

The PRESIDENT: Please be seated. I call now on Professor Mikulka. Please.

M. MIKULKA :

LA SLOVAQUIE, ETAT SUCESSEUR AU TRAITÉ DE 1977

Monsieur le Président, Messieurs les Juges, pour analyser la question des effets éventuels de la dissolution de la Tchécoslovaquie sur le traité de 1977, je commencerai par un résumé des points sur lesquels la Hongrie et la Slovaquie s'accordent et ceux sur lesquels elles s'opposent.

Le premier point d'accord entre les Parties est que toute cette discussion sur l'effet de la dissolution de la Tchécoslovaquie sur le traité de 1977 n'a de sens que si l'on part du présupposé que, jusqu'à la date de cette dissolution, le traité était en vigueur entre les parties, en d'autres termes, si l'on admet que la prétendue déclaration de terminaison du traité faite par la Hongrie au mois de mai 1992 n'a eu aucun effet juridique.

Le deuxième point de convergence entre les Parties est que la Slovaquie est l'un des deux Etats successeurs de l'ancienne République fédérale tchèque et slovaque, et, comme l'indique le paragraphe 2 du compromis, le seul Etat successeur de la Tchécoslovaquie eu égard aux droits et devoirs concernant le projet Gabčíkovo-Nagymaros.

Le troisième point sur lequel les Parties sont d'accord est que les normes applicables à la succession aux traités de l'ex-Tchécoslovaquie, et donc au traité de 1977, sont des normes coutumières du droit international.

Le point essentiel de désaccord est de savoir quel est le contenu de ces normes coutumières, ou, autrement dit, si la Slovaquie a succédé au traité de 1977 : la Slovaquie répond par l'affirmative; la Hongrie, par la négative.

Pour la Slovaquie, la norme fondamentale du droit international applicable aux traités internationaux en cas de *dissolution* est celle de la succession *ipso jure* ou, en d'autres termes, celle de la succession automatique aux traités. Cette règle est reflétée dans l'article 34 de la convention de Vienne, aujourd'hui en vigueur, et connaît deux exceptions, mentionnées au paragraphe 2 de cette disposition. Elle ne s'applique pas

1. «[s]i les Etats intéressés en conviennent autrement»; ou
2. «[s]'il ressort du traité ou s'il est par ailleurs établi que l'application du traité à l'égard de

l'Etat successeur serait incompatible avec l'objet et le but du traité ou changerait radicalement les conditions d'exécution du traité».

Mis à l'épreuve de l'article 34, le traité de 1977 et les accords collatéraux font sans aucun doute partie de la catégorie des traités qui restent en vigueur : ils ne remplissent les conditions d'aucune des deux dispositions du paragraphe 2. La Hongrie le sait très bien, et c'est pourquoi elle refuse sans nuance toute valeur positive à l'article 34.

Dans sa plaidoirie — comme dans ses écritures (MH, par. 10.116, p. 324-325) — la Hongrie prétend que

«the first undisputed fact is that Article 34 of the 1978 Convention is not a codification [a]nd the second undisputed fact is that it has been unsuccessful as Convention go» (CR 97/6, par. 32, p. 41).

Je laisserai de côté la question de la valeur de la convention en tant que telle. Sur ce point, je me bornerai à remarquer que la Slovaquie ne partage pas l'analyse de la Partie hongroise.

La question centrale est évidemment celle de la valeur à attribuer à la règle de la succession automatique posée par l'article 34 de la convention, dont la Hongrie fait une analyse extrêmement superficielle.

Comme tous les instruments issus de la Commission du droit international, les dispositions de la convention de Vienne sont un mélange de codification et de développement progressif du droit international. Cela vaut également pour l'article 34 de la convention qui, sous un titre unique, couvre un large éventail de changements territoriaux. Il traite d'une part du cas de la dissolution d'Etats, dans lequel l'Etat prédécesseur cesse d'exister, et, d'autre part et simultanément, il porte sur la situation, entièrement différente, d'une séparation d'une partie (ou de plusieurs parties) du territoire d'un Etat, dans laquelle un ou plusieurs nouveaux Etats apparaissent mais où l'Etat prédécesseur continue d'exister.

Comme l'a expliqué à la conférence sir Francis Vallat, expert consultant, alors que le projet d'articles de 1972 prévoyait l'application du principe de continuité en cas de dissolution et celui de la «table rase» pour les nouveaux Etats nés d'une sécession, la CDI a finalement décidé — au vu des commentaires des Etats sur le projet d'articles — de soumettre les deux catégories à un seul et même régime, celui de la succession *ipso jure*, étant donné que :

«le lien juridique entre le nouvel Etat et le territoire qui existait avant la succession, continuait en principe d'exister et qu'il serait donc contraire à la doctrine de l'inviolabilité des

traités d'appliquer le principe de la «table rase», si ce n'est dans des circonstances particulières» (conférence, vol. II, 47^e séance plénière, par. 35, p. 107).

Ces «circonstances particulières», selon la Commission, étaient celles qui caractérisaient les sécessions effectuées dans des conditions similaires à celles de la décolonisation, mais en aucun cas une dissolution d'Etats, je me réfère ici à la déclaration de l'expert consultant (sir Francis Vallat, conférence, vol. II, 47^e séance plénière, par. 1, p. 108).

Les discussions qui ont précédé l'adoption de l'article 34 montrent que, loin de contredire la thèse de la Slovaquie, elles la confortent.

A la conférence, les débats concernant le futur article 34 ont porté presque exclusivement sur la question de savoir si le principe de la succession *ipso jure* s'applique à la sécession, ou, le cas échéant, à la sécession effectuée dans des circonstances similaires à celles de la décolonisation pour lesquelles certaines délégations ont préféré le principe de la «table rase» (conférence, vol. II, 40^e, 42^e, 47^e et 49^e séances plénières, p. 53 et suiv.).

D'autres délégations, parmi lesquelles celle de la Hongrie (conférence, vol. II, 40^e, séance plénière, par. 54, p. 57), ont proposé d'étendre le principe de la succession *ipso jure* y compris à ces derniers cas. Beaucoup ont fait savoir que, pour elles, le principe de la «table rase» ne s'applique qu'en cas de décolonisation.

Monsieur le Président, en élargissant le principe de la succession *ipso jure* à tous les types de succession d'Etats couverts par l'article 34, la CDI et la conférence se sont engagées à la fois dans un processus de codification et de développement du droit international. Par conséquent, les divers éléments de cet article ont atteint des degrés de maturité différents — certains sont du domaine de la *lex lata* et donc de la codification *stricto sensu*, d'autres relèvent plutôt du développement progressif du droit international. La qualification brutale de l'ensemble de l'article 34 par la Hongrie de disposition purement et simplement «législative» n'est pas justifiée (MH, par. 10.116, p. 324-325). Tout au contraire, dans la mesure où l'article 34 régit le sort de traités dans les cas de dissolution telle que celle de la Tchécoslovaquie, il reflète sans aucun doute la coutume existante — la *lex lata*.

De plus, lorsque l'on a établi la liste des situations relevant de l'article 34, il a été souligné que

la pratique étatique témoignait d'une adhésion manifeste à la règle de la succession automatique dans les cas de dissolution d'unions d'Etats ou d'Etats fédéraux, dans lesquels les entités territoriales, qui deviendront des Etats, avaient participé au processus de conclusion du traité.

Comme l'a souligné le délégué du Royaume Uni :

«tout Etat successeur né de ... dissolution, qui a eu son mot à dire dans la formulation de la politique étrangère de la fédération, continue d'être lié par les relations conventionnelles» (conférence, vol. II, 41^e séance, par. 29, p. 61).

Dès le départ, la Slovaquie participa activement aux négociations du traité de 1977 qui fut approuvé à la fois par les gouvernements et par les parlements fédéraux et slovaques (cf. CMS, par. 3.20-3.23, p. 56-57), raison supplémentaire pour affirmer sa succession automatique au traité de 1977.

En résumé : même si les discussions ont révélé certaines divergences concernant l'application de la règle de la succession automatique aux traités à toutes les situations, très diverses, couvertes par l'article 34, le noyau dur de cette disposition concernant les cas de dissolutions d'Etats n'a jamais fait l'objet de la moindre contestation. Et notre espèce relève de l'application de ce noyau dur incontesté.

Nos contradicteurs semblent d'ailleurs avoir oublié les déclarations de leur propre délégation à la conférence de Vienne. Ecoutons la voix de la Hongrie :

«il faut sauvegarder la continuité des relations entre Etats et assurer la stabilité des relations conventionnelles dans l'intérêt de la communauté des nations » (conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, vol. II, 41^{ème} séance plénière, par. 48, p. 63).

La délégation hongroise a rappelé, à titre d'exemple, la pratique de la Hongrie elle-même, suite au démembrement de l'Empire austro-hongrois en 1918 (*ibid.*, 40^{ème} séance plénière, par. 54, p. 57). Il s'agissait d'une pratique de succession automatique. La conférence de Vienne a suivi ce précédent.

Comme le professeur Crawford le reconnaît dans son article écrit en hommage à

D.P. O'Connell :

«A process of evolution towards a general régime of treaty continuity in non-colonial contexts was remarkably completed at the second session of the Vienna Conference.» (J. Crawford, «The Contribution of Professor D.P. O'Connell to the Discipline of International Law», 51 *British Year Book of International Law*, 1980, p. 40.) [«La seconde session de la conférence de Vienne [de 1978] a, d'une manière remarquable, marqué le point d'aboutissement du processus d'évolution vers un régime général de continuité des traités dans des contextes non-coloniaux.»]

UN TRAITÉ CONCERNANT LE TERRITOIRE ET SON UTILISATION

Monsieur le Président, la démonstration que je viens de faire aboutit à la conclusion que, *dans ce type de succession*, les traités passent à l'Etat successeur. Il y a, cependant, un autre débat, qui, lui aussi, conforte la position slovaque. Il s'agit du fait que, *en présence de ce type de traité*, le traité survit toujours à la succession.

Le traité de 1977 est un traité concernant le territoire et son utilisation. Dans la doctrine, les traités de ce type sont souvent dénommés traités «localisés», «territoriaux», «dispositifs» ou traités «réels».

Bien que l'argument principal de la Slovaquie repose sur la règle générale de succession automatique dans les cas de dissolution, telle que l'exprime l'article 34 de la convention de 1978, il n'en est pas moins conforté par la règle de la continuité des traités «territoriaux» qui, elle, est applicable quel que soit le type de succession.

Lors de ses plaidoiries orales, la Hongrie a déclaré de manière catégorique que «the ILC specifically rejected a broad category of 'localised treaties'» (CR 97/6, par. 41, p. 45).

Monsieur le Président, la vérité est que ni le projet de la CDI ni la convention de 1978, ne se fondent sur une distinction entre différentes catégories de traités pour énoncer les principes de succession ou de non-succession, mais plutôt sur une distinction selon les différentes sortes de changements territoriaux. Ils font cependant une exception, précisément en ce qui concerne les traités établissant une frontière, un régime de frontière ou tout autre type de régime territorial.

Ceci est attesté par l'opinion de la CDI selon laquelle :

«Dans sa deuxième ordonnance dans l'Affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, la C.P.J.I. a fait une déclaration qui constitue peut-être la confirmation la plus importante de l'existence d'une règle prescrivant que l'Etat successeur est tenu de respecter les clauses *d'un traité territorial* qui ont une incidence sur le territoire auquel se rapporte une succession d'Etats.» (Conférence, vol. III, commentaire à l'article 12, par. 3, p. 30; les italiques sont de nous).

Dans cette ordonnance, la Cour permanente a constaté que la création de la Zone de Saint-Gingolf a :

«un *caractère conventionnel*, que doit respecter la France, comme ayant succédé à la Sardaigne dans la souveraineté sur ledit territoire» (ordonnance du 6 décembre 1930, *C.P.J.I, série A n°24*, p. 17; les italiques sont de nous).

Même en mettant de côté les dispositions du traité de 1977 relatives aux problèmes de frontière, son caractère territorial est inhérent à presque chacun de ses articles. Peut-on trouver meilleur exemple de traité concernant l'utilisation du territoire qu'un traité prévoyant la construction d'un barrage, d'un canal de navigation, d'une usine hydro-électrique, le tout construit sur un fleuve frontière ?

Comme le constate la CDI :

«les traités concernant les droits sur les eaux ou la navigation fluviale ... sont généralement considérés comme pouvant être compris dans la catégorie des traités territoriaux» (CMS, par. 2.52, p. 35, citant *Annuaire de la CDI* 1972, vol. II, p. 61. Voir aussi, M. Ago, *Annuaire de la CDI* 1970, vol. I, p. 178 ; G. Fitzmaurice, «The Jurisdictional Clauses of the Peace Treaties», *RCADI* (1848-II), p. 293-295 ; lord McNair, *Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 658-659 ; D.P. O'Connell, *International Law, op. cit.*, p. 373, et la majorité des opinions exprimées lors des débats à la CDI, lors des discussions de la convention de Vienne de 1969 et de celle de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités).

On éprouve, assurément, quelque difficulté pour comprendre comment la Hongrie peut soutenir que rien ne montre que les Parties voyaient les droits et obligations établis par le traité de 1977 comme «attaché[s] au territoire» (RH, par. 3.147, p. 168-169).

Monsieur le Président, peut-on négliger le fait que le traité de 1977 imposait — et c'est l'une de ses caractéristiques majeures — une charge à des territoires bien déterminés? Cela arrange bien la Hongrie d'oublier que l'utilisation conjointe de ce projet aux objectifs multiples, incluait bon nombre d'obligations mutuelles relatives à l'utilisation d'une partie du territoire de chacun des deux Etats, ou des restrictions à son usage. Ainsi, l'obligation de mettre en oeuvre le barrage de Dunakiliti en territoire hongrois est indissociable du fonctionnement de l'usine hydro-électrique de Gab_ikovo en Slovaquie, dont le fonctionnement en mode de pointe dépend du barrage de Nagymaros en territoire hongrois.

La Hongrie affirme enfin que ce n'est pas le traité mais, tout au plus, le régime établi par le

traité qui continuera de lier l'Etat successeur et l'autre Etat partie (CR 97/6, par. 43, p. 47). Elle prétend par conséquent qu'il faudrait au préalable que le traité de 1977 soit exécuté pour que la Slovaquie puisse succéder au «régime établi par lui», mais qu'en tout cas, elle ne succéderait pas au traité de 1977 en tant que tel, même s'il était encore en vigueur. La Hongrie essaie à cette fin de s'appuyer sur les termes des articles 11 et 12 de la convention de Vienne de 1978.

Cette argumentation est insoutenable. Aux termes de ces articles, la CDI et la conférence entendaient couvrir les questions de régimes de frontière ou des autres régimes territoriaux de caractère conventionnel, y compris les situations dans lesquelles le traité lui-même avait été totalement exécuté et où ne restait plus que le régime établi par ce traité. Le sens fondamental des articles 11 et 12 est donc le suivant : il y a succession *ipso jure* aux régimes de frontière ou aux obligations conventionnelles concernant le territoire ou son utilisation, même si, au jour de la succession d'Etats, le traité qui a été à leur origine a été entièrement exécuté et, le cas échéant, n'est plus en vigueur en tant qu'instrument.

