

### DISSENTING OPINION OF JUDGE VERESHCHETIN

I regret that I cannot associate myself with those parts of the Judgment according to which Czechoslovakia was not entitled to put the so-called Variant C (“provisional solution”) into operation from October 1992 (Judgment, para. 155, point 1 C) and:

“Slovakia shall compensate Hungary for the damage it has sustained on account of the putting into operation of the ‘provisional solution’ by Czechoslovakia and its maintenance in service by Slovakia” (para. 155, point 2 D).

I firmly believe that Czechoslovakia was fully entitled in international law to put into operation Variant C as a countermeasure so far as its partner in the Treaty persisted in violating its obligations. Admittedly, Slovakia itself advanced this defence as “an alternative legal argument” and did not fully develop it. The logic is very clear and has been repeatedly explained by Slovakia. It does not believe Variant C to be a wrongful act, even *prima facie*, while any countermeasure, viewed in isolation from the circumstances precluding its wrongfulness, is a wrongful act in itself.

Slovakia takes the view that Variant C was a lawful, temporary and reversible solution necessitated by the action of its partner and prefers to defend its decision on the basis of the doctrine of “approximate application”. However, a subjective view or belief of Slovakia cannot preclude the Court from taking a different view on the matter. The Court is bound by the questions put to it by the Parties in the Special Agreement, but not by the arguments they advanced in their pleadings.

In this regard a very pertinent comment can be found in the International Law Commission’s Commentary to the Draft Articles on State Responsibility:

“Whether a particular measure constitutes a countermeasure is an objective question . . . It is not sufficient that the allegedly injured State has a subjective belief that it is (or for that matter is not) taking countermeasures. Accordingly whether a particular measure in truth was a countermeasure would be . . . a matter for the tribunal itself to determine.” (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 162-163.)

## OPINION DISSIDENTE DE M. VERESHCHETIN

[Traduction]

A regret, je ne puis m'associer aux parties de l'arrêt où il est dit que la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service, à partir d'octobre 1992, ce qu'il est convenu d'appeler la «variante C» («solution provisoire») (arrêt, par. 155, al. 1 C) et que:

«la Slovaquie devra indemniser la Hongrie pour les dommages subis par cette dernière du fait de la mise en service de la «solution provisoire» par la Tchécoslovaquie et de son maintien en service par la Slovaquie» (par. 155, al. 2 D).

Je suis convaincu que la Tchécoslovaquie était pleinement en droit, au regard du droit international, de mettre en service la variante C à titre de contre-mesure, tant que l'autre partie au traité persistait à violer ses obligations. Certes, la Slovaquie elle-même a fait valoir ce moyen comme «un argument juridique subsidiaire» et ne l'a pas développé pleinement. La logique en est très claire et elle a été exposée à maintes reprises par la Slovaquie. Celle-ci ne pense pas que la variante C constituait un acte illicite, même *prima facie*, alors que toute contre-mesure, considérée indépendamment des circonstances excluant son illicéité, est en soi un acte illicite.

La Slovaquie est d'avis que la variante C était une solution licite, temporaire et réversible, rendue nécessaire par les actes de son cocontractant et elle préfère défendre sa décision sur la base du principe de l'«application par approximation». Toutefois, l'opinion ou la croyance subjective de la Slovaquie ne saurait empêcher la Cour de se former une opinion différente à ce sujet. La Cour est liée par les questions que les Parties lui ont posées dans le compromis, mais non par les arguments qu'elles ont avancés dans leurs pièces et plaidoiries.

A cet égard, on peut trouver une remarque très pertinente dans le commentaire de la Commission du droit international sur son projet d'articles sur la responsabilité des Etats:

«Le point de savoir si telle ou telle mesure est en fait une contre-mesure est une question objective ... il ne suffit pas que l'Etat qui se prétend lésé pense subjectivement qu'il prend (ou, tout aussi bien qu'il ne prend pas) une contre-mesure. C'est pourquoi ce point constituerait, pour le tribunal arbitral, une question ... [qu']il appartiendrait au tribunal lui-même de trancher.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, doc. A/51/10, p. 186.)

The Parties requested the Court to decide:

“whether the Czech and Slovak Federal Republic was *entitled* to proceed, in November 1991, to the ‘provisional solution’ and to put into operation from October 1992 this system . . .” (Special Agreement, Art. 2, para. 1 (*b*); emphasis added).

Since the Court has decided that “Czechoslovakia was entitled to proceed, in November 1991, to the ‘provisional solution’” (Judgment, para. 155, point 1B), I shall further focus my observations on the entitlement of Czechoslovakia to put this system into operation from October 1992.

Entitlement to respond by way of proportionate countermeasures stems from a prior wrongful act of the State which is the target of the countermeasures in question. According to the Court’s jurisprudence, established wrongful acts justify “proportionate countermeasures on the part of the State which ha[s] been the victim of these acts . . .” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 127, para. 249). Entitlement to take countermeasures is circumscribed by a number of conditions and restrictions.

