

CR 97/5

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 1997

Public sitting

held on Thursday 6 March 1997, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Schwebel presiding

in the case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project

(Hungary/Slovakia)

VERBATIM RECORD

ANNEE 1997

Audience publique

tenue le jeudi 6 mars 1997, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Schwebel, Président

en l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros

(Hongrie/Slovaquie)

COMPTE RENDU

Present:

President	Schwebel
Vice-President	Weeramantry
Judges	Oda
	Bedjaoui
	Guillaume
	Ranjeva
	Herczegh
	Shi
	Fleischhauer
	Koroma
	Vereshchetin
	Parra-Aranguren
	Kooijmans
	Rezek
Judge <i>ad hoc</i>	Skubiszewski
Registrar	Valencia-Ospina

Présents : M. Schwebel, Président
M. Weeramantry, Vice-Président
MM. Oda
Bedjaoui
Guillaume
Ranjeva
Herczegh
Shi
Fleischhauer
Koroma
Vereshchetin
Parra-Aranguren,
Kooijmans
Rezek, juges

Skubiszewski, juge *ad hoc*

M. Valencia-Ospina, Greffier

The Republic of Hungary is represented by:

H.E. Mr. György Szénási, Ambassador, Head of the International Law Department, Ministry of Foreign Affairs,

as Agent and Counsel;

H.E. Mr. Dénes Tomaj, Ambassador of the Republic of Hungary to the Netherlands,

as Co-Agent;

Mr. James Crawford, Whewell Professor of International Law, University of Cambridge,

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor at the University Panthéon-Assas (Paris II) and Director of the Institut des hautes études internationales of Paris,

Mr. Alexandre Kiss, Director of Research, Centre National de la recherche Scientifique (ret.),

Mr. László Valki, Professor of International Law, Eötvös Loránd University, Budapest,

Mr. Boldizsár Nagy, Associate Professor of International Law, Eötvös Loránd University, Budapest,

Mr. Philippe Sands, Reader in International Law, University of London, School of Oriental and African Studies, and Global Professor of Law, New York University,

Ms Katherine Gorove, consulting Attorney,

as Counsel and Advocates;

Dr. Howard Wheeler, Professor of Hydrology, Imperial College, London,

Dr. Gábor Vida, Professor of Biology, Eötvös Loránd University, Budapest, Member of the Hungarian Academy of Sciences,

Dr. Roland Carbiener, Professor emeritus of the University of Strasbourg,

Dr. Klaus Kern, consulting Engineer, Karlsruhe,

as Advocates;

Mr. Edward Helgeson,

Mr. Stuart Oldham,

as Advisers;

La République de Hongrie est représentée par :

S. Exc. M. György Szénási, ambassadeur, directeur du département du droit international au ministère des affaires étrangères,

comme agent et conseil;

S. Exc. M. Dénes Tomaj, ambassadeur de la République de Hongrie aux Pays-Bas,

comme coagent;

M. James R. Crawford, professeur de droit international, titulaire de la chaire Whewell à l'Université de Cambridge,

M. Pierre-Marie Dupuy, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut des hautes études internationales de Paris,

M. Alexandre Kiss, directeur de recherches au Centre national de la recherche scientifique (en retraite),

M. Lászlo Valki, professeur de droit international à l'Université Eötvös Lorand de Budapest,

M. Boldizsár Nagy, professeur associé de droit international à l'Université Eötvös Lorand de Budapest,

M. Philippe Sands, chargé de cours en droit international à l'Université de Londres, School of Oriental and African Studies, et *Global Professor of Law* à l'Université de New York,

Mme Katherine Gorove, juriste-conseil,

comme conseils et avocats;

M. Howard Wheeler, professeur d'hydrologie à l'Imperial College de Londres,

M. Gábor Vida, professeur de biologie à l'Université Eötvös Lorand de Budapest, membre de l'Académie des sciences de Hongrie,

M. Roland Carbiener, professeur émérite de l'Université de Strasbourg,

M. Klaus Kern, ingénieur-conseil à Karlsruhe,

comme avocats;

M. Edward Helgeson,

M. Stuart Oldham,

comme conseillers;

Dr. György Kovács,

Mr. Timothy Walsh,

as Technical Advisers;

Dr. Attila Nyikos,

as Assistant;

Ms Éva Kocsis,

Ms Katinka Tompa,

as Secretaries.

The Republic of Slovakia is represented by:

H.E. Dr. Peter Tomka, Ambassador, Legal Adviser of the Ministry of Foreign Affairs,

as Agent;

Dr. Václav Mikulka, Member of the International Law Commission,

as Co-Agent, Counsel and Advocate;

Mr. Derek W. Bowett, C.B.E., Q.C., F.B.A., Emeritus Whewell Professor of International Law at the University of Cambridge, Former Member of the International Law Commission,

as Counsel;

Mr. Stephen C. McCaffrey, Professor of International Law at the University of the Pacific, McGeorge School of Law, Sacramento, United States of America, Former Member of the International Law Commission,

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X – Nanterre and at the Institute of Political Studies, Paris, Member of the International Law Commission,

Mr. W. Walter D. Sohler, Member of the Bar of the State of New York and of the District of Columbia,

Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., Barrister, Member of the Bar of England and Wales,

Mr. Samuel S. Wordsworth, *avocat à la Cour au barreau de Paris*, Solicitor England and Wales, Frere Cholmeley, Paris,

as Counsel and Advocates;

Mr. Igor Mucha, Professor of Hydrogeology and Former Head of the Groundwater Department at the Faculty of Natural Sciences of Comenius University in Bratislava,

M. György Kovács,

M. Timothy Walsh,

comme conseillers techniques;

M. Attila Nyikos,

comme assistant;

Mme Éva Kocsis,

Mme Katinka Tompa,

comme secrétaires.

La République slovaque est représentée par :

S. Exc. M. Peter Tomka, ambassadeur, conseiller juridique du
ministère des affaires étrangères,

comme agent;

M. Václav Mikulka, membre de la Commission du droit international,

comme coagent, conseil et avocat;

M. Derek W. Bowett, C.B.E., Q.C., F.B.A., professeur émérite, ancien
titulaire de la chaire Whewell à l'Université de Cambridge, ancien
membre de la Commission du droit international,

comme conseil;

M. Stephen C. McCaffrey, professeur de droit international à la
faculté de droit McGeorge de l'Université du Pacifique, Sacramento
(Etats-Unis d'Amérique), ancien membre de la Commission du droit
international,

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre et à
l'Institut d'études politiques de Paris, membre de la Commission

M. Walter D. Sohler, membre des barreaux de l'Etat de New York et du
district de Columbia,

Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., avocat au barreau d'Angleterre et
du pays de Galles,

M. Samuel S. Wordsworth, avocat à la Cour, Frere Cholmeley, Paris,
Solicitor auprès de la Cour suprême d'Angleterre et du pays de
Galles,

comme conseils et avocats;

M. Igor Mucha, professeur d'hydrogéologie et ancien directeur du
département des eaux souterraines à la faculté des sciences
naturelles de l'Université Comenius de Bratislava,

Mr. Karra Venkateswara Rao, Director of Water Resources Engineering,

Department of Civil Engineering, City University, London,

Mr. Jens Christian Refsgaard, Head of Research and Development,
Danish Hydraulic Institute,

as Counsel and Experts;

Dr. Cecília Kandrá_ová, Director of Department, Ministry of Foreign
Affairs,

Mr. Lud_k Krajhanzl, Attorney at Law, Vyroubal Krajhanzl Skácel and
Partners Law Firm, Prague,

Mr. Miroslav Liška, Head of the Division for Public Relations and
Expertise, Water Resources Development State Enterprise,
Bratislava,

Dr. Peter Vršanský, Minister-Counsellor, *chargé d'affaires a.i.* of
the Embassy of the Slovak Republic, The Hague,

as Counsellors;

Ms Anouche Beaudouin, *allocataire de recherche* at the University
of Paris X – Nanterre,

Ms Cheryl Dunn, Frere Cholmeley, Paris,

Ms Nikoleta Glindová, *attachée*, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Drahoslav Štefánek, *attaché*, Ministry of Foreign Affairs,

as Legal Assistants.

M. Karra Venkateswara Rao, directeur du Génie, section des ressources hydrologiques, département du Génie civil, Université de la ville de Londres,

M. Jens Christian Refsgaard, directeur de la recherche et du développement à l'Institut danois d'hydraulique,

comme conseils et experts;

Mme Cecília Kandrá_ová, directeur de département, ministère des affaires étrangères,

M. Lud_k Krajhanzl, avocat, membre du cabinet Vyroubal Krajhanzl Skácel et associés, Prague,

M. Miroslav Liška, directeur de la division des relations publiques et de l'expertise, entreprise d'Etat pour le développement des ressources hydrauliques, Bratislava,

M. Peter Vršanský, ministre-conseiller, chargé d'affaires a.i. à l'ambassade de la République slovaque, La Haye,

comme conseillers;

Mlle Anouche Beaudouin, allocataire de recherche à l'Université de Paris X-Nanterre,

Mme Cheryl Dunn, Frere Cholmeley, Paris,

Mme Nikoleta Glindová, attachée, ministère des affaires étrangères,

M. Drahoslav Štefánek, attaché, ministère des affaires étrangères,

comme assistants juridiques.

The PRESIDENT: Please be seated. Oral presentations by the Republic of Hungary continue and I call upon Professor Kiss.

M. KISS : Thank you, Mr. President.

14. L'ILLEGALITE DE LA VARIANTE C

Monsieur le Président, Messieurs les juges,

1. Le premier jour des audiences j'avais l'honneur de vous inviter à un survol du paysage légal du Danube entre Bratislava et Budapest. Je voudrais vous proposer maintenant de changer de perspective, de prendre en quelque sorte un hélicoptère au lieu d'un avion et de voler, non pas plus bas, mais plus près, pour mieux voir une partie seulement de ce paysage, l'ouvrage appelé variante C.

2. Aux termes de l'article 2 du compromis qui a saisi votre Haute instance de la présente affaire, vous êtes priés de dire:

«si la République 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».

3. Il est ajouté que la Cour doit fonder sa décision sur le traité de 1977 et des règles et principes du droit international général, ainsi que de tous autres traités qu'elle jugera applicables.

4. La Cour constatera que cette question concerne la légalité du comportement de la Tchécoslovaquie avant sa disparition en tant qu'Etat. L'illégalité de ce comportement ne saurait être ignorée et cela pour deux raisons. En premier lieu, si la variante C était illégale en octobre 1992, elle ne l'est pas moins à l'heure actuelle et la Slovaquie reconnaît ce fait. Deuxièmement, si la variante C était illégale, comme nous le verrons, la Hongrie avait indéniablement le droit de terminer le traité de 1977. Enfin, comme cela ressort du deuxième paragraphe du préambule du compromis, si la variante C était illégale, la Slovaquie doit accepter sa responsabilité internationale envers la Hongrie pour avoir fait fonctionner cet ouvrage de façon illicite.

5. Les conséquences découlant de la responsabilité internationale de la Slovaquie seront exposées demain par mon collègue et ami, le Professeur Dupuy. Je me bornerai à examiner la

question de la légalité de la variante C en elle-même, à la lumière des règles applicables à la présente instance.

6. Avec votre permission, nous nous tournerons d'abord vers les obligations conventionnelles applicables en ce qui concerne la construction et le fonctionnement de la variante C. Et nous examinerons ensuite, dans une deuxième partie du présent exposé, les règles et principes du droit international général.

Venons-en donc au problème de la

I. LEGALITE DE LA VARIANTE C AU REGARD DES REGLES CONVENTIONNELLES APPLICABLES

Nous devons constater tout d'abord les

Violations et la disparition du traité de 1977 lui-même

7. Il est bien évident que la variante C constitue une violation du traité de 1977, instrument qui se trouve au coeur du présent litige.

8. Qu'il soit permis de rappeler ici que, déjà avant la décision d'entreprendre la construction de la variante C, la Tchécoslovaquie n'avait pas respecté ses obligations découlant du traité de 1977. Lundi, nous avons rappelé sa carence de mettre en oeuvre en particulier les articles 15 et 19 concernant respectivement la protection des eaux du Danube et celle de la nature. Avant de construire la variante C, la Tchécoslovaquie a refusé de faire les études et de prendre les mesures qui auraient été nécessaires pour appliquer ces dispositions comme elles auraient dû l'être. La construction de la variante C a aggravé la situation en transformant ce qui pouvait être considéré comme violation par omission en violation par action. Désormais, à cause de la construction et du fonctionnement de la variante C, les risques et les dommages pour la nappe phréatique, ainsi que pour la plaine alluviale du Szigetköz, que la Hongrie avait voulu éviter, sont devenus des réalités. L'article 20 du traité de 1977 concernant la protection des pêcheries qui se réfère à la convention de Bucarest que nous allons voir tout à l'heure, n'a pas été mieux respecté que les articles 15 et 19.

9. Par ailleurs, ainsi que l'a constaté la Hongrie dans la procédure écrite, la construction de la variante C constituait en elle-même la répudiation du traité de 1977.

En premier lieu, la variante C est fondamentalement différente du projet original, aussi bien dans sa conception que dans ses effets¹. Ce fait a été amplement démontré par le Professeur Nagy. La déclaration du 19 mai 1992 du Gouvernement hongrois, adoptée à un moment où l'on pouvait constater, sans qu'aucun doute fût permis, quelles étaient les caractéristiques de cet ouvrage, n'a fait que tirer les conclusions qui s'imposaient : le traité de 1977 était bel et bien terminé.

10. En deuxième lieu, en dehors des caractéristiques propres du système de barrage, tout le comportement de la Slovaquie depuis 1993 prouve qu'il ne s'agit nullement d'une solution temporaire, mais d'une construction permanente². Ici encore, je rappelle les faits évoqués par le Professeur Nagy.

11. Troisièmement, comme cela a été également exposé, la variante C ne cesse d'être développée.

12. Ainsi, en paraphrasant votre avis consultatif rendu dans l'affaire de la *Namibie*³, on peut dire que cette construction constitue une violation délibérée et permanente des obligations, détruisant ainsi l'objet et les buts des rapports établis par le traité de 1977.

Venons-en ensuite à un ensemble conventionnel, les

Traités fixant la frontière sur le Danube

¹ Voir RH, par. 2.83-2.89

² Voir RH, par. 3.130.

³ *C.I.J. Recueil 1971*, p. 17.

13. Au moment de la création de l'Etat tchécoslovaque, le traité de Trianon de 1920, complété par la suite par des accords de délimitation, a fixé la ligne frontière suivant «le cours principal de navigation du Danube»⁴. Le traité de Paris du 10 février 1947, tel qu'interprété dans un protocole de la commission de délimitation hungaro-tchécoslovaque en date du 11 octobre 1948, confirme que la frontière est définie par le thalweg du lit navigable principal du fleuve. Un traité entre les deux Etats voisins, signé le 13 octobre 1956 relatif au régime de la frontière va dans le même sens : la frontière sur le Danube «suit la ligne médiane du chenal principal au plus bas niveau de navigabilité»⁵.

14. Ces dispositions insérées dans des traités internationaux sont conformes aux règles coutumières du droit international applicables à la délimitation des frontières lorsqu'un cours d'eau navigable sépare des Etats.

Il est bien évident que toutes ces dispositions ont survécu à la séparation de la Slovaquie de la République tchèque, à cause de leur caractère objectif⁶. La construction de la variante C et, en particulier, celle des canaux desservant l'usine hydro-électrique et les écluses a eu comme conséquence de déplacer le chenal principal utilisable pour la navigation. Ainsi, les critères servant à définir la frontière entre les deux Etats ont été ignorés par un acte unilatéral. On ne peut que constater que la construction et le fonctionnement de la variante C constituent une grave violation de frontière, et tout particulièrement celle des dispositions conventionnelles qui avaient défini la frontière entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie. Cet acte a eu aussi comme conséquence de priver la Hongrie de milliards de mètres cubes d'eau nécessaires à son agriculture, à ses pêcheries, à ses forêts et à l'environnement. Nous y reviendrons par la suite.