De nombreuses délégations à la conférence de Vienne soutenaient cette formule, dans le but d'éviter toute querelle sur la question de savoir si le traité en cause, une fois exécuté, était encore en vigueur ou non. De plus, la rédaction choisie par la CDI et la conférence couvre également les situations dans lesquelles certaines dispositions du traité seulement, et non le traité dans son ensemble, possèdent ce caractère «territorial» (conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, vol. III, commentaire à l'article 12, par. 30 et suiv. ; voir CMS, par. 3.38). L'intention n'était pas de limiter la règle énoncée à ces articles aux cas d'exécution préalable du traité.

Enfin, la Hongrie se réfère encore à l'article 13 de la convention de Vienne réaffirmant le principe de la souveraineté permanente de tout peuple et de tout Etat sur ses ressources et richesses naturelles (CR 97/6, par. 41-42, p. 45-46). Ce faisant, nos contradicteurs suggèrent implicitement que la succession de la Slovaquie au traité de 1977 pourrait, en quelque sorte, affecter les droits de la Hongrie en la matière, sans qu'ils nous expliquent de quelle manière. Négligeant le fait que ce principe a surtout vocation à s'appliquer dans le contexte de la décolonisation, la Hongrie tente de faire valoir un argument qui aurait pu être utilisé par l'Etat successeur, et non par l'autre partie au

traité. Cela ressort clairement des débats de la conférence de Vienne (conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, vol. II, 14ème séance plénière, M. Moncayo (Argentine) par. 16, p. 21).

LA PRATIQUE ETATIQUE RÉCENTE

La Hongrie se réfère également à la pratique récente des nouveaux Etats, comme si cette pratique remettait en question l'existence de la règle de la continuité *ipso jure*, en faisant valoir que : «the degree of succession to treaties that is to occur has been negotiated, and the process has been consensual» (CR 97/6, par. 45, p. 47; voir aussi RH, par. 3.153, p. 171-172.)

Les deux seuls exemples, qui contenaient des situations particulières, auxquels la Hongrie se réfère dans sa réplique (par. 3.154 et 3.155), ne sont pas de bons exemples car les traités visés sont régis par les dispositions spécifiques de l'article 4 de la convention de Vienne.

La Hongrie affecte d'ignorer que, comme cela ressort de cet article, lorsqu'une succession à l'égard d'un traité touche au problème de l'appartenance à une organisation — et c'est exactement le cas des deux exemples cités par la Hongrie — les règles de la convention de Vienne sont suppléées par les propres règles de l'organisation (cf. Vaclav Mikulka, «The dissolution of Czechoslovakia and the succession in respect of treaties», *Development and International Cooperation*, vol. XII, n° 23, December 1996, Center for International Relations, University of Ljubljana, p. 52-54).

Pour une analyse plus fiable de la pratique étatique récente, je me permets de vous renvoyer, Messieurs de la Cour, au rapport préliminaire sur la succession d'Etats établi l'an dernier par le Comité de l'International Law Association (ILA). En ce qui concerne la pratique des Etats successeurs à l'égard des traités bilatéraux, ce rapport, tout en reconnaissant que, le plus souvent, en pratique, des discussions plus ou moins officielles ont eu pour objet de clarifier la situation, note que :

«Un examen attentif de la pratique semble cependant démontrer que ces discussions sont fondées sur l'idée qu'il existe une règle de continuité des traités bilatéraux. Les négociations ont un double but :

1) Repérer les traités qui doivent être considérés comme terminés du fait de la succession d'Etats ... soit par accord entre les nouveaux partenaires ... soit parce que le maintien en vigueur serait contraire à l'objet et au but du traité, soit parce que leur maintien en vigueur changerait radicalement les conditions [de l'application] du traité.

2) Repérer les traités que les Etats souhaitent terminer ou modifier pour l'avenir par accord mutuel ...

Toutes ces terminaisons d'accords sont parfaitement compatibles avec la règle de continuité des traités ...» (International Law Association, Helsinki Conference, 1996, rapport préliminaire sur la succession en matière de traités, p. 29-30.)

Il s'agit donc d'une description précise de la véritable nature de ces négociations que la Hongrie décrit comme impliquant «généralement une grande mesure de sélectivité» (RH, par. 3.156, p. 172.) Assurément, une sélection s'opère, mais pas celle que suggère la Hongrie. Des questions comme : quels sont les traités qui ont pris fin indépendamment de la succession d'Etats ? Quels sont les traités qui ne concernent que le territoire de l'autre Etat successeur ? Quels sont ceux qui doivent être amendés, remplacés par de nouveaux traités, ou tout simplement terminés à l'avenir ? etc. sont des questions tout à fait légitimes que les Etats ne peuvent ignorer une fois réunis à la table de négociations. Leurs négociations ne peuvent être limitées au strict cadre des problèmes de succession d'Etats. Ils sont tout à fait libres de discuter de leurs relations conventionnelles d'une manière plus large. Mais ceci ne revient nullement à dire, comme le prétend la Hongrie, que la succession exige le consentement.

Tel était également le sens de la proposition de la Slovaquie à la Hongrie dans sa note verbale du 15 novembre 1993 (MH, vol. 4, annexe 128), visant les discussions des experts au sujet des traités bilatéraux, proposition mal interprétée par son destinataire. Cette proposition ne fut suivie d'aucune autre discussion, en raison de l'insistance de la Hongrie à soutenir la thèse de la «non continuité» comme seule base possible pour de telles discussions. Heureusement, Messieurs de la Cour, en pratique, l'application continue de tous les traités bilatéraux pertinents ne fait aucun problème dans les relations hungaro-slovaques, ce qui établit, une fois encore, le caractère artificiel de l'argumentation hongroise sur cette question de la succession au traité de 1977.

Parmi les nombreux exemples de pratique récente figurant dans le rapport préliminaire de l'ILA, j'en citerai deux qui se rapportent aux relations entre la République tchèque et les Etats tiers, et qui présentent une analogie avec la situation existant entre la Slovaquie et la Hongrie :

«According to the legal opinion of the Federal Republic of Germany the German-Czechoslovak treaties remained in force, as of 1st January 1993, between Germany and the Czech Republic ... The Federal Republic of Germany does not deem necessary to hold consultations on the whole volume of treaties in respect of which succession has occurred.» [«Selon l'opinion juridique de la République fédérale d'Allemagne, les traités germano-tchécoslovaques sont restés en vigueur, depuis le 1^{er} janvier 1993, entre l'Allemagne et la République tchèque La République fédérale d'Allemagne estime qu'il n'est pas nécessaire de procéder à des consultations sur

l'ensemble des traités sur lesquels a porté la succession.»] (International Law Association, Helsinki Conference, *op. cit.*, p. 31.)

Second exemple :

«Les délégations française et tchèque ont procédé à l'examen des accords internationaux qui liaient la France et la Tchécoslovaquie [...et ont] constaté, que les accords franco-tchécoslovaques ... continuent à lier la République française et la République tchèque.» (*Ibid.*, p. 34.)

Le rapport préliminaire cite également des exemples de pratique identique suivie par des Etats tiers (tels que la Chine, le Danemark, la Grèce, le Japon, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, la Suède) tant à l'égard de la République tchèque que de la République slovaque (*ibid.*, p. 35-36).

Monsieur le Président, je conclurai cette discussion en citant une fois encore ce rapport, qui, tout en soulignant l'importance des négociations se déroulant sur la base du principe de la continuité, conclut :

«L'importance de la mise en évidence du principe de continuité comme norme de référence ne doit pas être masquée par l'existence de ces négociations : c'est en effet la règle à laquelle il faut faire référence, pour dire le droit, en cas de désaccord des parties sur le devenir d'un traité de l'Etat prédécesseur.» (International Law Association, Helsinki Conference, *op. cit.*, p. 38.)

CONCLUSIONS

Monsieur le Président, Messieurs les Juges, plusieurs raisons donnent à penser que la Hongrie a développé tardivement son argument de la non-succession en désespoir de cause, afin de parer à l'éventualité de l'échec de sa thèse de la «terminaison». Il est évident que l'hypothèse de base qui a guidé les Parties lors des négociations sur le compromis était que la «terminaison» était le seul fondement juridique possible — et un fondement évidemment discuté entre les Parties — qui pouvait être invoqué pour éliminer le traité de 1977, faute de quoi, l'ensemble des questions posées à la Cour n'aurait eu aucun sens.

La Hongrie tente néanmoins d'obscurcir ce fait en suggérant que les questions formulées dans le compromis impliquent l'acceptation de la thèse de la non-succession de la Slovaquie au traité de 1977. Mais, comme nous l'avons déjà dit dans nos écritures (CMS, par. 1.37), le compromis a été rédigé étant entendu que sa rédaction ne préjugerait en rien les réponses apportées par la Cour aux questions qui lui sont soumises. Cela vaut tant pour le problème de base de la validité du traité que, par voie de conséquence, pour la succession d'Etats.

La Hongrie dissimule le caractère fondamentalement «défensif» de son argumentation fondée sur la non-succession en disant qu'il s'agit d'un argument «subsidaire» (RH, par. 3.133, p. 163). Mais la question de savoir si la Slovaquie peut être considérée comme étant partie au traité est trop importante pour n'être que secondaire. En ce qui concerne la compétence de la Cour pour répondre aux questions posées par la Slovaquie et la Hongrie, c'est au contraire de toute première importance. Si l'argument de la non-succession devait être accepté, comment la Cour pourrait-elle régler cette affaire alors que le traité sur la base duquel le différend doit être tranché conformément à ce que prévoit le compromis, n'aurait jamais été en vigueur entre les Parties à la présente affaire ?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, un Etat tel que la Slovaquie, qui dès les premiers jours de son existence a exprimé dans les termes les plus clairs son attachement à la «règle de droit» dans les relations internationales et sa soumission inconditionnelle au principe de la continuité des traités, un Etat qui s'est conformé rigoureusement à ce principe vis-à-vis de tous les partenaires conventionnels de l'ancienne Tchécoslovaquie, et cela sans discrimination, et quels que soient les avantages ou inconvénients que cela pourrait avoir à son égard, un tel Etat est, à la fois moralement et juridiquement, en droit d'attendre que ce principe lui soit appliqué pleinement, y compris dans la présente affaire.

Monsieur le Président, Messieurs les Juges, je vous remercie de votre attention et je vous prie, Monsieur le Président, de bien vouloir donner la parole au professeur McCaffrey qui exposera les principes du droit international de l'environnement applicables à notre affaire.

Merci, Monsieur le Président.

The PRESIDENT: Thank you, Dr. Mikulka. I call now on Professor McCaffrey.

Mr. McCaffrey: Thank you Mr. President.

4. APPLICABLE LAW

* * *

(c) Environmental Law (including the Law of International Watercourses)

1. Introduction and Overview

Mr. President, Members of the Court, Hungary's central strategy in this case is to portray it as an environmental case and to try to focus the Court's attention upon the law of the environment, which is all well and good, but to the exclusion of the law of treaties, which is not. While Hungary has been shrewd in using this strategy in the field of public relations, it does not withstand scrutiny in the field of law. Hungary invokes principles of international environmental law and the law of international watercourses that might have some application *if* there were no treaty relationship between the Parties. In doing so, it ignores both the 1977 Treaty and the questions put to the Court in the Special Agreement. And there is no question but that insofar as the first questions in the Special Agreement are concerned, the Treaty is in force. However, as I will show presently, even if we look to the law of the environment we will see that Hungary's arguments are unfounded, and that the 1977 Treaty, as well as the conduct of Czechoslovakia and Slovakia, are entirely consistent with principles of international environmental law.

But in arguing in effect that the law of the environment takes precedence over the law of treaties, Hungary ignores the most basic principle of the law concerning internationally shared resources — namely, that the States sharing those resources should co-operate, with a view to reaching an agreement concerning their use. This principle is reflected in Article 3 of the International Law Commission's draft articles on international watercourses¹. In this case, Mr. President, we have such an agreement: the 1977 Treaty. As I explained yesterday, that agreement gives expression to relevant principles of international environmental law, and applies them to the specific characteristics of the stretch of the Danube involved in this case.

¹Draft articles on the Law of the non-navigational uses of international watercourses, article 3. Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Sixth Session (1994).

Hungary's argumentation also reveals a novel conception of the effect of international agreements. An example is Hungary's treatment of the 1994 Sofia Convention on Co-operation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River². Slovakia has signed this Convention and supports its principles, with which it is in full compliance. Nonetheless, Slovakia cannot accept Hungary's conclusions as to the effect of this agreement — for example, that *signature* of it has the same effect as ratification.

2. Interpretation

Mr. President, perhaps aware that its efforts to justify its breaches of the 1977 Treaty under the relevant provisions of the law of treaties were doomed from the outset, Hungary has, among other things, seized upon *interpretation* as a way out. As I mentioned yesterday, Hungary seeks in this way to import what at times seems to be the entire field of international environmental law into the case, with a view not to interpreting the treaty, but to *overturning* it. But this technique does not withstand close examination.

Hungary's argument is essentially this: The 1977 Treaty contains three environmental provisions: Articles 15, 19 and 20. These provisions must be interpreted in light of "the general rules of international law for the protection of the environment which have developed since 1977"³. But according to Hungary, those rules prevent the Parties from accomplishing the Treaty's very object and purpose. Therefore, the Project cannot go forward and the Parties should negotiate — but only about what to do with everything they had constructed over the period of some fifteen years, that will now be useless. This is what Hungary argues. But surely this cannot be what international law requires.

Hungary relies heavily upon the Court's 1971 Advisory Opinion in the *Namibia* case for the proposition that the 1977 Treaty "must be interpreted and applied 'within the framework of the entire legal system prevailing at the time of its interpretation'"⁴. It must be borne in mind, however, that

²CR 97/2, p. 50; HC-M, para. 4.35. See SR, paras. 2.25 *et seq.*

³HR, para. 1.41. See also CR 97/2, p. 46; CR 97/5, pp. 12 and 81.

⁴HR, para. 1.34, at p. 19, quoting from *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports, 1971*, p. 6, at p. 31, para. 53.

regardless of whether this passage would be applicable in this case, it concerns only *interpretation* of treaty provisions, not *revision* or *termination* of them. In contrast, Hungary's argument is tantamount to saying: "No matter what obligations a State has accepted in a treaty, those obligations may be changed, without that State's having specifically agreed to the change, through the evolution of general international law." But a party's obligations under a treaty cannot be altered or increased through evolving general international law unless it *accepts* such revised obligations. What Hungary is really saying is that the Court should ignore the 1977 Treaty and look only at new principles in the field of the environment — a number of which qualify as "soft law". Hungary seeks in this way to make these principles applicable without negotiating a revision of the Treaty. It in fact uses principles and rules of general international law, not for the purpose of *interpreting* the Treaty, but to *oppose* the Treaty and drain it of any substance⁵. This approach would mean the demise of treaties as a form of international "lawmaking" — for a State could never be sure what its obligations were. It would also discourage States from concluding treaties on matters as to which customary rules are evolving, such as the environment.