The most recent and authoritative attempt to codify the rules relating to countermeasures was made by the International Law Commission within the framework of its topic on State Responsibility (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement. No. 10 (A/51/10)*). Some of the provisions formulated by the ILC in this regard may be viewed as not merely codifying, but also developing customary rules relating to countermeasures (formerly known as reprisals). Therefore, I do not think that the Court in its assessment of the putting into operation of Variant C as a countermeasure may be overreaching the requirements established by the ILC draft for a countermeasure to be lawful.

Thus, to require that Variant C should have been the only means available in the circumstances to Czechoslovakia would amount to applying to countermeasures the criterion which the ILC considers to be indispensable for the invocation of “the state of necessity”, but does not specifically mention in the text of the Articles dealing with countermeasures.

But even assuming this criterion should be applied to countermeasures as well, what other possible legal means allegedly open to Czechoslovakia could there be apart from countermeasures? Since the Court has found that Czechoslovakia was not entitled to put Variant C into operation, it should in all fairness have clearly indicated some other legal option or options whereby Czechoslovakia could effectively have asserted its rights under the Treaty and induced its partner to return to the performance of its obligations. In my analysis of the case, I have been unable to find any such effective alternative option available for Czechoslovakia in 1991 or 1992.

### Les Parties ont prié la Cour de dire

«si la République fédérative tchèque et slovaque était *en droit* de recourir, en novembre 1991, à la «solution provisoire» et de mettre en service, à partir d'octobre 1992, ce système» (compromis, art. 2, par. 1 *b*); les italiques sont de moi).

La Cour ayant décidé que «la Tchécoslovaquie était en droit de recourir, en novembre 1991, à la «solution provisoire» (arrêt, par. 155, al. 1 B), mes observations porteront principalement sur le droit de la Tchécoslovaquie de mettre ce système en service à partir d'octobre 1992.

Le droit de riposter au moyen de contre-mesures proportionnées découle d'un acte illicite commis préalablement par l'Etat qui est la cible des contre-mesures en question. D'après la jurisprudence de la Cour, la commission d'actes illicites justifierait «des contre-mesures proportionnées ... de la part de l'Etat qui en aurait été victime...» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 127, par. 249.) Le droit de recourir à des contre-mesures est circonscrit par un certain nombre de conditions et de restrictions.

C'est la Commission du droit international qui, dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des Etats, a tenté le plus récemment et avec le plus d'autorité de codifier les règles relatives aux contre-mesures (voir Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, doc. A/51/10). On peut considérer que certaines des dispositions formulées par la Commission du droit international en la matière ne se contentent pas de codifier les règles coutumières relatives aux contre-mesures (anciennement appelées représailles), mais assurent également le développement de ces règles. Par conséquent, je ne pense pas qu'en estimant que la variante C constitue une contre-mesure la Cour ait pu aller au-delà des conditions auxquelles, selon le projet d'articles de la Commission du droit international, une contre-mesure peut être licite.

Ainsi, exiger que la variante C ait été en la circonstance pour la Tchécoslovaquie le seul moyen à sa portée reviendrait à appliquer aux contre-mesures le critère que la Commission du droit international estime indispensable pour invoquer l'«état de nécessité», mais qu'elle ne mentionne pas expressément dans le texte des articles relatifs aux contre-mesures.

Mais, même à supposer que ce critère puisse s'appliquer également aux contre-mesures, de quels autres moyens juridiques, en dehors des contre-mesures, la Tchécoslovaquie aurait-elle éventuellement disposé? La Cour ayant conclu que la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service la variante C, elle aurait dû en toute équité clairement indiquer une ou plusieurs autres options juridiques propres à permettre à la Tchécoslovaquie de faire valoir effectivement ses droits aux termes du traité et d'amener l'autre partie à reprendre l'exécution de ses obligations. Dans mon analyse de l'affaire, je n'ai pas été en mesure de constater que la Tchécoslovaquie disposait en 1991 ou 1992 d'une telle autre option effective.

Certainly one of the legal means according to Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties could be the termination of the 1977 Treaty, in response to the material breach committed by the other party. But for Czechoslovakia would this not have amounted to bringing about by its own hand the result which Hungary had sought to achieve by its unlawful actions?

Another conceivable legal means might have been the formal initiation of a dispute settlement procedure under Article 27 of the 1977 Treaty. This Article stipulates that:

“1. The settlement of disputes in matters relating to the realization and operation of the System of Locks shall be a function of the government delegates.

2. If the government delegates are unable to reach agreement on the matters in dispute, they shall refer them to the Governments of the Contracting Parties for decision.”

At the time of the proceeding to Variant C (November 1991), “the matters in dispute” had long been in the hands of the Governments of the contracting parties. Therefore, no settlement could realistically be expected through a procedure at a much lower level when all the attempts to reach a settlement at the highest possible intergovernmental level had failed.

