

# IRRUPTION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA C.I.J. : L'AFFAIRE GABCIKOVO-NAGYMAROS

par

**Jochen SOHNLE**

*Allocataire de recherche à l'Université Robert Schuman, Strasbourg.*

## SOMMAIRE

- I) **Une réaction ambivalente au regard du droit international général**
  - A) **Souplesse des règles judiciaires**
    - 1) *Techniques particulières d'établissement des preuves*
    - 2) *Méthodes particulières en matière d'interprétation*
  - B) **Résistance des règles substantielles**
    - 1) *Environnement et succession d'Etats*
    - 2) *Environnement et droit des traités*
    - 3) *Environnement et responsabilité internationale*
- II) **Une application sélective des principes du droit international de l'environnement**
  - A) **Les principes conceptuels**
    - 1) *Le principe de développement durable*
    - 2) *Le droit des générations futures*
  - B) **Les principes matériels**
    - 1) *Les règles générales du droit international de l'environnement : prévention, précaution, interdiction de causer un dommage à l'environnement d'un autre Etat*
    - 2) *La règle spécifique du droit des cours d'eau internationaux : l'usage équitable et raisonnable des ressources en eau partagées*
  - C) **Les principes procéduraux**
    - 1) *Obligation de coopération*
    - 2) *Obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement*

---

**Abreviations** : op. ind., op. diss. = opinion individuelle ou dissidente ; CR = compte rendu de l'audience ; M/S = mémoire slovaque ; M/H = mémoire hongrois ; C-M/S = contre-mémoire slovaque ; R/H = réplique hongroise, etc. ; les paragraphes cités sans précision complémentaire se réfèrent à l'arrêt commenté.

«*Tout Etat a le droit de faire lui-même ou de permettre sur son territoire toutes les constructions qui lui paraissent convenables, mais aucune construction n'est permise qui puisse porter dommage au territoire d'un autre Etat*». Cette phrase, par laquelle débute l'une des premières études juridiques sur le thème de l'exploitation industrielle des cours d'eau internationaux, écrite en 1910 pour cette revue par le professeur von Bar (2), semblait évidente. Toutefois, après le raisonnement subtil qu'applique la Cour internationale de justice dans l'arrêt rendu le 25 septembre 1997 dans l'affaire du projet de Gabčíkovo-Nagyymaros opposant la Slovaquie et la Hongrie à propos d'un barrage sur le Danube, cette affirmation doit être sinon révisée, tout au moins nuancée.

La problématique relative au droit des cours d'eau internationaux n'était pas la seule que la Cour ait dû aborder dans cette affaire : aux questions relevant du droit international général s'en ajoutaient d'autres, relevant du droit international de l'environnement. D'une manière inédite en matière contentieuse, à l'invitation de la Hongrie, la Cour a accepté de traiter de cette affaire sur le terrain écologique (3). En consacrant de longs développements au droit international de l'environnement, la Cour dépasse à la fois le cadre du droit international des cours d'eau - un domaine par ailleurs largement imbriqué dans le droit de l'environnement (4) - et le cadre initialement circonscrit par le traité litigieux. En particulier, elle cite à deux reprises l'avis qu'elle a donné en 1996 dans un tout autre domaine, celui de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Ainsi elle constate : «*La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour... Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien*

*l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir*» (5). Une présentation de la situation de fait et de droit à l'origine de l'arrêt s'impose.

Le 16 septembre 1977, la Hongrie et la Tchécoslovaquie, toutes les deux soumises à des régimes communistes, ont signé un traité relatif à la construction et au fonctionnement d'un système d'écluses d'environ 200 km sur un tronçon du Danube, entre Bratislava, en Slovaquie, et Budapest, en Hongrie. Après le 1<sup>er</sup> janvier 1993, la Slovaquie est devenue un Etat indépendant et c'est elle qui a signé le 7 avril 1993 le compromis avec la Hongrie soumettant le différend résultant du traité à la Cour internationale de justice.

En quittant l'Autriche, le Danube coule sur 22,5 km uniquement sur territoire slovaque grâce à une enclave sur la rive sud du Danube. Le chenal principal du fleuve forme ensuite sur 142 km la frontière entre la Slovaquie et la Hongrie, puis le Danube entre en territoire hongrois et passe dans une vallée étroite à un endroit où il fait un coude avant de se diriger vers le sud et d'atteindre Budapest. En aval de Bratislava, la déclivité du fleuve diminue sensiblement, créant une plaine alluviale de gravier et de sédiments sableux.