Mr. President, if we look closely at the Court's Advisory Opinion in the *Namibia* case we will see that it does not support the sweeping proposition for which Hungary cites it. The Court in that Opinion *first* emphasized "the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion"⁶. This principle of "contemporaneity" ("*du renvoi fixe*") has also been supported by such eminent authorities as Judge Huber in the *Island of Palmas* arbitration⁷ and Ambassador Yasseen in his Hague Lectures⁸. But in the *Namibia* case the Court recognized an exception to the general principle of contemporaneity where the matters to be interpreted "were not static but were by definition evolutionary" — such as the "sacred trust" involved

⁵SR, para. 2.49, p. 43.

⁶*I.C.J. Reports 1971*, at p. 31; emphasis added.

⁷2 UN *Rep. Int'l Arb. Awd.*, p. 845.

⁸M. K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", *Recueil des cours*, vol. 151 (1976, III), p. 64.

in that case⁹. In such a case, the provision in question would be interpreted by reference to "the legal system prevailing at the time of its interpretation"¹⁰ (*principe "du renvoi mobile"*).

How do these principles apply to the 1977 Treaty? It is abundantly clear: The *object and purpose* of the Treaty, the construction of the G/N Project as a joint investment, is, by definition, static rather than evolutionary. It was fixed by a valid agreement between the parties and cannot be modified by the emergence of a new principle of general international law — unless the new principle is a norm of *jus cogens*, which Hungary does not contend.

The *means* by which the Treaty's object was to be realized, on the other hand, are a different matter. As reflected in the Treaty itself, the means are truly of an evolutionary nature. The Parties both accept that the 1977 Treaty is in the nature of a "framework" agreement, a number of whose provisions expressly provide that they are to be fleshed out — supplemented and adapted — through the agreed provisions of the Joint Contractual Plan (JCP)¹¹. This mechanism for adapting provisions of the 1977 Treaty worked well until 1989, when Hungary unilaterally decided, first, that it would modify the Treaty, and truncate the Project, by eliminating the Nagymaros barrage, and then, that it would attempt to terminate the Treaty as a whole. Astonishingly, Hungary in its oral pleadings characterized this as *Czechoslovak inflexibility*¹²!

To sum up on the *Namibia* Advisory Opinion, what the decision suggests for the present case is that while the provisions of the 1977 Treaty concerning the *means* of realizing the Treaty's object and purpose may be interpreted in an evolutionary manner, the same cannot be said of the Treaty's object and purpose itself. The obligations of the parties to construct the G/N Project as a joint investment simply cannot be "interpreted away" by reference to evolving principles, unless of course those

⁹*I.C.J. Reports 1971*, p. 31. See also *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 3, at p. 32.

¹⁰*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 6, at p. 31, para. 53.

¹¹E.g., Arts. 1 (4), 14, 15 (1), and 19.

¹²CR 97/3, pp. 21-23.

principles rise to the level of norms of *jus cogens*. This is reinforced by the cardinal rule of treaty interpretation set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties, namely, that primacy is to be given to a treaty's text, "in the light of its object and purpose"¹³. I repeat, "*in the light of its object and purpose*", not "regardless of its object and purpose".

Turning to the provisions of the Treaty themselves, the interesting thing is that, as I tried to show yesterday, they in fact demonstrate that the parties had environmental protection in mind when they concluded the Treaty — and this at a time when Hungary would have us believe that the environment was the last thing on their minds¹⁴. Furthermore, the flexibility of the 1977 Treaty permitted the Project itself to evolve in light of experience and new knowledge. But, as I also attempted to show yesterday, this evolution would occur by *agreement*, through the mechanisms established by the Treaty. Furthermore, it does not appear that there was, at the relevant time, a dispute between Hungary and Czechoslovakia over the meaning of the terms of Articles 15 and 19 — or over those of Article 20 on Fishing Interests. Yet these are the very Articles Hungary would have the Court "interpret" in accordance with "the general rules of international law for the protection of the environment which have developed since 1977"¹⁵. Hungary is thus asking the Court to *re-write* provisions of the Treaty as to which there was no disagreement and which contained their own mechanisms for adjustment and adaptation. This is a novel conception of treaty interpretation indeed!

To conclude on this point, Mr. President, it is one thing to say that the parties to a treaty should take into account evolving concepts and principles in *performing* their obligations under a treaty. It is something wholly different to suggest, as Hungary does, that the gradually evolving law of the environment should render nugatory the Treaty's object and purpose. Slovakia has demonstrated in its written pleadings that both the Project and the conduct of Czechoslovakia and Slovakia are consistent with the specific principles of international environmental law invoked by Hungary — when those

¹³Vienna Convention on the Law of Treaties, May 22, 1969, Art. 31 (1), UN Doc. A/CONF.39/27 (1969), 8 *ILM* 679 (1969).

¹⁴E.g., HM, para. 10.76. E.g., CR 97/3, pp. 12-14.

¹⁵HR, para. 1.41.

principles are properly understood¹⁶. But permit me, Mr. President, to summarize on this occasion the ways in which Hungary misconceives and misapplies those principles, and distorts Slovakia's position, as reflected most recently in these oral proceedings.

3. The 1977 Treaty and Its Relationship with the Law of the Environment and Watercourses

a. The 1977 Treaty and General International Law

First, on the subject of the relationship of the 1977 Treaty and general international law, Hungary attacks Slovakia's position with regard to general international law, saying that Slovakia "seeks to exclude the application of every prevailing rule of general international law by 'absorbing' it into the provisions of the 1977 Treaty"¹⁷. But Slovakia's position is hardly as extreme as this caricature portrays it. Slovakia has merely indicated two things: First, that the Treaty is *consistent* with principles of international environmental law and applies those principles to the utilization of the shared water resources of the Danube¹⁸. And second, that the Treaty is a framework instrument that provides for the evolution of the Project through adaptations and adjustments agreed to in the Joint Contractual Plan.

With regard to the first point, Slovakia has shown that the Treaty and the Project itself are entirely consistent with evolving concepts and principles of international environmental law¹⁹. To take but one example: Agenda 21, the non-binding programme of action adopted at the 1992 United Nations Conference on Environment and Development, held in Rio de Janeiro, calls upon States to take an "integrated approach to the development, management and use of [fresh] water resources"²⁰. The G/N Project, as it has evolved, constitutes precisely such an approach. It integrates a number of functions, including improvement of navigation, production of hydroelectric power,

¹⁶SC-M, paras. 9.04 *et seq.*

¹⁷HR, para. 1.35.

¹⁸SC-M, paras. 9.04 *et seq.*

¹⁹See SC-M, paras. 9.47 *et seq.*

²⁰Report of the United Nations Conference on Environment and Development Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, Vol. I, Resolutions Adopted by the Conference, p. 275 (title of Chap. 18), UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (1993).

protection against floods, restoration of previous groundwater levels, prevention of further erosion of the riverbed, and rehabilitation of river branches. It is thus an outstanding example of an "integrated approach" to the "development, management and use" of an international watercourse. As Slovakia has shown, the Project, as it has evolved, is also consistent with the conclusions and recommendations of, for example, the Brundtland Commission Report, the Rio Declaration, and the Dublin Statement adopted at the 1992 International Conference on Water and the Environment²¹.

b. *The 1977 Treaty as a lex specialis*

Mr. President, Hungary even goes so far as to challenge Slovakia's characterization of the 1977 Treaty as a *lex specialis*. The 1977 Treaty, as completed by the Joint Contractual Plan, forms a *lex specialis*, which reflects the standards of general international law while containing its own detailed requirements²². Hungary's argument is that the Treaty is not a *lex specialis* because of its view, which I addressed a few minutes ago, that general international law is imported into the 1977 Treaty through Articles 15, 19 and 20 of the Treaty²³. This argument is difficult to follow because Hungary itself admits that these articles "established certain *specific obligations* as to the protection of the environment"²⁴. In the next sentence Hungary says: "this in turn established a substantial link between the Treaty and general international law, as it evolved and matured after 1977"²⁵.

Once again, Slovakia simply cannot understand this notion that by establishing *specific obligations* — obligations that the Treaty requires be made yet *more* specific through the JCP — the Treaty establishes a "substantial link" with *general* international law — a body of law that, according to Hungary's approach, can be used not only to override provisions of the Treaty but also to stop a party from carrying out the specific obligations that are the very object and purpose of the Treaty. Such a view would abolish the doctrine of *lex specialis* as it is, and generally has been, understood.

²¹SC-M, paras. 9.53 *et seq.*

²²SC-M, para. 1.39.

²³CR 97/2, p. 46; HR, para. 1.37.

²⁴SR, para. 1.37.

²⁵*Ibid.*

The other effect of the fact that the 1977 Treaty is a *lex specialis* is that it prevails over any *treaties* between the Parties concerning the same subject matter in relation to which it is more specific²⁶. This is the case, for example, with the 1976 Boundary Waters Management Agreement²⁷, which Hungary seizes upon as the controlling instrument with regard to the Project²⁸. Of course, the 1977 Treaty is also a *lex posterior* in respect to the 1976 Agreement. Therefore, according to Article 30 of the Vienna Convention, the 1976 Agreement "applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty"²⁹.

And here, Mr. President, it is worth recalling that even if Hungary *did* effectively terminate the 1977 Treaty in 1992, it would not be as if that treaty had never existed: contrary to what Hungary has suggested in these oral proceedings³⁰, it would still determine the parties' rights and obligations up to the date on which it was effectively terminated.

Mr. President, even without the aid of these fundamental principles it is obvious that it would be exceedingly odd for two States to intend that a *prior, general* agreement concerning *all* of their boundary waters would prevail over a *later, specific* agreement concerning the development of a specific stretch of *one* of those same boundary waters. Therefore, the law applicable in this case, which concerns the Gab_ıkovo/Nagymaros Project, is the agreement concerning that Project — the 1977 Treaty.

²⁶E.g., Lord McNair, *Law of Treaties*, p. 219 (1961); Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 93 (2d ed. 1984); Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, p. 103 (trans. Gidel 1929).

²⁷Agreement of 31 May 1976 between Czechoslovakia and Hungary on Regulation of Water Management Issues on Boundary Waters, SM, Vol. 2, Ann. 4.

²⁸E.g., CR 97/2, pp. 91 and 95; CR 97/3, pp. 18-19.

²⁹Vienna Convention on the Law of Treaties, *supra* Note 11, Art. 30 (3).

³⁰E.g., CR 97/2, p. 95; CR 94/4, p. 84; CR 97/5, p. 73; CR 97/6, p. 23.

c. *Sustainable Development*

M. President, Hungary further states that "Slovakia is willing to rely on 'soft' concepts and principles which emerged after 1977 where they support the exigencies of its case."³¹ Hungary refers particularly in this connection to the concept of sustainable development, which, according to Hungary, "only emerged as a legal term in 1987"³². Whether sustainable development emerged as a *legal* term in 1987, or only as a proposed new approach to reconciling economic development with environmental protection³³, is unimportant for present purposes. What is important is that the Project, as it has evolved, shows how a precious natural resource can be developed sustainably — that is, consistent with its protection and the protection of its related ecosystems. Yes, Slovakia relies upon the 1977 Treaty. But the Project, constructed pursuant to that Treaty, is not only consistent with evolving principles and concepts of environmental protection, it is also a tangible expression of them.

Still on the subject of sustainable development, Hungary claims it was "concerned to ensure that the 1977 Treaty was *implemented* so as to *balance* environmental and developmental needs"³⁴. Slovakia hardly needs to belabor the obvious point that Hungary was *not* concerned that the Treaty be implemented. It was concerned that it be terminated. Equally, Hungary's objective was *not* to balance environmental and developmental needs of the Parties; this was precisely what was being done, and in an evolving manner, through the Project. Hungary's objective was rather to serve its own interests, as Slovakia has shown.

d. *Co-operation*

Mr. President, one of the great ironies of Hungary's argument is its continual insistence upon *Slovakia's* failure to co-operate. This from a State that insisted upon Project accelerations and delays (which Czechoslovakia accepted), unilaterally suspended work at Nagymaros and Gabčíkovo and,

³¹HR, para. 1.39.

³²*Ibid.*

³³*World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission), Our Common Future*, Oxford University Press, 1987.

³⁴HR, para. 1.48, and CR 97/3, p. 23, para. 32.

ultimately, unilaterally and unlawfully walked away from a treaty relationship with its neighbour and co-riparian concerning a major joint project. What Hungary actually has in mind when it refers to Slovakia's "refus[al] to cooperate"³⁵ is in fact Slovakia's refusal to go along with Hungary's demands that work be halted on the Project. To put it another way, Hungary characterizes Slovakia's reliance on its *rights* under the 1977 Treaty as a failure to co-operate. This argument surfaces again in relation to Variant C, when Hungary accuses Slovakia of failing to negotiate in good faith. As my colleague and friend Professor Pellet will later explain, Hungary's theory there is the same: "failure to negotiate" means failure to accede to its demands.

e. Hungary's Test concerning Prevention and Precaution

Mr. President, with regard to "prevention and precaution", Hungary denies that it believes the obligation to prevent harm is absolute³⁶. However, after making that abstract statement, Hungary fails to show why its argument does not lead precisely to an *absolute* obligation to prevent *all* environmental harm. That is, Hungary does not explain how its position would admit to any change to the environment in the Project area. Hungary then "specifically invokes the test referred to by Australia in the *Nuclear Tests* cases". That test is that "activities cannot be considered to be lawful unless they are 'generally regarded as natural uses of territory in modern industrial society and are tolerated because, while perhaps producing some inconvenience, they have a community benefit'³⁷. Hungary's application of this test to the present case consists of the following single sentence: "The likely consequences of the Original Project went far beyond mere inconvenience, or an incidental and tolerable effect of an otherwise socially desirable scheme."³⁸

This line of argument calls for the following responses: First and foremost, this is a treaty case; *Nuclear Tests* was not. Hungary involves a test applied by one party to a case involving an activity by a single State, and would have the Court apply it to a case involving a joint project undertaken

³⁵HR, para. 1.41.

³⁶HR, para. 1.52.

³⁷HR, para. 1.53.

³⁸*ibid.*

pursuant to an international agreement. Second, Hungary compares apples and oranges — or, more specifically, atmospheric nuclear tests and a multipurpose dam project; the activities involved in the *Nuclear Tests* cases in the present one, as well as their purposes, are as different as night and day. These points show how inapposite Hungary's test is to the present case. They also betray Hungary's fundamental strategy, namely, to portray this as a non-treaty case that involves an activity entailing great risks for humanity and the environment with few or no benefits for either.

Another noteworthy feature of the test selected by Hungary is that its purpose is to determine the *lawfulness* of the activity in question. In employing this test, and suggesting that it is not satisfied, Hungary seems to be saying that the Project itself is unlawful. That is obviously something quite different from arguing that Hungary was within its rights in suspending and terminating work on the Project, and in withdrawing from the 1977 Treaty. It borders on saying that the Project was prohibited by a norm of *jus cogens* — something Hungary does not in fact openly argue. And it implies that a whole host of similar projects around the world, both existing and under construction, would also be unlawful.