15. Il y a un instrument relié aux précédents, mais dont l'importance est capitale pour les relations entre les deux Parties, c'est la

⁴ Voir MH, vol. 3, annexes 1-3.

⁵ Voir MH, par. 4.25-4.32.

⁶ Voir: C. Blumann, Frontières et limites, *La frontière*, Société française de droit international, colloque de Poitiers, Paris, Pedone 1980, p.12-14.

*Convention sur la réglementation des questions relatives à la gestion des eaux frontalières
signée à Budapest le 31 mai 1976⁷*

16. Etant donné leur caractère objectif, les dispositions de cet instrument et les garanties générales qu'il prévoit sont applicables à la variante C, malgré la disparition de l'Etat tchécoslovaque.

17. Aux termes de l'article 3 de la convention, les Parties s'engagent à n'exercer, sans s'être mis d'accord, aucune activité de gestion des eaux qui pourrait affecter les conditions des eaux déterminées en commun. Elles doivent s'informer réciproquement de leurs projets concernant le développement à long terme de la gestion de l'eau, spécialement en ce qui concerne les effets de telles activités sur les eaux frontalières. Pour toute activité de gestion qui modifie la condition des eaux, les Parties doivent engager des négociations préalables.

18. Aucune de ces conditions n'a été remplie par la Tchécoslovaquie. Elle n'a informé la Hongrie de la construction de la variante C que lorsque les travaux étaient déjà très sérieusement engagés, elle n'a tenu aucun compte des effets de ces travaux sur le Danube et la plaine alluviale. Par la suite, la Slovaquie n'a pas engagé des négociations utiles avant ses activités de gestion modifiant la condition des eaux — notamment par de nouveaux travaux.

19. Une autre disposition, l'article 3, alinéa 1b, de la même convention doit également retenir l'attention. Selon cette clause, les Etats parties :

⁷ Voir CMH, par. 6.63-6.66.

«doivent maintenir en bon état les lits des cours d'eau, les réservoirs et l'équipement situés sur les eaux frontières dans les limites de leurs territoires respectifs et doivent assurer un fonctionnement tel qu'aucun dommage n'en résulte pour l'autre Partie».

20. Il convient de rappeler ici que selon le projet original, l'usine hydro-électrique devait fonctionner en régime de pointe, en utilisant l'eau provenant de la retenue en amont seulement pendant quelques heures par jour, selon le débit du Danube. Dès le départ, cette solution a suscité de nombreuses critiques, même en Tchécoslovaquie. Il n'en reste pas moins qu'il a été reproché à la Hongrie, après la suspension des travaux à Nagymaros, d'avoir empêché l'utilisation de l'usine hydro-électrique de Gab_ıkovo en régime de pointe.

21. Or, depuis quelque temps, la Slovaquie qui détient seule la possibilité de réguler le débit des eaux du Danube, applique quand même le régime de production de pointe. Pas exactement dans la mesure prévue mais cette application n'en existe pas moins, comme cela a été démontré. Ces quantités d'eau relâchées dans le Danube n'atteignent pas celles prévues dans le projet original. Mais elles n'en sont pas moins susceptibles de causer des dommages importants aux berges du fleuve et à sa végétation, aux ports, aux ponts et aux autres ouvrages sur le Danube, à cause des fluctuations soudaines et répétées du niveau de l'eau. Elles constituent une violation de la convention de 1976 sur les eaux frontalières.

Nous ne devons pas oublier, non plus, les

Conventions relatives à la navigation

22. Dans la longue liste de traités internationaux que viole la variante C, il convient d'évoquer également la convention de Belgrade du 18 août 1948 relative au régime de la navigation sur le Danube⁸. L'article 3 de cet instrument oblige les Etats à maintenir leurs secteurs du Danube en état de navigabilité pour les bâtiments fluviaux et à ne pas empêcher ou entraver la navigation dans les chenaux navigables du Danube. Il est bien évident que le détournement des eaux du cours original du Danube sur un secteur de plus de 40 kilomètres y a rendu la navigation impossible et que la Tchécoslovaquie a ainsi ignoré ses obligations découlant de la convention de Belgrade⁹.

⁸ Voir MH, vol.III, p. 81 et CMH par. 6.67-6.73.

⁹ Voir MH, par. 4.40-4.44

23. Le même acte unilatéral, décidé et accompli dans la plus totale illégalité, a aussi privé la Hongrie de la possibilité d'exercer ses droits et de se conformer à ses devoirs découlant de la convention de Belgrade, à laquelle pourtant l'article 18, alinéa premier, du traité de 1977 se réfère. On doit comparer cette disposition du traité de 1977 à ce qui s'est passé dans la réalité. Il avait été prévu, en effet, que les deux Etats contractants devaient veiller à ce que la navigation puisse se poursuivre de façon ininterrompue et dans des conditions de sécurité **dans le chenal international** pendant la construction et le fonctionnement du système d'écluses. Il s'agissait donc de la navigation non pas dans un canal construit entièrement sur territoire slovaque, mais dans le chenal international¹⁰, qui est désormais impossible à cause de l'acte unilatéral de la Tchécoslovaquie.

Enfin, les exposés scientifiques ont démontré l'importance qu'il y a lieu d'attribuer à

L'accord relatif à la pêche dans le Danube

24. La convention de Bucarest du 29 janvier 1958. L'article 3 de ce instrument contient des obligations précises pour les parties contractantes, dont la Hongrie et la Tchécoslovaquie¹¹. Cette disposition donne du Danube une définition très générale, y englobant les

¹⁰ Voir MH, par. 7.40.

¹¹ Voir le texte français de cet instrument : MH, vol. III, p. 190. Cf. CMH, par. 6.75-677.

«lacs reliés constamment ou temporairement au Danube et (les) limans et marécages situés dans les terres submersibles que traverse le Danube sur le territoire des Parties contractantes....»

25. Il est bien évident que ces milieux sont essentiels pour la vie et la reproduction des poissons. On doit rappeler à ce sujet l'article 5 de la convention de Bucarest qui oblige les parties, à **améliorer** les conditions naturelles de multiplication, d'augmentation et de reproduction normale des réserves de poisson recherchés pour la pêche. La situation actuelle est très différente. Les études des experts font état de la destruction des milieux nécessaires à la reproduction des poissons par la construction et le fonctionnement de la variante C.

26. L'article 5 de la convention de Bucarest fait également obligation aux parties contractantes, en cas de construction d'installations hydrauliques sur le fleuve — ce qui est notre cas — notamment de barrages, d'élaborer **préalablement et exécuter en commun** un programme de mesures garantissant les migrations normales des poissons. Jamais la Tchécoslovaquie n'a pris l'initiative de telles mesures avant de se lancer d'une façon unilatérale dans l'aventure de la variante C¹².

27. Monsieur le Président, Messieurs les juges, comment ne pas rappeler ici que l'article 20 du traité de 1977 lui-même invoque la convention de Bucarest en réaffirmant que dans le cadre de leurs investissements nationaux, les Parties contractantes prendront les mesures appropriées pour protéger les intérêts en matière de pêcheries, conformément à cette convention ?

28. Finalement, il existe un instrument international qui a connu un sort particulièrement triste, c'est

L'accord de Londres du 28 octobre 1992

29. Immédiatement après la fermeture du Danube par la Tchécoslovaquie, ses représentants se sont réunis avec ceux de la Hongrie et de la Commission européenne. Un procès-verbal fut approuvé et signé. Il est connu sous le nom d'accord de Londres. Selon cet accord il est convenu que tous les travaux afférents à la variante C seront arrêtés à une date

¹² Voir CMH, par. 6.75-6.77.

fixée par la Commission européenne sur la base d'une enquête effectuée par les experts des trois parties. La Tchécoslovaquie s'y est engagée à garantir qu'elle maintiendra la totalité, et au moins 95 pour cent de la quantité d'eau traditionnelle s'écoulant dans l'ancien lit du Danube et qu'elle s'abstiendra d'exploiter la centrale électrique¹³. Or, pas plus tard que le lendemain de la signature de l'accord, cet engagement a été publiquement répudié par le premier ministre de la République fédérée slovaque et ses dispositions n'ont jamais été appliquées par la Tchécoslovaquie. Par la suite, d'autres accords ont été conclus entre les deux pays à des niveaux divers. Mais la Slovaquie n'a cessé de chercher à éviter l'application des solutions proposées par la Hongrie et par la Commission européenne¹⁴.

30. Ainsi, en construisant la variante C et en la faisant fonctionner, la Tchécoslovaquie et par la suite la Slovaquie se sont rendues coupables de la violation d'une série de traités, en dehors même de celui de 1977 : traités bilatéraux aussi bien que multilatéraux¹⁵.

31. Avec votre permission, je voudrais maintenant aborder la deuxième partie de l'exposé. Elle sera consacrée à la

¹³ Voir MH, vol. 3, annexe 31 et voir CMH, par. 2.78-2.83.

¹⁴ Voir MH, par. 3.193-3.202;

¹⁵ Voir MH, par. 10.86 et suiv.

II. VIOLATION DE REGLES ET DE PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL PAR LA CONSTRUCTION ET LE FONCTIONNEMENT DE LA VARIANTE C

32. Cette partie comprendra essentiellement trois groupes de règles, concernant respectivement la méconnaissance de la souveraineté, c'est-à-dire la compétence exclusive de la Hongrie sur son territoire, celles des principes de prévention des dommages pouvant être causés à un autre Etat et celles relatives à la coopération dans l'utilisation d'une ressource partagée.

Compétence exclusive de la Hongrie sur son territoire

33. Quant à la compétence exclusive de la Hongrie sur son territoire, rappelons qu'il a déjà été fait état plus haut de la violation de la frontière entre la Hongrie et la Slovaquie par le détournement unilatéral du Danube, en méconnaissance de nombreuses règles conventionnelles. Il convient de se tourner maintenant vers les effets que ces violations ont produits sur les droits exclusifs que la Hongrie exerce, comme tous les Etats du monde, sur son territoire et, en particulier, sur les eaux qui en font partie.

En premier lieu, nous devons mentionner

1) L'enrichissement illicite de la Slovaquie

34. On doit relever que, depuis la fermeture du cours principal du fleuve, sur 40 kilomètres, le Danube est réduit à n'être qu'une rivière secondaire, car la construction des barrages en amont a détourné ses eaux pour assurer le fonctionnement de l'établissement hydro-électrique de Gabčíkovo. Cet acte va au détriment de l'alimentation en eau du Szigetköz, plaine alluviale dont la valeur écologique et économique est démontrée par les experts.

35. Je ne suis pas scientifique, Monsieur le Président, Messieurs les juges, mais je vous propose quand même un calcul. Un simple calcul qui montre que, sur la base d'un débit moyen annuel de 2000 m³ d'eau par seconde, apportés par le Danube, la Hongrie devait en recevoir pour le secteur du Szigetköz la moitié, c'est-à-dire 1000 m³ par seconde. En réalité, elle n'en a reçu qu'environ le cinquième, car la quantité moyenne de l'eau restituée était autour de 200 m³ par seconde au maximum et le plus souvent même moins. Ainsi, chaque

année la Slovaquie a prélevé illégalement sur les eaux qui appartenaient à la Hongrie environ 50 km³ d'eau. Rien qu'au cours des quatre années entre le début de 1993, qui a suivi la fermeture du Danube, et la fin de 1996 le montant des prélèvements illégaux atteint 200 km³. 200 km³, une quantité qui est 200 fois plus que l'eau que contient le plus grand lac d'Europe, le lac Balaton situé en Hongrie. Et cette même quantité d'eau suffirait pour remplir entièrement 1200 fois le réservoir de _unovo qui doit alimenter l'usine hydro-électrique. Certes, une forte proportion de cette masse d'eau est restituée au Danube 40 kilomètres plus loin, mais en attendant elle a été utilisée pour produire de l'électricité au bénéfice de la seule Slovaquie tout en privant une partie du territoire hongrois de l'eau indispensable à l'agriculture et aux systèmes écologiques. Le fonctionnement de la variante C est donc la source pour cet Etat d'un enrichissement non seulement sans cause, mais parfaitement illicite, en violation du principe de souveraineté sur les ressources naturelles et au détriment de son voisin¹⁶.

2) L'intervention dans les affaires intérieures de la Hongrie

36. La Slovaquie est aussi coupable d'intervention dans les affaires intérieures de la Hongrie. La définition classique de l'intervention est l'acte d'un Etat consistant à se substituer à un autre Etat dans l'exercice de ses compétences ou à l'empêcher d'exercer ses compétences, c'est-à-dire ses fonctions.

37. La variante C constitue une intervention dans les compétences de la Hongrie, car elle l'empêche notamment, de se conformer aux obligations qu'elle avait acceptées en vertu de certaines conventions internationales. Ainsi, la Hongrie ne peut pas assurer la protection des 152 espèces animales menacées d'extinction et des 72 espèces vulnérables présentes dans le Szigetköz, alors que ce serait son devoir en vertu de la convention de Berne du 19 septembre 1979 relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel en Europe,

¹⁶ Voir RH, par. 3.61.

convention à laquelle elle est partie contractante depuis le 1^{er} mars 1990 c'est-à-dire à une date antérieure à la mise en marche de la variante C.

38. De même, mais on y reviendra par la suite, la Hongrie ne peut s'acquitter des obligations que lui imposent sa qualité de partie à la convention de Rio de Janeiro de 1992 sur la diversité biologique.

3) Dommage causé à l'environnement en Hongrie

39. La construction et le fonctionnement de la variante C transgressent aussi d'autres règles générales du droit international. On pourrait évoquer à cet égard la règle *sic utere iure tuo ut alienum non laedas*, opportunément rappelée par le Professeur McCaffrey, alors rapporteur spécial de la Commission de droit international, dans son deuxième rapport sur les utilisations des cours d'eau internationaux pour des fins autres que la navigation¹⁷. Ce principe, de caractère évolutif, a abouti dans un certain nombre de situations à la création de règles spécifiques concernant des catégories déterminées d'actes. Un des domaines dans lesquels une telle évolution s'est produite est, sans aucun doute, celui de la prévention des détériorations de l'environnement. A la suite de la sentence arbitrale dans l'affaire du *Lac Lanoux*¹⁸, le principe 21 de la déclaration de la conférence de Stockholm sur l'environnement humain, de 1972, et le principe 2 de la déclaration de la conférence de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement, de 1992, ont proclamé dans des termes identiques que les Etats ont :

«*le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement d'autres Etats*».

¹⁷ ONU, Assemblée générale, A/CN.4/399/Add.2, par. 179.

¹⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, 1957, p. 303. Voir CMH, par. 6.50-6.51.

Ce principe est également inséré dans de nombreux instruments internationaux, tant non obligatoires qu'obligatoires¹⁹. On ne saurait surestimer la reconnaissance qui lui a été accordée par votre Cour dans l'avis consultatif du 8 juillet 1995 qui reconnaît que ce principe fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement. 40. En décidant unilatéralement la construction de la variante C, la Tchécoslovaquie a méconnu ce principe.

Prévention et précaution

41. Elle a aussi méconnu le principe de prévention et de précaution, alors que le principe de prévention est à la base de tous les instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement. L'écrasante majorité des règles et procédures prévues par les traités comme par les normes proclamées dans des instruments non obligatoires visent à prévenir la dégradation de l'environnement.

42. La Hongrie avait invoqué en vain le devoir de prévention incombant à l'autre Partie en demandant des études précises sur les conséquences possibles de la réalisation du projet.

43. La mise en œuvre de la prévention est facilitée par des procédures spécifiques élaborées par le droit et notamment par la procédure d'études d'impact qui consiste à déterminer avec le maximum de précision les conséquences potentielles de la réalisation d'un projet sur l'environnement.