Le projet d'aménagement d'eau avait quatre objectifs : production d'électricité, amélioration des conditions de la navigation, développement régional et protection contre les inondations. Les deux principaux ensembles d'ouvrages à construire sont décrits à l'article 1<sup>er</sup> al. 2 et 3 du traité de 1977. L'un devait se faire autour d'une usine hydroélectrique située à **Gabčíkovo** en Slovaquie et comprendre en outre un réservoir de 60 km<sup>2</sup> ayant une capacité totale de 200 millions de m<sup>3</sup>, un canal de 17 km amenant les eaux du Danube à l'usine flanquée de deux écluses et un canal de 8,2 km ramenant les eaux prélevées. Pour améliorer le rendement, les eaux devaient être accumulées dans le réservoir en amont et lâchées par les turbines deux fois par jour, aux heures de pointe de la consommation électrique (*régime de pointe*). L'autre ouvrage était destiné à atténuer les conséquences de ces fluctuations du niveau du Danube. Il devait être construit à 123 km en aval, à **Nagyymaros**, sur territoire hongrois et comprendre également un réservoir et un barrage. Le traité souligne dans son article 1<sup>er</sup> al. 1 que le

(2) *Cette Revue*, n° 17, 1910, p. 281 ; v. également ses rapports pour l'Institut de droit international à l'origine de la résolution de Madrid sur l'usage des cours d'eau internationaux (Annuaire I.D.I. 1911, p. 156 et p. 168 et seq.)

(3) La Slovaquie reprochant à la Hongrie de dévier le litige vers une discussion générale sur la protection de l'environnement - un terme qui ne figurerait nullement dans le compromis -, au lieu de se limiter au droit des traités et aux dispositions à caractère environnemental du traité de 1977 (en ce sens M. Tomka (agent Slovaquie), CR 977/(24-03), plaidoirie introductive et Prof. McCaffrey, (cons. Slovaquie), CR 979/(25-03), par. 4 (c)1).

(4) Le droit international fluvial, une réglementation visant la gestion d'un élément naturel, antécipe sur ce que l'on appellera seulement plus tard le droit international de l'environnement (v. les enseignements toujours actuels de Max Huber dans son article pionnier sur ce sujet, Ein Beitrag zur Lehre von der Gebietshoheit an Grenzflüssen, ZV 1907, p. 29 et p. 159). Dans la présente affaire, la Cour rapproche à maintes reprises les deux domaines dans une même formule (p.ex. par. 141), en conformité avec les argumentations des deux parties : v. p.ex. Prof. Kiss (cons. Hongrie), CR 972 (03-03), par. 24 et Prof. McCaffrey (cons. Slovaquie), passage précité.

(5) Par. 112 al. 4 de l'arrêt et par. 29 de l'avis de 1996 donné à l'Assemblée générale des Nations Unies. Ainsi, aux paragraphes 27-35 de cet avis, la Cour examine expressément le droit international de l'environnement, ce qui vient étayer l'argumentation hongroise qui s'y réfère, v. Prof. Kiss CR 972/(03-03), par. 30.

tout devait constituer « un système d'ouvrages opérationnel, unique et indivisible » dont la construction, le financement et la gestion seraient menés conjointement, les deux parties participant à parts égales.

Les travaux commencèrent en 1978 et furent ralentis en 1983 en raison des difficultés financières de la Hongrie. Un protocole signé le 6 février 1989 prévoyait d'accélérer le projet. Mais à la suite de vives critiques qu'il avait suscitées en Hongrie - où des transformations politiques ont permis aux scientifiques et aux défenseurs de l'environnement d'exprimer leurs doutes et leur hostilité au projet - le Gouvernement hongrois décida, le 13 mai 1989, de suspendre sa part des travaux en attendant l'achèvement d'études en cours d'élaboration. Le 27 octobre de la même année, la Hongrie décida d'abandonner les travaux à Nagymaros et de maintenir le *statu quo* pour sa partie liée à l'ouvrage de Gabčíkovo.

Des négociations débâtèrent entre les parties qui avaient des points de vue opposés : la Hongrie demandait des études plus approfondies et des garanties pour l'environnement, la Tchécoslovaquie tenait à la réalisation du projet et envisageait des solutions de rechange. L'une de celles-ci, officiellement appelée « solution provisoire », était la « variante C ». Elle consistait à détourner unilatéralement le Danube sur le territoire tchécoslovaque près de Gabčíkovo, avec la construction d'un réservoir plus petit que prévu par le projet initial et d'un canal amenant l'eau à une usine hydroélectrique équipée d'écluses, puis d'un autre canal ramenant les eaux vers le cours principal du Danube. La production d'électricité en régime de pointe était abandonnée au profit d'une exploitation au fil de l'eau. La Tchécoslovaquie commença à réviser cet ouvrage en novembre 1991. Le 19 mai 1992, le Gouvernement hongrois transmit au Gouvernement tchécoslovaque une note verbale mettant fin, à compter du 25 mai 1992, au traité de 1977. Le 15 octobre 1992, la Tchécoslovaquie entamait les travaux devant aboutir à la fermeture du Danube et procéda, à partir du 23 octobre, au barrage du fleuve. Les négociations reprirrent dès la naissance de l'Etat slovaque. Comme la Hongrie entendait utiliser la presque totalité des eaux du Danube, la Hongrie se plaignait de la détérioration des zones humides, des forêts et des terres agricoles de la région voisine du Danube, mais aussi des dangers que comportait pour une importante nappe d'eau souterraine la création du réservoir destiné à alimenter l'usine hydroélectrique.

Le compromis, conclu entre les deux pays suite à l'intervention de la Commission européenne, soumit le différend à la Cour internationale de Justice et demanda à la haute instance de dire :

a) si la Hongrie était en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs au projet de Nagymaros ainsi qu'à la partie du projet de Gabčíkovo dont la Hongrie est responsable aux termes du traité ;

b) si la Tchécoslovaquie était en droit de recourir à la « solution provisoire » et mettre en service ce système ;

c) quels sont les effets juridiques de la notification, le 19 mai 1992, de la terminaison du traité par la Hongrie.