Hungary's single-sentence application of its chosen test to the present case consists of a series of unsubstantiated assertions. Thus Hungary refers to the "likely consequences" without either defining what is meant by the term "likely" or disclosing the studies that support this supposed likelihood. Just as Hungary fails to specify the consequences to which it refers, so also it fails to disclose the standard it employs to determine that the Project's consequences "*went far beyond* mere inconvenience, or an incidental and tolerable effect of an otherwise socially desirable scheme". Still less does Hungary address why it has not already *accepted* any such effects of the Project, by agreeing to them in the Treaty.

Despite these serious problems with Hungary's arguments, if one looks closely at the test itself, as inapposite as it may be, one cannot help but be struck by how comfortably the Project fits within its terms. A multipurpose dam project is "generally regarded as [a] natural use[] of territory in modern industrial society"; and if it produces any inconvenience, it is "tolerated because ... [it has] a community benefit." Moreover, it cannot be overemphasized that the "community" in question in this

case includes Hungary — which accepted, in the 1977 Treaty, certain environmental alterations as well as financial and other obligations, in return for the substantial benefits it would derive from the Project. Of course, the "community" involved here also includes all States whose vessels navigate the Danube.

f. *Article 21 of The International Law Commission's Articles on International Watercourses*

International watercourses

Mr. President, these considerations apply equally to Hungary's invocation of Article 21 of the International Law Commission's draft articles on international watercourses. Hungary refers specifically to paragraph 2 of that Article, which calls upon States sharing an international watercourse to "prevent, reduce and control pollution . . . that *may* cause significant harm to other watercourse States or to their environment"³⁹. According to Hungary, Slovakia appears to believe, in contrast, "that the harm or damage must be a *fact* before anything can be done about it"⁴⁰. Hungary has cited Slovakia's Counter-Memorial in this connection, but such an implication is nowhere to be found in that pleading. What Slovakia *did* say there was that international law does not take cognizance of mere unsubstantiated suspicions and assertions. Indeed, probably no branch of law at all would do so. This holds true, *a fortiori*, for Article 21 (1).

Mr. President, before proceeding further down this path I must emphasize that it is one the Court need not travel at all: Hungary did, after all, accept the Project's impacts — both positive and negative — in the 1977 Treaty; and no one contends that the ILC's Article 21 reflects a norm of *jus cogens*. But leaving this fundamental point to one side, the question must be asked whether two rational States would decide to undertake a project that would, on balance, cause them significant harm. I speak not of isolated consequences, here or there, but of the overall net effect of the project. The answer must surely be "no". And there is absolutely no indication that Hungary and Czechoslovakia, after considering the results of the numerous studies conducted before 1977, decided that the Project would be, on balance, harmful to them, but that they would go ahead with it anyway.

³⁹HR, para. 1.54; emphasis Hungary's.

⁴⁰CR 97/4, p. 18, para. 21; emphasis in original. See also HR, para. 1.54.

On the contrary, all indications point in precisely the opposite direction — namely that the Parties satisfied themselves that the Project would bring a variety of substantial benefits, including environmental ones, and that adverse consequences could be mitigated or avoided. Measures were taken, by both Parties, to (and I quote from draft Article 21) "prevent, reduce and control pollution" of the Danube and related water supplies. The irony here is that many of the most significant pollution threats have in fact resulted from Hungary's own failure to do this — specifically, to construct sewage treatment plants in a number of Hungarian cities.

Most importantly for the present case, however, the ILC's draft articles were intended to govern situations *not covered* by a treaty between the watercourse States concerned. This is evident from Article 3 of the draft, which encourages those States to enter into specific agreements that apply and adjust the provisions of the draft articles to suit the watercourse(s) in question. As Slovakia has explained in its written pleadings, this is precisely what the 1977 Treaty did. Thus, as Hungary has itself been at pains to point out, the 1977 Treaty contains its own specific provision on water quality — Article 15. As I tried to show yesterday, this Article is one of those that specifically contemplates implementation through the Joint Contractual Plan.

g. The "Precautionary Principle "

Mr. President, Hungary's final argument concerning the 1977 Treaty and involving environmental law has to do with the "precautionary principle". Hungary has made much of this principle in its pleadings, to the point that it almost seems at times to rest its entire case upon it. Once again, however, Hungary loses sight of the fact that the G/N Project is not a unilateral undertaking, but is a creature of a treaty relationship between Hungary and, now, Slovakia. Hungary seems to suggest that the parties to a treaty for the construction of a system of dams and related works are not free to study, plan and implement the project in the way they see fit. Hungary further seems to suggest that after work on the project has been underway for more than a decade, one of the parties may abandon the project, withdraw from the treaty, on the basis of an emerging principle it alleges was not followed. In doing so, Hungary effectively treats the precautionary principle as a norm of *jus cogens* — that is, Hungary seems to suggest that the principle could overturn the Treaty if the

principle had not been properly observed by the Parties. But leaving this major problem aside, the fact is that the Parties *did* take enormous precautions; the principle *was* observed.

Mr. President, the "precautionary principle" was never intended to disrupt treaty relations. It was never intended to override treaty provisions or entire treaties. It is simply a principle — or "approach", to use the terminology the international community agreed to in the Rio Declaration⁴¹ after much discussion — an approach that counsels using caution in order to protect the environment. It is intended to be applied by individual States, "according to their capabilities". Thus it is not an inflexible, absolute standard.

If we take a close look at Principle 15 of the Rio Declaration (which is now on the screen behind me), we will see that the conduct of the Parties in relation to the Project was fully compatible with the precautionary approach. The approach is triggered by "threats of *serious or irreversible* damage". As I tried to demonstrate this morning, no substantiated threat of such damage was presented by Hungary prior to its suspension and abandonment of work on the Project, or its repudiation of the Treaty. This despite exhaustive studies of the Project by the Parties both before and after 1977, as Mr. Wordsworth has demonstrated. Hungary brandishes evocative expressions such as "environmental disaster" but it has never adduced the proof to back up its charges. It would defy reason to interpret the precautionary approach, or principle, to permit such assertions to halt projects such as this one, especially when they are mostly complete.

Principle 15 next speaks of "lack of full scientific certainty" that serious or irreversible damage will occur. For example, there was "lack of full scientific certainty" in the mid-1980s that stratospheric ozone depletion was occurring. However, in light of the serious and irreversible damage that ozone depletion could cause, it was agreed in 1987 that cost-effective measures should nevertheless be taken to prevent such damage⁴². But our case is not at all analogous. Again, I explained this morning that Hungary produced no evidence that the Project would result in serious or

⁴¹Rio Declaration on Environment and Development, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev.1, 13 June 1992, 31 *ILM* 874, 879 (1992).

⁴²Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 16 September 1987, 26 *ILM* 1550 (1987).

irreversible damage. So this is not a case where there was a substantial body of scientific opinion suggesting a likelihood that serious or irreversible damage might occur. Quite the contrary.

Still addressing Principle 15's reference to "lack of full scientific certainty", Hungary's Scientific Evaluation talks at great length about the uncertain aspects of the Project. But this document was prepared after the fact, especially for this case, as an annex to Hungary's Counter-Memorial. And, *all* it shows is uncertainty. As Slovakia has demonstrated in its Reply, Hungary's Scientific Evaluation does not prove any risk of serious or irreversible damage. Mr. President, complete scientific *certainty* is seldom, if ever, achieved. Therefore, in referring to scientific *uncertainty*, the Rio Declaration must have in mind a genuine and substantial scientific debate — such as those concerning stratospheric ozone depletion and global climate change. Any uncertainty with regard to the Project is hardly of that magnitude, nor, of course, is there any question of the Project entailing anything like the risk of harm those phenomena involve.

Finally, Principle 15 States that a lack of full scientific certainty "shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation". In other words, if there is a credible threat that an activity will cause serious or irreversible damage to the environment, cost-effective measures should be taken to prevent such damage — even if there is not *full* scientific certainty that the damage will occur. This seems eminently sensible. But, Mr. President, the situation is just the *reverse* in our case: rather than there being less than full scientific certainty that the Project *would* result in serious and irreversible damage, the issue was whether there could be full, 100% certainty that it would *not* result in such damage. But again, full scientific certainty is practically unheard of. Thus, for example, a similar lack of full scientific certainty is found with regard to virtually every other project of this kind. Therefore, to interpret the precautionary principle to prevent development projects unless *all* uncertainty — that is, *100%* of the uncertainty — were eliminated, would be to stop development. It would require a State to establish with complete *certainty* that absolutely *no* environmental problems of the kind referred to would arise. It would require proof of a negative proposition, something any lawyer would recognize to be nearly impossible. This cannot be what some 180 States accepted at Rio.

What Principle 15 does say is that where there are threats of serious or irreversible environmental damage, the lack of full scientific certainty that such damage will occur should not cause postponement of cost-effective measures of prevention. Regardless of whether such threats existed, cost-effective measures to prevent any adverse environmental impacts *were* in fact readily available. I refer, for example, to the 1985 Opinion of Hungary's own Academy of Sciences, given in relation to Hungary's 1985 Environmental Impact Assessment, that Mr. Wordsworth has already discussed. It found: "A development of the area accommodating the [facilities aimed at the elimination of unfavourable impacts] may result in a *more* favourable situation than the present one."⁴³ Cost-effective measures were available. Moreover, the Hungarian Academy of Sciences went on to recommend that the Hungarian Government "take measures as soon as possible to resolve the treatment of sewage effluents, primarily the treatment of domestic and industrial sewage of the main pollution sources: the [Hungarian] cities of Győr, Komárom, Dorog and Esztergom ..."⁴⁴. So, if we are going to talk about scientific certainty, it *was* certain that pollution of the Danube would *continue* to occur, if Hungary failed to construct the sewage treatment plants just referred to, as envisaged by the Treaty. Yet that is precisely what Hungary failed to do — evidently because of the expense involved.

On the other hand, a number of measures aimed at protecting and ameliorating environmental conditions have been or could have been taken. These include Czechoslovakia's proposal to limit or even eliminate peak power operations if this proved necessary after careful study, and the implementation by Czechoslovakia and Slovakia of a recharge system for the river branches. For its part, Hungary has, if belatedly, installed an underwater weir in the old bed of the Danube to recharge the branches on its side of the river.

To conclude on this point, Mr. President, it is Slovakia's position that the precautionary approach, or principle, was fully complied with in the present case. The thorough studies of the Project's potential environmental impacts revealed no evidence of threats of serious or irreversible

⁴³HC-M, Vol. 3, Ann. 39, at p. 109; emphasis added.

⁴⁴*Ibid.*

damage from the Project. Nevertheless, measures to prevent environmental degradation were taken, and Czechoslovakia and Slovakia have implemented measures to protect and restore the environment. While Hungary places great store in the precautionary principle, it does *not* in fact assert that it is part of international law. But whatever its status, there is no denying that the Parties took enormous precautions with regard to the Project.

Mr. President, I have about 15 minutes more. Should I go on, or would you prefer to take a break?

The PRESIDENT: Please proceed.

Mr. mCcaffrey: Thank you, Mr. President.

h. Environmental Impact Assessment

I now turn to environmental impact assessment, or "EIA", on which Hungary has also laid great stress⁴⁵. Hungary contends no "adequate" EIA was conducted on the Project⁴⁶ and says that this was a factor which led it to invoke a state of necessity⁴⁷. Hungary tries to belittle its own, major 1985 EIA by calling it an "EIS" — environmental impact *statement* — as if this label could change the substance of the document and make it fatally defective.

Mr. President, even on their face, these are curious arguments indeed. But they become even more puzzling on close examination. First of all, there is no magic to the three words, "environmental impact assessment"; even the seminal United States legislation on the subject uses the expression "environmental impact *statement*"⁴⁸. Thus, contrary to Hungary's contention, the question of *form* is not at all decisive. Second, Hungary has never made any attempt to establish that EIA is required by international law, either on the national or on the international level. One is therefore left to wonder,

⁴⁵E.g., CR 97/3, pp. 59-60 and 63-65.

⁴⁶HR, p. 30.

⁴⁷HR, p. 119, para. 3.17.

⁴⁸National Environmental Policy Act of 1969, § 102(2)(C), Pub. L. No. 91-180, 83 Stat. 852, 42 USCA §§ 4331 *et seq.*

what is the legal significance of any alleged failure to carry out an EIA? Third, if Hungary is claiming that there was an obligation to conduct an EIA concerning the Project, does this obligation apply to *transboundary* impacts? If so, why would it apply here, in the case of a *joint* project in which the other state had carried out its own studies and accepted any impacts itself? I will return to this point in a moment. If the obligation applies to *domestic* impacts, why was it not satisfied by the extensive studies conducted by the parties — and how can Hungary argue that there was such an obligation in view of the fact that it repealed its own EIA legislation in 1989?⁴⁹ Fourth, even assuming there was some kind of legal obligation to conduct an EIA, when did that obligation arise? Prior to 1977? By 1989? Or 1992? Finally, still assuming there was an EIA obligation, and that it was not fulfilled, how could it override the Treaty — unless it was a peremptory norm of international law, which Hungary obviously does not claim?

Mr. President, as its name implies, "environmental impact assessment" generally refers to the study of a proposed project to determine its likely impact on the environment. It is not the purpose of the EIA process to determine whether a given project should go forward; its purpose is, rather, to provide information to the decision-maker concerning potential environmental impacts⁵⁰. A decision on whether and how to proceed with the project can then be made in light of full information on its environmental effects, alongside information on other matters such as economic cost, economic and developmental benefits, safety benefits, and so on.

My colleague Mr. Wordsworth has already reviewed for the Court the extensive studies conducted by the parties both prior to and after the conclusion of the 1977 Treaty, and I have looked at the studies available in 1989-1990. The pre-1977 studies were not called an "EIA" when they were conducted because, as is evident from Hungary's written pleadings⁵¹ that term — and indeed the

⁴⁹SR, Ann. 2. "It was . . . only in June 1993 that the Hungarian Government issued its EIA Decree (No. 86-1993 VI.4) for Provisional Regulation of the Assessment of Environmental Impact of Certain Activities." HC-M, Vol. 2, p. 234.

⁵⁰See, e.g., Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, decision 14/25 of the Governing Council of the United Nations Environment Programme (UNEP) of 17 June 1987, Goal No. 1.

⁵¹HC-M, Vol. 2, p. 236.

process itself — was simply not well known at the time. But the fact remains that by the time the Treaty was signed in 1977, a large number and wide variety of studies had been conducted by the parties concerning all kinds of matters that would be covered by what is now called an "EIA". Hungary's contention that no adequate EIA was conducted⁵² cannot change the fact that it accepted pre-Treaty studies as being sufficient when it entered into the Treaty. Slovakia believes that the pre-Treaty studies fulfilled the same basic purpose that an EIA fulfils today. But even in the highly unlikely case that they did not, Hungary may not now be heard to question the adequacy of pre-Treaty studies *unless* the preparation of an EIA, in the strict formalistic sense intended by Hungary, has become required by a peremptory norm of international law — and, I might add, unless any such requirement was also not satisfied by Hungary's own EIA, carried out between 1983 and 1985. Mr. President, I hesitate to leave the realm of reality entirely, but even assuming the emergence of a peremptory norm *and* noncompliance with it, this still would not require demolition of the Project. But not even Hungary contends that an EIA is required by a norm of *jus cogens*, as I have noted. Yet Hungary's argument implies that it *is*. This is especially remarkable since Hungary's own pleadings demonstrate that the nature of the EIA process is only *now* becoming clear⁵³. It is simply inconceivable to Slovakia that such a concept, however meritorious, which is still in the process of development — even in Europe⁵⁴ — could require a State to abandon extensive works it was required by a treaty to construct.