Would it be any more legally correct or, for that matter, realistic to insist that Czechoslovakia should have come to the Court before putting Variant C into operation in October 1992? Apart from the fact that Czechoslovakia was not legally bound to do so, it should be recalled that more than four years elapsed between the filing of the Application in the present case and the commencement of the hearings. One can easily imagine the amount of economic and environmental damage as well as the damage relating to international navigation that could have been caused by such a delay.

What should be borne in mind, however, is the fact that Czechoslovakia respected the obligation to negotiate prior to taking countermeasures. The time between the first suspension of works by Hungary in May 1989 and the proceeding to Variant C in November 1991 and subsequently putting this system into operation in October 1992 was replete with fruitless negotiations at different levels aimed at finding a resolution of the dispute (see paragraphs 61-64 of the Judgment). The history of these negotiations clearly shows that, at least from the end of 1990, the sole purpose of these negotiations for Hungary was the termination of the Treaty and the conclusion of a new agreement dealing only with the consequences of this termination, while for Czechoslovakia the purpose of negotiations was the continuation and completion of the Joint Project in some agreed form within the Treaty framework. Hungary’s gradual withdrawal from the Joint Project in defiance of the 1977 Treaty led to the putting into operation of Variant C.

A l'évidence, l'un des moyens juridiques prévus à l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités aurait été la terminaison du traité de 1977 en réponse à une violation substantielle commise par l'autre partie. Mais, pour la Tchécoslovaquie, cela ne serait-il pas revenu à devenir l'artisan de la solution que la Hongrie avait cherché à atteindre par ses actions illicites?

Un autre moyen juridique, on peut également l'imaginer, aurait été le recours formel à la procédure de règlement des différends prévue à l'article 27 du traité de 1977, qui dispose que :

«1. Le règlement des différends concernant toutes questions relatives à la réalisation et au fonctionnement du système d'écluses incombera aux délégués gouvernementaux.

2. Si les délégués gouvernementaux ne peuvent parvenir à un accord sur les questions en litige, ils les soumettront aux gouvernements des parties contractantes pour décisions.»

Lorsque la variante C a été mise en œuvre (en novembre 1991), «les questions en litige» étaient depuis longtemps entre les mains des gouvernements des parties contractantes. En conséquence, il n'était pas réaliste de s'attendre que ces questions fussent réglées par une procédure se déroulant à un niveau bien moindre, alors que toutes les tentatives de parvenir à un règlement au niveau intergouvernemental le plus élevé possible avaient échoué.

Serait-il plus exact, ou en l'occurrence plus réaliste, du point de vue juridique, d'exiger de la Tchécoslovaquie qu'elle se fût présentée devant la Cour avant de mettre en service la variante C en octobre 1992? Outre que la Tchécoslovaquie n'était pas juridiquement tenue de le faire, il y a lieu de rappeler que plus de quatre ans se sont écoulés entre le dépôt de la requête en l'espèce et le début des audiences. On peut facilement imaginer le montant des dommages économiques et écologiques, de même que le préjudice causé à la navigation internationale, qui auraient résulté d'un tel délai.

Il y a lieu toutefois de garder à l'esprit que la Tchécoslovaquie a respecté l'obligation de négocier avant de recourir aux contre-mesures. Entre la première suspension des travaux par la Hongrie, en mai 1989, la mise en œuvre de la variante C, en novembre 1991, et enfin sa mise en service, en octobre 1992 (voir arrêt, par. 61-64), de nombreuses négociations, qui se sont révélées infructueuses, ont été menées à différents niveaux en vue de résoudre le différend. L'historique de ces négociations montre clairement que, au moins à partir de la fin de 1990, le seul but de ces négociations pour la Hongrie était de mettre fin au traité et de conclure un nouvel accord ne portant que sur les conséquences de cette terminaison alors que, pour la Tchécoslovaquie, le but de ces négociations était la poursuite et l'achèvement du projet conjoint selon des modalités définies d'un commun accord dans le cadre du traité. Le retrait progressif de la Hongrie du projet conjoint, au mépris du traité de 1977, a conduit à la mise en service de la variante C.

The basic conditions for the lawfulness of a countermeasure are (1) the presence of a prior illicit act, committed by the State at which the countermeasure is targeted; (2) the necessity of the countermeasure; and (3) its proportionality in the circumstances of the case. Certain kinds of acts are entirely prohibited as countermeasures, but they are not relevant to the present case (these acts being the threat or use of force, extreme economic or political coercion, infringement of the inviolability of diplomatic agents, derogations from basic human rights or norms of *jus cogens*).

I believe all the above-mentioned conditions were met when Czechoslovakia put Variant C into operation in October 1992. As to the first condition, it has been satisfied by the Court's findings that Hungary was not entitled to suspend and subsequently abandon the works relating to the Project or to terminate the Treaty (Judgment, para. 155, points 1 A and D). The unilateral suspension of the works by Hungary at Nagymaros and at Dunakiliti (initial breaches of the 1977 Treaty by way of non-performance) and later the abandonment of the work on the Project occurred before November 1991 — the date when, according to the Special Agreement, Czechoslovakia proceeded to the "provisional solution". The illicit termination of the Treaty by Hungary (19 May 1992) preceded the date when Czechoslovakia put Variant C into operation (October 1992 according to the Special Agreement).