44. Cette procédure a été introduite dans la législation de la plupart des pays européens, sans parler des pays d'autres continents. Plusieurs conventions internationales engagent aussi les Etats à préparer des études d'impact, notamment lorsqu'il s'agit de projets pouvant affecter d'autres Etats. Ainsi, la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière a été adoptée le 25 février 1991 à Espoo (Finlande) par vingt-six Etats européens, dont la Hongrie. Rédigé sous les auspices de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, cet instrument peut être considéré comme l'expression des normes juridiques appliquées par la législation de nombreux Etats et par la pratique internationale. En particulier, la Tchécoslovaquie, bien que n'étant pas partie contractante à

¹⁹ Voir MH, par. 7.45-7.56, RH, par. 3.56-3.57.

cette convention, en a repris les principes dans la loi fédérale no 17 du 5 février 1991, applicable à la Slovaquie. Toutefois, elle ne l'a pas appliqué à la variante C, sinon elle aurait dû prendre en compte dès le début les conséquences que sa réalisation aurait entraînées en Hongrie.

45. Certes, même si une étude d'impact avait été préparée, sans information et consultation de la Hongrie, son effet serait contestable, précisément à cause de son caractère unilatéral²⁰. Toutefois, au moins elle aurait pu être considérée comme une preuve de bonne volonté, sinon de bonne foi, de la part des autorités tchécoslovaques.

46. Ainsi, la Tchécoslovaquie a manqué à son devoir de prévoir et de prévenir les conséquences que la variante C - illégale en elle-même parce que résultant d'une décision unilatérale - allait produire sur l'environnement, en particulier sur le territoire du pays voisin. La Tchécoslovaquie n'a pas appliqué non plus le principe de précaution et la Tchécoslovaquie a manqué à ses devoirs de coopération dans l'utilisation des ressources partagées.

Coopération dans l'utilisation d'une ressource partagée.

48. Dès 1929, la Cour permanente de justice internationale a énoncé le principe - parlant de la navigation d'un fleuve international, il est vrai - que la solution des problèmes qui peuvent se poser du fait du partage d'un cours d'eau doit être recherchée dans l'idée d'une communauté d'intérêt des Etats riverains²¹. Dans le deuxième rapport sur le droit des utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation, le rapporteur spécial de la Commission du droit international, a insisté sur la nécessité de prendre en compte l'intérêt de plusieurs Etats à bénéficier de l'utilisation de la même ressource naturelle que constituent les cours d'eau internationaux²². Le projet d'articles actuellement soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies par la Commission du droit international utilise dans son article 5 le terme "devoir de coopérer" à la protection et la mise en valeur des cours d'eau internationaux. Il

²⁰ Voir CMH, par. 6.123.

²¹ *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt du 10 septembre 1929, C.P.J.I. série A N° 23, p. 27.*

²² ONU, Document A/CN.4/332 et ADD.1, par. 90, 124-139, 140-155.

insiste aussi sur l'utilisation équitable et raisonnable des cours d'eau, d'une façon compatible avec une protection adéquate du cours d'eau²³.

49. Le devoir de coopérer est aussi proclamé par de nombreux instruments internationaux²⁴. Il en est ainsi, en particulier, de l'article 9, alinéa premier de la convention d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, adoptée le 17 mars 1992.

50. Certes, la convention d'Helsinki n'est pas encore en vigueur. Elle n'en exprime pas moins le principe de droit international qui sert de fondement aux obligations des Etats en ce qui concerne la coopération dans l'utilisation des ressources en eaux qu'ils partagent avec d'autres. Par ailleurs, on peut rappeler que la Tchécoslovaquie a pris part à son élaboration dans le cadre de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe et qu'elle a aussi participé à l'adoption d'un certain nombre de recommandations allant dans le même sens.

51. Le contenu du devoir de coopération a été explicité dans une série d'instruments internationaux, prescrivant des procédures précises. A leur tour, ces textes peuvent être considérés comme exprimant le droit international général.

52. La première des obligations spécifiques qui découle de ce devoir est celle d'informer les autres Etats concernés de toute mesure projetée pouvant avoir des effets négatifs sur leur territoire, ce que nous avons déjà vu dans le traité de 1976 sur les eaux frontalières²⁵. Ce principe a été consacré par la règle 19 de la déclaration de Rio de Janeiro et, en ce qui concerne plus spécialement les cours d'eau, par les articles 12 à 19 du projet élaboré par la Commission du droit international. Ces dispositions prévoient une procédure précise que doivent appliquer les Etats, résumée à l'article 12:

“Avant qu'un Etat du cours d'eau ne mette en oeuvre ou ne permette que soient mises en oeuvre des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs significatifs pour les Etats du cours d'eau, il en donne notification à ces derniers en temps utile. La

²³ Document des Nations Unies, Assemblée générale, A/CN.4.462, par. 22 et A.C.6/51/NUW/WG/L.3.

²⁴ Voir MH, par. 6.70-6.75.

²⁵ Voir MH, par. 7.57-7.65, 7.108 et RH, par. 3.43.

notification est accompagnée de données techniques et informations disponibles afin de mettre les Etats auxquels elle est adressée à même d'évaluer les effets éventuels des mesures projetées."²⁶

La Tchécoslovaquie n'a jamais fait la notification imposée par le droit international.

53. Dans ces conditions, il ne pouvait évidemment guère y avoir de consultation entre les deux Etats, alors que selon l'article 17 du projet de la Commission de droit international, l'Etat auteur de la notification engage avec l'Etat concerné des consultations et des négociations. Chaque Etat doit de bonne foi tenir raisonnablement compte des droits et des intérêts légitimes de l'autre Etat. Et au cours des consultations et des négociations, l'Etat auteur de la notification s'abstient, si l'autre Etat le lui demande, de la mise en oeuvre des mesures projetées pendant une certaine période²⁷.

54. La Tchécoslovaquie n'a satisfait à aucune de ces obligations.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, nous arrivons à nos

CONCLUSIONS

55. Ayant survolé de près l'ouvrage appelé la variante C, on peut avoir l'impression que la perspective juridique qui doit être la nôtre ressemble à des images prises à la lumière infrarouge. Ces images nous montrent derrière l'impressionnant ensemble que constituent le réservoir, les canaux, les écluses et l'usine hydro-électrique de la variante C, un grand vide juridique. On ne voit même pas le moindre fondement juridique à cet ouvrage, pas la moindre légalité. Au contraire, on compte une série d'obligations juridiques ignorées ou transgressées. La situation est parallèle en quelque sorte à ce que les hommes de science nous ont décrit : derrière l'énorme construction on trouve la destruction, et ici en particulier la destruction de tout un tissu juridique.

56. Le traité de 1977 n'existe plus. Il n'en reste pas moins que la Slovaquie, sur le territoire de laquelle se trouve et fonctionne la variante C, doit supporter le fardeau de la violation de ce traité de 1977 par son prédécesseur. Mais la Slovaquie est aussi responsable de la violation d'autres règles conventionnelles, toujours valables, elles, ainsi que de règles

²⁶ A/C.6/51/NUW/WG/L.1

²⁷ Document cité (note 39).

générales du droit international public qui ont un caractère fondamental. Chacune de ces transgressions suffirait à elle seule pour établir l'illégalité de la variante C : violation de nombreuses conventions internationales, violation de la souveraineté de la Hongrie sur son territoire et sur ses ressources naturelles, violation du devoir de coopération. Cette surabondance d'actes illicites est encore aggravée par un acte que condamne un principe général du droit, dans le plein sens de l'article 38 de votre Statut : l'enrichissement illégal que la Slovaquie tire quotidiennement de ses transgressions au détriment de la Hongrie.

57. Monsieur le Président, Messieurs les juges, nous vous demandons donc de constater l'illégalité de la variante C, créée par un acte unilatéral et d'en tirer toutes les conséquences qui s'imposent, de constater toutes les violations du droit et je suis sûr qu'une telle condamnation contribuera à bannir les actes unilatéraux, contraints ou volontaires, dont l'humanité a tant souffert au cours du siècle qui se termine et à les remplacer par la coopération en bonne foi.

Je vous remercie de votre attention et je vous prie de donner la parole à Monsieur le Professeur Pierre-Marie Dupuy.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Kiss. I call now on Professor Dupuy.

M. DUPUY :

15. RÉFUTATION DE L'ARGUMENT SLOVAQUE DESTINÉ A JUSTIFIER EN DROIT LA RÉALISATION DE LA VARIANTE C

Monsieur le Président, Messieurs les juges, mon rôle devant vous ce matin consistera à réfuter l'argument slovaque destiné à justifier juridiquement la réalisation de la variante C.

1. Le 23 octobre est une date anniversaire en Hongrie. C'est celle de la révolte hongroise de 1956 contre l'occupation soviétique. C'est aussi celle de la proclamation de la nouvelle République de Hongrie, en 1989. C'est enfin, et celui-là n'a rien de très glorieux, le triste anniversaire du début de l'opération de dérivation unilatérale du Danube par la Tchécoslovaquie, en 1992.

L'opération dura quatre jours. Quatre jours et quatre nuits. Un pont avait été construit en travers du Danube, de part et d'autre des rives slovaques. Depuis ce pont, des camions déversèrent presque sans arrêt des blocs de pierre hâtivement consolidés pour constituer une digue. Les flots du Danube étaient ainsi dirigés vers le canal de dérivation, long de 10 kilomètres, conduisant au barrage de Gab_íkovo. Entre le 24 et le 28 octobre, le niveau de l'eau décrut de 3 mètres dans le lit du Danube et le débit chuta de 900m³/s à moins de 230 m³/s. Les bras et ramifications latérales du fleuve furent isolés et leur équilibre écologique

soudainement bouleversé. Telle était la dernière réponse apportée par la Tchécoslovaquie aux propositions de négociation puis de règlement pacifique de leur différend faites par la Hongrie depuis des années.

2. On a déjà abondamment décrit les caractéristiques du projet établi par le traité de 1977. Comme il résulte notamment des articles 3, 7 et 11 du traité, il était marqué dans son ensemble par l'obligation générale d'une coopération constante entre les parties. Ces dernières devaient en particulier en partager les responsabilités comme les bénéfices, les contraintes comme les gains. Le fonctionnement du système de barrage devait être placé sous leur contrôle conjoint. Or, comme l'a rappelé en détail la Hongrie, particulièrement dans son mémoire²⁸ ou dans son contre-mémoire²⁹, elle n'a pourtant jamais été prévenue avant sa réalisation de l'objet, des caractères techniques ou des modalités de mise en oeuvre et de fonctionnement de la variante C. A ses demandes d'information, à ses propositions renouvelées de concertation, il n'a pas été plus favorablement répondu qu'auparavant, lorsqu'elle demandait avec insistance à son partenaire de procéder à la révision concertée du traité de 1977.

3. Une précision liminaire sur la chronologie s'impose ici. Par rapport au traité, la variante se situe temporellement dans une situation à la fois partagée et contrastée. La *conception* de la variante sous sa forme la plus récente, mon collègue Philippe Sands l'a bien expliqué hier, remonte quant à elle au plus tard à octobre-novembre 1989. Elle se situe donc *encore* à l'intérieur de la période durant laquelle le traité de 1977 était en vigueur, puisqu'il ne fut terminé par la Hongrie qu'en mai 1992. Il en va de même pour la plus grande part des travaux de réalisation.

En revanche, la mise en eau du canal de dérivation et l'entrée en fonction du barrage de Gab_ikovo qui constituent à proprement parler l'achèvement effectif de la variante C ne se sont produites que *postérieurement* à la dénonciation du traité par la Hongrie. La variante C ne peut donc, fût-ce d'une façon prétendument «approchée», apparaître comme l'application d'un

²⁸ §§ 4.10 à 4.12.

²⁹ §§ 2.98 à 2.100, et 6.80 et 6.81.

traité qu'elle violait outrageusement dès le stade de sa conception et un traité qui, de surcroît, n'était plus en vigueur lorsqu'elle fut achevée.

Toutefois, pour les seuls besoins de l'argumentation destinée à la réfutation de l'argumentation slovaque à propos de ce qu'elle appelle «the approximate application of the 1977 Treaty», nous allons, si vous le permettez, simplifier la situation. Nous allons, un instant de raison, ou le temps d'une plaidoirie, faire «comme si» ! Comme si le traité était encore resté en vigueur au moment où, de nuit, sans avertissement préalable et à cadence forcée, la Tchécoslovaquie déjà moribonde décida de barrer le cours du Danube à Cunovo.

4. En quoi consiste alors la thèse slovaque pour justifier son comportement ? Elle se résume pratiquement à l'affirmation que, confronté à l'abstention d'exécution de ses obligations par l'autre Partie, un Etat peut se livrer, seul, à l'«*application approchée*» d'un traité, c'est-à-dire à la réalisation aussi complète que possible par lui-même, et en l'absence de toute autorisation préalable, des objectifs assignés à la convention. Elle est assortie de l'idée que cette «*approximate application*» avait pour objet de réduire ou pondérer les dommages dont la Tchécoslovaquie alléguait qu'ils auraient été provoqués à son détriment par le comportement de la Hongrie.

Cette double affirmation, cependant, la Slovaquie ne l'étaye en droit international *ni* sur la démonstration de la pratique étatique, *ni* sur celle de la jurisprudence, *ni même* sur celle de la doctrine.

On pourrait donc presque se demander s'il est bien nécessaire de consacrer toute une plaidoirie à un argument dépourvu de toute base légale.

Et je vous l'avouerai, Messieurs les juges, au sein de l'équipe des conseils de la Hongrie, nous nous sommes en effet posés la question.

Un élément nous a toutefois décidés à prendre la peine de relever cette argumentation slovaque.

Cet élément est le suivant : l'argument dit de l' «*application approchée*», complété par sa variante dite de la «pondération des dommages», constitue tout simplement *la seule* tentative de justification apparemment juridique qui soit avancée par la Slovaquie pour fournir une base

légale à une opération de dérivation unilatérale du Danube dont l'examen de la licéité constitue pourtant, pour moitié, l'objet de la présente procédure judiciaire.

C'est donc non pas à raison de son éventuelle pertinence technique mais de sa place centrale dans le dispositif argumentaire adverse que l'argument de l'«application approchée» et sa variante précitée seront examinés avec quelques détails ci-après.

5. Pour analyser la démarche slovaque et par souci de clarté, nous allons donc, si vous le voulez bien, Messieurs les juges, distinguer l'argument de l'«*application approchée*» de celui de la «*pondération des dommages*» pour respecter l'articulation formelle de l'argument slovaque. Traitant en premier lieu de l'«*approximate application*», nous procéderons à son endroit en trois temps. Nous examinerons d'abord ce qui est dit dans la seule opinion invoquée par la Slovaquie à l'appui de son unique argument. C'est celle, demeurée isolée quel que soit son intérêt, du juge Lauterpacht dans l'avis donné par la Cour sur *l'Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du sud-ouest Africain*. Dans quel contexte, à propos de quelle institution, a-t-il énoncé sa doctrine de l'«*approximate application*» et quelle en était véritablement la portée ?

Ensuite, constatant la distance qui sépare cette opinion de l'usage que veut en faire la Slovaquie, nous serons contraints d'analyser, fût-ce brièvement, la série des confusions et des assimilations arbitraires auxquelles cette dernière se livre pour tenter de faire, tant bien que mal, coïncider deux choses qui en réalité n'ont rien à voir l'une avec l'autre.

Enfin, et c'est bien sûr le plus important, nous rappellerons quel est l'état véritable du droit positif international en la matière. Je commence donc par le rappel rapide de

I. LA DOCTRINE DE SIR HERSCH LAUTERPACHT:

6. La question posée à la Cour en 1956, dans l'avis sur *l'Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du sud-ouest Africain*³⁰ était celle de savoir si le Comité du Sud-Ouest Africain créé par la résolution 749 A (VIII) de l'Assemblée générale pouvait accorder des audiences à des pétitionnaires sur des questions relatives au Territoire du Sud-Ouest

³⁰ C.I.J. Recueil 1956, p. 23.

africain. Le pouvait-il en particulier sans remettre en cause la position adoptée par la Cour elle-même dans un autre avis consultatif, relatif au même territoire, qu'elle avait rendu le 11 juillet 1950 ?