It is against this background, Mr. President, that I would like to address very briefly Hungary's argument concerning environmental impact assessment. First, Hungary contends that "no adequate EIA was ever done prior to or subsequent to entering into the 1977 Treaty"⁵⁵. Hungary then goes on

⁵²E.g., CR 97/2, p. 29; CR 97/3, pp. 60 and 61. See also HR, p. 30.

⁵³HC-M, Vol. 4 (2), p. 860.

⁵⁴The directive adopted by the European Community in 1985, 85/337, was still not being complied with in most member States in 1991 (COM(93)28 Final, 13 vols. (1993)); the ECE Espoo Convention on EIA in a Transboundary Context of 25 February 1991, 30 ILM 800 (1991), is not yet in force. UN *Economic Commission for Europe, ECE Environmental Conventions* (as of 21 February 1997). Neither Hungary nor Slovakia had ratified the Convention as of that date.

⁵⁵See note 52, *supra*.

to say that this alleged lack of a "proper EIA or its equivalent" was one of the factors that led it to invoke a state of necessity as a basis for suspending work on the Project⁵⁶. Hungary is thus saying that the Parties' assessment of the Project's environmental impact was not "*adequate*" — in the sense that it did not measure up to today's standards. But surely this can have no legal relevance. Apart from the *ex post facto* problem with applying today's standards to studies conducted over two decades ago, Hungary does not attempt to establish that an EIA was legally required at any relevant time. Furthermore, Hungary's argument suggests that it is for Hungary alone to determine whether the assessments conducted were "adequate", without regard to the views of its treaty partner. Not only that, but Hungary may change its mind on this point, many years after it originally accepted the relevant studies as having then been adequate. Mr. President, none of these arguments seriously challenges the adequacy of environmental impact assessments conducted by the Parties.

A second point has to do with the fact that the G/N Project was a *joint undertaking*, carefully designed by two sovereign States acting in close co-operation with each other. After years of research, planning, and studies — which, according to Hungary's 1985 EIA began in 1951⁵⁷ — these two States, Hungary and Czechoslovakia, memorialized their agreement to embark upon the joint project in the 1977 Treaty. This case is therefore well covered by the maxim, *volenti non fit injuria* — one who consents cannot receive an injury. Hungary was a partner in the Project, not an uninvolved neighbour.

This also explains why there would not have been any obligation on Czechoslovakia before or after 1977 to conduct an EIA concerning potential effects of the Project *in Hungary*. To impose such a requirement would be to say to Czechoslovakia, "Even though you and Hungary have thoroughly studied the potential impacts of the Project *together*, you must do it again separately, with regard to any impacts in Hungary." Such a requirement of an additional, redundant EIA would be plainly absurd.

⁵⁶HR, p. 119, para. 3.17.

⁵⁷HM, Vol. 5 (Part I), Ann. 4, at p. 15.

In any event, it is clear even from Hungary's pleadings⁵⁸ that there could have been no obligation under international law prior to 1977 to conduct an EIA, either for potential transfrontier effects⁵⁹ or for purely domestic ones⁶⁰. Furthermore, according to Hungary's "Scientific Evaluation", in the 1990s "[i]t becomes clear that EIA is still not solving our environmental problems"⁶¹.

To sum up on the EIA point, Mr. President, Hungary does not and cannot deny that extensive studies were conducted on the potential environmental impact of the Project both before and after 1977. Hungary never seeks to establish that international law required an EIA at any relevant time, much less that an EIA would have been required by a norm of *jus cogens*. Therefore, even if an EIA had not been conducted, the responsibility of neither party would be involved, nor would the 1977 Treaty be invalidated. Finally, the fact that EIAs or their equivalent *were* conducted means there is no basis for Hungary's argument — self-contradictory though it is — that it had to invoke a state of necessity because of the *lack* of an EIA.

In closing, Mr. President, it is unnecessary for me to dwell on the point that Slovakia strongly supports efforts to protect the environment — on the national, regional and global levels — as demonstrated by its legislation, its participation in recent regional and global environmental protection conventions, and its membership on both the Commission on Sustainable Development and the Governing Board of UNDP⁶². And it goes without saying that Slovakia subscribes entirely to the Court's own statements concerning the environment in the *Nuclear Weapons* Advisory Opinion⁶³,

⁵⁸HC-M, Vol. 2, pp. 234 *et seq.*

⁵⁹The only convention on the subject, the UN ECE "Espoo Convention" on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context was not concluded until 1991 (25 February). 30 *ILM* 800 (1991). It is not yet in force (note 54, *supra*).

⁶⁰The discussion of "the evolution of EIA" in the Hungarian "Scientific Evaluation" shows that there was very little State practice on the national level by 1977: only the United States and Canada had adopted EIA legislation in the 1970s. HC-M, Vol. 2, p. 237.

⁶¹*Ibid.*, p. 240.

⁶²SR, para. 3.06, and note 6.

⁶³*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, General List, No. 95, para. 29.

referred to by Hungary⁶⁴. Slovakia believes, however, that the law of the environment is fully compatible with, and indeed supports, the 1977 Treaty, the G/N Project, and, the law of treaties and stability in international relations that that branch of international law provides.

Mr. President, Members of the Court, that concludes my presentation, and Slovakia's argument concerning Applicable Law. Mr. President, may I suggest that perhaps after the break you call upon my friend and colleague, Professor Pellet, who will introduce the next section of Slovakia's oral pleadings, which address Hungary's purported justifications for its breaches. Mr. President, Members of the Court, thank you very much for your kind attention.

The PRESIDENT: Thank you, Professor McCaffrey. The Court will suspend for 15 minutes.

The Court adjourned from 16.30 to 16.50 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. I call on Professor Pellet.

M. PELLET : Merci, Monsieur le Président.

5. Les justifications avancées par la Hongrie à l'appui de la suspension et de l'abandon des travaux et de la prétendue « terminaison » du Traité

RAPPEL DE LA CHRONOLOGIE

Monsieur le Président, Messieurs les Juges,

1. Après avoir rappelé le droit applicable à la présente espèce, l'équipe de plaidoirie de la République slovaque va maintenant faire application de ces règles aux faits de la cause. Dans un premier temps, le professeur McCaffrey et moi montrerons que la Hongrie ne peut trouver, ni dans le droit des traités, ni, à fortiori, dans celui de la responsabilité, aucune justification à l'appui de ses suspensions puis de ses abandons successifs des obligations lui incombant en vertu du traité de 1977 et enfin de la prétendue « terminaison » de celui-ci, qui s'analyse dès lors en une répudiation illicite pure et simple.

⁶⁴CR 97/2, p. 51.

2. Toutefois, liminairement, il convient de revenir sur certains aspects factuels de l'argumentation hongroise qui repose sur des confusions chronologiques soigneusement entretenues.

Les écritures des Parties sont abondantes, et il n'entre pas dans mes intentions de répéter ici les faits déjà décrits en détails par la Slovaquie (MS, par. 4.01-4.84, p. 129-177; CMS, par. 5.01-5.112, p. 97-142 ou RH, par. 7.18-7.40, p. 165-178; par. 8.01-8.26, p. 191-202; et par. 9.01-9.55, p. 213-235). Ils font l'objet d'un tableau «récapitulatif» dans le document figurant sous le numéro 22 dans le dossier des juges. Je voudrais seulement, à partir de quelques dates-clés, montrer que la Hongrie ré-écrit très librement l'histoire.

3. La première date importante est évidemment celle du 13 mai 1989 puisque ce jour-là, à peine plus de trois mois après la conclusion du protocole du 6 février 1989 qui accélérât les travaux à sa demande, le Gouvernement hongrois décida, sans avertissement préalable, de suspendre les travaux à Nagymaros (MH, vol. 4, annexe 147, p. 351). Le professeur Crawford a héroïquement tenté d'expliquer ce qu'il appelle pudiquement ce «revirement apparent» (CR 97/4, traduction, p. 9) en disant simplement que le protocole en question aurait dû être signé un an plus tôt (*ibid.*). «Et alors?» serais-je tenté de dire... Le revirement n'en a pas moins eu lieu; il était total : on accélère en février 1989; on suspend en mai; et ce protocole de 1989, proprement extorqué à la Tchécoslovaquie, n'a tout de même pas été signé par inadvertance : il l'a été par le vice-premier ministre hongrois, pas moins (aujourd'hui ministre des finances, pas moins...) et celui-ci ne pouvait tout de même pas ignorer que l'accord, conclu en forme simplifiée, engageait son pays à la date de sa signature...

Quant à la suspension des travaux à Nagymaros, il n'est pas sans intérêt de noter qu'elle a été décidée *avant* que soient examinées les conséquences juridiques, économiques et écologiques de l'arrêt éventuel de l'investissement prévu, comme l'indique expressément la résolution gouvernementale hongroise (dont la teneur n'a été communiquée à la Slovaquie qu'oralement...). Il en ressort également que, dès cette date, la Hongrie envisageait formellement l'amendement du traité de 1977 et la renégociation des contrats la liant avec des sociétés autrichiennes en vue de la réalisation des travaux à Nagymaros. Il est clair aussi qu'elle entendait bien ne plus s'acquitter de ses obligations concernant au moins cette partie du projet, ce que le Parlement hongrois approuva formellement le 2

juin (voir MH, vol. 4, annexe 148, p. 353). La Tchécoslovaquie protesta fermement le surlendemain, puis à plusieurs reprises durant les semaines suivantes.

4. Bien sûr, ceci n'a pas dissuadé la Hongrie de prolonger la suspension des travaux à Nagymaros et de l'étendre à l'élément d'amont — au mépris des assurances formelles données en mai à la Tchécoslovaquie, selon lesquelles seul Nagymaros était en cause. Cette grave décision fut prise le 20 juillet 1989, c'est-à-dire le lendemain d'une réunion des experts des deux Parties qui avaient entrepris d'étudier l'argumentation avancée par la Hongrie à l'appui de la suspension unilatérale des travaux à Nagymaros (cf. MH, vol. 4, annexe 18, p. 39).

Le 20 juillet 1989, donc, outre l'extension de la suspension des travaux à Nagymaros, la Hongrie a décidé que :

«Les travaux préparatoires de la fermeture du lit du Danube à Dunakiliti devront être suspendus jusqu'au 31 octobre 1989.» (MH, vol. 4, annexe 149, p. 354 - ma traduction.)

La Hongrie se flatte du caractère limité de cette suspension en insistant à plusieurs reprises sur le fait que les travaux sur le site de Gabčíkovo proprement dit continuaient (cf. CR 97/4, p. 12, M. Crawford; MH, par. 9.06, p. 259-260 ou CMH, par. 2.36, p. 111). Ceci est directement contredit par la résolution du Conseil des ministres hongrois du même jour qui indique que la décision «intéresse tout le secteur hongrois du Danube» (MH, vol. 4, annexe 19, p. 40).

Du reste, comme la Partie hongroise a bien été obligée de le reconnaître elle-même, «La suspension ... retarde ... la mise en service des premières turbines de la centrale hydro-électrique.» (Note verbale du 1^{er} septembre 1989, MH, vol. 4, annexe 24, p. 52.)

Du même coup, la Hongrie reconnaît au moins que le protocole de 1989 — conclu à sa propre demande — n'était plus en vigueur à ses yeux.

5. La troisième étape cruciale intervient après le fameux rapport Hardi de septembre 1989 qui éclaire le chantage à la renégociation fait par la suite par la Hongrie (cf. MH, vol. 5, annexe 8, note p. 165). Il s'agit de la résolution du Gouvernement hongrois du 27 octobre 1989, dont la Hongrie s'est toujours employée à occulter une partie du contenu et à minimiser la portée.

Ici encore, il n'est pas sans intérêt de relever que cette résolution a été adoptée le lendemain

d'une rencontre très importante entre les chefs de Gouvernement hongrois et tchécoslovaque. On nous a parlé, il y a trois semaines d'«un véritable dialogue de sourds» (CR 97/3, p. 77, M. Dupuy). En réalité, Monsieur le Président, «il n'est pire sourd que celui qui ne veut pas entendre». Et, dorénavant, la Hongrie va continuellement «faire le sourd».

C'est à nouveau le cas en ce qui concerne la résolution du 27 octobre 1989. La veille donc, 26 octobre, lors d'une rencontre avec son homologue hongrois, le premier ministre tchécoslovaque propose de renoncer à l'accélération des travaux à Nagymaros, prévue par le protocole du 6 février et de revenir au calendrier de 1983; en même temps, le premier ministre tchécoslovaque suggère la conclusion d'«un accord distinct par lequel les deux parties s'astreindraient elles-mêmes à limiter ou à exclure le fonctionnement en régime de pointe du système de barrage de Gab_íkovo-Nagymaros». Ceci montre l'entière ouverture d'esprit de la Tchécoslovaquie qui, au plus haut niveau, celui de son chef de Gouvernement, envisage formellement l'éventualité d'exclure la production d'électricité de pointe prévue par le traité. Ceci laisse, il est vrai, nos contradicteurs impavides : «Jamais [affirme sans sourciller le professeur Dupuy] [la Tchécoslovaquie] n'envisagea de remettre en cause ne fût-ce qu'une partie du projet initial.» (CR 97/3, p. 77.)

Quant au secteur amont, le premier ministre tchécoslovaque propose d'«examiner la proposition de la partie hongroise de signer un accord ... au sujet d'un système de garanties techniques, opérationnelles et écologiques relatif au système de barrage de Gab_íkovo-Nagymaros» (MH, vol. 4, annexe 28, p. 63).

Cette note, dans laquelle le professeur Crawford a vu l'une des deux «meilleures offres» («best offers») tchécoslovaques (CR 97/4, p. 21), ne fait d'ailleurs que *confirmer* les propositions faites quatre jours plus tôt par le premier ministre de la Tchécoslovaquie.

Ainsi, contrairement aux affirmations hongroises (cf. CR 97/4, p. 25, M. Crawford) la Tchécoslovaquie — qui proposait un calendrier précis pour la négociation de l'accord souhaité par la Hongrie —, n'ignorait nullement les préoccupations exprimées par cette dernière; bien au contraire, elle répondait positivement et entièrement aux souhaits exprimés les 4 et 11 octobre par

celle-ci; de plus, contrairement à ce que prétend la Partie hongroise (CMH, par. 2.45, p. 114), la réponse tchécoslovaque :

1) n'excluait nullement l'amendement du traité de 1977 sur le problème de la production d'électricité de pointe, mais l'impliquait au contraire, puisqu'elle envisageait de limiter ou d'exclure ce mode de production, si les études sur les retombées écologiques du projet confirmaient les craintes hongroises;

2) la Tchécoslovaquie envisageait expressément d'annuler le protocole de 1989 de façon à laisser quinze mois — quinze mois ce n'est pas rien — aux Parties pour étudier le bien-fondé éventuel des craintes hongroises; et

3) elle n'exigeait pas — c'est la Tchécoslovaquie bien sûr — la fermeture immédiate du Danube à Dunakiliti puisque, bien au contraire, la note verbale du 30 octobre précisait que les autorités politiques des deux pays devraient d'abord se mettre d'accord sur les principes sur lesquels reposerait le futur accord de garanties écologiques, puis que, une fois ces principes arrêtés, la Partie hongroise «devra commencer à fermer effectivement le lit du Danube», et enfin la Tchécoslovaquie proposait que l'accord soit signé au plus tard fin mars 1990.