Countermeasures may be seen as "necessary" only if they are aimed at bringing about the compliance of the wrongdoing State with its obligations and must be suspended once the illicit act has ceased. This requirement therefore presupposes that countermeasures are reversible by nature.

In the course of the pleadings Slovakia stated and repeated over and over again that Variant C was conceived as a provisional and reversible solution, as an attempt to induce Hungary to re-establish the situation which existed before its wrongful act. Significantly, the Working Group of Independent Experts of the Commission of the European Communities, in its report of 23 November 1992, did not deny the technical feasibility of the return to the Treaty Project:

"In principle, the ongoing activities with Variant C could be reversed. The structures, excluding some of the underground parts like sheet piling and injections, could in theory be removed. The cost of removing the structures are roughly estimated to at least 30 per cent of the construction costs." (Memorial of Hungary, Vol. 5, Part II, Ann. 14, p. 434.)

This statement confirms that, at least at the time of the damming of the Danube, Variant C was a reversible measure and a return to some agreed joint scheme of the Treaty Project was possible.

The contention of Hungary regarding Czechoslovakia's hidden inten-

Les conditions fondamentales pour qu'une contre-mesure soit licite sont: 1) la commission préalable d'un acte illicite par l'Etat visé par la contre-mesure; 2) la nécessité de la contre-mesure en question, et 3) sa proportionnalité au regard des circonstances de l'espèce. Certains types d'actes sont totalement interdits en tant que contre-mesures, mais ils n'ont pas de rapport avec la présente affaire (ces actes étant la menace ou l'emploi de la force, la coercition économique ou politique extrême, l'atteinte à l'inviolabilité d'agents diplomatiques, les violations des droits fondamentaux de l'homme ou des normes de *jus cogens*).

J'estime que toutes les conditions susmentionnées étaient remplies lorsque la Tchécoslovaquie a mis en service la variante C en octobre 1992. Pour ce qui est de la première condition, elle est remplie puisque la Cour a conclu que la Hongrie n'était pas en droit de suspendre puis d'abandonner les travaux relatifs au projet, ou de mettre fin au traité en 1992 (arrêt, par. 155, al. 1 A et D). La suspension unilatérale par la Hongrie des travaux à Nagymaros et à Dunakiliti (violations initiales du traité de 1977 consistant en la non-exécution d'obligations) et l'abandon ultérieur de tous les travaux relatifs au projet se sont produits avant novembre 1991, date à laquelle, d'après le compromis, la Tchécoslovaquie a recouru à la «solution provisoire». La terminaison illicite du traité par la Hongrie (le 19 mai 1992) a précédé la date à laquelle la Tchécoslovaquie a mis en service la variante C (octobre 1992 selon le compromis).

Des contre-mesures ne peuvent être regardées comme «nécessaires» que si elles visent à amener l'Etat auteur du fait illicite à s'acquitter de ses obligations et doivent être suspendues dès la cessation du fait illicite. Cette exigence présuppose donc qu'une contre-mesure soit de caractère réversible.

Au cours de la procédure, la Slovaquie a dit et répété que la variante C était conçue comme une solution provisoire et réversible, comme une tentative d'inciter la Hongrie à rétablir la situation qui existait avant qu'elle ne commette l'acte illicite. Il est à relever que le groupe de travail des Communautés européennes, dans son rapport du 23 novembre 1992, n'a pas nié qu'il serait techniquement faisable de revenir au projet prévu par le traité:

«En principe, les travaux en cours dans le cadre de la variante C ne sont pas irréversibles. Il est possible en théorie de démolir les ouvrages, à l'exception de certaines parties enterrées, comme les rideaux de palplanches et les injections. Le coût de la démolition des ouvrages est évalué approximativement à au moins trente pour cent des coûts de la construction.» (Mémoire de la Hongrie, vol. 5, deuxième partie, annexe 14, p. 434.)

Ces propos confirment que, au moins à l'époque où le Danube a été barré, la variante C était une mesure réversible et qu'un retour à un plan déterminé d'un commun accord s'inscrivant dans le projet prévu par le traité était possible.

La thèse de la Hongrie selon laquelle la Tchécoslovaquie aurait eu



tions to act unilaterally — intentions which allegedly already existed in the past and still do — may be of scant relevance to the issue of the reversibility of Variant C.

