November 1991. During that period Hungary — as shown above in the quotations from the diplomatic exchanges between the two Parties — did not cease to protest against the unilateral measures taken by Czechoslovakia and to ask that they be stopped. Hungary also pointed out that a continuation of these measures might put the fate of the 1977 Treaty into question:

“I am hopeful that the representatives of the Government and the Parliament of the Czech and Slovak Republic having regard to their historic responsibility will find an opportunity to take the above reasonable points of view into consideration. If this expectation proves to be futile, the Government of the Republic of Hungary would be compelled to review the consequences of the discontinuation of the negotiations, the fate of the 1977 interstate Treaty and the necessary counter-measures.” (Hungarian Prime Minister to the Czechoslovak Prime Minister, 19 December 1991, Memorial of Hungary, Vol. 4, Ann. 70, p. 129.)

“If the Government of the Czech and Slovak Federal Republic were to reject our proposals anyway and continue the work aimed at the diversion of the Danube, which is a serious breach of international law, then it will create a very difficult situation. . . . The Government of the Czech and Slovak Republic would thus be placing the Hungarian Government into a state of necessity forcing it to terminate the Treaty.” (Hungarian Prime Minister to Czechoslovak Prime Minister, 26 February 1992, *ibid.*, Ann. 75, p. 138.)

In these circumstances the fact that Hungary, in May 1992, gave only six days’ notice cannot be regarded as contravening the requirements of good faith in the application of international law.

These are the reasons which lead me to the conclusion that Hungary has validly terminated the 1977 Treaty as from 25 May 1992 or — alternatively — as from 23 October 1992.

II. THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE JUDGMENT

From my considerations set forth above it follows that the determination of the legal consequences arising from the answers to the first three questions asked of the Court by the Special Agreement has to start from the finding that Hungary has validly terminated the 1977 Treaty as from 25 May — or alternatively 23 October — 1992. From there it follows that up to that date the legal situation concerning the G/N Project was primarily governed by the 1977 Treaty and related instruments; after that

la notification hongroise de terminaison méconnaît ces principes. A cet égard, le délai de six jours seulement que la Hongrie a fixé pour que sa notification produise ses effets ne doit pas être considéré de façon isolée. En effet, la Hongrie a transmis sa notification de terminaison six mois pleins après que la Tchécoslovaquie a eu recours à la variante C, en novembre 1991. Comme il ressort des échanges diplomatiques entre les deux Parties cités plus haut, la Hongrie n'a cessé au cours de cette période de protester contre les mesures unilatérales de la Tchécoslovaquie et de réclamer leur cessation. La Hongrie a également averti que la poursuite de ces mesures pourrait mettre en cause le sort du traité de 1977 :

« J'espère que les représentants du Gouvernement et du Parlement de la République tchèque et slovaque, conscients de leurs responsabilités historiques, sauront prendre en considération les raisons exposées ci-dessus. Si cet espoir était déçu, le Gouvernement de la République de Hongrie se verrait dans l'obligation de s'interroger sur les conséquences de l'interruption des négociations, sur le sort à réserver au traité international de 1977 et sur les contre-mesures qui s'imposent. » (Lettre du 19 décembre 1991 adressée au premier ministre de la République tchèque et slovaque par le premier ministre de la Hongrie, mémoire de la Hongrie, vol. 4, annexe 70, p. 129.)

« Si le Gouvernement de la République fédérative tchèque et slovaque devait malgré tout rejeter nos propositions et poursuivre les travaux de détournement des eaux du Danube, qui constituent une grave violation du droit international, il en résulterait une situation très difficile ... Le Gouvernement de la République fédérative tchèque et slovaque placerait ainsi le Gouvernement hongrois dans un état de nécessité le contraignant à mettre fin au traité... » (Lettre du 26 février 1992 adressée au premier ministre de la Tchécoslovaquie par le premier ministre de la Hongrie, *ibid.*, annexe 75, p. 138.)

Dans ces circonstances, le fait que la Hongrie n'ait donné, en mai 1992, qu'un préavis de six jours ne saurait être considéré comme contraire aux exigences de l'application de bonne foi du droit international.

Telles sont les raisons qui m'ont amené à conclure que la Hongrie avait valablement mis fin au traité de 1977 à compter du 25 mai 1992 ou, subsidiairement, du 23 octobre 1992.

II. LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ARRÊT

Il ressort de ce qui précède que, pour déterminer les conséquences juridiques découlant des réponses aux trois premières questions posées à la Cour dans le compromis, il y a lieu de partir de la conclusion que la Hongrie a valablement mis fin au traité de 1977 à compter du 25 mai — ou, subsidiairement, du 23 octobre 1992. Il s'ensuit que la situation juridique concernant le projet G/N était principalement régie, jusqu'à cette date, par le traité de 1977 et les instruments y afférents; puis, après cette date,

date the situation is governed by general international law and by those treaties which remain in force independently of Hungary's termination of the 1977 Treaty, such as, *inter alia*, the 1948 Danube Convention, the 1976 Boundary Water Convention, the agreements relating to Danube fishery, as well as by conventions of a general character such as the Vienna Convention on the Law of Treaties.

This means that as from 25 May to 23 October 1992 Hungary is no longer obliged to construct at Nagymaros. The constructions at Dunakiliti do not have to be revived and completed. For Slovakia, the termination of the 1977 Treaty means that it is no longer under an obligation to arrange for the joint operation, together with Hungary, of the Gabčíkovo hydroelectric power plant or to share with Hungary the electricity generated there.

A second starting point is that the termination of the 1977 Treaty — whether one accepts 25 May 1992 or 23 October of the same year as the decisive date — means that Slovakia, which came into existence as an independent State only as from 1 January 1993, has never become a party to the 1977 Treaty. The fact that Slovakia has never succeeded to Czechoslovakia as a party to the 1977 Treaty does not mean, however, that Slovakia has become separated from this case. Slovakia has inherited the works produced under the G/N Project on its territory, in particular the Čunovo reservoir, the bypass canal, the Gabčíkovo lock and the Gabčíkovo power station. It is operating these installations. It has thus endorsed and continued the Czechoslovak action regarding Variant C. Slovakia therefore must be held accountable for Czechoslovakia's acts regarding the G/N Project.

A third starting point for the determination of the legal consequences should be the *ex nunc* effect of the termination of international treaties. As laid down in Article 70 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which is another provision reflecting a customary rule, the termination of a treaty releases the parties from any obligation to further perform the treaty but "does not affect any right of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination" (Art. 70, para. 1 (b)).

This means, *inter alia*, that the ownership of constructions which existed on 25 May to 23 October 1992 remains as provided for in Article 8 of the 1977 Treaty. If that creates problems, it is for the Parties to sort them out by agreement between themselves.

A fourth starting point for the determination of the legal consequences of the Judgment is the conclusion that Czechoslovakia was not entitled to put Variant C into operation from October 1992 (paragraph 1 C of the *dispositif*) as

"Czechoslovakia, in putting Variant C into operation, was not applying the 1977 Treaty but, on the contrary, violated certain of its

par le droit international général et par les traités qui demeuraient en vigueur indépendamment de la terminaison par la Hongrie du traité de 1977, notamment la convention de 1948 relative au régime de la navigation sur le Danube, la convention de 1976 sur la réglementation en matière d'eaux frontières, les accords relatifs aux pêcheries dans le Danube, de même que par les conventions de caractère général, telles que la convention de Vienne sur le droit des traités.

Cela signifie que, entre le 25 mai et le 23 octobre 1992, la Hongrie n'est plus tenue de procéder à des constructions à Nagymaros. Les constructions à Dunakiliti ne doivent pas être reprises et achevées. Pour la Slovaquie, la terminaison du traité de 1977 signifie qu'elle n'est plus dans l'obligation de prendre des dispositions pour exploiter conjointement, avec la Hongrie, la centrale hydro-électrique de Gabčíkovo ou de partager avec la Hongrie l'électricité qui y est produite.

Un deuxième point de départ est que la terminaison du traité de 1977 — que l'on retienne le 25 mai ou le 23 octobre 1992 comme la date décisive — signifie que la Slovaquie, qui n'a vu le jour en tant qu'Etat indépendant que le 1^{er} janvier 1993, n'est jamais devenue partie au traité de 1977. Que la Slovaquie n'ait jamais succédé à la Tchécoslovaquie comme une partie au traité de 1977 ne signifie pas toutefois que la Slovaquie n'a pas de liens avec cette affaire. La Slovaquie a hérité des travaux effectués sur son territoire dans le cadre du projet G/N, en particulier le réservoir de Čunovo, le canal de dérivation, l'écluse de Gabčíkovo et la centrale de Gabčíkovo. Elle exploite ces installations. Elle a donc repris à son compte et poursuivi l'action de la Tchécoslovaquie relative à la variante C. La Slovaquie doit donc être considérée comme responsable des actes de la Tchécoslovaquie relatifs au projet G/N.