Dès le lendemain, 27 octobre 1989, sans faire aucunement allusion à la réunion de la veille, pourtant tenue au plus haut niveau, le Gouvernement hongrois n'en a pas moins adopté une nouvelle résolution qui décide, unilatéralement, l'abandon et de la production de l'électricité de pointe, et de la construction du barrage de Nagymaros. Il précise en outre clairement, qu'il n'était pas dans ses intentions d'abandonner les travaux dans le secteur amont du projet et que la Hongrie mettait pour seule condition à la reprise des travaux l'acceptation par la Tchécoslovaquie du principe de la conclusion d'un accord («*a Czechoslovak statement of willingness to conclude» an agreement*) ceci en vue de la minimisation des risques inhérents à un tel projet (MH, vol. 4, annexe 150, p. 356). Tout cela avait d'ores et déjà été accepté par la Tchécoslovaquie lors de la réunion du 26 octobre et fut confirmé par une note verbale le 30 octobre (MS, vol. IV, annexe 76, préc.).

6. Telle était donc la situation à la fin du mois d'octobre 1989 : à cette date, on pouvait penser qu'un accord, répondant aux préoccupations des deux Parties, serait rapidement trouvé, puisque,

faisant preuve de souplesse, la Tchécoslovaquie avait accepté toutes les exigences de son partenaire. Il n'en fut rien du fait d'un double durcissement de la position hongroise durant le mois de novembre.

En premier lieu, à la fin du mois, la Hongrie, faisant suite aux intentions exprimées dès le 13 mai 1989, dénonça les contrats qu'elle avait conclus avec des sociétés privées autrichiennes au milieu des années quatre-vingt pour procéder à la construction des barrages de Nagymaros et de Dunakiliti et la financer. La Partie tchécoslovaque ignorait cela qui ne fut révélé par les Hongrois que le 10 janvier 1990 pour ce qui est des contrats concernant Nagymaros (voir MS, vol. IV, annexe 79, p. 177) et dans la déclaration du 19 mai 1992 en ce qui concerne le secteur amont (voir MH, vol. 4, annexe 82, p. 158 et 162). La Hongrie a été d'une étonnante discrétion sur ce point cependant crucial durant les plaidoiries orales : seul le professeur Crawford, l'a évoqué en passant et a présenté cette dénonciation des contrats autrichiens comme étant simplement annoncée le 10 janvier 1990, pour le futur, alors qu'elle avait déjà, en réalité, eu lieu en novembre 1989 si, du moins, il faut en croire la déclaration hongroise du 19 mai 1992 (MH, vol. 4, annexe 82, par. 14). Et pourtant c'est essentiel : cela montre que, dans l'esprit des dirigeants de Budapest, il n'était plus question de procéder à l'achèvement des travaux sur ces deux sites. La «suspension» était devenue définitive à Nagymaros et à Dunakiliti — et, du même coup, c'est tout le projet (et plus seulement le secteur aval) qui est définitivement compromis : sans Dunakiliti, plus de dérivation; et sans dérivation, Gab_íkovo est condamné.

Dès lors, on doit considérer que TOUS les épisodes ultérieurs ne sont qu'un jeu de dupes pour la Tchécoslovaquie : quoi qu'elle puisse faire ou dire, son partenaire hongrois s'est privé lui-même des moyens d'exécuter ses obligations conventionnelles et a, *de facto*, répudié unilatéralement le traité. Ce faisant, la Hongrie s'inscrit d'ailleurs très exactement dans la perspective tracée par le si important rapport Hardi de septembre 1989, qu'elle a tenu secret jusqu'à l'ouverture de la présente procédure, et dont l'objet était clairement de permettre à la Hongrie de gagner du temps et de «découvrir» des prétextes juridiques pour «habiller» la thèse hongroise qui

en fait était uniquement fondée sur des préoccupations économiques (MH, vol. 5, part I, annexe 8, p. 142-180; voir note p. 165-166).

Dorénavant, la Tchécoslovaquie peut céder à toutes les injonctions de la Hongrie, celle-ci est bien décidée à n'en tenir aucun compte. Et c'est bien ce qui s'est produit.

En second lieu en effet, bien que les assurances données le 26 octobre par le premier ministre tchécoslovaque répondissent pleinement aux exigences de la Hongrie, ceci n'empêcha pas celle-ci, de réagir négativement, par sa note verbale du 30 novembre 1989, aux termes de laquelle elle soumettait la fermeture du Danube à Dunakiliti non plus à l'engagement de conclure l'accord sur la protection de l'environnement — ce que la Tchécoslovaquie avait d'ores et déjà accepté — mais à la *conclusion* préalable de cet accord et, surtout à l'abandon — sans autre discussion ni étude — de l'élément Nagymaros (MS, vol. IV, annexe 78, p. 169). Entre temps, la période propice à la fermeture du Danube et au remplissage du réservoir avait passé puisque, vous le savez, Messieurs de la Cour, une telle opération n'est possible que durant quelques semaines entre le milieu et la fin du mois d'octobre, période durant laquelle les eaux sont à leur plus bas niveau. La Hongrie avait, si je puis dire, «réussi son coup», le fonctionnement des écluses et de l'usine hydro-électrique de Gab_íkovo était retardé d'un an et, de Nagymaros, il ne pouvait plus être question...

7. Sans laisser aux nouvelles autorités politiques tchécoslovaques issues de la «révolution de velours», la possibilité d'arrêter leur attitude, le Gouvernement hongrois avait, dès le 11 décembre 1989, abandonné toute référence à des recherches scientifiques quelconques, conjointes ou pas, et exigé l'amendement du traité de 1977 et l'arrêt de tous les travaux (MH, vol. 4, annexe 31, p. 70). Le 10 janvier 1990, le premier ministre hongrois informait son homologue tchécoslovaque des mesures suivantes :

1) ne soufflant mot des contrats relatifs à Dunakiliti, il rappelait que les contrats de droit privé concernant la construction du barrage de Nagymaros avaient été dénoncés et que la position hongroise concernant ce secteur n'était pas négociable;

2° il renonçait à amender le traité dans le sens proposé le 30 novembre — moins de deux mois et demi plus tôt — par le Gouvernement hongrois et appelait à de nouvelles études débouchant sur de nouvelles négociations, qui devaient durer un an (ce qui, soit dit par parenthèses, aurait eu pour effet de retarder de deux nouvelles années la dérivation du Danube — et telle était d'ailleurs, assurément, la véritable raison de ce nouveau revirement);

3° — et c'est le plus important en ce qui nous concerne pour le moment —, il ajoutait :
«Je souhaite vous informer que la Partie hongroise suspendra les travaux de construction au cours de cette période et se contentera de maintenir le *statu quo*...»
(MH, vol. 4, annexe 32, p. 72.)

«Suspendra les travaux de construction» («*Shall suspend construction...*»), voilà qui a le mérite de la clarté. Dorénavant, tous les travaux incombant à la Hongrie en vertu du traité de 1977 seront suspendus, jusqu'à ce que la Tchécoslovaquie passe sous les fourches caudines hongroises. Cette «suspension» confirmait ce qui avait été annoncé dès le 20 juillet (MH, vol. 4, annexe 19, p. 40) et s'étendait dorénavant à l'ensemble des obligations conventionnelles assumées par la Hongrie en vertu de l'article 5 du traité (donc à tout le secteur amont du projet); et cette suspension n'était pas limitée dans le temps. Surtout, rompant avec ses promesses antérieures (les dernières en date, celles de novembre 1989, qui subordonnaient la fermeture du Danube à la conclusion d'un accord sur la protection de l'environnement) la Hongrie n'évoquait plus du tout cette issue.

8. Une nouvelle fois cependant, la Tchécoslovaquie fit preuve de compréhension puisque, le 15 février 1990, son premier ministre écrivit à son homologue hongrois pour appeler à la reprise de négociations bilatérales qui auraient porté, notamment, sur l'amendement du traité (MS, vol. IV, annexe 80, p. 179). On voit mal ce que la Hongrie pouvait attendre de mieux : la Tchécoslovaquie se déclarait prête à négocier *sur tout*, immédiatement et sans préalable. Et pourtant, dans sa réponse du 6 mars (MS, vol. IV, annexe 81, p. 181, ou MH, vol. 4, annexe 35, p. 75), le premier ministre hongrois ne tint aucun compte de cette ouverture et lut dans cette lettre de M. Calfa très exactement l'inverse de ce qui y était écrit, à savoir un refus de négocier sur Gab_ikovo, alors qu'il y est précisé au contraire que la reprise immédiate des conversations bilatérales «*pourraient conduire*» («could

lead») à un arrangement conjoint de telle sorte que l'élément Gab_íkovo «pourrait être opérationnel durant l'année 1991» («*could be put into operation during the year 1991*»).

De toute façon, nous le savons, la Hongrie avait répudié le traité et il ne s'agissait plus pour elle que de trouver un prétexte formel pour y mettre fin officiellement. Du reste, tout en utilisant à nouveau le verbe «suspendre» («la Partie hongroise suspendra ses travaux au cours des études et des négociations»), M. Nemeth n'ouvrait aucune perspective de négociations puisqu'il qualifiait péremptoirement — vous connaissez maintenant l'expression — le projet de «gigantesque fiasco» — c'est dire qu'aux yeux de la Hongrie, la «suspension» était bel et bien définitive.

9. Ceci devait être confirmé dans les mois qui ont suivi par :

— le programme du nouveau Gouvernement hongrois, présenté par M. Antall, le 22 mai 1990, qui qualifiait le projet d'«erreur» («a mistake») (MH, par. 3.110, p. 64; voir aussi la déclaration du 19 mai 1992; MH, vol. 4, annexe 82, p. 163); et puis

— la dénonciation, à la fin du mois de juin, des contrats liant la Partie hongroise avec les sociétés yougoslaves chargées du creusement du canal de dérivation en aval de Gab_íkovo (cf. MH, vol. 4, annexe 82, p. 158 et 162), dénonciations qui complétaient celle, intervenue en novembre 1989, des contrats autrichiens. Ainsi se trouvait consacré en droit l'abandon définitif des travaux incombant à la Hongrie sur l'ensemble du projet. Quoiqu'elle en dise ou qu'elle en écrive, la Hongrie avait, de ce fait, totalement répudié le projet.

10. L'intention avérée de la Hongrie de mettre fin au traité sans études ni négociations supplémentaires — intention déjà entrée dans les faits — fut réitérée par la résolution du 20 décembre 1990 du Gouvernement hongrois. Bien qu'il y réaffirme ses décisions antérieures sur la «suspension» des travaux, il y indique très clairement :

"The responsible ministers and the Governmental Plenipotentiary should start negotiations with the Government of the Czechoslovak Federal Republic *on the termination* of the 1977 Treaty by mutual consent and on the conclusion of a treaty addressing the consequences *of the termination*." (MH, vol. 4, annexe 153, p. 366; les italiques sont de moi.)

Curieusement, la Hongrie présente cette résolution comme une réitération de son désir de règlement bilatéral du différend (cf. MH, par. 3.115, p. 66). La Slovaquie pour sa part, a du mal à y voir quoi que ce soit d'autre que la volonté de la Partie hongroise de faire endosser par son partenaire

(il faudrait peut-être mieux dire : «son ex-partenaire») sa décision de mettre fin au traité. Et par la suite, il ne fut jamais plus jamais question de sa part — de la part de la Hongrie — de quelque négociation que ce soit en vue de reprendre le projet ou de l'aménager, pas davantage qu'elle n'a évoqué l'éventualité de mettre en œuvre le projet sans l'élément Nagymaros après novembre 1989 (cf. la question posée le 6 mars à la Partie hongroise par M. Vereschetin; CR 97/5, p. 83).

11. La résolution adoptée par le Parlement hongrois le 16 avril 1991 confirme cette interprétation. Elle est rédigée en termes très voisins et précise que le nouveau traité à intervenir devra régler «the issue of the consequences of the abandonment of the barrage system and associated main projects» (MH, vol. 4, annexe 154, p. 368).

Durant la procédure écrite, la Hongrie s'est employée à minimiser la portée de cette résolution en expliquant que son Parlement aurait pu rapporter cette décision (cf. CMH, par. 2.53, p. 117). Soit ! Il reste qu'elle n'a pas été rapportée et que, lors des semblants de négociations ultérieures, en particulier lors des importantes «rencontres de la dernière chance» qui eurent lieu les 10 et les 14 et 15 juillet 1991 (cf. MS, vol. IV, annexes 89 et 90, p. 223), les délégués hongrois s'abritèrent derrière leurs instructions pour refuser toute discussion sur autre chose que la terminaison du traité, alors que, pour leur part, les représentants tchécoslovaques avaient proposé de réunir une commission tripartite composée de membres tchécoslovaques et hongrois et de représentants de la Communauté européenne, commission qui aurait été chargée d'étudier l'ensemble des solutions soumises par les Parties — l'ensemble des solutions, et pas seulement la variante C (*ibid.*).

12. Les choses, Monsieur le Président, sont beaucoup plus claires que veut le faire croire la Hongrie par des distinguos entièrement artificiels et elles se présentent ainsi :

1° en suspendant les travaux à Nagymaros le 13 mai 1989, la Hongrie a retardé d'emblée l'exécution de l'ensemble du traité et, du même coup, elle a répudié le protocole de 1989;

2° en suspendant d'abord pour une période limitée — le 20 juillet 1989 —, puis *sine die*, — le 27 octobre 1989 — les travaux dans le secteur amont, elle suspendait du même coup l'application du traité dans son ensemble en empêchant la fermeture du Danube à laquelle elle pouvait, de fait (mais illicitement), s'opposer;

3° cette suspension est devenue répudiation pure et simple lorsqu'elle a abandonné les travaux définitivement à Dunakiliti en novembre 1989, avec la dénonciation des contrats «autrichiens», en juin 1990, avec celle des contrats avec les entreprises yougoslaves;

4° il ne s'est plus agi ensuite pour la Hongrie que de tenter d'arracher à la Tchécoslovaquie un accord à cette répudiation unilatérale.

Il est, dans ces conditions, Monsieur le Président, tout à fait extraordinaire que la Hongrie tente de présenter la date du 31 décembre 1991 comme étant celle de l'abandon des travaux à Gab_íkovo (cf. CR 97/4, p. 12, M. Crawford; MH, par. 9.06, p. 260 ou RH, par. 3.03, p. 115). Ce n'est d'ailleurs pas par hasard que l'article 2, paragraphe 1 a), du compromis fixe à l'année 1989 la date de la suspension et de l'abandon subséquent par la Hongrie des travaux à Nagymaros *et* sur la partie de l'élément Gab_íkovo dont elle assumait la responsabilité en vertu du traité.