La spécificité absolue de la question considérée dans ces deux avis se comprend ainsi à deux titres : d'une part, celui du *cadre institutionnel* sans équivalent hors de l'institution juridique du mandat qui caractérisait la relation existant alors entre une organisation internationale, l'ONU et un Etat, l'Union Sud-africaine. D'autre part, l'originalité de la question se comprend par référence aux *finalités* assignées à l'exercice des tâches dévolues au «Comité du Sud-Ouest africain». Il s'agissait là de l'organe qui avait été créé, à l'instigation de la Cour elle-même, pour maintenir un contrôle international vigilant sur la gestion du territoire considéré. Ce que les organes des Nations Unies, à commencer par la Cour elle-même avaient à coeur d'assurer, en 1956 comme avant, c'était la *continuité d'une «mission sacrée» destinée à la réalisation finale des droits d'un peuple*, celui du Sud-ouest africain.

Ainsi se trouvait illustrée une troisième originalité, celle de la *nature juridique* du "Mandat", ni contrat de mandat au sens du droit interne, ni purement traité malgré ses composantes consensuelles, ni simplement institution, en dépit du rôle exercé par l'organisation mandante³¹.

³¹ C.I.J. Recueil 1950, p. 132.

7. C'est donc dans un contexte extrêmement particulier, et en s'appuyant explicitement sur lui, que sir Hersch s'exprimait. Il définissait le mandat, je le cite, comme un «régime qui présente la nature d'un droit objectif juridiquement applicable indépendamment de la conduite de l'Union sud-africaine, par référence au Pacte de la Société des Nations et à la Charte des Nations Unies»³². Sir Hersch précisait encore qu'il fallait donner effet à ce «statut» indépendamment de l'attitude de l'Union Sud-africaine (consistant en l'espèce, comme vous le savez, à passer outre aux conclusions formulées par la Cour dans son avis de 1950).

Ainsi, lorsqu'il dit que des instruments de ce type doivent s' «appliquer d'une manière s'approchant le plus possible du but primitif»³³ le juge Lauterpacht a-t-il précisément en tête la spécificité institutionnelle du mandat et l'importance cardinale de son but.

Puisque l'Afrique du Sud trahissait sa mission, il incombait à l'Organisation mandante de tout faire en sorte pour que survive le mieux possible, de la manière la plus «rapprochée» que possible de sa définition initiale, la sauvegarde et la promotion des droits du peuple namibien.

L'opinion de sir Hersch s'inscrit dans cette logique à la fois institutionnelle et finalisée. Comme telle, elle n'a rien d'iconoclaste; seulement, elle a été conçue et énoncée dans une situation irréconciliable avec celle que nous offre le présent cas ! Elle non plus ne saurait être détournée de son cours naturel. Est-il possible, en effet, d'imaginer des différences plus frappantes entre le Mandat sur la Namibie, d'une part, et le traité de 1977, d'autre part ?

D'un côté, on l'a assez dit, une institution étroitement conditionnée par la singularité de son cadre institutionnel et la majesté de ses fins. De l'autre, une convention bilatérale ordinaire, tant par sa structure étroitement synallagmatique que par le caractère de son objet. Comment, dès lors, confondre l'un et l'autre sans trahir l'analyse juridique rigoureuse de leurs éléments respectifs des instruments si différents ? C'est ce à quoi la Slovaquie s'est essayée, puisque qu'elle n'avait rien d'autre présentant les apparences du droit pour excuser son action aussi inconséquente que délibérée. J'en viens donc à l'examen de

³² *C.I.J. Recueil 1956*, p. 46.

³³ *Ibid.*, p. 45.

II. LA SÉRIE DES CONFUSIONS VOLONTAIRES ET DES APPROXIMATIONS SLOVAQUES:

8. La Slovaquie, semble-t-il, a bien senti les difficultés de sa mise en perspective du traité par rapport au mandat. Alors, qu'on me pardonne le terme, il lui a fallu «bricoler» une argumentation.

Sa tâche n'était pas facile. Tout était à faire : il fallait d'abord édifier en «règle» ou en «principe» ce que le seul commentateur de l'opinion de Lauterpacht, le professeur Rosenne, appelle lui-même très prudemment une «doctrine» ou une «théorie»³⁴. Au demeurant, le mémoire slovaque lui-même se résout finalement à parler de simple «doctrine»³⁵.

Ensuite, pour essayer de mener à bien ce ... détournement juridique, il fallait tenter d'assimiler la situation visée par Lauterpacht au cadre banalement bilatéral d'un traité. La Slovaquie se livre alors à une série d'amalgames dont la Hongrie soumet respectueusement à la Cour qu'elles font perdre toute rigueur à la démonstration de notre adversaire. D'abord, dans son mémoire, elle ne dit rien de ce qu'on vient de rappeler plus haut quant à l'irréconciliabilité des situations présentées en 1956 et dans la présente affaire. Rien non plus de l'étroite dépendance de la doctrine de Lauterpacht à l'égard du Mandat. Dans sa réplique, elle se contente de nous dire that «it has no need to show a positive rule of positive law»³⁶. Voilà une réponse un peu courte, me semble-t-il, mais, revenons sur ces différentes assertions qui font apparaître au moins quatre confusions.

9. Première confusion. Celle établie dès le mémoire slovaque entre le Mandat et l'accord, je n'y reviens pas.

10. Deuxième confusion : celle qui réside dans l'assimilation volontaire réalisée entre deux qualificatifs affectés à ces deux instruments, mandat et traité, qui seraient l'un et l'autre «objectifs».

Jouant d'une sorte d'homonymie tronquée, le mémoire slovaque cherche alors à identifier ce caractère prétendument «objectif» au traité de 1977 à raison de ce qu'il considère comme sa

³⁴ S.Rosenne, *Breach of Treaty*, Grotius, Cambridge, p. 95-101.

³⁵ Par exemple à ses paragraphes 7.21, 7.22 ou 7.41, par exemple à ses paragraphes 7.21, 7.22 ou 7.41.

³⁶ Réplique slovaque, p. 125.

portée “dispositive” ou “territoriale”. Il n’hésite pas, du même coup, à se contredire lui-même, comme il le faisait dès le stade de son mémoire, dans lequel il avait indiqué que ce traité “did not in itself, establish a boundary”³⁷.

Toujours est-il que la Slovaquie veut établir, sans aucun argument à l’appui, une relation d’équivalence entre deux “objectivités”, celle qui, historiquement, fut rattachée au mandat à raison de sa finalité, et celle qu’elle veut elle-même conférer au traité de 1977 à raison de sa prétendue territorialité³⁸.

11. Seulement, elle le sait bien, ça ne marche pas non plus.

Alors, et c’est la troisième confusion, la Slovaquie tente cette fois une assimilation entre l’objectivité finalisée du Mandat et le prétendu caractère “*in rem*” du traité de 1977, dont il faut semble-t-il comprendre qu’il constitue une variante de la dimension prétendument territoriale du traité.

Les conclusions que la Slovaquie entend tirer de cette troisième assimilation d’ailleurs au demeurant incertaines. Toutes ces confusions sont répétées d’une écriture à l’autre et je ne voudrais pas que la Cour ait le sentiment que je force la dose dans ce tableau des confusions. Je me permets donc de la renvoyer respectueusement en particulier aux paragraphes 6.18 à 6.21 de la réplique slovaque comparés aux références correspondantes de son mémoire et de son contre-mémoire pour qu’elle juge elle-même sur pièce.

12. Mais ce n’est pas tout. On peut constater une quatrième confusion ou assimilation approximative, celle-là confirmée tardivement, au stade de la réplique. Elle consiste à mettre sur le même pied le traité de 1977, avec ... les *contrats de construction des droits internes*, pour montrer que l’“approximate application” est décidément le lot commun de ce type de contrats. Si ça pouvait marcher, espère la Slovaquie, cela permettrait d’en tirer la conclusion inespérée qu’en définitive, la “doctrine” de l’application approchée” ne serait autre chose ... qu’un principe général de droit! Il suffisait d’y penser!

³⁷ Mémoire slovaque, § 2.36.

³⁸ Voir mémoire slovaque aux §§ 2.38 et suiv.

13. Nous étions partis de la mission sacrée de civilisation, et voilà qu'on nous emmène dans le droit du bâtiment! Enfin, soit! Allons visiter les "contrats de construction", même si cette notion est totalement inconnue en droit international! Qu'on se rassure, pourtant, la visite sera brève, car, pour prouver l'existence d'un principe universellement admis, la Slovaquie se contente d'évoquer ceux du droit américain, du droit anglais et du droit français³⁹.

Pour l'heure, qui tourne, j'insisterai d'ailleurs uniquement sur le droit français.

Y a-t-il incorporation de la doctrine de l'"application approchée» à l'article 1144 du Code civil? Cette disposition se lit comme suit:

"Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur".

Inutile de s'engager dans une grande exégèse. D'abord, cet article vise une situation totalement différente de celle de la variante C. Il n'est nullement restreint aux "contrats de construction" mais vise en général les conditions d'exécution des obligations du partenaire défaillant. En tout état de cause, cet article ne donne pas au cocontractant le droit d'*exécuter lui-même les travaux non réalisés par l'autre partie*. Il lui donne seulement la possibilité non de se substituer à elle, mais de *demander au juge* l'autorisation de *faire* exécuter, par autrui, l'obligation du débiteur défaillant. Voyez par exemple l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 juin 1953⁴⁰ ou celui de la chambre civile du 29 novembre 1972 ou bien encore celui du 20 mars 1991 également rendu par la même formation⁴¹.

L'exécution de son obligation aux dépens du débiteur suppose l'autorisation de justice.

Voilà ce que dit cette jurisprudence interne et rien d'autre. Or, comme vous allez vous en rendre compte dans deux semaines, Messieurs les juges, ce que la Slovaquie va vous demander, ce n'est pas du tout l'autorisation de construire dans l'avenir la variante C! Sans attendre ni votre autorisation, ni à fortiori la nôtre, elle l'a bien édifiée toute seule, sans rien dire à personne, il y a maintenant plus de quatre ans, en mettant tout le monde devant le fait accompli! La variante C barre très effectivement un Danube unilatéralement détourné.

³⁹ Voir réplique slovaque, §§ 6.21 à 6.33.

⁴⁰ *Dalloz* 1953, p. 601.

⁴¹ *Bull. civ. III*, n° 94.

14. Alors, Messieurs les juges, ne serait-il pas temps de faire un peu de droit international public, seul applicable par la Cour? N'est-il pas opportun de rappeler à la Slovaquie ce que disait la Commission du droit international ayant codifié le droit des traités lorsqu'elle avait mis en garde contre tout "faux parallélisme qu'on établirait ... entre contrat de droit interne et traité international"?⁴²

Existe-t-il, oui ou non, en droit international public, c'est-à-dire, d'abord, dans la pratique des Etats, ensuite, dans votre jurisprudence puis celle des tribunaux arbitraux quelque chose qui donne corps à la "doctrine" ou à la "théorie" de l'"approximate application"?

III. LA RÉALITÉ DU DROIT POSITIF INTERNATIONAL:

15. La Slovaquie ne sait pas très bien à quoi rattacher cette théorie. Dans son mémoire⁴³, elle avait invoqué la Grundnorm si on peut dire : *Pacta sunt servanda!* Elle évoquait aussi l'idée qu'un Etat ne peut profiter de son propre illicite. Ces règles, l'une comme l'autre, *Pacta sunt* ou *nemo auditur*, sont en effet, depuis les origines du droit des gens, consacrées par la pratique internationale. Mais alors comment se fait-il alors, que l'"application approchée" qui est sensée découler de ces principes si profondément établis, soit restée, quant à elle, si parfaitement méconnue?

16. Sa référence au principe "Pacta sunt" incite à rechercher particulièrement la réalité de l'"application approchée" dans le droit des traités. D'ailleurs je vous le disais moi-même l'autre jour, la Slovaquie insiste assez sur le fait qu'il faut appliquer le droit des traités et rien d'autre. Or si on le consulte, on constatera que seule une disposition est concernée : c'est précisément l'article 60, sur le contenu duquel je ne reviendrai pas aujourd'hui.

Cela veut dire que, mis en présence d'une "violation substantielle du traité" la Slovaquie n'avait pas d'autre choix, je cite l'article 60, que celui de "mettre fin" ou de "suspendre l'application du traité". Il n'y avait pas d'autre possibilité.

17. Mais, ce qui est plus frappant encore, c'est que, parmi les exégètes du droit des traités, personne ne parle de l'"application approchée". Sir Ian Sinclair n'en parle pas dans son

⁴² *ACDI* 1976, 2^e partie, p. 79, § 20.

⁴³ § 7.19.

Vienna Convention on the Law of Treaties (1973); le professeur Paul Reuter, n'en disait pas davantage dans son *Introduction au droit des traités* (1985) pas plus que n'en avait parlé, avant la convention, lord McNair dans son *Law of Treaties* (1961). C. Parry⁴⁴ reste là-dessus aussi muet que le *Restatement of the Law Third* publié par l'American Law Institute (1986). Haraszti, dans *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (1973) n'en dit pas davantage que le juge Elias dans son *Modern Law of Treaties*, c'est-à-dire que l'un et l'autre, ils n'en disent rien! Bruno Simma, dans son *Universelles Völkerrecht*, n'a également, à cet égard, rien remarqué. Rien non plus dans la dernière édition du *Diritto Internazionale de Giuliano*. Rien dans les éditions successives du *Curso de derecho internacional publico* de Gonzales Campos et Sanchez Rodriguez...

Enfin, je vais vous faire un aveu, moi non plus, Messieurs les juges, je n'en dis rien, de l'"approximate application" dans mon *Manuel de droit international public* (1995), pas plus, d'ailleurs, que mon ami Alain Pellet dans aucune des éditions successives de l'excellent traité élémentaire qu'il publie avec Patrick Daillier. Devrais-je continuer, et citer à comparaître toute la bibliothèque du Palais de la Paix?

Comment se peut-il donc que l'"application approchée" soit restée si mystérieusement invisible à tant d'observateurs? Cela, après tout, ne suggère-t-il pas qu'elle n'a jamais existé?

18. Pour autant, qu'on ne croie pas que la Hongrie cherche à s'enfermer dans un juridisme étroit pour fuir la réalité des problèmes très réels auxquels les deux Parties étaient confrontées. Il est vrai qu'on assistait à la confirmation internationale des incidences très préjudiciables pour l'environnement à la fin des années quatre-vingt de l'exécution du projet et de l'autre il est exact que, néanmoins, des investissements très considérables avaient été entrepris de part et d'autre.

C'est, du reste, ce que la Hongrie et ses divers représentants eux-mêmes dans ces années avaient eux-mêmes constaté. Il fallait en d'autres termes trouver une solution qui s'éloignât en

⁴⁴ Voir sa contribution au *Manual of Public International Law* de Eduardo Jiménez de Aréchaga (1968).

effet aussi peu que possible du projet initial afin de sauvegarder du mieux que l'on pouvait ce qu'on avait trop investi.

19. Il fallait, en d'autres termes, trouver une solution qui s'éloignât, en effet, aussi peu que possible du projet initial afin de sauvegarder du mieux que l'on pouvait ce qu'on avait trop vite investi. Mais, en même temps, il fallait éviter de «foncer dans le mur» en édifiant le barrage d'aval, parce que personne ne peut demander à un Etat de mettre gravement en danger les intérêts écologiques et économiques majeurs de sa population, présente et future, sous prétexte de devoir coûte que coûte respecter l'intégralité d'obligations contractuelles révélées aléatoires.

Alors, à quoi cela invite-t-il, lorsque les intérêts apparemment antagoniques sont confrontés, que les uns parlent de ressources naturelles et les autres production d'énergie, que, d'un côté, on veut sauvegarder des réserves en eaux souterraines et que, de l'autre, on veut détourner les eaux de surface de leur cours naturel ? Cela invite tout simplement à *la renégociation* !