Un troisième point de départ, s'agissant de déterminer les conséquences juridiques, devrait être l'effet *ex nunc* de la terminaison des traités internationaux. Comme énoncé à l'article 70 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui est une autre disposition reflétant une règle coutumière, la terminaison d'un traité dégage les parties de toute obligation d'exécuter plus avant le traité mais «ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créées par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin» (art. 70, par. 1 *b*)).

Cela signifie notamment que la propriété des constructions qui existaient entre le 25 mai et le 23 octobre 1992 reste la même que celle qui est prévue par l'article 8 du traité de 1977. Si cette situation crée des problèmes, il appartient aux Parties de les régler par un accord entre elles.

Un quatrième point de départ, s'agissant de déterminer les conséquences juridiques de l'arrêt, est la conclusion selon laquelle la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service, à partir d'octobre 1992, la variante C (alinéa 1 C du dispositif) étant donné que:

«la Tchécoslovaquie, en mettant en service la variante C, n'a pas appliqué le traité de 1977 mais, au contraire, a violé certaines de ses

express provisions, and, in so doing, committed an internationally wrongful act" (para. 78).

As I have pointed out above, I agree with the Judgment in these findings. However, it does not follow from them that with the falling away of the 1977 Treaty all legal obstacles against the continued operation of Variant C by Slovakia, as the successor to Czechoslovakia, were removed. This is so because the appropriation by Czechoslovakia/Slovakia of the major part of Hungary's share in the waters of the Danube for the full length of the bypass canal violated not only the 1977 Treaty but, as the Judgment recognizes, the basic right of Hungary to an equitable and reasonable sharing of the resources of an international watercourse (para. 78). This is a right that existed not only under the Treaty but which exists under general international law.

This means that there is no obligation for Slovakia to dismantle the constructions which Czechoslovakia had built in order to make Variant C operational. These constructions are all situated in what is now Slovak territory and their mere presence there does not contravene any international legal obligation of Slovakia. After the 1977 Treaty had fallen away, there was, and still is, no legal obligation for Slovakia any more to provide for a joint running of the Gabčíkovo hydroelectric power plant or for a sharing of profits. There continues to be, however, a legal obstacle against the unilateral running of Variant C by Slovakia, and that is the unilateral appropriation of, as the Judgment confirms (para. 78) between 80 and 90 per cent of Hungary's share in the waters of the Danube without Hungary's consent on a stretch of about 30 km in length. Hungary has requested the Court:

"to adjudge and declare further

.
(5) that the Slovak Republic is under the following obligations:

- (a) to return the waters of the Danube to their course along the international frontier between the Republic of Hungary and the Slovak Republic, that is to say the main navigable channel as defined by applicable treaties;
- (b) to restore the Danube to the situation it was in prior to the putting into effect of the provisional solution" (para. 13).

The Court cannot uphold these requests. While the 1977 Treaty was in force, it had been breached by both Parties, albeit in different ways and at different times. As has been explained above, Hungary as the first offender did not lose its right to defend itself against Czechoslovakia's later violation of the Treaty. However, as regards the kind of restitution Hungary can claim for the diversion of the waters of the Danube, the fact that Hungary first adhered to the 1977 Treaty and endorsed it, in 1983 asked for a slowing down, but by no means the abandonment of its

dispositions expresses et, de ce fait, a commis un acte internationalement illicite» (par. 78).

Comme je l'ai fait observer ci-dessus, je souscris à ces conclusions de l'arrêt. Toutefois, il ne s'ensuit pas qu'avec la disparition du traité de 1977 tous les obstacles juridiques au maintien en service de la variante C par la Slovaquie, en tant qu'Etat successeur à la Tchécoslovaquie, avaient été levés. Il en est ainsi du fait que l'appropriation par la Tchécoslovaquie/Slovaquie de la plus grande partie de la part de la Hongrie dans les eaux du Danube sur toute la longueur du canal de dérivation violait non seulement le traité de 1977 mais, comme le reconnaît l'arrêt, le droit fondamental de la Hongrie à une part équitable et raisonnable des ressources d'un cours d'eau international (par. 78). Il s'agit d'un droit qui existait non seulement en vertu du traité mais qui existe également en droit international général.