La Cour était également priée de déterminer les conséquences juridiques, y compris les droits et obligations de son arrêt pour les parties (6). Le compromis prévoyait que les Etats devaient engager des négociations pour fixer les modalités de son exécution. S'ils ne parvenaient pas dans un délai de six mois, l'un ou l'autre pourra prier la Cour, en vertu de l'article 5 al. 3 du compromis, de rendre un arrêt supplémentaire pour déterminer les modalités d'exécution.

La Cour a statué le 25 septembre 1997 (7), par un long arrêt comportant 154 paragraphes assorti de deux déclarations, trois opinions individuelles et sept opinions dissidentes de juges. La complexité de la décision est à l'image de l'affaire soumise à la Cour, comportant des aspects non seulement juridiques, mais aussi historiques, économiques et surtout scientifiques. Il n'est donc pas étonnant d'apercevoir le nom de nombreux spécialistes, d'origines diverses, au service des parties. La Cour a reçu 24 volumes d'exposés et de documents au cours de la procédure écrite, entendu des plaidoiries pendant 42 heures et effectué une visite des lieux.

L'arrêt ne prend position entièrement en faveur ni de l'une ni de l'autre partie. La Cour s'efforce manifestement de satisfaire les deux parties, au risque, dans sa recherche d'un compromis, de rendre la lecture de l'arrêt compliquée et de provoquer, au moins dans l'opinion publique non avertie, des malentendus sur sa portée. Toutefois, la démarche de la Cour relève de la sagesse ; elle s'inscrit prudemment dans un contexte politique tendu entre les deux pays. En effet, même

(6) Les plaidoiries hongroises ont précédé celles de la Slovaquie, mais on ne trouve ni de demandeur, ni de défendeur dans ce procès qui trouve son origine dans un compromis.

(7) La Cour a statué dans sa formation plénière: le juge Higgins, en tant que conseil dans l'affaire, ne fait pas partie de l'instance; la Slovaquie a exercé son droit de désigner un juge *ad hoc*, le professeur polonais Skubiszewski; la Hongrie bénéficie actuellement d'un membre permanent à la Cour (juge Herczeghi).

s'il n'a été évoqué ni dans les mémoires des parties (8) ni dans l'arrêt, le problème des minorités était sous-jacent (9) : le territoire slovaque traversé par le Danube est majoritairement habité par une population de souche hongroise.

La Cour avait déjà pris acte de l'existence de certaines règles du droit international de l'environnement dans l'avis précité de 1996. Des aspects environnementaux étaient sous-jacents dans l'affaire des essais nucléaires II de 1995 (10). Dans la présente affaire, elle ne pouvait plus échapper à une discussion approfondie des arguments écologiques qui constituaient le point fort de l'argumentation hongroise. La Cour, dont la saisine dépend de la volonté de ses justiciables, aurait risqué une perte de crédibilité considérable face à une communauté internationale qui a pris conscience de l'importance de la protection de l'environnement. Par le biais du présent arrêt, le droit international de l'environnement fait irruption dans sa jurisprudence et y est désormais définitivement ancré.

Confrontée non seulement à une situation politique délicate, mais aussi à un domaine juridique nouveau pour elle, la Cour accepte la discussion sur le terrain de l'environnement, mais n'en tire pas forcément des conclusions audacieuses. Toutefois, la présente analyse n'aboutira pas non plus à des conclusions aussi pessimistes que le suggèrent certaines réactions dans la presse (11). Il s'agit de replacer dans leur contexte juridique exact ces réactions prématurées, dues à la complexité de l'affaire, qui affirment sommairement la défaite judiciaire de la Hongrie et le sacrifice de l'environnement, ce qui est loin d'être le cas.

(8) On y trouve toutefois des allusions : la Hongrie défend les intérêts de la population riveraine slovaque (MfH par. 8.22); la Slovaquie proteste vivement à cet égard (MfS par. 8.114).

(9) Sur ce problème, v. La chronique de M. Torrelli, cette Revue, 1996, p. 252, 475 et 828; v. aussi Courrier international, n° 361, 2-8.10.1997, p. 25, «*Quand Vladimir Meciar joue à l'ingénieur social*» où l'auteur craint que le Premier ministre slovaque, proposant un «*échange de populations*» à son homologue hongrois, tire un profit électoral du verdict du Tribunal de la Haye «*qui est plus favorable à la Slovaquie qu'à la Hongrie*».

(10) V. Ph. Sands, L'affaire des essais nucléaires II, cette Revue 1997, p. 447 et seq.; avis de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires donné à l'Assemblée générale (RUDH, vol. 8, n° 10-12, 31.12.1996).