L'application approchée, la vraie, c'est celle qui résulte de la conciliation des buts originels du traité avec la révélation, apparue ultérieurement, des nécessités de prévenir les risques, écologiques, économiques et sanitaires engendrés par un projet mal conçu. Une négociation globale, qui n'hésite pas à remettre en cause l'inspiration et certains des objectifs initiaux d'un projet conçu dans un autre âge.

20. Au demeurant, et c'est ici que le droit rencontre aussi le bon sens, ce constat que la seule façon de parvenir à l'application approchée d'un traité c'est d'en renégocier les termes, c'est très exactement celui auquel parvint lui-même le seul exégète de l'opinion isolée de sir Hersch Lauterpacht.

Se penchant en 1985 sur cette opinion il constatait :

“what we have termed the doctrine of ‘approximate application’ means that, faced with a situation of established breach (and not merely alleged breach), the parties themselves in the first instance, *renegotiate and apply the treaty in good faith*”⁴⁵.

Et d’ajouter un peu plus loin:

“The doctrine of approximate application... if skillfully used may serve *as a prod to the renegotiation, reinterpretation or readaptation of a treaty.*”⁴⁶

21. C’était donc cela, la véritable signification de l’ “application approchée” !

Mais alors, dans ces conditions, elle définit exactement la position de la Hongrie dans toute cette affaire. Dois-je vous rappeler, Messieurs les juges, que c’est la Hongrie, qui constamment depuis 1989, pour ne pas remonter avant, avait pressé la Tchécoslovaquie ‘de rénégocier le traité ?

En d’autres termes, il n’est rien de plus étranger à cette doctrine, si jamais elle a quelque prolongement dans la pratique, que l’action unilatérale, le coup de force et le refus de coopérer. L’âme et le moyen, l’esprit comme la procédure de l’ “application approchée” d’un traité, c’est l’acceptation franche de réviser substantiellement ses termes ou d’en conclure un autre, mieux adapté à la situation.

LA NÉCESSITÉ DE LIMITER LE DOMMAGE

22. J’en viens maintenant pour finir à quelques remarques sur l’annexe à cet argument de l’application approchée, intitulé «The principal mitigation of damage», que l’on peut sans doute par traduire par «pondération ou réduction du dommage”.

La Slovaquie articule à vrai dire très étroitement cet argument à celui de l’ “application approchée”, à tel point qu’on est parfois tenté de se demander s’il ne s’agit pas purement

⁴⁵ S. Rosenne, *op.cit.*, p. 100.

⁴⁶ *Ibid.*

et simplement de la même chose dite sous un autre angle. La méthode choisie est en tout cas exactement identique.

On retrouve à nouveau l'invocation d'un principe général de droit, appuyé ici sur le recours exclusif au raisonnement par analogie, à l'approximation conceptuelle, à la transposition.

23. En quoi consiste cet argument ? D'après le mémoire slovaque: "It is a general principle of international law that a party injured by the non-performance of another contract party must seek to mitigate the damage he has sustained."(SM, § 7.34). Dans quelle branche du droit international ce principe est-il à trouver ? En droit des traités, assimilés ici encore à de simples contrats entre particuliers ? Ou, plutôt, dans le droit de la responsabilité ? Nous ne sommes pas renseignés par l'argumentation slovaque.

Si on opte pour le droit des traités, qu'on se rassure, je ne vais pas reprendre ma litanie, on doit constater, une fois encore, que ce principe est totalement ingoré par la pratique et la doctrine.

Si c'est du droit de la responsabilité, alors, on doit toute de suite relever une équivoque fondamentale.

24. Dire, en effet - je traduis la définition donnée en anglais il y a un instant: "c'est un principe général de droit qu'une partie affectée par la non-exécution de ses obligations par l'autre partie doit chercher à réduire les dommages qu'elle a supportés", qu'est-ce que cela veut dire exactement ?

L'équivoque d'une telle affirmation vient du fait qu'elle semble délibérément prescriptible à l'égard de l'Etat lésé comme s'il s'agissait d'une règle primaire dans la terminologie de la Commission du droit international. Pourtant, d'après les exemples que fournit la Slovaquie elle-même, il s'agit en réalité d'une règle secondaire. *Conséquence* d'une violation du droit, elle affecterait les conditions de la réparation. C'est si vrai qu'en anglais, l'expression "*plea in mitigation of damage*" se traduit ordinairement par "demande en réduction de dommages et intérêts".

L'idée, en d'autres termes, que la victime ne saurait demander de réparation pour des dommages qu'elle a elle-même provoqués par sa négligence est une chose. Prétendre qu'un Etat peut, à titre de mesure d'auto-protection, détourner le cours d'un fleuve pour protéger ses

intérêts en est une autre. On ne peut, en d'autres termes, faire d'une règle de calcul de l'indemnisation un principe de légalisation d'un comportement.

25. Au demeurant, la Slovaquie est bien en peine de produire un seul précédent, tiré de la pratique internationale, une fois encore.

Alors, elle se résigne à invoquer l'existence, au-delà du droit international public, d'un principe général de droit, vous voyez que la méthode est toujours la même. Ici nous irons chercher, dit-elle, plutôt du côté du droit *transnational*, du droit transnational pour parler comme Philip Jessup. alors la première autorité citée par le mémoire slovaque est celle du juge Mosk, dans une affaire *Craig v. Ministry of Energy*, jugée par une juridiction certes installée à La Haye, mais qui est le Tribunal Iran/Etats-Unis⁴⁷. Ce Tribunal connaissait en l'occurrence d'une affaire opposant non les deux Etats mais un ressortissant américain à une administration iranienne.

Il est d'ailleurs intéressant d'aller y voir de plus près. On constate d'abord, et cela la Slovaquie le reconnaît, que ce n'est pas le tribunal qui parle de cet éventuel principe mais le juge Mosk lui-même, dans une opinion individuelle — encore une — et que le juge Mosk n'exprime non pas du tout pour énoncer l'existence d'un «principe général de droit international» mais qu'il dit simplement la chose suivante : «the claimant is not entitled to damage for losses he could have avoided by reasonable efforts»⁴⁸. Cette idée peut se défendre, quoique, poussée trop loin, elle puisse devenir tout à fait discutable du point de vue de la logique du droit de la responsabilité. Eviter un dommage veut dire en effet pour la victime consentir des dépenses, souvent importantes. Or, si la cause première de ces coûts se trouve dans des agissements imputables à l'auteur du dommage, cela reviendra à faire supporter à la victime une partie des réparations dues par l'Etat responsable. C'est donc une règle qui, si elle existe dans certains systèmes de droit, doit être maniée avec une grande prudence et une parfaite circonspection. Elle ne peut en bonne logique viser que les cas de négligence coupable imputables à la victime

⁴⁷ SM § 7.34.

⁴⁸Iran-US Claims Tribunal Reports, Vol. 3, p. 293.

ayant concouru à la production du dommage. Elle ne saurait en revanche épargner à celui qui doit «répondre» du dommage l'acquittement intégral des réparations qu'il doit verser.

26. Les deux autres espèces citées par le mémoire slovaque, sont également tirées de la jurisprudence du Tribunal Irano-américain. Je les cite pour mémoire : *Watkins-Johnson Compagny v. Iran* ou de *General Electric Company v. Iran*⁴⁹, et elles n'accordent à cette notion qu'une place tout à fait subsidiaire.

Dans ces trois espèces, de toute façon, il n'est jamais fait référence au droit international public, et ceci pour une simple raison, c'est qu'il y avait bel et bien, dans toutes ces affaires, un droit applicable, et que ce droit était le droit iranien. On pouvait donc espérer des compléments de démonstration dans les écritures slovaques. Or, à tous égards, la réplique de la Slovaquie n'apporte aucun élément nouveau. Elle nous renvoie cette fois à d'autres droits des droits internes, elle nous cite maintenant *Radford v. De Froberville* ou *Hoehne Ditch Co. v. John Flood Ditch Co.* qui sont cités en tout et pour tout, l'une étant une jurisprudence britannique, l'autre une jurisprudence de la Cour suprême du Colorado. Cela suffit-il à faire un principe général de droit «reconnu par les Nations civilisées» au sens de l'article 38 de votre Statut ? Première question ! Et, seconde question, sommes-nous vraiment dans un domaine si lacunaire du droit international qu'il justifie l'invitation faite à la Cour de s'aventurer à faire du droit comparé ?

27. L'insistance mise par la Slovaquie à renvoyer la balle en touche, si vous permettez cette expression empruntée au langage sportif, c'est-à-dire à sortir du terrain du droit international public pour s'appuyer sur un échantillonnage extrêmement étroit de jurisprudences internes finit en effet par poser une question de fond. Quelle est exactement la conception que la Slovaquie se fait des sources du droit applicable par la Cour ? Quelle idée a-t-elle même de la fonction judiciaire dévolue à la Cour ?

28. Le lieu n'est certes pas ici de faire un cours sur l'article 38 de votre Statut.

29. Il est bien connu que la consultation des travaux préparatoires renseigne sur l'objet de cette mention des principes généraux. Elle a été directement influencée par le précédent de la

⁴⁹Références données dans le CMH, p. 249, § 6.112.

Cour internationale des prises⁵⁰. A la différence, cependant, des pouvoirs inconditionnels laissés aux juges de cette devancière, dont les membres pouvaient puiser dans les «principes de la justice et de l'équité», les pouvoirs laissés à la Cour permanente puis à la Cour internationale de Justice sont au contraire étroitement conditionnés. Le

⁵⁰Voir notamment Nguyen Quc Dinh, Patrick Dailler, Alain Pellet, *Droit international public*, 5^e ed., 1994, p. 341, §228.

recours à l'*ex-aequo et bono* est en effet soumis à l'autorisation préalable des parties ce qui, évidemment ici, n'est pas le cas. Alors j'en terminerai par quelques brèves remarques.

30. Deux observations en particulier sont, en tout état de cause, à faire à propos de ces principes généraux du droit dont la Slovaquie entend, faute de mieux, faire un si large usage.

La première, c'est que, en notre espèce, *il n'y a aucune lacune du droit international public*. Les domaines concernés sont ceux du droit des traités, du droit de la responsabilité, du droit de l'environnement, systématiquement étudiés par la doctrine, mis en œuvre par la jurisprudence, codifiés par la Commission du droit international. Et l'absence en leur sein de toute référence à l'«application approchée» ou au «devoir de réduction du dommage» n'est donc nullement le résultat d'une lacune. C'est le résultat d'une abstention délibérée de la part de ceux qui font le droit international, c'est-à-dire, d'abord et avant tout, les Etats.

La seconde remarque procède de la première. Elle touche précisément aux pouvoirs de la juridiction internationale. Et elle revient à ce que je disais tout à l'heure, elle n'est pas autorisée contrairement aux juridictions de *common law* au recours à l'*equity*.

31. Par conséquent, résumons nous, Messieurs les juges. L'argumentation juridique invoquée par la Slovaquie pour justifier la variante C, c'est-à-dire le détournement unilatéral du Danube appelle de la part de la République de Hongrie les observations suivantes :

1. Cette argumentation repose en tout et pour tout sur une allégation à prétention juridique, l'*approximate application*, agrémentée de la variante

dite de *mitigation of damage*, l'une et l'autre restées inconnues, sous ces formes ou d'autres, en droit international public.

2. Les opérations intellectuelles par lesquelles la Slovaquie entend démontrer leur positivité repose sur l'invocation de prétendus «principes généraux» dont la Slovaquie ne parvient à démontrer la reconnaissance par la pratique internationale, diplomatique ou contentieuse.
3. Le recours à l'approximation conceptuelle, destinée à mettre sur le même pied des institutions et des normes de droit international d'essence fondamentalement différente, telles que le mandat institutionnalisé et le traité bilatéral; ou, qui plus est, l'assimilation de chacune de ces institutions juridiques internationales à des contrats de droit interne constituent des opérations dépourvues de toute rigueur intellectuelle et ne peuvent servir de substitut à l'application du droit positif.
4. Le recours à des principes généraux doit être appuyé sur la démonstration de l'existence d'une même règle dans *tous* les principaux systèmes de droit et non pas, seulement et très éventuellement, dans l'une ou l'autre d'entre eux.
5. Le recours à de tels principes n'est autorisé au juge international que s'il peut avérer leur reconnaissance par le droit international, *faute pour lui de faire un usage prohibé de l'équité ex-aequo et bono*. J'emprunterai alors à la langue de Shakespeare sa légendaire concision pour tirer la conclusion générale de cette analyse : «approximate law is bad law. In fact it is doubtful whether it is law at all».

Je vous remercie, Monsieur le Président.

Le PRESIDENT : Thank you so much, Professor Dupuy. The Court will now rise for 15 minutes.

The Court adjourned from 11.30 to 11.45 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. May I call on Professor Valki.

Professor VALKI:

16. TERMINATION OF THE TREATY: PROCEDURAL ISSUES

1. Mr. President, Members of the Court, before addressing the procedural issues of termination, let me make some preliminary remarks. In its presentations so far, Hungary has shown, first, that it was justified in suspending, and subsequently terminating work on different parts of the Project, while maintaining the Treaty in force as a basis for the settlement of the dispute, and secondly, that Variant C was unlawful under the 1977 Treaty itself, under other applicable treaties, and under general international law. These presentations respond to the first two questions asked of the Court in Article 2, paragraph 1, of the Special Agreement.

2. In this final presentation, Hungary deals with the remaining question, whether the 1977 Treaty was validly terminated by Hungary in May 1992, and if not, whether it is still in force, notwithstanding the forced implementation of Variant C and the subsequent disappearance of Czechoslovakia, the other party to that Treaty. It will also deal, though in general terms, with the issue referred to in Article 2, paragraph 2, of the Special

Agreement. That is to say, what are "the legal consequences, including the rights and obligations of the Parties" which arise from the answers to the three specific questions?

3. As far as the termination of the 1977 Treaty is concerned, both procedural and substantive issues arise. I will deal with the question whether Hungary complied with the procedural requirements of general international law for the termination of treaties. I will be followed by my colleague Mr. Sands, who will discuss the substantive grounds for termination of the Treaty. Professor Crawford will then show that the 1977 Treaty had been anyway repudiated by Czechoslovakia and that in those circumstances there can be no question that the Treaty survived the extinction of the repudiating state, Czechoslovakia, at the end of 1992.

4. Finally, the legal consequences that flow from the illegality of Variant C and the termination of the 1977 Treaty will be addressed by Professor Dupuy. The Parties agree that the detailed consequences cannot be resolved at this stage of the case, but should be subject to negotiations in the light of the judgement of the Court on the three specific questions asked in Article 2, paragraph 1, of the Special Agreement. Nonetheless a number of legal consequences can be established at the level of principle, and these will be addressed by Professor Dupuy.

5. Mr. President, Members of the Court, I will now turn to the question of the proper procedure for termination of the 1977 Treaty. I am going to show that the procedure followed by Hungary when terminating the 1977 Treaty was fully in accordance with the procedural rules of general international law. It has to be noted that the Vienna Convention on the Law of Treaties was not in force in 1977, when the Treaty on the construction of the Barrage System had been concluded.

6. Slovakia claims that Hungary did not comply with the procedural provisions of the Vienna Convention and that Hungary seeks to apply the Convention "when it suits its case", but denies its applicability "when it does not"⁵¹. This is simply not true. Hungary referred to those provisions of the Convention which reflect existing rules of customary international law.

⁵¹ SR, paras. 2.69 ff.

Hungary has not referred to those procedural provisions of the Convention which do not have this character.

7. Articles 65 and 66 dealing with the procedure for the termination of treaties reflect general international law. However, some aspects of these Articles, and, particularly, those of the Appendix of the Convention — prescribing a strict procedure and precise time limits — do not as such reflect general international law. The customary law existing at the time of the conclusion of the 1977 Treaty contains more flexible procedural rules and deadlines.