Cela signifie que la Slovaquie n'est pas tenue de démanteler les constructions que la Tchécoslovaquie a édifiées pour mettre en service la variante C. Ces constructions sont toutes situées dans ce qui constitue aujourd'hui le territoire slovaque et leur simple présence en ces lieux ne va pas à l'encontre d'une obligation juridique internationale quelconque de la Slovaquie. Après que le traité de 1977 a disparu, la Slovaquie n'avait plus et n'a plus aujourd'hui l'obligation juridique d'assurer une exploitation conjointe de la centrale hydro-électrique de Gabčíkovo ou de partager les bénéfices. Toutefois, il subsiste un obstacle juridique à l'exploitation unilatérale de la variante C par la Slovaquie, à savoir l'appropriation unilatérale, comme l'arrêt le confirme (par. 78), d'entre quatre-vingts et quatre-vingt-dix pour cent des eaux du Danube sans l'accord de la Hongrie sur un parcours d'environ 30 kilomètres. La Hongrie a prié la Cour :

«de dire et juger également

.
5) que la République slovaque est tenue des obligations suivantes :

- a) rétablir les eaux du Danube dans leur cours le long de la frontière internationale entre la République de Hongrie et la République slovaque, c'est-à-dire le principal chenal de navigation tel que défini par les traités applicables ;
- b) rétablir la situation dans laquelle le Danube se trouvait avant la mise en service de la solution provisoire» (par. 13).

La Cour ne peut faire droit à ces demandes. Le traité de 1977 était en vigueur, mais il a été violé par les deux Parties, bien que pour des raisons différentes et à des occasions différentes. Comme il est expliqué plus haut, que la Hongrie ait été la première à commettre des violations ne la prive pas de son droit de se défendre contre la violation du traité que la Tchécoslovaquie a commise ultérieurement. Toutefois, s'agissant du type de réparation que la Hongrie peut demander pour le détournement des eaux du Danube, on ne peut pas ne pas tenir compte du fait que la Hon-

execution, in 1989 again pressed for an acceleration and then, still in the same year, suspended and subsequently abandoned its share in the works at Nagymaros and Dunakiliti, cannot be overlooked. By reason of its own previous behaviour Hungary cannot in good faith be considered to be entitled to full restitution by return of the full flow of water to the old Danube and the full restoration of the situation in which the Danube was prior to the operation of Variant C. A water management régime must be established that takes into account Hungary's ecological needs, as well as the fact that the quantity of water going to the Slovak side and the rentability of the Gabčíkovo hydroelectric power plant are interrelated. It would certainly be desirable that such a régime, which would be restricted to water management, but — as the Treaty does not exist any more — must not make provision for the joint running of the Gabčíkovo hydroelectric power plant, should be agreed between the Parties themselves. Should the Parties fail, they would have to return to the Court under Article 5, paragraph 3, of the Special Agreement.

The fifth starting point for the determination of the legal consequences of the Court's Judgment must be the fact that as a consequence of the Judgment the flow of water in the old bed of the Danube will be increased again. Irrespective of whether and to what extent navigation will use the old Danube again, there will be a discernible principal channel. There will therefore be no necessity for new or additional boundary arrangements. However, Slovakia, as a riparian State of the Danube and a party to the 1948 Danube Convention, will be under the legal obligation to make binding arrangements with the other States parties to the Danube Convention in order to secure for their navigation through the bypass canal, the Gabčíkovo locks and the Čunovo reservoir, conditions corresponding to those provided for in the Danube Convention. On the same line, Slovakia will also be under a legal obligation to provide for the application, in the bypass canal and in the reservoir, of the provisions concerning fisheries of the 1956 Treaty concerning the Régime of State Boundaries as well as of the 1958 Convention concerning Fishing in the Waters of the Danube.