The existence of such intentions at the governmental level and the readiness to realize them would hardly be compatible with Czechoslovakia's conduct after the suspension of works under the Treaty by Hungary. The Government of Czechoslovakia did not seize upon the opportunity which had emerged to terminate the 1977 Treaty and to complete the Project unilaterally, but instead tried to persuade its Hungarian counterpart to return to the performance of its treaty obligations. At the same time, the Government of Czechoslovakia expressed its willingness to meet many of Hungary's environmental concerns, proposing in October 1989 negotiations on agreements relating to technological, operational and ecological guarantees as well as to the limitation or exclusion of the peak mode operation of the Gabčíkovo-Nagymaros Barrage System. In any event, the veracity and fairness of the public commitments of Czechoslovakia and Slovakia to return to the Joint Project may not be refuted on the basis of mere conjectures, but could be tested only by the response of Czechoslovakia and Slovakia to the positive actions by Hungary.

It remains for us to examine one more basic condition for the lawfulness of a countermeasure, namely its proportionality in the circumstances of the case. It is widely recognized, in both doctrine and jurisprudence that the test of proportionality is very important in the régime of countermeasures and at the same time it is very uncertain and therefore complex.

To begin with, according to the ILC:

“there is no uniformity . . . in the practice or the doctrine as to the formulation of the principle, the strictness or flexibility of the principle and the criteria on the basis of which proportionality should be assessed” (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 10 (A/50/10)*, p. 146).

The ILC also observes that “reference to equivalence or proportionality in the narrow sense . . . is unusual in State practice” (*ibid.*, p. 147). That is why in the literature and arbitral awards it is suggested that the lawfulness of countermeasures must be assessed by the application of such negative criteria as “not [being] manifestly disproportionate”, or “clearly disproportionate”, “*pas hors de toute proportion*”<sup>1</sup>, “not out of proportion”, etc. The latter expression (“not out of proportion”) was employed by the ILC in its most recent draft on State Responsibility. The text of the corresponding Article reads:

---

<sup>1</sup> In French in the original text.

— et continuerait d'avoir — l'intention cachée d'agir unilatéralement n'est que fort peu pertinente pour la question de la réversibilité de la variante C.

L'existence d'une telle intention au niveau gouvernemental et la volonté de la traduire dans les faits s'accordent mal avec le comportement que la Tchécoslovaquie a adopté après la suspension par la Hongrie des travaux prévus par le traité. Le Gouvernement de la Tchécoslovaquie n'a pas saisi l'occasion qui se présentait de mettre fin au traité de 1977 et de mettre en œuvre le projet unilatéralement, mais a essayé au contraire de persuader le Gouvernement hongrois de revenir à l'exécution de ses obligations conventionnelles. En même temps, le Gouvernement tchécoslovaque s'est déclaré prêt à tenir compte d'un nombre important de préoccupations écologiques de la Hongrie, proposant en octobre 1989 la tenue de négociations sur la conclusion d'accords relatifs à des garanties techniques, opérationnelles et écologiques, ou ayant trait à la limitation, voire l'exclusion, de l'exploitation en régime de pointe du système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros. En tout état de cause, la véracité et la fiabilité de l'engagement que la Tchécoslovaquie et la Slovaquie ont pris publiquement de revenir au projet conjoint ne peuvent pas être mises en doute sur la base de simples conjectures, mais ne peuvent être appréciées qu'à la lumière des réactions de la Tchécoslovaquie et de la Slovaquie aux actions concrètes de la Hongrie.

Il reste à examiner une condition plus fondamentale de la licéité d'une contre-mesure, à savoir sa proportionnalité dans les circonstances de l'espèce. Tant en doctrine qu'en jurisprudence, il est largement reconnu que le critère de proportionnalité est très important dans le régime des contre-mesures tout en étant très incertain et donc complexe.

Pour commencer, selon la Commission du droit international:

«Il n'y a ... pas d'uniformité, ni dans la pratique ni dans la doctrine, en ce qui concerne la définition ainsi que la rigueur ou la souplesse du principe et les critères à retenir pour apprécier la proportionnalité.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, supplément n° 10*, doc. A/50/10, p. 155-156.)

La Commission du droit international fait également observer que: «La référence à l'équivalence ou à la proportionnalité au sens étroit est inhabituelle dans la pratique des Etats...» (*Ibid.*, p. 157.) C'est pourquoi la doctrine et les sentences arbitrales laissent entendre que la licéité des contre-mesures doit être appréciée à partir de critères négatifs: la contre-mesure ne doit pas être «manifestement disproportionnée», «clairement disproportionnée», «hors de toute proportion»<sup>1</sup> ou «hors de proportion», etc. La Commission du droit international a employé cette dernière expression («hors de proportion») dans son plus récent projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Le texte de l'article correspondant se lit comme suit:

<sup>1</sup> En français dans le texte original.

“any countermeasure taken by an injured State shall not be out of proportion to the degree of gravity of the internationally wrongful act and the effects thereof on the injured State” (Art. 49).

In its Commentary the Commission says that “proportionality” should be assessed taking into account not only the purely “quantitative” element of damage caused, but also “qualitative” factors such as the importance of the interest protected by the rule infringed and the “seriousness of the breach” (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 10 (A/50/10)*, pp. 147-148).