8. No doubt, general international law — except in case of urgency — does not allow an abrupt termination of international treaties. However, it does not determine a precise number of months of notice to be given, or other precise period within which the parties should negotiate. Rather the time limits are dependent upon the character of the case and upon the relationship of the parties concerned. As the Court pointed out in the *WHO* case:

"Precisely what periods of time may be involved in the observance of duties to consult and negotiate, and what period of notice of termination should be given, are matters which vary according to the requirements of the particular case. In principle, therefore, it is for the parties in each case to determine the length of those periods by consultation and negotiation in good faith."⁵²

⁵² *ICJ Reports 1980*, p. 95-96.

9. Czechoslovakia seemed to have shared this approach. During the preparation of the Vienna Convention the Czechoslovak delegate expressed the opinion that the procedural provision:

"was not only a codification of the existing rules; it also represented, in a fairly large measure, the creation of new rules and a development of the existing law. That development was entirely to the advantage of those in the fortunate position of defending treaties".⁵³

10. Other provisions of Article 65 can be taken to reflect the existing rules of general international law. This holds true especially for the reference to Article 33 of the UN Charter, which lists the means the parties may choose to settle their dispute. Negotiations are obviously at the top of this list. As the Court pointed out in the *Fisheries Jurisdiction* case:

"[The obligation to negotiate] merely constitutes a special application of a principle which underlies all international relations, and which is moreover recognized in Article 33 of the Charter of the United Nations as one of the methods for peaceful settlement of international disputes."⁵⁴

11. Consequently, general international law requires that:

- first, a party must seek to settle its dispute with the other party by negotiations, or by any other available means;
- second, a party who wishes to terminate a treaty has to give reasonable notice of its intention and of its reasons for doing so, and an opportunity to the other party to respond;
- third, the actual notification of termination has to be submitted in writing.

12. Mr. President, Hungary complied with all three requirements of general international law.

⁵³ Seventieth meeting of the Committee of the Whole, UN Conference on the Law of Treaties, First Session, 14 May 1968, p. 415.

⁵⁴ *ICJ Reports 1974*, p. 200.

13. In 1989 — as in subsequent years — Hungary was willing to settle its dispute with Czechoslovakia by negotiations. Between May and October 1989, that is between the decision on suspension the work at Nagymaros and the decision to initiate negotiations with a view to abandoning the Nagymaros barrage, no less than five meetings took place at the level of Prime Ministers or Deputy Prime Ministers. These meetings were accompanied by three rounds of meetings between various expert groups, and frequent meetings of the Government Plenipotentiaries⁵⁵. Hungary continuously tried to convince Czechoslovakia that there were genuine concerns regarding the environmental impacts of the Original Project⁵⁶.

14. Hungary also recommended amending the 1977 Treaty, because it was primarily concerned about peak mode operation. In November 1989 Hungary notified Czechoslovakia of its views in a *Note Verbale* and later handed over a preliminary draft treaty⁵⁷. This involved a modified 1977 Treaty and a new treaty on the completion of the Project without Nagymaros.

15. Unfortunately, Czechoslovakia was not ready to conduct meaningful negotiations after the Autumn of 1989. The reason is already known. As Mr. Sands pointed out yesterday in connection with Variant C, Czechoslovakia was determined unilaterally to divert the Danube should Hungary hesitate to accomplish the Original Project.

16. After 1989 the new Hungarian Government also sought to solve the dispute by negotiations. In 1990 the Government Plenipotentiaries met several times but without success⁵⁸. Hungary suggested that joint investigations should be carried out on the environmental impact of the Project, with the participation of experts appointed by the European Community⁵⁹.

⁵⁵ HC-M, para.2.28.

⁵⁶ HM, paras. 3.74 ff.

⁵⁷ HM, para. 3.103. HM, vol. 4, Ann. 32.

⁵⁸ HM, para. 3.113.

⁵⁹ HM, para. 3.114.

17. Hungary was not seeking the assistance of EC experts in the peculiar form suggested by Czechoslovakia. I am referring to the invitation sent to Hungary in the Autumn of 1990 to participate in a research project, to be financed by the PHARE programme of the European Community⁶⁰. Czechoslovakia had applied for PHARE funding to examine the environmental consequences of the Barrage System in the Gabčíkovo sector only, and only on Czechoslovak territory. After submitting its application, it invited Hungarian experts to join the programme⁶¹. However, Hungary revealed that the research was to be run by the Slovak Comenius University in Bratislava and by a Czechoslovak expert group for the construction and management of the Barrage system⁶². The inclusion of Hungarian experts appeared as an afterthought.

18. Hungary refused to participate. First, because it did not believe that the research would be independent. Second, because Hungary was not interested in finding a solution as to *how* the Gabčíkovo Barrage System could be constructed in order to solve some technical-environmental problems on the Slovak side. Hungary wanted to know *whether* the whole Barrage System should be constructed⁶³.

19. Consequently, Hungary sought to return to the negotiations and to try to solve the dispute by mutual consent. Accordingly, in December 1990 Hungary initiated negotiations at a higher level⁶⁴. In 1991, three intergovernmental negotiations were held between the two Parties⁶⁵. Hungary did not seek to hide the fact that it was at that time already considering the termination of the 1977 Treaty. But it was not proposing a unilateral termination. As was also

⁶⁰ HM, para. 3.113.

⁶¹ HC-M, paras. 2.59-2.63.

⁶² HM, para. 3.113, fn. 144.

⁶³ HR, Vol. 2, Appendix 6, para. 32.

⁶⁴ HM, paras. 3.114-3.115.

⁶⁵ HM paras. 3.121-3.145.

reflected in a Resolution of the Parliament, it intended to terminate the Treaty by mutual consent⁶⁶.

20. At the first negotiations in April 1991 Hungary handed over drafts of a bilateral treaty on the termination of the 1977 Treaty by mutual consent and on the consequences of termination⁶⁷. The treaty would have included a provision for losses from the investment to be shared by the Parties⁶⁸. If that provision had been accepted, it would have meant substantial payments to Czechoslovakia. Hungary also proposed to suspend all construction work until 1993⁶⁹. During the suspension, joint research would have been undertaken in order to explore all the possible environmental consequences of the Project. Hungary also submitted a document of the Hungarian Academy of Sciences on the environmental risks of the Project⁷⁰. However, no joint working groups were established because Czechoslovakia was not ready to suspend construction while research were undertaken⁷¹.

21. Thus, in April 1991 Hungary, in a written form, notified Czechoslovakia of its wish to terminate the 1977 Treaty and also used this opportunity to provide the ecological and other reasons for it. This notification occurred 13 months before the actual termination of the 1977 Treaty.

22. Hungary negotiated in 1991 in good faith. But on the Czechoslovak side, as Mr. Sands has shown, the threat of the diversion became more and more imminent. In fact, all the three intergovernmental negotiations of 1991 were held under the actual threat of the diversion of the Danube.

⁶⁶ HM, para. 3.121, para. 1 of the Resolution of the Parliament.

⁶⁷ HM, para. 3.126

⁶⁸ HM, para. 3.126. No. 5 of the draft treaty.

⁶⁹ HM, para. 3.127.

⁷⁰ HM, para. 3.126.

⁷¹ HM. para. 3.130.

24. At the second intergovernmental negotiations in July 1991 Hungary maintained its position with regard to the termination by mutual consent of the 1977 Treaty⁷². Czechoslovakia reiterated its position and suggested the setting up of a trilateral research committee, with the Experts appointed by the European Community. Slovakia asserted in its Counter-Memorial that the mandate of this committee would have been rather broad: it could have investigated four alternatives, from "proceeding with the Project according to the original plan" to "restoring the site to its original condition"⁷³. However, after the negotiations the Joint Press Release signed by the two parties described the Czechoslovak position in the following way:

"The Czechoslovak party emphasised during the negotiations that it could only accept a variation which enables to putting into operation of the Gabčíkovo Barrage."⁷⁴

Thus the committee would have had a "broad mandate" and four alternatives. And a single outcome.

25. In its Reply Slovakia admitted that at the time of the second intergovernmental meeting its prime concern was the construction of Variant C. Slovakia put it nicely: the unilateral diversion of the Danube "was a silent participant at the ... July negotiations"⁷⁵. The same was true, however, for the April negotiations.

26. Against this background the third intergovernmental negotiations took place in December 1991. The Parties again talked about setting up a joint expert committee to investigate the impact of the whole Project. Hungary again was ready to accept the involvement of experts appointed by the European Community. However, Czechoslovakia

⁷² HM, paras. 3.134-3.137.

⁷³ SC-M, para. 5.76.

⁷⁴ Joint Press Release, 15 July 1991. HM, Vol. 4, Ann. 53 at p. 104.

⁷⁵ SR, para. 9.22.

stressed that the construction of the "provisional solution" could not be suspended even temporarily⁷⁶.

27. Hungary declared at the end of negotiations that the expert committee could begin work if, within ten days, Czechoslovakia informed Hungary that it would suspend unilateral

⁷⁶ HM, para. 3.144.

work on Variant C until June 1992. Otherwise Hungary would be compelled to take necessary measures which could include the termination of the 1977 Treaty⁷⁷.

28. 16 days later Czechoslovakia rejected the Hungarian proposal. It responded that due to the "high readiness" of the Gabčíkovo plant it could not accept any other solution but to put the plant into operation⁷⁸. Thus Czechoslovakia admitted for the first time that its "provisional solution" reached the point of no return.

29. Slovakia asserts that "Hungary proceeded to impose a pre-condition ... in a fashion seemingly calculated to be unacceptable"⁷⁹. Slovakia fails to explain why the suspension of work on Variant C would have been unacceptable for Czechoslovakia. The only meaningful explanation is that Czechoslovakia was at that time already fully determined to accomplish the unilateral diversion of the Danube, whatever the Hungarian calculations.

30. Slovakia also asserts that everything was still reversible by the end of 1991. Explaining the fact that at that time Slovak construction machinery had already been working very close to the site where later the diversion was carried out, Slovakia alleged that the work on Variant C:

“had no practical effect whatsoever on the flow of the river, and ...in no way prejudiced any findings that the [said] committee might make by the *end of June 1992* ... At worst it might ultimately have resulted in a waste of money and work by Czechoslovakia.”⁸⁰

⁷⁷ HM, paras. 3.144-3.145.

⁷⁸ HM, para. 3.146.

⁷⁹ SR, para. 9.27.

⁸⁰ SC-M, para. 5.88 (emphasis added).

Slovakia added that Hungary “sidesteps ... Czechoslovakia’s flexibility”⁸¹ .

31. As far as Czechoslovak flexibility was concerned, Hungary was aware of the fact that the diversion of the Danube could not by any way be carried out in July or in August that is, in Summer. Autumn was the appropriate time to put Variant C into operation when the water level was at its lowest. Thus the Czechoslovak offer made in December 1991 that it would “commit itself to not undertake work in the Danube bed until July 1992”⁸² could be considered neither as a compromise, nor as a “sweetener” for Hungary, as Slovakia put it⁸³.

32. Hungary understood that Czechoslovakia did not intend to continue the negotiations but was determined to go ahead with the “provisional solution”. That is why in December 1991 Hungary warned again that “it would be compelled to review the consequences of the discontinuation of the negotiations, the fate of the 1977 Treaty and the necessary counter-measures”⁸⁴. This was five months before the actual termination was announced.

33. Czechoslovakia was well aware that its geographical position allowed it to acquire full control over the river. It did not feel concerned about the repeated Hungarian and international protests. It was not contemplating a possible compromise. It responded to Hungary:

⁸¹ SC-M, para. 5.92.

⁸² HM, Vol. 4, Ann. 69.

⁸³ SR, para. 9.32.

⁸⁴ HM, para. 3.149.

“Provided that the conclusions of [the trilateral expert committee] *and the results of monitoring the test operation of the Gab_íkovo part* confirm that negative ecological effects exceed its benefits, the Czechoslovak side is prepared to stop work on provisional solution ...”⁸⁵

34. No wonder that Hungary interpreted this statement in the following way: “Czechoslovakia was unwilling to suspend construction of Variant C and would put into operation the Gab_íkovo Barrage by all means, independently of the work of the joint expert committee”⁸⁶. Slovakia claims that it was the “most perverse reading” of the Czechoslovak statement⁸⁷. It may well have been a most perverse reading but it was the only possible reading. The “test operation of the Gab_íkovo part” was possible only if the provisional solution had been carried out, that is if the Danube had been diverted. The Czechoslovak principle was apparently “operate first, investigate later”.

35. In March 1992 Hungary again sought the third party involvement in solving the dispute. Hungary turned to the European Community, requesting its assistance⁸⁸. The EC responded in a positive way. It was ready to chair a Committee of independent experts with the representatives of the two countries on three conditions⁸⁹:

- first, that both parties would invite the Commission to participate in the expert Committee;
- second, that the two parties would accept the outcome of the assessment of the Committee as a “scientific and legal basis” for decision-making;

⁸⁵ SC-M, para. 5.94 (emphasis added).

⁸⁶ HM, para. 3.151.

⁸⁷ SC-M, para. 5.95, SR, para. 9.35.

⁸⁸ HM, para. 3.156.

⁸⁹ HM, para. 3.158.

- third, that the two parties “would not take any steps, while the Committee was at work which would prejudice possible actions to be undertaken on the basis of the report’s findings”⁹⁰. These conditions were communicated to both parties.

36. With the third formulation the Community clearly set a basic condition, the same condition set by Hungary.

37. Slovakia claims now that Hungary in its pleadings focused merely on the third condition of the Community and ignored the second one, because it did not respond to the letter of the European Community. Slovakia concluded that Hungary did not accept the Community’s conditions while Czechoslovakia did⁹¹. In fact, the opposite was true.

38. Hungary accepted the above conditions. It informed the Community that:
“[it] is pleased to learn that the European Community is prepared to cooperate and that [Hungary] accepts the three conditions”⁹².

39. No similar response to the Community was sent by Czechoslovakia. Instead, the Czechoslovak Prime Minister wrote a letter to his Hungarian counterpart, the copy of which was allegedly also sent to the Community. However, this letter affirmed Czechoslovakia’s determination to continue work on Variant C, stating that:
“[Czechoslovakia] has shown sufficient good will and readiness for negotiations but at present can no longer accept procrastinations and delaying tactics of the Hungarian side, and thus cannot suspend work on the provisional solution.”⁹³

According to the Prime Minister, Czechoslovakia would be interested in the creation of the [trilateral] committee “without preconditions”⁹⁴. The words “without preconditions” meant that Czechoslovakia would not comply with the Community’s third condition.

⁹⁰*Ibid.*

⁹¹ SR, para. 9.39.

⁹² HR, Vol. 3, Ann. 89 at p. 435.

⁹³ SR, para. 9.41.

⁹⁴ HM, para. 3.159.

40. The letter of the Czechoslovak Prime Minister was accompanied by a proposed joint draft letter of the two countries to be addressed to the Community⁹⁵. The draft letter contained essentially the same message.

41. It is difficult to understand the Slovak position, Slovakia says that Czechoslovakia did accept all the three conditions of the Community by just sending the copy of the letter and the draft text to Brussels. In fact, Hungary interpreted the Prime Minister's letter as a refusal of both the Hungarian and the Community's proposal.

42. Under these circumstances Hungary did not see any other alternative but to terminate the 1977 Treaty. Hungary did it by notice in a *Note Verbale*, that is in writing, dated 19 May 1992, effective from 25 May 1992, thus providing one further week for eventual last minute attempts to solve the dispute⁹⁶. The *Note* was accompanied by a Declaration on the legal and scientific grounds for the termination⁹⁷.

43. Slovakia maintains that it was an "abrupt termination of a treaty, without a three-month notification, and an opportunity for response thereto..."⁹⁸ Thus Czechoslovakia – at least according to Slovakia – was taken by surprise. It forgot that in 1989 Hungary had registered serious environmental concerns regarding the application of the 1977 Treaty and suspended work at Nagymaros and Dunakiliti. It forgot that in the same year, and for the same reasons, Hungary proposed an amendment of the 1977 Treaty. It forgot that at the first intergovernmental negotiations in 1991, Hungary proposed to terminate the 1977 Treaty. It forgot that the issue of termination was discussed by the parties at two further intergovernmental negotiations in 1991. Finally, it also forgot that Hungary warned Czechoslovakia of the consequences of the construction of Variant C. It forgot simply

⁹⁵ SR, para. 9.40.