The sixth point to be taken into consideration in this context is that, as both Parties have committed internationally illegal acts against each other, each Party owes the other compensation. Hungary owes compensation to Slovakia for the damages arising out of the delays in construction caused by its suspension and subsequent abandonment of its share in the works at Nagymaros and Gabčíkovo between 13 May 1989 and 25 May to 23 October 1992. Slovakia in turn owes compensation to Hungary for losses and damages sustained by Hungary and its nationals out of the unilateral derivation by Czechoslovakia and Slovakia of waters of the Danube between the actual damming of the river in October 1992 and

grie a dans un premier temps adhéré au traité de 1977 et l'a soutenu, a demandé en 1983 un ralentissement, mais nullement l'abandon de son exécution, a préconisé en 1989 l'accélération de sa mise en œuvre, puis, la même année, a suspendu et abandonné la partie des travaux qui lui incombait à Nagymaros et à Dunakiliti. Compte tenu du comportement préalable de la Hongrie, on ne saurait de bonne foi considérer qu'elle a droit à une réparation pleine et entière qui consisterait à rétablir l'intégralité du débit dans l'ancien lit du Danube et à revenir en tous points à la situation dans laquelle le Danube se trouvait avant la mise en service de la variante C. Un régime de gestion des eaux doit être institué, qui tienne compte des besoins écologiques de la Hongrie et du fait que la quantité d'eau s'écoulant en territoire slovaque et la rentabilité de la centrale hydro-électrique de Gabčíkovo sont des questions liées entre elles. Il serait certainement souhaitable que les Parties elles-mêmes s'accordent sur un tel régime, qui se limiterait à la gestion des eaux, mais ne devrait pas prévoir la mise en service conjointe de la centrale hydro-électrique de Gabčíkovo, puisque le traité n'existe plus. Au cas où les Parties ne parviendraient pas à se mettre d'accord, elles devraient saisir à nouveau la Cour conformément à l'article 5, paragraphe 3, du compromis.

Le cinquième point de départ pour déterminer les conséquences juridiques de l'arrêt de la Cour doit être le fait qu'à la suite de l'arrêt le débit des eaux dans l'ancien lit du Danube sera à nouveau augmenté. Indépendamment de la question de savoir si l'ancien Danube sera à nouveau utilisé pour la navigation, il y aura un chenal principal discernable. Il ne sera donc pas nécessaire de conclure des arrangements nouveaux ou additionnels concernant les frontières. Toutefois, la Slovaquie, en tant qu'Etat riverain du Danube et partie à la convention de 1948 sur le Danube, sera tenue de l'obligation juridique de conclure des arrangements contraignants avec les autres Etats parties à la convention sur le Danube pour assurer leur navigation dans le canal de dérivation, les écluses de Gabčíkovo et le réservoir de Čunovo, dans des conditions correspondant à celles prévues dans la convention sur le Danube. Dans le même ordre d'idées, la Slovaquie sera aussi tenue de l'obligation juridique de prendre des mesures pour assurer l'application, dans le canal de dérivation et le réservoir, des dispositions du traité de 1956 concernant la pêche, relatif au régime de la frontière d'Etat, ainsi que de la convention de 1958 relative à la pêche dans le Danube.

Le sixième point à prendre en considération à cet égard est que, les deux Parties ayant commis des faits internationalement illicites, chacune l'une contre l'autre, chaque Partie doit indemniser l'autre. La Hongrie doit indemniser la Slovaquie pour les dommages découlant des retards dans la construction causés par sa suspension puis son abandon de la partie des travaux dont elle était responsable à Nagymaros et Gabčíkovo entre le 13 mai 1989 et la période du 25 mai au 23 octobre 1992. La Slovaquie à son tour doit indemniser la Hongrie pour les pertes et dommages subis par la Hongrie et ses ressortissants à la suite de la dérivation unilatérale par la Tchécoslovaquie et la Slovaquie des eaux du Danube

the entry into force of the water management agreement, to be brought about in pursuance of the Judgment of the Court. The amounts of compensation have to be fixed in accordance with Article 5 of the Special Agreement.

(Signed) Carl-August FLEISCHHAUER.

entre le barrage effectif du fleuve en octobre 1992 et l'entrée en vigueur de l'accord sur la gestion des eaux, qui devrait être établi conformément à l'arrêt de la Cour. Le montant des indemnités doit être fixé conformément à l'article 5 du compromis.

(Signé) Carl-August FLEISCHHAUER.