(11) Exemples de titres du 26.09.97 dans la presse germanophone très sensible sur cette question : «*Gabcikovo-Strait: Gericht gibt den Slovaken recht*» (différend de Gabcikovo : Tribunal domme gain de cause aux Slovaques), Die Presse ; «*Gabcikovo-Urteil hat nichts entscheidendes*» (Tribunal Gabcikovo n'a rien tranché), Kurier ; «*Aussage Ungarns aus Gabcikovo rechtswichtig - UN-Gericht erlaubt Barriere von Donaukraftwerk*» (abandon illicite de Gabcikovo par la Hongrie - tribunal international autorise l'exploitation du barrage sur le Danube), Süddeutsche Zeitung ; «*Gabcikovo: Vertrag wiegt mehr als Richtsicht auf spätere Generationen*» (traité prime sur les générations futures), Die Presse du 06.10.97.

Avant d'exposer les solutions données par la Cour aux problèmes qui lui étaient soumis, il faut rappeler succinctement les positions des deux Etats. Dans l'ensemble, on peut constater que les arguments de la Slovaquie sont essentiellement fondés sur l'obligation d'observer les traités (12), alors que la Hongrie a surtout insisté sur le devoir de protéger l'environnement. En ce qui concerne les revendications de Budapest, la Cour rejette effectivement ses arguments principaux relatifs à la suspension et l'extinction du traité de 1977 (1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> question du communiqué). Sur la deuxième question, la Hongrie ne l'«*emporte*» que partiellement. La subtilité de la solution donnée par la Cour complique particulièrement la compréhension de son arrêt. Elle estime que la *construction* de la variante C est licite - contrairement à la formule de von Bar citée en début de cette étude -, mais condamne sa *mise en œuvre*. Superficiellement, on pourrait considérer, pour emprunter une image familière, que la Slovaquie a emporté le match à 2 buts contre 1 (voire 2 1/2 contre 1/2). Toutefois, en regardant de plus près - dans la deuxième partie de l'arrêt où la Cour détermine les conséquences juridiques de sa décision -, on constate que la Hongrie reçoit largement satisfaction sur ses trois revendications principales d'ordre écologique. La nappe souterraine d'eau près de Budapest ne sera pas menacée par la construction du barrage de Nagymaros, la Hongrie en est dispensée. Les dommages aux eaux souterraines en aval de Bratislava et à la plaine alluviale sur le territoire hongrois seront considérablement réduits du fait que la Hongrie pourra «*mettre une main sur le robinet*» de la Centrale de Gabcikovo et que l'exploitation au fil de l'eau (et non en régime de pointe) est confirmée. La Cour estime effectivement que la Hongrie dispose d'un droit de codécision «*sur un pied d'égalité*» avec la Slovaquie, en ce qui concerne l'exploitation, la gestion et les bénéfices de la variante C, donc sur le détournement du Danube à partir des ouvrages slovaques. De plus, si le traité de 1977 reste en vigueur, les parties sont invitées par la Cour à en renégocier de larges parts, en accord avec les développements du droit de l'environnement intervenus depuis sa conclusion.

Comme la haute juridiction a accepté de répondre aux défis environnementaux, l'arrêt marque une étape décisive pour le droit international de l'environnement, un domaine qui constituera le centre de gravité de cette étude. Il faut extraire de la masse des enseignements (13)

(12) MfS par. 7.72 ; C-MfS par. 1.01 et s.; M. Tomka, CR 977(24.03.) (introduction) et CR 971/5(15.04.) (in fine).

(13) Bien entendu, cette approche «*écolo-centrique*» ne préjuge en rien sur les apports très importants de cette jurisprudence à la théorie générale du droit international.

ceux qui jouent un rôle majeur pour illustrer ce phénomène. Or, l'irruption de considérations écologiques dans la jurisprudence de la Cour provoque aussi des réserves. En hésitant entre acceptation et résistance face aux spécificités environnementales, elle réagit d'une manière ambivalente au regard du droit international général (I). Quant aux principes relevant du droit international de l'environnement, ils seront seulement appliqués d'une manière sélective (II).

## I - UNE RÉACTION AMBIVALENTE AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

L'ambivalence se manifeste par rapport à deux catégories de règles: les règles judiciaires sont souples et s'adaptent plus facilement à un contexte écologique (A) tandis que les règles substantielles ont tendance à résister (B).

### A) Souplesse des règles judiciaires

La souplesse des règles judiciaires se manifeste à deux niveaux: au plan factuel quant à l'établissement des preuves; au plan textuel en ce qui concerne les méthodes d'interprétation.

1) La Cour a été amenée à recourir à des *techniques particulières d'établissement des preuves* pour constater les faits qui lui étaient soumis dans le domaine du droit de l'environnement (14). Le but des parties consiste à convaincre le juge de la réalité de certains faits: *judici fit probatio*. On peut mentionner la projection de vidéocassettes sur les aspects scientifiques de l'affaire (15) et la rétroprojection de transparents au cours de la procédure orale (16). Deux procédés probatoires méritent d'être relevés: la descente sur les lieux, une démarche qui est tout à fait inhabituelle à la Cour; l'établissement d'expertises par les parties.

(14) V. Kanen Sacharaw, *Beweisnehmung internationaler Gerichtsinstanzen in Fällen grenzüberschreitender Umweltschadensrückwirkungen*, in: *ZaöRV* 1991 - 51/4, p. 895-922.

(15) M. Vida (cons. Hongrie), CR 97/7(03.03.), par. 1; M. Mikulka (cons. Slovaquie), CR 97 et 11(27.03.)