⁹⁶ HM, 3.165.

⁹⁷ Declaration of the Government of the Republic of Hungary on the Termination of the 1977 Treaty, 19 May 1992, HM, Vol. 4, Ann. 82.

⁹⁸ SR, para. 2.75.

everything and was surprised about the Hungarian notification on termination. As far as the procedure of termination was concerned Slovakia would have the clock start on 19 May 1992.

44. Slovakia claims that there was a serious attempt to settle the dispute by negotiations the day before the announcement on termination⁹⁹. According to Slovakia the European Community invited both Parties “by telephone” to hold a trilateral meeting in Vienna on 18 May. Hungary was informed “of the broad mandate of Czechoslovakia” to attend the Vienna meeting. It was, again, a broad mandate. Hungary – who was allegedly unwilling to negotiate – “failed to attend the meeting”¹⁰⁰. Slovakia adds that the meeting “must have been seen as an embarrassment for Hungary”¹⁰¹.

45. What happened in fact was that the EC missions in Budapest and Prague made a last attempt to arrange a trilateral meeting in Vienna, but that this attempt failed because Czechoslovakia was not ready to suspend work on Variant C. Slovakia tries to depict this event as if Czechoslovakia would have been ready to make great concessions at the very last minute¹⁰². Slovakia does not say exactly what concessions Czechoslovakia had in mind and why it was not able to communicate them itself to Hungary. Czechoslovakia could have taken a chance to see whether they would be considered as an embarrassment by Hungary or not.

46. Shortly after the notification on termination Hungary considered once again looking for third party assistance. At the beginning of August 1992 it proposed to bring the whole dispute before the International Court of Justice¹⁰³. This proposal received no response. A similar proposal was sent some days later to Prague, at this time concerning the preparation of

⁹⁹ SC-M, paras. 5.109-5.110.

¹⁰⁰ SC-M, paras. 5.109-5.110.

¹⁰¹ SC-M, para. 5.110.

¹⁰² SC-M, para. 5.109.

¹⁰³ HC-M, para. 2.85.

the diversion of the Danube¹⁰⁴. Czechoslovakia – without referring to the former proposal – refused to bring the case before the Court¹⁰⁵.

47. To sum up, Mr. President, between 1990 and 1992 Hungary complied fully with the procedural requirements of general international law.

- first, because Hungary tried to settle its dispute with Czechoslovakia by peaceful means. It continued negotiations with Czechoslovakia for three full years, between 1989, the year of suspension of works, and 1992, the year of termination;
- second, because Hungary also repeatedly sought third party assistance;
- third, because Hungary gave an advance notice on its intention to terminate the 1977 Treaty, explaining the reasons of it;
- fourth, because Hungary gave considerable time for solving the dispute by peaceful means before the actual termination occurred. The termination described by Slovakia as “abrupt” was in fact a measured and considered act which took place following lengthy notification;
- finally, because Hungary gave a written notification to Czechoslovakia which included the reasons for the proposed termination.

48. Of course, there is a further requirement that Hungary had grounds for termination. My colleague, Mr. Sands will discuss this issue.

Mr. President, Members of the Court, thank you for your attention.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Valki. I now call on Mr. Sands.

Mr. SANDS:

¹⁰⁴ HC-M, para. 2.86.

¹⁰⁵ HC-M, para. 2.86.

17. HUNGARY'S NOTIFICATION OF TERMINATION

1. Mr. President, Members of the Court, the third question you have been asked to decide is: "what are the legal effects of the notification, of 19 May 1992, and of the termination of the 1977 Treaty by the Republic of Hungary"? In this part of our submissions I address the legal justifications put forward by Hungary for terminating the 1977 Treaty. With your permission I would propose to begin the submissions in the latter part of today and conclude tomorrow morning.

2. Professor Valki has explained the lawfulness of the termination. So far as procedural aspects are concerned. I will explain, why Hungary considers the termination to have been lawful and effective from 19th May 1992 also on substantive grounds. Those grounds were set out in Hungary's Declaration of Termination¹⁰⁶. In our view each ground is effective independently of any others, although there is necessarily a degree of factual overlap between the different grounds. To recap, the five grounds were: firstly, necessity; secondly, impossibility of performance; third, fundamental change of circumstances; fourth, material breach by Czechoslovakia; and fifth, subsequently imposed requirements of international law. I would like to address each in turn.

3. Before doing so it is perhaps appropriate to make some introductory comments on the nature of treaty obligations for a project of the type which was envisaged by the 1977 Treaty, which was a joint venture between two States but involving many other players.

4. Few treaties create immutable norms and the 1977 Treaty was no exception. The law of treaties, customary and conventional, seeks to establish a necessary balance between

¹⁰⁶ Declaration of the Government of the Republic of Hungary on the Termination of the 1977 Treaty concluded between the People's Republic of Hungary and the Socialist Republic of Czechoslovakia on the Construction and Joint Operation of the Gab_ıkovo-Nagymaros Barrage System, Handed over on 19 May 1992, HM, Vol. 4, Ann. 82.

objectives which may compete: on the one hand the need to ensure certainty and stability in international legal relations in accordance with the will of sovereign states; on the other hand the need to ensure that, in appropriate circumstances, obligations imposed by treaty may be adjusted or, if necessary, terminated.

5. There is certainly a presumption against unilateral termination. But doctrine and practice, custom and the Vienna Convention, have consistently recognized that it is only a presumption and that in some situations the presumption can be rebutted. Scientific "fact" is liable to change importantly and even suddenly. Sir Robert Jennings, former President of this Court, put it: what the international community needs is a law which "can change with the changes in the scientific world; otherwise it will quickly and most damagingly be enforcing outmoded science"¹⁰⁷.

6. The case before you reflects tension between these objectives of stability and accommodation of scientific and other change. Slovakia emphasizes the first, Hungary emphasizes the second. Where the balance lies in this case turns of course on facts, including the character of the 1977 Treaty, but also on the law. We have dealt with the facts and I now turn to consider the law. In Hungary's view this is precisely the type of case in which the facts and the law permitted, by May 1992, Hungary's termination of the Treaty.

7. The 1977 Treaty envisaged the development of a large-scale co-operative industrial infrastructure project, a joint investment, albeit one with a political purpose, and one which had to be consistent with environmental protection. It did not create immutable norms. It established no territorial or objective régime. It effected no transfer of the sovereign rights of either State over its natural resources. It created no *in rem* rights in the water. The 1977 Treaty is comparable to other joint ventures for large-scale infrastructure projects. The main difference between this project and many others, but certainly not all, is that this one is

¹⁰⁷ Introduction in P. Sands, *Principles of International Environmental Law* (1995, Manchester University Press).

governed by the law of treaties together with private law. There are many analogous projects one can think of. The Anglo-French agreement on the Channel Tunnel, agreements between the Russian Federation and members of the Commonwealth of Independent States for an international oil pipe-line, or an international gas pipeline agreement between Algeria and Portugal. Each might establish a cooperative joint venture to develop and exploit natural resources, for political and economic purposes. Each envisages a joint effort, governed by law. And yet no one would seriously claim that private law or the law of treaties would require any of those countries to give effect to their treaty or contractual obligations in all circumstances whatsoever, particularly if evidence subsequently became available which showed that do so would cause, or could cause, serious harm to their essential interests. In such circumstances if one State was to seek delay for further study or consideration, and eventually pull out of the project it *may* be required to pay compensation.

But it could not be required to give effect to the project. It could not be subjected to a judicial order for specific performance, if I may use an English law term for which there is no equivalent in international law. Still less could the other party impose on it a different, more onerous "approximate application". In such a case compensation may become payable, as envisaged by Article 35 of the ILC draft Articles.

8. One could say that there is nothing particularly novel or original about this dispute. There are numerous examples of international projects of this type which have had to be altered, suspended or even terminated in the face of new environmental or economic information becoming available, or obligations arising¹⁰⁸.

9. To give a couple of examples, one international jurisdiction with relevant experience in these matters is the International Joint Commission of the United States and Canada ("IJC"). This was established by the 1909 Boundary Waters Treaty¹⁰⁹, which contains analogous

¹⁰⁸ See generally HR, Vol. 2, Appendices, Appendix 5.

¹⁰⁹ Washington, 11 January 1909, in force 5 May 1910 - cite.

provisions to Articles 15 and 19 of the 1977 Treaty for the Original Project, and that 1909 Treaty is applied by IJC. Indeed the IJC has more than 80 years of experience in dealing with problems of exactly this type. In a 1977 decision the International Joint Commission ordered a halt to the construction of a dam called the Garrison Diversion Unit, which had been authorized by the US Congress in 1965. Canada had asked the United States to stop further construction until agreement had been reached on safeguarding Canada's long-term environmental interests, and referred the matter to the IJC. The IJC ruled that "the portion of the Garrison Diversion Unit which affects waters flowing into Canada shall not be built at this time"¹¹⁰. It did so even after it had been presented with evidence of "expenditure of great sums of money and the best intentions of all men", because the Diversion Unit "presents an unacceptable risk ... to the detriment of the people of Canada and to the general ecology of the region and beyond"¹¹¹.

10. A second case before the International Joint Commission concerned a proposal to increase the height of a dam which had been built across Ross Lake, which was an existing reservoir that straddles the international border between the United States and Canada, near Seattle. It is a shared boundary water, like the Danube in this case. Seattle applied to raise the level of the dam to generate electricity. In 1942 the IJC issued an Order approving the application, but made work subject to an agreement between Seattle and British Columbia on the level of compensation to be paid by Seattle for damage to Canadian interests. Between 1942 and 1980 - 38 years - Seattle was unable to obtain such an agreement from British Columbia, and the matter was referred back to the IJC. The IJC ruled that the water level should not be raised for reasons of environmental protection as well as recreational need. But recognizing the loss to Seattle in not being able to exploit the resource, it ordered British Columbia to provide "appropriate compensation in the form of money, energy or any means ...

¹¹⁰ IJC, Report to the Governments of Canada and the United States on Transboundary Implications of the Garrison Diversion Unit, 1977, p. 4; summarized in HR, Vol. 2, Appendices, Appendix 5.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 114.

to [Seattle] for the loss of a valuable and reliable source of electric power which would result if the Ross Dam Project is not completed"¹¹². In 1983 the two sides reached agreement for such compensation over the long term. It may be that there are certain similarities with this case and you will find details of both these cases and others in the Appendix to the Hungarian Reply¹¹³.

JUSTIFICATION: INTRODUCTION

11. So there is nothing new about a joint venture project which runs into difficulty. In such circumstances the parties are obliged to seek to resolve any differences through negotiation, or to use any other available means of 3rd party settlement. This is what Hungary did, or at least sought to do, as Professor Valki has described. But the point may be reached where it becomes clear that modification of the treaty will not be possible, and that the treaty is intended to be used to justify acts which are not justifiable.

12. If Czechoslovakia had agreed to modify the 1977 Treaty to take into account the many changes affecting the parties, then the cumulative impact of the changes might not have been such as to justify termination. Right to the end, Hungary had been prepared to maintain the treaty in force with all the consequences that entailed in terms of compensation¹¹⁴, subject to its determination to ensure that the barrage at Nagymaros was not built, and Gabčíkovo be operated in an environmentally sustainable manner, if that was possible at all. From our presentations on science it should be clear by now what Hungary's concerns were. After December 1991 Hungary asked only that work on Variant C be suspended pending negotiations. At no point did Czechoslovakia indicate a willingness to suspend, and we now

¹¹² See P.M. Parker, "High Ross Dam: the [IJC] Takes a Hard Look at the Environmental Consequences of Hydroelectric Power Generation: the 1982 Supplementary Order", 58 Washington Law Review (1983), p. 445 at pp. 463-464.

¹¹³ HR, Vol. 2, Appendices, Appendix 5 (Some Major Dam Disputes), at pp. 188-190.

¹¹⁴ HM, paras. 3.120, 3.126-3.127; HC-M para. 2.48.

know that throughout the relevant negotiations decisions had been taken to put into effect Variant C with an October 1992 timetable.

13. In these circumstances by May 1992 Hungary had no choice but to terminate the treaty. It did so, as I said on five grounds and I will now address each in turn.

NECESSITY

14. The first ground invoked by Hungary was necessity. My friend Pierre-Marie Dupuy has already addressed those aspects of this argument concerning the relationship between the law of treaties and principles of State responsibility. I need only make a few supplementary points.

15. In its Declaration on Termination Hungary put it thus: "the construction and operation of the barrage system causes an ecological state of necessity which precludes the wrongfulness of the termination". This situation of necessity was that envisaged by Article 33 of the ILC draft Articles on State Responsibility¹¹⁵. This is in effect an argument of elided necessity: where the necessity becomes permanent a State is entitled to terminate a treaty to protect its "essential interests" and to avoid a "grave and imminent peril".

16. Hungary recognizes that in modern international law the plea of necessity can only be admitted on a limited and strictly defined basis. "Necessity" allows the sovereign State to commit what would otherwise be an unlawful act while avoiding international responsibility - though not the requirement to make appropriate compensation¹¹⁶.

17. In its systematic survey of state practice, jurisprudence and doctrine concerning pleas of necessity, the ILC concluded that "the imperative need for compliance with the law must

¹¹⁵ Declaration on Termination, *supra*. note 1, Part III, para. 1.

¹¹⁶ See Article 35 of the ILC draft Articles.

not be allowed "to result in situations characterised so aptly by the maxim *summum jus summa injuria*"¹¹⁷. Accordingly, draft Article 33 adopted by the ILC provided that "necessity" could be invoked where "(a) the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril" and "(b) the act did not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed".

In its Memorial Hungary has identified numerous precedents, in particular the Russian *Fur Seals* case of 1893, to which Professors Crawford and Dupuy have already referred¹¹⁸. These cases and the approach taken by the ILC indicate the three conditions which need to be satisfied before necessity can be invoked: (1) the interests involved must have an essential character; (2) the danger threatening the essential interest must be imminent; and (3) there should be an impossibility of averting that danger by other means. In this case each of these conditions is satisfied.

18. Professor Dupuy has already explained why the interests were "essential" in the sense envisaged by the ICL which had expressly identified "the survival of the fauna or vegetation of certain areas ... [and maintenance of] the ecological balance" as being of essential interests¹¹⁹. The ILC's approach has been endorsed by the international community in numerous instruments. Article 22 of the 1992 Convention on Biological Diversity for example, which provides "that the Biodiversity Convention shall not affect the rights and obligations of any Contracting Party deriving from any existing international agreement, except where the agreement would cause a serious damage or threat to biological diversity"¹²⁰. In other words, where serious damage or threat exists the Biodiversity Convention takes precedence over the offending treaty. By the time Hungary terminated the 1977 Treaty the

¹¹⁷ Report of Professor R. Ago, UN Doc A/CN.4/318/Add 5-7, *ILC Yearbook* 1980, Vol. II, Pt 1, pp. 14 ff. HM, para. 10.07.

¹¹⁸ HM, paras. 10.12 to 10.14.

¹¹⁹ *ILC Yearbook* 1980, Vol. 1, Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session, p. 49, para. 14.

¹²⁰ 31 *ILM* 818 (1992).

negotiations of the Biodiversity Convention had been concluded and it was ready for signature at the Rio Conference. Even if not in force in May 1992, it was already by then an authoritative expression of the will of the international community and today Hungary and Slovakia are both parties to the Convention, together with 164 other States, and clearly any future arrangements governing the area in the dispute will have to comply with the Convention's requirements.

