

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

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

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

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.)

«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

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-

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'évènement 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'évènement survient, rien d'autre ne change, mais l'on considère toujours que l'acte précédent 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'évènement 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

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.)

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:

« 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

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,

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

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-

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

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.