13. Comme l'indique également le compromis — un autre traité entre les Parties avec lequel la Hongrie n'hésite pas à prendre pour le moins quelques libertés — c'est en novembre 1991 que la Tchécoslovaquie a décidé de «recourir à» («*to proceed with*») la solution provisoire, et en octobre 1992 qu'elle a été «mise en service» («*put into operation*»), et non en août 1989 (cf. MH, par. 3.88 et suiv., p. 53 et suiv.; 8.16, p. 247-248; par. 9.07, p. 260-262; CMH, par. 2.92 et suiv., p. 132 et suiv. ou RH, par. 2.18 et suiv., p. 74 et suiv.) ou pourquoi pas en 1982 ? (cf. RH, par. 2.15, p. 73) ou ... en 1918, puisque la «préhistoire» de la variante C remonterait à cette date (RH, par. 2.05 et suiv., p. 70 et suiv.; voir aussi CR 97/4, p. 75, M. Sands)!

Ce n'est pas exact, et ce n'est pas sérieux.

Ce qui est exact, c'est que, en effet, dès qu'il fut clair que la Hongrie faisait peser une menace sur la réalisation de l'investissement commun, la Tchécoslovaquie commença à réfléchir aux moyens de ne pas «perdre sa mise», et que des hommes politiques et des journalistes envisagèrent la

possibilité d'une dérivation en amont de Dunakiliti, en territoire slovaque; il suffit d'ailleurs de regarder une carte pour constater qu'il y avait là une possibilité. C'est que, Monsieur le Président, il faut bien voir que la Tchécoslovaquie «perdait tout» à l'abandon du projet : les sommes énormes déjà investies et le potentiel hydro-électrique attendu, mais aussi l'amélioration des conditions de navigation et la protection contre les inondations qui, M. Mikulka l'a montré, constituaient aussi des avantages essentiels du projet.

14. De toutes manières, les travaux étaient tellement avancés qu'il était impossible de ne pas remplir le réservoir de Gab_ıkovo, sauf à s'acheminer vers une catastrophe écologique qui, pour le coup, aurait été certaine et pas éventuelle. Vous le constaterez, Messieurs les Juges, de vos propres yeux, lorsque vous vous rendrez sur les lieux. La variante C constituait le moyen, le seul moyen, d'éviter cette catastrophe si la Hongrie persistait dans son attitude.

Très loyalement, les autorités tchécoslovaques ont averti leur partenaire de cette possibilité dès les premières difficultés — comme cela avait été le cas en 1982-1983 lorsque la Hongrie avait, une première fois, paru remettre en cause ses engagements (cf. MH, vol. 4, annexes 160 et 161, p. 379 et 381). Le tableau vétilleux qui figure entre les pages 76 et 77 de la réplique hongroise montre deux choses : d'une part que les autorités tchécoslovaques n'ont jamais fait mystère de cette possibilité — qu'encore une fois, toute personne sensée pouvait envisager; d'autre part, qu'à mesure que les intentions hongroises d'abandonner le projet devenaient plus claires, cette possibilité a été prise en considération par Prague de plus en plus sérieusement jusqu'à ce que, le 25 juillet 1991, le Gouvernement tchécoslovaque adopte une résolution approuvant le financement initial et la préparation de la variante C (MS, vol. IV, annexe 92, p. 229-230).

Le 25 juillet et non, comme M. Sands s'est évertué, le 5 mars (cf. CR 97/4, p. 74-89, surtout, p. 79-87, «*The Evidence*»), à tenter de le montrer, à l'une des autres et multiples dates, aussi fantaisistes les unes que les autres et, assurément, incompatibles les unes avec les autres, qu'il a envisagées successivement! :

— novembre 1989 : alors là il se fonde sur une interview de l'ingénieur Oblozinsky à la *Pravda* du 2 novembre 1989; cette interview confirme la position slovaque; il y est dit : «Should the

government decide on this provisional construction alternative...» (RH, vol. 3, annexe 60, p. 309);

— décembre 1990 : mon contradicteur invoque cette fois deux documents :

1° une note de consultation juridique datée du 29 octobre concluant que la mise en oeuvre de la variante C ne se heurte à aucun principe de droit international (*ibid.*, p. 316); ceci ne ressemble ni de près ni de loin à une décision; et

2° une note préparatoire établie par le ministère tchécoslovaque des forêts et de la gestion de l'eau se présentant sous la forme d'une *recommandation* au gouvernement de retenir la variante C (*ibid.* p. 349) — et confirmant du même coup l'absence de toute décision en ce sens, ce qui n'empêche pas M. Sands de conclure : «this looks very much like a decision» (CR 97/4, p. 83). On peut toujours baptiser carpe le lapin, et décision une recommandation!

— janvier 1991 : cette fois, pour M. Sands, voici une énième «*key decision*» (*ibid.*, p. 84); la preuve ? un article de journal du 18 janvier de cette année indiquant que le gouvernement avait décidé que la variante C serait présentée à la Partie hongroise par M. Meciar (RH, vol. 3, annexe 69, p. 357) et une pétition demandant l'arrêt des travaux à ... Gab_íkovo (*ibid.*, annexe 71, p. 361), c'est-à-dire de la mise en oeuvre du traité lui-même, pas de la variante C!

— avril 1991 : source ? la *Pravda* à nouveau, qui semble constituer la lecture préférée de mon contradicteur, et qui reproduit une interview d'un opposant radical au projet. Pourtant celui-ci ne dément nullement le journaliste qui l'interroge, lorsque celui-ci lui fait remarquer : «*No decision has been made as to [the] realisation*» of Variant C» et qui, au contraire confirme que les organes de décision compétent au niveau local y sont, à l'époque, opposés (*ibid.*, annexe 74, p. 368);

— juin 1991 enfin : cette fois, l'existence de la décision serait attestée par une note technique de présentation de la variante C (*ibid.*, annexe 77, p. 372 et suiv.) qui décrit la solution envisagée, qui chiffre son coût probable; ici encore, pas de trace de décision!

Ce qui est vrai en revanche, c'est que certains de ces documents, dont le sens a été abusivement sollicité et distordu par le professeur Sands, et notamment le dernier, ont permis aux autorités tchécoslovaques de se prononcer en toute connaissance de cause sur les modalités, les caractéristiques techniques, les avantages et les inconvénients de la variante C, lorsqu'elles ont pris

leur décision le 25 juillet 1991.

Au surplus, même cette date du 25 juillet 1991 n'est pas pertinente pour ce qui est de la mise en œuvre («*implementation*») de la variante C : il ne s'agit alors que de dégager des fonds pour permettre la préparation de la solution provisoire et cette même résolution du Gouvernement tchécoslovaque insiste d'une part sur la poursuite des négociations avec les autorités hongroises (MS, vol. IV, annexe 92 préc., par. B.2.a) et sur la préférence tchécoslovaque pour la mise en œuvre de «*the original technical solution in accordance with the joint contractual plan in force for the Gab_íkovo-Nagymaros Project*» (*ibid.*, par. B.2.d). Du reste, la note verbale tchécoslovaque du 27 août 1991 explique que la décision du 25 juillet approuvant «les opérations préparatoires (investissements et transport de matériel) sur le territoire de la République fédérale en vue de permettre la mise en service provisoire de la centrale électrique de Gab_íkovo ... n'est pas un obstacle à la poursuite des négociations» (MH, vol. 4, annexe 61, p. 112).

15. Les appels pressants à la négociation lancés par la partie tchécoslovaque lors des réunions des 10 et 14-15 juillet 1991 (voir *supra*, n° 11) s'étant heurtés à une fin catégorique de non-recevoir de la part des délégations hongroises, le gouvernement donna l'ordre de commencer les travaux en décembre 1991, après la délivrance du permis de construire, le 30 octobre (cf. RH, vol. 3, annexe 81, p. 396).

Jusqu'à cette date en tout cas, la Hongrie ne peut pas prétendre que ses décisions unilatérales ripostaient à quelque décision ou quelque action que ce soit de la Tchécoslovaquie : celle-ci n'avait rien décidé; elle avait moins encore agi; tout au plus avait-elle envisagé des solutions alternatives dans l'hypothèse où elle ne pourrait obtenir des négociations sans préalable de la Hongrie et elle avait effectué des études à cette fin; mais je ne sais pas, Monsieur le Président, qu'il s'agit là d'un fait internationalement illicite.

Il y a, d'ailleurs, une contradiction flagrante sur ce point dans la thèse de la Partie hongroise : comment, en effet, peut-elle affirmer à la fois, la main sur le cœur,

—d'une part, que, jusqu'à la présente procédure, elle ignorait tout des noirs et anciens desseins qu'elle prête à la Tchécoslovaquie (cf. M. Valki, CR 97/2, p. 34 ou M. Sands, CR 97/4, p. 75 ou 78), et,
—d'autre part, que son attitude a pu être justifiée par ces projets dont elle dit par ailleurs avoir tout ignoré (cf. M. Dupuy, CR 97/3, p. 77; M. Sands, CR 97/6, p. 18-19 ou M. Crawford, CR 97/6, p. 26) ?

J'ai tenté, Monsieur le Président, de m'expliquer ce mystère mais je donne ma langue au chat !

16. Le début de la réalisation de la variante C n'empêcha d'ailleurs pas la Tchécoslovaquie puis la Slovaquie de faire d'ultimes tentatives pour trouver une solution négociée et mutuellement acceptable notamment grâce à la constitution d'une commission trilatérale, à nouveau proposée le 2 décembre 1991 (cf. MH, par. 3.144-3.145, p. 79 ou CMS, par. 5.93, p. 135). Surtout, le 8 janvier 1992, le premier ministre slovaque, après avoir soigneusement ré-expliqué la position tchécoslovaque pour la énième fois, concluait une lettre à M. Madl, ministre hongrois sans portefeuille chargé du dossier, en précisant la disposition de la Tchécoslovaquie à suspendre l'application de la variante C et à tenir compte des conclusions d'un tel comité d'experts (MH, vol. 4, annexe 72, p. 132). La lettre du premier ministre tchécoslovaque à son homologue hongrois, en date du 23 janvier 1992, allait exactement dans le même sens (*ibid.*, annexe 73, p. 133); elle se heurta à une fin de non-recevoir le 14 février 1992 (cf. la note verbale hongroise du 14 février 1992, *ibid.*, annexe 74, p. 135).

17. La suite et la fin de l'histoire sont connues et ne semblent pas prêter à controverse, au moins en ce qui concerne le déroulement des faits :

—le 24 mars 1992, le Parlement hongrois adopta une nouvelle résolution par laquelle il autorisait le Gouvernement à mettre fin au traité;
—le 7 mai 1992, le Gouvernement hongrois prétendait le «terminer» unilatéralement à compter du 25 mai (MS, vol. IV, annexe 110, p. 319); il le notifiait à la Tchécoslovaquie le 19 mai;
—et du 24 au 27 octobre 1992 la Tchécoslovaquie procédait à la fermeture de l'ancien lit du Danube à *_unovo*.

18. Monsieur le Président, ce rappel de la chronologie m'a pris un peu de temps, mais je pense qu'il peut nous en faire gagner pour la suite de la démonstration. Il fait en effet justice, me semble-t-il,

d'un certain nombre d'idées fausses véhiculées par la thèse hongroise. Il montre en particulier trois choses :

1) que la Hongrie s'est comportée dès novembre 1989 — et, en tout cas, sans aucun doute à partir de juin 1990 — comme si le traité de 1977 n'était plus en vigueur à son égard même si elle a affirmé le contraire de temps à autre y compris dans ses plaidoiries écrites (cf. CMH, par. 2.49, p. 115, ou p. 187, note 5 ou RH, par. 1.146, p. 66) ou dans ses plaidoiries orales (cf. CR 97/2, p. 20, agent ou CR 97/4, p. 12, M. Crawford);

2) que, contrairement à ce que tente de faire croire la Partie hongroise, la variante C n'est pas la cause de l'interruption des travaux dont elle avait la responsabilité. C'est *parce que* la Hongrie avait abandonné l'exécution de ses obligations conventionnelles que la Tchécoslovaquie s'est, je dirais, «rabattue» vers cette solution de remplacement, qui est intervenue bien après que les travaux incombant à la Hongrie aient été définitivement abandonnés et lorsque toutes les perspectives de solution négociée se furent évanouies;

3) et enfin, le rappel des faits que je viens d'effectuer établit de manière que je crois assez évidente que la Tchécoslovaquie n'est pour rien dans le blocage des négociations. Certes, elle a insisté pour que les travaux ne soient pas abandonnés, mais elle a constamment accepté l'idée qu'ils pouvaient être ralentis et même suspendus pour permettre la réalisation d'études — d'études conjointes ou tripartites — sur l'impact écologique du projet, sans jamais exclure la modification du traité si cet impact devait se révéler négatif.

C'est à la lumière de ces constatations qu'il convient d'examiner maintenant les justifications invoquées par la Hongrie à l'appui de ses violations du traité. Et c'est, Monsieur le Président, ce que M. le Professeur McCaffrey s'attachera à commencer à établir durant le temps qui nous reste aujourd'hui et qu'il continuera demain matin. Merci, Monsieur le Président de bien vouloir l'appeler à cette barre; et merci, Messieurs les Juges, de votre attention.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Pellet. Professor McCaffrey.

Professor McCaffrey:

5. HUNGARY'S PURPORTED JUSTIFICATIONS FOR ITS SUSPENSION

**THEN ABANDONMENT OF WORKS AND NOTIFICATION OF
TERMINATION OF THE TREATY**

* * *

**(c) The Purported Justifications Based on the Law of State
Responsibility - Hungary's Defense of "Necessity"**

Mr. President, Members of the Court, in its pleadings Hungary has relied heavily on the theory of an "ecological state of necessity". My task in this presentation is to examine the legal basis for Hungary's use of that theory. With your permission, Mr. President, I would propose to begin this afternoon and conclude tomorrow morning.

Mr. President, Hungary has used the theory of necessity to justify everything from its breaches of the Treaty by suspending and abandoning work at Nagymaros and Gab_ikovo to its attempted termination of the 1977 Treaty itself. Of course, by invoking a state of necessity — which the ILC has characterized as a "circumstance precluding wrongfulness" — Hungary is admitting that it committed an internationally wrongful act, or acts, namely, that it breached the 1977 Treaty as well as other agreements such as the 1977 Mutual Assistance Agreement and the 1989 Protocol. Hungary has stressed this theory in its oral pleadings, though, surprisingly, in the guise of a purported justification for *terminating* the 1977 Treaty rather than as a circumstance precluding the wrongfulness of its breaches⁶⁵. As my colleague Professor Pellet has shown, however, necessity is clearly *not* a permissible ground for suspending or terminating a treaty. So even if Hungary could validly invoke the doctrine of necessity, the status of the Treaty, as a valid treaty, would remain unaffected.

Mr. President, while the doctrine of necessity has been included in the International Law Commission's draft articles on State Responsibility, at this point this is only a draft that has been adopted on first reading. No one knows whether the necessity doctrine will survive the second reading process, much less be accepted as law by a codification conference. The fact that the doctrine can be, and has been, easily misused for inadmissible purposes has led such leading commentators as Basdevant⁶⁶, Briery⁶⁷, Brownlie⁶⁸, Jiménez de Aréchaga⁶⁹, Salmon⁷⁰, and de Visscher⁷¹, among

⁶⁵ CR 97/3, pp. 77-78; CR 97/5, pp. 65, 69-74. Compare HM, paras. 10.06-10.40; HC-M, no discussion; and HR, paras. 3.114-3.118.