19. The ILC's approach has also been reflected in instruments applied to water resources and in particular groundwaters. Mention has already been made of the UN Economic Commission for Europe Charter on Groundwater Management¹²¹. This was adopted on 21 April 1989, a month or so before Hungary suspended construction at Nagymaros precisely because of groundwater concerns — concerns as to the quality and quantity of bank-filtered wells supplied to Budapest and elsewhere — it did so in a manner fully consistent with the spirit of the Charter UN ECE Charter. Hungary and Czechoslovakia both participated in the Charter negotiations and both accepted its commitments without dissent. The Charter recognizes what it calls the unique importance of groundwater as "a natural resource with economic and ecological value". The Charter calls for "*special* protective measures to aquifers" — I emphasize the word "special". And it recommends that where aquifers are "unique, endangered or already impaired [exactly the situation in our case], groundwater protection strategies should carry *decisive* weight" — again I emphasize the word "decisive". The vital importance of this resource is reflected in the Charter's wide-ranging commitment to the use of environmental impact assessments, which are to be undertaken not only before construction but also it says "during the construction phases of a project ... in order to keep under review any adverse impact on groundwater resources before, during and after human intervention"¹²². This was precisely what Hungary sought before termination, and what

¹²¹ 21 April 1989, ECE/DEC/E (44).

¹²² *Ibid.*, Section IX.

Czechoslovakia refused to consider. Professor Wheeler and Ms Gorove described the failure to carry out an EIA, and our written pleadings provide further information.

20. There can be no doubt in these circumstances that Hungary invoked "necessity" to safeguard what is generally recognized to be an "essential interest".

21. Was the nature of the peril imminent? Clearly it was. The source of the peril was the diversion of the Danube. The only asserted basis for the diversion was the 1977 Treaty. By letter of 23 April 1992, before the termination, the Czechoslovak Prime Minister had set 31 October as the date for unilateral diversion. Construction on Variant C was well underway, as I described yesterday. The diversion was evidently imminent.

22. And could the peril be avoided by any other means? Obviously not. Since the peril was entirely based on the 1977 Treaty, the only option available to Hungary was to terminate the Treaty and commence procedures for judicial settlement of the dispute. The termination of the 1977 Treaty was the last possible lawful reaction to Czechoslovakia's illegitimate and persistent refusal to stop building Variant C. It was the last possible lawful means of removing the only possible justification for Variant C and that it was the only possible justification is clear from Article 3 of the Boundary Waters Convention of 1976 which Professor Kiss referred to this morning. Article 3, you will recall, adopts a strict "no damage" rule and expressly prohibits diversions affecting boundary waters without the other State's approval.

23. In conclusion, Hungary invoked the plea of "necessity" as a "well-governed state" seeking to do all it could to avoid acts which threatened serious, long-term and potentially irreversible damage to the essential drinking water resources associated with the Danube, as well as the area's biodiversity. Hungary terminated the 1977 Treaty in a state of necessity.

IMPOSSIBILITY OF PERFORMANCE

24. I turn now to the second ground relied upon by Hungary, impossibility of performance. Citing the *Russian Indemnity* case, Hungary said that it could not "be obliged to fulfil a practically impossible task, namely to construct a barrage system on its own territory that would cause irreparable environmental damages". By May 1992 the essential object of the Treaty — an economic joint investment which was consistent with environmental protection and which was operated by the two parties jointly — had permanently disappeared and the Treaty had thus become impossible to perform.

25. At the outset it should be stressed that it is not unusual for projects of this type to become impossible to perform even after major expenditures have been incurred. The cases decided by the International Joint Commission which I referred to earlier are but two examples¹²³. And there are many more, national and international.

26. The Vienna Convention provides for this ground in its Article 61. The provision requires two conditions to be satisfied for impossibility to be invoked. The first is that there must have been a permanent disappearance or destruction of objects indispensable for the execution of the treaty. The second is that the disappearance or destruction must not have

¹²³ *Supra*, paras. 10 and 11.

been the result of a wrongful act by the invoking state. Both conditions are satisfied in this case.

27. With regard to the *first* condition it is important to recognize that Article 61 is not limited to cases involving the physical destruction or the disappearance of tangible objects. Early efforts to develop the law of treaties in this respect had specifically required that a party's performance must have become impossible either because of "the complete and permanent disappearance or destruction of the *physical* subject matter of the rights and obligations contained in the Treaty", or because of the "disappearance of a legal state of affairs which was the *raison d'être* of those rights and obligations". The ILC eventually deleted the word "physical" on the understanding that impossibility could be invoked when it resulted from the "total and permanent disappearance or destruction of the subject matter of the rights and obligations contained in the Treaty"¹²⁴. The deletion of the word "physical" was noted with approval and it was specifically observed that impossibility may be either "physical or judicial"¹²⁵. Sir Humphrey Waldock observed that the wording could apply to "the disappearance both of the physical subject matter and of such metaphysical elements as a legal regime"¹²⁶. Nevertheless Slovakia disagrees with this approach and continues to argue that Article 61 maintains the "physical" element in the first condition¹²⁷. This is unsupported by practice, any more than by the clear evidence of the intent of the drafters available in the *travaux préparatoires*.

28. The purpose of the 1977 Treaty was essentially to construct a jointly managed barrage system which functioned safely on the territory of both States, did not cause major environmental damage, and provided a joint investment. These objects were no longer capable of attainment in 1992. Changes in the state of environmental knowledge and the law made it

¹²⁴ *ILC Yearbook* 1963/2, at p. 206, draft Art. 43(1).

¹²⁵ Statement of Portugal, *ILC Yearbook* 1966/2, p. 37.

¹²⁶ *ILC Yearbook* 1963/1, p. 248.

¹²⁷ SC-M, para. 10.87.

clear that the object, for example, of an environmentally safe barrage system could not be achieved. Articles 15, 19 and 20 of the 1977 Treaty could not be complied with at the same time as an economically profitable project. The Project could be economically sustainable or it could be environmentally sustainable, but not both and probably neither. The chain of events which eventually led to the implementation of Variant C made the object of a mutually beneficial joint investment, jointly operated, also impossible to achieve.

Taken together these factors, the removal of essential objects, gave rise to a situation of impossibility of performance within the meaning of Article 61.

29. The *second* condition is that the object's disappearance should not be the result of a breach of its obligations by Hungary. The purpose of Article 61, paragraph 2, is understandably to prevent a State from relying on its own wrongful act to justify terminating an otherwise valid treaty. But this has no application where the substantial cause of the impossibility is unrelated to the wrongful act which may be imputable to the State relying on impossibility. Hungary had not behaved unlawfully, as was demonstrated earlier during this week. But even if it had, it would not be precluded from relying on impossibility, since the impossibility must be "the result" in a sense of a *causa sine qua non*, not an ancillary or incidental factor. In other words, a party should not be disqualified from relying on a genuine impossibility of performance unless its own wrongful act was the dominant or substantial cause of the impossibility.

30. I would add also that the risks of environmental harm are inherent in the very conception of a barrage system such as this and that sponsors of projects are in effect on notice that the continuation or putting into operation of such a project may be subject to premature demise.

31. For the reasons previously indicated, the impossibility which had arisen by May 1992 was not the result of any wrongful act of Hungary vis-à-vis Czechoslovakia or anyone else. And as the other conditions were satisfied Hungary was entitled to rely on this ground in terminating the 1977 Treaty.

FUNDAMENTAL CHANGE OF CIRCUMSTANCES

32. I turn now to the third ground relied upon by Hungary, namely fundamental change of circumstances. There is obviously a degree of factual overlap between this ground and the previous one, but that does not prevent the Court from finding both grounds satisfied. Under the Vienna Convention the grounds for termination of a treaty are separate and cumulative.

33. The doctrine of *rebus sic stantibus* was well-established in international law even before the adoption of the Vienna Convention. A most useful summary of earlier practice can be found in the commentary prepared by Sir Humphrey Waldock to the 1966 ILC Draft¹²⁸. International judicial practise has been limited. However, since this Court observed in the *Fisheries Jurisdiction* cases (the Jurisdiction phase) that Article 62 of the Vienna Convention may "in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject on the termination of a treaty relationship on account of change of circumstances"¹²⁹, it is appropriate to begin with its provisions.

36. Article 62 (1) provides that a fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of the treaty, and which was not foreseen by the parties, may be invoked where two conditions are satisfied. The *first* is that the existence of those circumstances must have constituted an "essential basis" of the consent of

¹²⁸ *ILC Yearbook* 1966, Vol. II, pp. 257-258.

¹²⁹ *I.C.J. Reports* 1973, p. 3 at p. 18; *I.C.J. Reports* 1973, p. 49 at p. 63.

the parties to be bound by the treaty. The *second* is that the effect of the change must be such as to "radically transform" the extent of obligations still to be performed under the treaty. Article 62, paragraph 2, identifies two circumstances in which fundamental change may not be invoked and I will return to these in due course.

35. Hungary and Slovakia are in agreement on many aspects of the rule:

- first, they agree that the existence of the circumstances should have constituted an essential basis of the parties' consent to be bound by the treaty¹³⁰;
- two, they agree that performance would have to be "something which is essentially different from that which was originally undertaken"¹³¹;
- three, they also agree that changes in law, and not only in fact, can constitute a valid ground for invoking fundamental change of circumstances (as this Court itself made clear in the *Fisheries Jurisdiction* cases)¹³²; and
- four, they agree that in identifying the essential basis of the 1977 Treaty it is proper to look not only at its text but also the history of its negotiations¹³³.

36. And on other aspects of the two applicable conditions Slovakia does not appear to dissent from Hungary's interpretation of international practice and the Court's jurisprudence. Slovakia has not disputed, for example, that:

¹³⁰ SC-M, makes no mention of this requirement in Article 62.

¹³¹ SC-M, para. 10.62; HM, para. 10.68.

¹³² SC-M, para. 10.63; HM, para. 10.70(4).

¹³³ SC-M, para. 10.63; HM, para. 10.70(2).

- one, the "circumstances" in question do not have to be the motive or expressed rationale for the treaty, although in this case they in fact largely were¹³⁴;
- two, the changes which "imperil the existence or vital development of one of the parties" can constitute fundamental change of circumstances¹³⁵;
- three, a state of mind based upon information or knowledge can be a "circumstance" as much as an "objective" fact¹³⁶;
- four, change of circumstance can be invoked notwithstanding that a degree of change of the kind actually occurring may have been foreseen at the time of the treaty's conclusion, so long as the magnitude of the change was not foreseen and is fundamental¹³⁷; and
- five, it has not disputed that a fundamental change in the burden of the obligations to be performed may be sufficient¹³⁸.

37. Slovakia has also not disputed Hungary's view that a determination by a third party is not a legal prerequisite for termination on grounds of fundamental change where an adjustment of the situation cannot be achieved by negotiation¹³⁹.

38. Whether or not the two conditions of Article 62 (1) have been satisfied inevitably turns on the facts of the case in the context of the provisions of the 1977 Treaty. Whether the existence of the circumstances constituted an "essential basis" of the parties' consent turns on the objects and purposes of the 1977 Treaty. Professor Nagy summarized these on Tuesday. To recap, the 1977 Treaty and the Original Project had five essential elements: (1) to serve as

¹³⁴ HM, para. 10.70(2).

¹³⁵ HM, para. 10.67, citing *Fisheries Jurisdiction* cases, *I.C.J. Reports 1973*, p. 3 at p. 49.

¹³⁶ HM, para. 10.70(5).

¹³⁷ HM, para. 10.70(9).

¹³⁸ HM, para. 10.70(10).

¹³⁹ HM, para. 10.53.

an economically beneficial joint investment; (2) to provide a vehicle for "socialist integration" through COMECON; (3) to be a "single and indivisible operational system", jointly controlled and operated, which produced peak power through plants located upstream and downstream on the Danube; (4) to be a framework treaty, allowing for adjustment and revision in the light of "research, exploration and planning operations"; and (5) to ensure that the proposed project was consistent with environmental protection.

39. These five objectives assumed the existence of political, economic and environmental circumstances which were essential to the parties' consent. By May 1992, in light of the construction of Variant C and the lack of reliable knowledge on the sustainability of the Project, none - and I repeat none - of these five essential elements could be achieved, due to changes in political and economic circumstances and the two States' environmental obligations, as well as the state of knowledge of the project's economics and its known likely environmental impacts. The changes which occurred resulted from the dramatic changes in central Europe between 1989 and 1992, the facts of which are not in dispute, and which were unforeseen and totally unforeseeable. Cumulatively, the changes did radically transform the obligations to be performed under the treaty.

40. Just before concluding, I turn very briefly to the three types of relevant changed circumstances:

- First, *political changes*. These included the fall of Communism, and the dissolution of COMECON and the Warsaw Pact, and the advent of full and effective public participation in decision-making for projects of this type. Governments of the region became directly accountable to their citizens.
- Secondly, there were wholesale *economic changes*. The most notable of course was the transition from a socialist to a market economy. Coupled with the dissolution of COMECON and the end of State subsidies to failing industries, these

constituted very significant change introduced by a market economy approach and the introduction of proper economic accounting, including full cost benefit analysis. The massive economic consequences of the change to the region are still being felt and assimilated today.

- Third, there were significant *changes in the state of environmental knowledge and environmental law*. Only late into the Project did the potentially adverse environmental consequences become fully understood by the Hungarian government, and by some sections of the scientific community in Slovakia. Coupled with the increase in general environmental awareness, the increased scientific understanding of the long-term impacts of environmental changes which were described by Professor Carbiener, and the emergence of new norms of international law, which we say are incorporated into the Treaty through Articles 15, 19 and 20, it was inevitable that these were unforeseeable at the time of the project.

41. The changes were cumulative upon earlier changes in the conditions to the project which had already rendered it marginal. They undermined each of the project's five essential elements.

42. Mr. President, I note the time and this may be an appropriate moment for me to pause and with your permission I would propose to stop now and to continue tomorrow morning.

The PRESIDENT: Thank you so much, Mr. Sands. Two Judges wish to put questions to the Republic of Hungary, and I first call on Judge Fleischhauer. I should note that these questions may be answered tomorrow, or in the second round, or in a reasonable time thereafter. Judge Fleischhauer.

Judge FLEISCHHAUER: Merci, Monsieur le Pr,sident.

Je voudrais poser la question suivante à la délégation hongroise :

Le Professeur Carbiener nous a parlé de l'expérience scientifique internationale des grands fleuves canalisés. Dans ce contexte il s'est référé, essentiellement, au cas du Rhin supérieur d'Alsace-Bade. Il a fait cela, entre autres, parce que ce secteur du Rhin supérieur représente un hydrosystème fluvial qui "possède des homologues véritablement exceptionnelles avec le Danube slovaquo-hongrois de la région du Szigetköz-Zitny Ostrov". Le Professeur Carbiener a graphiquement parlé de l'état de pollution du Rhin, de la dégradation des eaux souterraines riveraines de ce fleuve et des conséquences de cette dégradation notamment pour l'eau potable. La région du Rhin supérieur d'Alsace-Bade est cependant densément peuplée et il existe dans cette région, du côté allemand comme du côté français, nombre de villes, telles que Karlsruhe, Freiburg, Baden-Baden, Strasbourg, Sélestat. La population de ces villes recoit de l'eau potable d'une qualité acceptable selon les standards de santé publique. Je suppose que, de toute manière du côté allemand et peut-être aussi du côté français, les villes et agglomérations de la région recoivent au moins une partie de leur eau potable du Rhin et de ses eaux souterraines. Est-ce qu'il est donc possible de reconvertir en eau potable une eau dégradée par la canalisation?

Je vous remercie, Monsieur le Président.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Fleischhauer. I now call on Judge Vereshchetin.

Judge VERESHCHETIN: Thank you, Mr. President.

This morning, counsel for Hungary mentioned that in November 1989, Hungary had handed over to Czechoslovakia a preliminary draft treaty on the completion of the project without Nagymaros. My question is the following: In 1990-1992, the period preceding the termination of the Treaty by Hungary, did Hungary formally reiterate this proposal or propose new concrete modifications to the 1977 Treaty and to the project itself which, if accepted by the other Party, would have met Hungary's environmental, political and economic concerns and permitted to preserve the integrated character of the project?

The PRESIDENT: Thank you, Judge Vereshchetin. Copies of the questions will be shortly distributed. The Court will rise and meet tomorrow at 10.00 a.m.

The Court rose at 13.00 p.m.