(16) P. ex. M. Rejsgaard (cons. Slovaquie) sur le rapport Phare, CR 97/10(26.03.)

a) Par une ordonnance du 5 février 1997, la Cour a décidé à l'unanimité «d'exercer ses fonctions relatives à l'établissement des preuves en se rendant sur les lieux auxquels l'affaire se reporte» (17). Elle a donné suite à l'invitation de la Slovaquie, à laquelle s'est jointe la Hongrie, de faire application des pouvoirs qu'elle tient de l'article 66 de son Règlement et de se déplacer sur les lieux. Ce déplacement du 1<sup>er</sup> au 4 avril 1997, entre les deux séries d'audiences, est le premier dans son histoire (18). Les juges ont visité certains sites le long du Danube et pris note des explications techniques fournies par les représentants des parties.

Il s'agit d'une démarche tout à fait exceptionnelle en matière probatoire. En effet, la descente sur les lieux est très rarement décidée par les tribunaux internationaux, à l'exception de certains litiges relatifs à la délimitation de frontière et environnementaux. Parmi les rares précédents, on peut citer la visite des lieux par les juges de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des prises d'eau à la Meuse et par les arbitres dans l'affaire de la fonderie de Trail (19). Le déplacement en l'espèce des juges de la Cour internationale de justice a désormais affirmé cette pratique en droit international de l'environnement.

b) Quant aux expertises, la Cour constate que les parties ont versé au dossier de l'affaire un impressionnant matériel de nature scientifique afin d'étayer leurs thèses respectives. Après une étude approfondie, la Cour conclut, toutefois, qu'*«il ne lui est pas nécessaire... de déterminer lequel de ces points de vue est scientifiquement le plus solide»*. Mais, malgré leurs conclusions opposées, elles fournissent amplement la preuve que les incidences environnementales sont considérables (20).

Les expertises et études sont fournies par les parties (21), d'où, à juste titre, l'attitude réservée de la Cour face à leur valeur (22). Toute-

(17) C.I.J., Rec. 1997, p. 5.

(18) V. discours d'ouverture de la 2<sup>e</sup> série d'audiences du Président Schwebel, CR 97/12(0.04.)

(19) C.P.J.I., arrêt du 28 juin 1937, Rec. A/B 70, p. 9; dans l'affaire de la fonderie de Trail, le tribunal a effectué un voyage d'inspection des lieux de six jours (sentence du 16 avril 1938, R.S.A. tome III, p. 1912).

(20) Par. 54 al. 5 et par. 140, al. 1.

(21) Comme dans les affaires des prises d'eau à la Meuse (C.P.J.I. 1937, Rec. A/B 70, p. 9), du Détroit de Corfou (C.I.J., Rec. 1949, p. 8); v. aussi arrêt Lopez Ostra, Cour européenne des droits de l'homme, 9.12.1994 A303-C (par. 49).

(22) Même s'il y a aussi l'implication de tiers personnes dans l'établissement de certaines études.

fois, une instance judiciaire devrait être en mesure de résoudre également elle-même des questions non proprement juridiques, en particulier dans un domaine à caractère hautement interdisciplinaire comme le droit de l'environnement (23). Pour éviter le risque de partialité des expertises, le tribunal pourrait ordonner une appréciation par un expert indépendant, désigné par lui (24), voire faire siéger des experts en son sein. Cette dernière solution est prévue par l'article 289 de la Convention de Montego Bay qui permet de choisir au moins deux experts siégeant au Tribunal prévu par l'article 287 (25) pour tout différend portant sur des questions scientifiques ou techniques. Etant donné que la Cour peut être appelée à statuer en cas de litige concernant un nombre croissant de conventions environnementales et face à la concurrence que représente l'arbitrage avec ses règles procédurales à la carte, la Cour aurait intérêt à recourir à de telles procédures prévues par son Règlement, voire de le modifier en ce sens, surtout pour sa chambre spécialisée en matière d'environnement, constituée en juillet 1993 (26).

2) La haute juridiction recourt à *des méthodes d'interprétation* qui prennent en considération la spécificité environnementale de l'affaire. Tantôt cette interprétation est propre au mandat donné à la Cour par le compromis, tantôt elle dépasse largement le cadre de l'espèce.

a) Par une interprétation large de l'article 2 par 2 du compromis (27), relatif à la valeur *ratione temporis* de l'arrêt, la Cour arrive à atténuer son jugement qui semble, dans un premier temps, sanctionner surtout la Hongrie. Ainsi elle distingue clairement entre la partie déclaratoire de son arrêt (par. 39 à 129) qui répond aux trois questions posées dans le compromis et représente l'époque jusqu'en 1997 et la partie normative (par. 130 à 154) qui vaut pour la période à partir de la

(23) En l'espèce, la Cour renvoie, pour «*expertise d'une terre partie*», à la Commission Européenne (par. 143). D'après la Slovaquie, la Cour n'étant pas appelée de résoudre des problèmes scientifiques et techniques : «*But it was never intended by the Parties that the Court should be invited to act as experts in water management*». M. Tomka, en introduction CR 97/1(24-03).