If we take this approach which, in my view, adequately expresses State practice and jurisprudence, we should weigh the importance of the principle *pacta sunt servanda* breached by Hungary and the concrete effects of this breach on Czechoslovakia against the importance of the rules not complied with by Czechoslovakia and the concrete effects of this non-compliance on Hungary. The “degree(s) of gravity” in both cases need not necessarily be equivalent but, to use the words of the Air Services Agreement Award, must have “some degree of equivalence” (*International Law Reports*, Vol. 54, p. 338), or in the words of the ILC must “not be out of proportion”.

The task is not an easy one and may be achieved only by way of approximation, which means with a certain degree of subjectivity. Weighing the gravity of the prior breach and its effects on the one hand, and the gravity of the countermeasure and its effects on the other, the Court should, wherever possible, have attempted in the first place to compare like with like and should have done so with due regard to all the attendant circumstances against the background of the relevant causes and consequences. Following this approach, the Court should have assessed by approximation and compared separately:

- (1) the economic and financial effects of the breach as against the economic and financial effects of the countermeasure;
- (2) the environmental effects of the breach as against the environmental effects of the countermeasure; and
- (3) the effects of the breach on the exercise of the right to use commonly shared water resources as against the effects of the countermeasure on the exercise of this right.

All these assessments and comparisons should have specifically been confined to the span of time defined by the question put to the Court by the Parties, namely November 1991 to October 1992. It should not be forgotten that the very idea and purpose of a countermeasure is to induce the wrongdoing State to resume performance of its obligations. The sooner it does so the less damage it will sustain as a result of the countermeasure.

«Les contre-mesures prises par un Etat lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'Etat lésé.» (Art. 49.)

Dans son commentaire, la Commission a précisé qu'«il [fallait] apprécier la proportionnalité en tenant compte non seulement de l'élément purement «quantitatif» du dommage causé, mais encore de facteurs «qualitatifs» tels que l'importance de l'intérêt protégé par la règle enfreinte et la gravité du manquement» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, supplément n° 10*, doc. A/50/10, p. 157).

Si l'on adopte cette approche qui, à mon avis, reflète bien la pratique des Etats et la jurisprudence, l'on doit apprécier l'importance du principe *pacta sunt servanda* violé par la Hongrie, mesurer les effets concrets de cette violation pour la Tchécoslovaquie par rapport à l'importance des règles que la Tchécoslovaquie n'a pas respectées, et mesurer aussi les effets concrets d'un tel manquement pour la Hongrie. Les «degrés de gravité» dans un cas et dans l'autre ne doivent pas nécessairement être équivalents mais, pour reprendre les termes employés dans la sentence rendue dans l'affaire de l'*Accord sur les services aériens*, il doit y avoir «une certaine équivalence» entre eux (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 483, par. 83) ou, pour reprendre les mots de la Commission du droit international, ils ne doivent «pas être hors de proportion».

Cette tâche n'est pas aisée et ne peut être accomplie que de façon approximative, c'est-à-dire avec un certain degré de subjectivité. En appréciant, d'un côté, la gravité de la violation préalable et ses effets et, de l'autre, la gravité de la contre-mesure et ses effets, la Cour aurait dû, dans toute la mesure possible, chercher tout d'abord à comparer ce qui était comparable et le faire en tenant dûment compte de toutes les circonstances concomitantes par rapport à l'ensemble des causes et conséquences pertinentes. Suivant cette approche, la Cour aurait dû apprécier par approximation et comparer séparément :

- 1) les effets économiques et financiers de la violation par rapport aux effets économiques et financiers de la contre-mesure;
- 2) les effets sur l'environnement de la violation par rapport aux effets sur l'environnement de la contre-mesure;
- 3) les effets de la violation sur l'exercice du droit à employer les ressources en eaux communes par rapport aux effets de la contre-mesure sur l'exercice de ce même droit par l'autre partie.

La Cour aurait dû expressément limiter toutes ces appréciations et comparaisons à la période définie dans la question qui lui a été posée par les Parties, à savoir la période qui va de novembre 1991 à octobre 1992. Il ne faudrait pas perdre de vue que l'idée et le but mêmes d'une contre-mesure sont d'inciter l'Etat auteur de la violation à reprendre l'exécution de ses obligations. Plus tôt il le fait, moindres seront les dommages qu'il aura à subir du fait de la contre-mesure.

On the first point of comparison, according to Slovakia “by May 1989, a total of US\$2.3 billion (CSK 13.8 billion) had been spent by Czechoslovakia on the G/N Project” (Memorial of Slovakia, para. 5.01). These figures, which naturally do not include the loss of energy production and the cost of the protection, maintenance and eventual removal of the existing structures, give the idea of the economic and financial losses which would inevitably have been sustained by Czechoslovakia in the event of a complete abandonment of the Project.