⁶⁶ «Règles générales du droit de la paix», *RCADI* (1936-IV), Vol. 58, pp. 51 *et seq.*

others⁷², to argue that necessity and its antecedents⁷³ should not be considered permissible justifications for violations of international obligations. The very possibility that "necessity knows no law" requires that, if the theory is to be recognized as a justification for otherwise wrongful conduct, its use be permitted only in the *most exceptional* circumstances. Throughout this presentation, therefore, I would ask that the Court bear in mind the cautionary note sounded by the ILC in its commentary to draft Article 33 on state of necessity:

"[T]he concept of 'necessity' accepted in international legal relations is *very restrictive*. It is restrictive as regards the determination of the essential importance of the interest of the State which must be in jeopardy in order for the plea to be effective; it is also restrictive as regards the requirement that the conduct not in conformity with an international obligation of the State must *really be*, in the case in question, the *only means* of safeguarding the essential interest which is threatened."⁷⁴

⁶⁷ *Law of Nations*, pp. 317-319 (Oxford, Clarendon Press, 5th ed., 1955); and pp. 404-405 (6th ed., Waldock 1963).

⁶⁸ *Principles of Public International Law*, p. 466 (Clarendon Press, Oxford, 4th ed., 1990).

⁶⁹ «International Responsibility», in Max Sørensen ed., *Manual of Public International Law*, pp. 542-543 (Macmillan, London, 1968).

⁷⁰ «Les circonstances excluant l'illicéité», in Prosper Weil ed., *Responsabilité internationale*, p. 89, p. 121 *et seq.*, esp. pp. 154 *et seq.* (Paris, Pedone 1987).

⁷¹ *La responsabilité des Etats*, Bibliotheca Visseriana, Leyde, 1924, t. II, pp. 89-119.

⁷² See also, e.g., D. Bowett, *Self-Defence in International Law*, p. 10 (1958); and Hans Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht*, Z.A.Ö.R.V. 1932, pp. 568, *et seq.*

⁷³ Chiefly, "self-preservation". See, e.g., Brierly (Waldock, 6th ed.), p. 404.

⁷⁴ *Yearbook of the International Law Commission* 1980, Vol. 2, pt. 2, p. 41; emphasis added.

Hungary in its oral pleadings agreed that "the plea of necessity can only be admitted on a limited and strictly defined basis"⁷⁵.

Were "essential interests" of Hungary really threatened by the Project? Even if so, were suspension and abandonment of work, and termination of the Treaty the "*only means*", really the "*only means*" of safeguarding those interests? Or would a less radical course of action have protected them just as adequately, or perhaps even more so? These are questions I would ask the Court to bear in mind as I address the legal basis for Hungary's plea of necessity. But first I would like to make two preliminary remarks.

The first is that, as my colleague Alain Pellet showed this morning, necessity can never be used as a "permanent defense", as it were, with regard to obligations of a continuing character⁷⁶. A state of necessity may preclude the wrongfulness of a State's non-performance of those obligations; but once the state of necessity disappears, the *obligation remains* and must be fulfilled. It follows that in the present case, necessity might in theory be used to justify the *suspension* of work, but never the *abandonment* of the Project.

The second preliminary remark I would ask the Court to bear in mind is what Hungary is conceding by invoking necessity. For, as I mentioned a moment ago, by relying upon this "circumstance precluding *wrongfulness*" to justify its conduct in relation to Nagymaros and Gab_ıkovo, and to justify its purported termination of the Treaty itself, Hungary *admits* that these were prima facie internationally wrongful acts. As the ILC stated in its commentary to Article 33:

"In the case of a state of necessity . . . , the deliberate nature of the conduct, the intentional aspect of [the State's] failure to conform with the international obligation are not only undeniable but in some sense logically inherent in the justification alleged; invoking a state of necessity implies perfect awareness of having deliberately chosen to act in a manner not in conformity with an international obligation."⁷⁷

Hungary has agreed with this in its oral pleadings⁷⁸.

⁷⁵ CR 97/5, p. 70.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁷⁸ CR 97/3, pp. 78-79.

Mr. President, application of the very strict test for invoking a state of necessity to Hungary's suspension and abandonment of work at Nagymaros and Gab_ikovo demonstrates that the requirements for invoking that doctrine were not satisfied. In order to invoke a "state of necessity" as a circumstance precluding the wrongfulness of an act under Article 33 of the ILC's draft articles, which is now on the screen, a State must satisfy a number of conditions, including the following: that the act in question was, first, "the *only means*", second, "of safeguarding an *essential interest* of the State", against, third, "a *grave and imminent peril*"⁷⁹.

There are additional requirements, two of which are relevant in this case. First, the act must "not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed"⁸⁰. And second, the State invoking necessity must not have "contributed to the occurrence of the state of necessity"⁸¹. I will come back to this later condition, which Hungary has conveniently omitted in its oral discussion of necessity⁸². As to the first one, it is beyond doubt that Hungary's abandonment of work on Nagymaros seriously impaired essential interests of Czechoslovakia in flood control, production of electricity, navigation and sustainable development. According to the ILC, "the interest sacrificed on the altar of 'necessity' must obviously be less important than the interest it is thereby sought to save. The Commission considered this point particularly important."⁸³ I explained this morning that Hungary based its decision to suspend Nagymaros upon risks about which it was uncertain due to lack of adequate study — study that only Hungary was in a position to perform, since the alleged risks concerned Hungarian territory, and study that Hungary was required to have performed under the 1977 Treaty. Hungary in 1989 did not so much as attempt to establish that its *uncertainty* about the possible effects of Nagymaros was "obviously" more important than the *certain* harm to Czechoslovakia resulting from its abandonment of the Nagymaros section. Nor would it be

⁷⁹ *Ibid.*; emphasis added.

⁸⁰ *Ibid.*, Art. 33 (1) (b).

⁸¹ *Ibid.*, Art. 33 (2) (c).

⁸² See CR 97/3, pp. 81-85; and CR 97/5, pp. 69-74.

⁸³ *Yearbook of the International Law Commission* 1980, Vol. 2, pt. 2, p. 50.

able to make such a showing. Therefore, Hungary's necessity case founders on this requirement alone. I will nevertheless proceed to consider the other requirements for invoking the doctrine, first as to Nagymaros, and then as to Gab_ikovo.

a. *Suspension and abandonment of work at Nagymaros*

(1) *Suspension at Nagymaros*

To begin with, it is interesting to note that — contrary to what Hungary implied during its oral presentation⁸⁴ — Hungary did *not* invoke a state of necessity when it suspended work at Nagymaros on 13 May 1989⁸⁵. It merely stated that *further study* was necessary before proceeding. Just now, in analysing the events of 1989, my colleague Professor Pellet showed how, after extending the initial suspension of Nagymaros until the end of October, Hungary hardened its position to one of Nagymaros' total abandonment. This change presented difficulties for Hungary since it had sought to justify the initial suspension of Nagymaros on the basis of a lack of study of certain perceived risks, which a period of suspension would allow enough time to be studied *jointly*. But no such joint studies had ensued; and it was — and still is — obvious that any justification for abandonment could only be based on a state of ecological necessity that existed *at that time*, not on supposed risks that allegedly required more study. Mr. President, what this indicates is that Hungary did not believe at the time that the situation was of such urgency and the threat was of such gravity as to produce a state of necessity. Even if the doctrine of necessity could apply in this situation, however, it was far from being satisfied on the facts.

If we look at the three requirements for invocation of a state of necessity, we find that the first requirement is that the act in question be the "only means" of protecting the State against the peril in question. The Commission's commentary explains that "the conduct not in conformity with an international obligation of the State *must really be*, in the case in question, the *only means* of safeguarding the essential interest that is threatened"⁸⁶. But abrupt and unilateral suspension of work

⁸⁴ CR 97/4, p. 11.

⁸⁵ Government Resolution No. 3125/1989, 13 May 1989, HM, Vol. 4, Ann. 147.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 41; emphasis added.

at Nagymaros was not the "*only means*" available to Hungary to meet any legitimate concerns it may have had. If Hungary had notified and consulted with Czechoslovakia in advance of its decision, it would have found — as it did later — that its treaty partner was willing not only to conduct joint studies of the ecological, seismic and other aspects of Nagymaros, but also to slow the work schedule at Nagymaros by 15 months precisely to allow time for Hungary's concerns to be studied. And, if shown by the studies to be necessary, Czechoslovakia was prepared to agree to limit or exclude peak operation⁸⁷. In addition, as a practical matter, Hungary would have held the "key" to the Project in the form of Dunakiliti, and could have "turned it off", as it were, if its concerns persisted — though, of course, this would itself have to be justified on the basis of necessity.

Mr. President, the second requirement is that the suspension must have been necessary to safeguard an "*essential interest*" of Hungary. It is true, as Hungary has stated, that the Commission's commentary to Article 33 describes "safeguarding the ecological balance" as having come to be considered as an "essential interest" of all States⁸⁸. Slovakia in no way disputes this. The Commission refrained from providing criteria for determining what constitutes an "essential interest". However, especially when taken together with the other elements of a "state of necessity", it is clear that the "ecological balance" in which a State has an "essential interest" is not some vague, amorphous thing. It is something that is *vital* to the State; and Hungary does not dispute this⁸⁹.

And yet, Hungary makes a startling admission in its oral pleadings. It is no longer purely the "ecological balance" they were worried about, but also other, more pragmatic factors "[Hungary has invoked necessity] by reference to the comparative assessment of the economic costs, the ecological contingencies and the highly questionable energy benefits of the project. It is all these elements together which . . . constituted this '*state of ecological necessity*' "⁹⁰. Mr. President, neither in the text

⁸⁷ E.g., SR, para. 7.33.

⁸⁸ Para. 14 of commentary to Article 33, *Yearbook of the International Law Commission* 1980, Vol. 2, pt. 2, p. 39.

⁸⁹ E.g., HR, para. 3.23.

⁹⁰ CR 97/3, p. 83 (transl. p. 90).

of Article 33 nor in the commentary does the International Law Commission permit such a "comparative assessment": a "state of necessity" is not something that results from a cost-benefit analysis.

But when Hungary made its decision to suspend on 13 May 1989, it referred to *no* scientific studies or data that established a threat to its "ecological balance". On the contrary, it referred to a *lack* of scientific studies and data as requiring suspension of work at Nagymaros⁹¹. The suspension was necessary, according to Hungary, to *permit studies* to be conducted — in other words, studies were needed to determine *whether a danger existed at all*. Again, this contention rings hollow in light of the fact that these risks *had* been studied — I refer the Court to Hungary's favorable Environmental Impact Assessment of 1985, on the basis of which the Hungarian Parliament had voted overwhelmingly⁹² only the previous October to support the entire G/N Project⁹³. To the extent that Hungary believed more study was required, it was Hungary's responsibility under the Treaty to conduct that study. And if Hungary really believed that suspension of work at Nagymaros was required because of the need for further study, what urgent studies did Hungary actually undertake following its suspension to confirm or allay its fears? The answer is, to all intents and purposes, *none* — save for its having commissioned the Bechtel study, whose outcome it did not await.

The Hungarian Government Resolution calling for "further studies"⁹⁴ cannot be reconciled with the third requirement, that of a "grave and *imminent* peril". An even clearer acknowledgement of the lack of imminence came from Hungary's Deputy Prime Minister, when he wrote to his Czechoslovak counterpart on 24 June 1989, as follows:

"[Hungary has come] to the conclusion that we do not have adequate knowledge of the consequences of environmental risks Of course, *it cannot be stated either that the adverse impacts will issue for certain*, therefore, ... further thorough and time consuming studies are necessary."⁹⁵

⁹¹ Government Resolution No. 3125/1989, 13 May 1989, HM, Vol. 4, Ann. 147.

⁹² 317 for, 19 against, with 31 abstentions. HM, para. 3.63.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Resolution No. 3125/1989 of the Council of Ministers Regarding the Suspension of Work at Nagymaros, 13 May 1989, HM, Vol. 4, Ann. 147.

⁹⁵ HM, Vol. 4, Ann. 16, p. 35; emphasis added.

Here we have an official at the highest level of the Hungarian Government, stating at the time that Hungary did not have "adequate knowledge of the consequences of environmental risks ...," and that further "time consuming studies" would be necessary. Once again, this certainly does not sound like Hungary believed at the time that the Project in general or Nagymaros in particular presented a "grave and imminent peril".

Hungary's uncertainty about adverse impacts also contrasts sharply with the two examples given in the ILC's commentary of threats to a country's "ecological balance". The first is the situation in the *Russian Fur Seals* case⁹⁶, relied upon by Hungary in its oral⁹⁷ and written⁹⁸ pleadings, where an otherwise unlawful prohibition of sealing outside Russian jurisdiction was necessary "in order to avert the danger of *extermination* of the seals" by the "*imminent* opening of the hunting season"⁹⁹. This extermination was virtually certain to occur, according to the Russian Minister of Foreign Affairs, because an Anglo-American agreement of 1891 "caused such an increase in the destruction of seals on the Russian coast that the complete disappearance of these animals would only be a question of a short time unless efficacious measures for their protection were taken without delay"¹⁰⁰. Such measures were taken, in the foreign minister's words as a measure of "legitimate self-defense"¹⁰¹. But in that case the measures were in fact in the *mutual interest* of the parties. This is confirmed by the fact that Great Britain "expressed a readiness at once to enter into an agreement with [Russia] for the enforcement of [Russia's] protective zones"¹⁰²! Such an agreement was later concluded. Suspending work on Nagymaros was most certainly *not* in the mutual interest of Hungary and Czechoslovakia.

⁹⁶ John B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Vol. I, p. 755 (Washington, U.S. Government Printing Office 1898).

⁹⁷ CR 97/3, p. 81; CR 97/4, p. 18.

⁹⁸ HM, paras. 10.12-10.14.

⁹⁹ *Yearbook of the International Law Commission* 1980, Vol. 2, pt. 2, p. 39; emphasis added. See also Moore, *supra*, p. 826.

¹⁰⁰ Moore, *supra*, p. 826.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

Nor was the threat "imminent" since Hungary suspended work not to prevent a clear, impending disaster but to permit studies. Finally, both the Russian Government and the ILC emphasized the "absolutely exceptional nature" of the situation giving rise to the state of necessity¹⁰³. In marked contrast, Hungary has provided no evidence whatsoever that there was anything new or exceptional about the situation in May 1989.

Mr. President, may I suggest that I stop at this juncture and conclude my presentation tomorrow morning.

The PRESIDENT: Thank you so much, Professor McCaffrey. The Court will adjourn until tomorrow morning at 10 o'clock.

The Court rose at 18.00 p.m.

¹⁰³ *Yearbook of the International Law Commission* 1980, Vol. 2, pt. 2, p. 39. See also Moore, *supra*, pp. 825-826 ("absolutely abnormal and exceptional position").