(24) P. ex. aff. de la fonderie de Trail (RSA III, p. 1966, 1967) et du Détroit de Corfu (C.I.J. Rec. 1949, p. 9, 20-22); la Cour internationale de justice en a la possibilité en vertu des articles 62 al. 2 et 67 de son Règlement.

(25) Le Tribunal international du droit de la mer, la Cour internationale de justice ou un tribunal arbitral.

(26) V. Annuaire C.I.J. 1995, n° 49 p. 17.

(27) «*La Cour est également priée de déterminer les conséquences juridiques, y compris les droits et obligations pour les parties, de l'arrêt qui elle rendra sur les questions énoncées au paragraphe 1 du présent articles*».

lecture de l'arrêt (28). La déclaration dans la première partie de l'arrêt que la Hongrie n'était pas en droit de terminer le traité de 1977 reçoit les allégations slovaques et s'imposait à une Cour devant se soucier de la règle *pacta sunt servanda* (29). Néanmoins, les affirmations normatives de la deuxième partie assouplissent cette affirmation en intégrant d'une manière plus générale les préoccupations environnementales hongroises (30).

Toutefois, la Cour n'exige pas la démolition fort coûteuse des importants ouvrages de Gabcikovo (31) Pour arriver à cette solution étonnante - l'écart s'expliquant par son souci de donner satisfaction aux deux parties -, elle se justifie par une nécessaire prise en considération de certains faits accomplis. Le traité serait «*dépassé par les événements*» (32), des événements confortés par la reconnaissance des parties. Certes, elle souligne que cela ne signifie pas que les faits (en l'espèce illicites) déterminent le droit, sa démarche démontre cependant que le «*raisonnement juridique repose non sur une séparation du fait et du droit, mais sur un mouvement dialectique entre les deux*» (33).

b) Contrairement à la situation qui se présentait dans l'affaire des prises d'eau à la Meuse (34), l'interprétation dans la présente affaire dépasse largement l'objet du traité ce qui permet de tirer des conclusions générales pour le droit international de l'environnement. L'article 2 par. 1 du compromis du 7 avril 1993 soumettant l'affaire à la Cour distingue bien deux sources juridiques différentes en disposant

(28) Par. 130 et 131 (v. également par. 134 et 116). A l'audition, la Slovaquie estimait toutefois que la Cour devait simplement répondre aux trois questions sans se prononcer sur la situation actuelle (M. Tomka, CR 97/1(24-03), discours introductif. *Risk of the Court*) tandis que la Hongrie insistait sur la compétence de la Cour pour trancher sur les conséquences actuelles et futures (MH par. 2-03 ; Prof. Kiss, CR 97/1(210-04.), par. 2-8).

(29) Par. 114 ; en ce sens op. diss. Oda et op. ind. Koroma (l'attitude de ce dernier est nettement moins favorable au droit de l'environnement que dans ses opinions antérieures ; op. diss. C.I.J. Rec. 1995, p. 378 ; Rec. 1996, p. 187).

(30) Le juge Herczegh dénonce justement l'incohérence entre les solutions des deux parties (op. diss. par. 95 et s.).

(31) En ce sens l'argumentation slovaque, v. p. ex. M/S par. 7-36 ; Prof. Pellet, CR 97/1(515-04.), par. 6, II, 7.

(32) Par. 133 et seq. (par. 136) ; v. aussi op. ind. Bedjaoui par. 54-59 ; critique ; op. diss. Herczegh par. 14.

(33) V. J. Salmon, La construction juridique du fait en droit international, Arch. philo. droit, t. 32 (1987), p. 135.

(34) Dans cette affaire, la C.P.L.I. affirme : «*Au cours des débats... il a été fait allusion incidemment à l'application des règles générales du droit international fluvial. La Cour constate que les questions litigieuses... ne lui permettent pas de sortir du cadre du traité de 1863*» (Rec. A/B, 70, p. 16).

qu'elle est prise de dire le droit « sur la base du traité et des règles et principes du droit international général, ainsi que de tous autres traités (35) qu'elle jugera applicables ». Cette disposition permet à la Cour de recourir amplement au droit international des cours d'eau et de l'environnement (36). Il faut également rappeler que le traité de 1977 n'ignore pas la nécessité de protéger la nature et y consacre trois articles qui auront une importance particulière pour l'issue de l'affaire : l'article 15 relatif à la sauvegarde de la qualité des eaux du Danube ; l'article 19 relatif au respect des obligations concernant la protection de la nature ; l'article 20 relatif à la protection des intérêts en matière de pêche.

Quant aux relations entre ces deux sources, l'une d'origine coutumière, l'autre d'origine conventionnelle, la Cour souligne au paragraphe 132 de son arrêt que les règles applicables du traité de 1977 constituent une *lex specialis* par rapport au droit international général (37). Mais finalement, cette opposition s'estompe suite à l'interprétation évolutive qu'elle donne à ces trois articles qui renverraient au droit international de l'environnement dans son état actuel.

c) Un acquis fondamental de l'arrêt consiste dans l'interprétation évolutive de ces dispositions, la Cour fait siemne la suggestion hongroise en ce sens (38). Apparemment une majorité importante émise en son sein (39), elle interprète les trois articles à caractère environnemental dans un esprit évolutif qui refléterait l'intention originnaire des parties. « En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit internatio-

(35) Si, à côté du traité de 1977, d'autres conventions relatives à la frontière fluviale, à la pêche et à la navigation s'appliquent, nous n'approfondissons pas ce problème ni celui de la nature juridique du plan contractuel conjoint (par. 26 et 137 de l'arrêt) vivement discuté (p. ex. Prof. Pellet (cons. Slovaquie), CR 97/14(14.04), par. 2 et seq.).