For its part, Hungary did not, either in its written pleadings or in its oral arguments, give any concrete figures evincing in monetary terms the amount of actual material damage sustained as a result of Czechoslovakia’s resort to Variant C. Hungary claimed its entitlement to the payment by Slovakia of unspecified sums in compensation for possible future damage, or potential risk of damage, which might be occasioned by Variant C. Although it is true that “[n]atural resources have value that is not readily measured by traditional means” (Reply of Hungary, Vol. 1, para. 3.170), uncertain long-term economic losses, let alone the mere potential risk of such losses, may not be seen as commensurable with the real and imminent threat of having to write off an investment of such magnitude.

In terms of comparative environmental effects, Variant C could be seen as advantageous against the originally agreed project, due to a smaller reservoir and the exclusion of peak mode operation. On the other hand, in the event of the total abandonment of the project, the waterless bypass canal and other completed but idle structures would have presented a great and long-lasting danger for the environment of the whole region. As stated in the Judgment

“It emerges from the report, dated 31 October 1992, of the tripartite fact-finding mission . . . , that not using the system . . . could have given rise to serious problems for the environment.” (Para. 72.)

Also, it is necessary to compare the gravity and the effects of the breach of the 1977 Treaty by Hungary with the gravity and the effects of the response by Czechoslovakia in terms of their respective rights to the commonly shared water resources. Hungary and Czechoslovakia had agreed by treaty on a scheme for common use of their shared water resources, which use they evidently considered equitable and reasonable, at least at the time when this agreement was reached. Both States had made important investments for the realization of the scheme agreed upon. At the time when one of the States (Czechoslovakia) had completed 90 per cent of its part of the agreed work, the other State (Hungary) abruptly refused to continue discharging its treaty obligations. Due to the technical characteristics of the project, Hungary thereby deprived Czechoslovakia of the practical possibility of benefiting from the use of its part of the shared water resources for the purposes essential for

S'agissant du premier point de comparaison, selon la Slovaquie, «au mois de mai 1989, la Tchécoslovaquie avait ainsi dépensé au total 2,3 milliards de dollars (13,8 milliards de couronnes tchécoslovaques) pour le projet G/N» (mémoire de la Slovaquie, par. 5.01). Ces chiffres qui, bien entendu, ne tiennent pas compte de la perte de production d'énergie et du coût de la protection, de l'entretien et du démantèlement définitif des structures existantes, donnent une idée des pertes économiques et financières que la Tchécoslovaquie aurait subies au cas où elle aurait complètement abandonné le projet.

Pour sa part, la Hongrie n'a pas avancé, ni dans ses pièces écrites ni dans ses plaidoiries, de chiffres concrets pour traduire en termes monétaires le montant des dommages matériels qu'elle a effectivement subis de par la mise en œuvre par la Tchécoslovaquie de la variante C. La Hongrie a prétendu qu'elle avait droit au versement par la Slovaquie de dommages et intérêts d'un montant non spécifié au titre d'éventuels dommages à venir ou du risque potentiel de dommages résultant de la variante C. Il est vrai qu'«aux ressources naturelles est ... attachée une valeur que l'on calcule difficilement par les moyens classiques» (réplique de la Hongrie, vol. 1, par. 3.170), mais des pertes économiques à longue échéance et de caractère incertain, sans parler du simple risque potentiel de telles pertes, ne peuvent pas se comparer avec la menace réelle et imminente de devoir renoncer aux fruits d'un investissement d'une telle ampleur.

Pour ce qui est des effets comparés sur l'environnement, la variante C peut être considérée comme préférable au projet initial convenu, puisque son réservoir est plus petit et qu'elle exclut le fonctionnement en régime de pointe. Par ailleurs, en cas d'abandon total du projet, le canal de dérivation, à sec, ainsi que les autres ouvrages achevés mais non exploités, auraient présenté un danger important et durable pour l'environnement de l'ensemble de la région. Comme il est indiqué dans l'arrêt :

«Il ressort du rapport, en date du 31 octobre 1992, de la mission d'enquête tripartite ... que la non-utilisation du système ... aurait pu entraîner de graves problèmes pour l'environnement.» (Par. 72.)

Il est également nécessaire de comparer la gravité et les effets de la violation du traité de 1977 commise par la Hongrie avec la gravité et les effets de la réaction de la Tchécoslovaquie pour ce qui est de leurs droits respectifs sur les ressources communes en eau. La Hongrie et la Tchécoslovaquie étaient convenues par traité d'un plan d'utilisation conjointe des ressources en eau communes, qu'elles considéraient évidemment comme équitable et raisonnable, tout au moins lors de la conclusion de cet accord. Les deux Etats ont réalisé d'importants investissements pour la mise en œuvre du plan ainsi convenu. Au moment où l'un des deux Etats (la Tchécoslovaquie) avait achevé quatre-vingt-dix pour cent de sa part des travaux prévus, l'autre Etat (la Hongrie) a brusquement refusé de continuer à exécuter ses obligations conventionnelles, qu'il s'était pourtant engagé à respecter quelques mois avant ce refus. En raison des caractéristiques techniques du projet, la Hongrie a par là même privé la

Czechoslovakia, clearly defined in the Treaty and expressly consented to by Hungary.