(36) Par. 85, 140 al. 4 et 141 (implicitement par. 78) ; ceci sur invitation de la Hongrie (M/H par. 2.05 ; C-M/H par. 4.20 et s.) qui fait référence à de nombreuses dispositions conventionnelles dont elle estime qu'elles reflètent la coutume (v. p. ex. CR 97/2(03.03.), Prof. Kiss (cons. Hongrie), par. 18, 26 et seq.). Pour la Slovaquie, il ne s'agit que d'un corps complémentaire, la priorité devant être accordée au traité (R/S par. 2.29-2.36).

(37) La Cour s'inspire sur ce point de l'argumentation slovaque (C-M/S par. 1.39 ; R/S par. 2.38 ; Prof. McCaffrey, CR 97/9(25.03.), par. 4 (c) (point 3b)) sans toutefois écarter le droit général au profit du traité comme l'avait suggéré cette dernière (p. ex. M/S par. 7.81 et s. se référant à la jurisprudence des Prises d'eau à la Meuse).

(38) M/H par. 6.12 et s. ; C-M/H par. 4.12 et s. (4.21), 6.07, 6.11-6.16 ; R/H par. 1.34, 3.48, 3.52 ; Prof. Kiss, CR 97/2(03.03.), par. 17 ; Prof. Sands, CR 97/5(06.03.), par. 40 et CR 97/12(10.04), par. 14.

(39) À en juger les opinions jointes de ses membres qui approuvent cette interprétation (exprimé ou en silence).

nal» (40). Les nouvelles connaissances écologiques et les progrès du droit de l'environnement s'incorporent donc automatiquement dans le traité (41).

Cette affirmation posait une question de principe. En effet, face aux dispositions du traité de 1977, la Cour était confrontée à deux courants opposés en matière d'interprétation : celui qui recherche la volonté historique de l'auteur de la norme (*interpretatio ex tunc*) avancé par la Slovaquie (42) ; et celui qui s'efforce à faire sortir le sens du corps juridique concerné au moment de l'application actuelle de la norme (*interpretatio ex nunc*) en faveur duquel militait la Hongrie en se fondant sur l'interprétation évolutive du traité de 1977.

En l'absence d'une prise de position claire sur cette question de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 relatif à l'interprétation, il semblerait que le droit international traditionnel insiste plutôt sur les volontés concordantes des parties lors de la conclusion du traité (43). Une tendance en sens opposé se manifeste cependant à l'époque actuelle, avant tout en matière de protection des droits de l'homme. Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme y sont précurseurs par l'interprétation évolutive de cet instrument. Mais si l'interprétation évolutive est acquise en matière de

(40) Par. 112 al. 2.

(41) Par. 104, 112 et 140. A propos de l'intégration de ces nouvelles normes, monons la confusion entre deux termes non forcément synonymes dans les deux versions linguistiques de l'arrêt : «incorporer - to incorporate» et «prendre en/entr compte - to take account into consideration». Ainsi la version anglaise utilise le verbe «incorporate» où la version française parle simplement de «tenir en compte» (par. 112 al. 1, mais au par. 104 al. 4 les deux versions utilisent le verbe «tenir compte»). En ce qui concerne le plan contractuel conjoint, les deux versions partent à la fois d'une prise en compte (par. 112 al. 1 in fine) et d'une incorporation (par. 112 al. 2). Aux fins de l'évaluation des risques, les deux versions utilisent le verbe «prendre en considération» (par. 140 al. 2).

(42) R/S par. 2.51-2.67 ; La Slovaquie accepte le caractère continu des dispositions environnementales du traité (C-M/S par. 2.30) qui s'expriment dans le plan contractuel conjoint (R/S par. 2.45), mais dont la nature juridique est discutée. Cependant, elle conteste leur modification ultérieure par d'autres règles du droit international (M/S par. 8.110-12 ; C-M/S par. 9.47, 9.99 ; R/S par. 3.27, 3.37) tout en estimant que, de toute façon, elles sont respectées (C-M/S par. 9.04-9.11, 9.101 ; R/S par. 3.16). D'une manière bien figurative, le Prof. McCaffrey (cons. Slovaquie) observe : «Hungary seizes upon the word 'obligation' in Article 19 and uses that word as a window through which it seeks to bring into the Treaty virtually the entire field of international environmental law, as it exists today. The trouble with this is that Hungary tries to use this body of law not to complement the Treaty, but as a sort of legal Trojan Horse, to halt the Project - that is, to defeat the very object and purpose of the Treaty» (c'est lui qui souligne, CR 97/7(24.03.) par. 3 (b)) ; v. le même CR 97/9(25.03.), par. 4 (c) (2.) ainsi que Prof. Pellet (cons. Slovaquie), CR 97/10(26.03.), par. 5, A-d. En ce sens aussi op. diss. Skubiszewski par. 5 et 6.