In response to this illicit act, Czechoslovakia likewise failed to act in accordance with its obligations under the 1977 Treaty. By putting into operation Variant C, it temporarily appropriated, on a unilateral basis and essentially for its own benefit, the amount of water from which originally, according to the Treaty and the Joint Contractual Plan, both States were entitled to benefit on equal terms. At the same time, Czechoslovakia reiterated its willingness to return to the previously agreed scheme of common use and control provided that Hungary ceased violating its obligations. The possibility of a revision by agreement of the original joint scheme was not excluded either.

In those circumstances and as long as Hungary failed to perform its obligations under the 1977 Treaty and thus, of its own choosing, did not make use of its rights under the same Treaty, Czechoslovakia, in principle, *by way of a countermeasure* and hence on a provisional basis, could channel into the Gabčíkovo structure as much water as had been agreed in the Joint Contractual Plan. Moreover, Article 14 of the 1977 Treaty provided for the possibility, under a certain condition, that each of the Parties might withdraw quantities of water exceeding those specified in the Joint Contractual Plan (see Judgment, para. 56).

Let it be assumed, however, that in view of all the attendant circumstances and the growing environmental concerns Czechoslovakia, as a matter of equity, should have discharged more water than it actually did into the old river bed and the Hungarian side-arms of the Danube. This assumption would have related to only one of the many aspects of the proportionality of the measure in question, which could not in itself warrant the general conclusion of the Court that Czechoslovakia was not entitled to put Variant C into operation from October 1992.

For the reasons stated above, I could not vote for paragraph 155, point 1C, of the Judgment. Nor could I support paragraph 155, point 2D, in so far as it does not, regrettably, differentiate between the obligation of the State which had committed a prior illicit act and that of the State which responded by way of a countermeasure. It goes without saying that my negative vote on paragraph 155, point 2D, as a whole must not be understood as a vote against the first part of this paragraph.

(Signed) Vladlen S. VERESHCHETIN.

---

Tchécoslovaquie de la possibilité pratique de jouir de sa part des ressources communes en eau pour les fins clairement définies dans le traité, fins que la Hongrie avait expressément approuvées.

En réponse à cet acte illicite, la Tchécoslovaquie a de même manqué d'agir conformément aux obligations qui étaient les siennes en vertu du traité de 1977. En mettant en service la variante C, elle s'est temporairement appropriée, de façon unilatérale et essentiellement à son propre bénéfice, une quantité d'eau dont les deux Etats, à l'origine, d'après le plan contractuel conjoint, auraient pu, à parts égales, tirer profit. En même temps, la Tchécoslovaquie s'est de nouveau déclarée prête à revenir au plan d'utilisation et de contrôle communs préalablement convenu, à condition que la Hongrie cesse de violer ses obligations. Elle n'excluait pas non plus la possibilité de réviser d'un commun accord le plan conjoint initial.

Dans ces circonstances, et tant que la Hongrie n'exécutait pas ses obligations découlant du traité de 1977 et choisissait donc de ne pas faire usage des droits qu'elle tenait du même traité, la Tchécoslovaquie pouvait en principe, à titre de contre-mesure et donc provisoirement, ache-miner vers la structure de Gabčíkovo autant d'eau que convenu dans le plan contractuel conjoint. En outre, l'article 14 du traité de 1977 prévoyait la possibilité sous une certaine condition, pour chacune des parties, de prélever des quantités d'eau supérieures à celles spécifiées dans le plan contractuel conjoint (voir arrêt, par. 56).

Supposons toutefois que, compte tenu de toutes les circonstances concomitantes et de l'exacerbation des préoccupations écologiques, la Tchécoslovaquie aurait dû, pour des raisons d'équité, déverser plus d'eau qu'elle ne l'a fait dans l'ancien lit et dans le réseau de bras latéraux du Danube du côté hongrois. Cette hypothèse n'aurait porté que sur un seul des nombreux aspects que recèle en matière de proportionnalité la mesure en question, ce qui n'aurait pas en soi justifié la conclusion générale de la Cour selon laquelle la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service, à partir d'octobre 1992, la variante C.

Pour les motifs précités, je n'ai pu voter pour le paragraphe 155, alinéa 1 C de l'arrêt. Je n'ai pas pu non plus souscrire au paragraphe 155, alinéa 2 D, dans la mesure où il n'établit pas, malheureusement, de distinction entre l'obligation de l'Etat qui a commis un acte illicite antérieur et celle de l'Etat qui y a répondu en adoptant une contre-mesure. Il va sans dire que mon vote négatif au sujet du paragraphe 155, alinéa 2 D, dans son ensemble ne doit pas être interprété comme un vote contre la première partie de ce paragraphe.

(Signé) Vladlen S. VERESHCHETIN.