(43) Bleckmann, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, Verlag Albet, 1982, p. 89 et seq.

droits de l'homme (au moins dans le cadre européen) (44) et même en matière de droit individuel à l'environnement dont certains aspects furent récemment consacrés par les organes européens (45), il n'en était pas de même pour le droit interétatique de l'environnement. La Hongrie avait invoqué l'avis consultatif de la Cour sur la Namibie qui consacra cette méthode en matière de tutelle (46). Ainsi la haute juridiction internationale innove en l'appliquant aux dispositions environnementales d'un traité (47). Il convient de mesurer l'importance de cette jurisprudence tant au plan théorique, qui dépasse la présente affaire, qu'au plan concret, dans l'application à l'espèce.

Le constat que les dispositions conventionnelles relatives à l'environnement doivent être considérées comme étant conçues «dans une perspective d'évolution» (48) génère virtuellement une révolution dans l'application de nombreux traités comportant de telles formules. Fréquemment, surtout dans les anciens traités (comme il semble avoir été le cas en ce qui concerne le traité conclu en 1977), ces dispositions revêtaient dans l'esprit des signataires une simple valeur programmatrice (49). A la lumière de cette jurisprudence, ces dispositions se voient désormais reconnaître non seulement une valeur effective, ce qui n'étome point, mais encore une portée renforcée, puisqu'elles sont supposées intégrer l'ensemble du droit international de l'environnement dans son expression la plus actuelle. Ainsi la haute juridiction, évoquant un grand nombre d'instruments énoncés aux cours des deux dernières décennies en matière d'environnement, estime que ces «normes nouvelles doivent être prises en considération... non seulement lorsque

Les Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé» (50).

Les effets pratiques de l'interprétation évolutive sur l'issue de l'affaire sont à double tranchant pour la Hongrie. Dans la partie déclaratoire de l'arrêt, cette interprétation se retourne contre elle. L'imprévisibilité exigée pour terminer un traité sur le fondement d'un changement fondamental de circonstances (*infra* I-B-2) fait défaut puisque les trois articles prévoient *ipso facto* une modification des connaissances en matière d'environnement. Au même titre est rejeté l'argument de l'extension du traité en raison de l'apparition de nouvelles normes internationales de l'environnement (51). En revanche, cette interprétation permet d'intégrer la protection des eaux souterraines dans le champ de l'article 15 (52) alors que celui-ci ne parle que très généralement «de la qualité des eaux du Danube» (53). Dans la partie normative, cette interprétation va encore plus loin et s'apparente à une sorte de révision du traité, confortée par la reconnaissance, par les parties, des données factuelles (54). Elle permet d'intégrer certains nouveaux principes du droit international de l'environnement, invoqués par la Hongrie, dans le traité (*infra* II). Ils doivent être pris en considération dans le cadre des articles 15 et 19 du traité qui mettent «à la charge des parties une obligation continue, et donc nécessairement évolutive, de maintenir la qualité de l'eau du Danube et de protéger la nature» (55).

(50) Par. 140 al. 4 ; v. aussi op. ind. Weeramantry, B(b) et op. diss. Hertzogh, par. 11.

(51) Respectivement par. 104 al. 3 et 4 ainsi que par. 112 al. 2; sur ce point la Cour reçoit l'argumentation slovaque, comp. C-MIS par. 10,63; et Prof. McCaffrey, CR 97/9(25/03), par. 4 (c) (point 2) : «... it concerns only interpretation of treaty provisions, not revision or termination of them».

(52) Demande de la Hongrie : M/H par. 6.15-6.17, 7.17; C-M/H par. 4.12-4.19 ; M. Szénasi (agent), CR 97/2 (03.03), par. 22 ; demande non contestée par la Slovaquie : R/S par. 3.18-3.24 ; La Cour accepte une discussion sur cette base en mentionnant les eaux potables de Budapest, essentiellement d'origine souterraine, sans toutefois citer les eaux souterraines expressément, par. 40, 55, 56.

(53) Cette interprétation, s'oriente clairement par rapport aux travaux de la C.D.I., qui ont mené à la Convention des Nations Unies du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation dont l'article 2(a) vise «un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines». De même, la Cour semble accueillir l'interprétation large de la Hongrie (M/H par. 6.24) de l'article 19 du traité, relatif à la protection de la nature, qui vise tous les éléments de l'environnement naturel, en particulier la biodiversité et les zones alluviales (la Cour vise «l'environnement de la région» par. 53 et 55 al. 2) et «l'écologie de la région» par. 85 *in fine*), contre l'interprétation étroite slovaque des termes nature et qualité de l'eau (R/S par. 3.34).

(54) Par. 138 *in fine* ; plutôt critique : op. diss. Odu par. 31 et s. ; op. ind. Bedjioui, par. 12-19, par. contre, suite à la décision de la Cour, il parle d'une coque prête à abriter de nouveaux engagements (par. 60).

(55) Par. 140 al. 2, où la Cour fait allusion à l'évaluation des risques écologiques.

(44) V. arrêt Golders, 21 février 1975 : A 18 (par. 36), *contra* : juge Sir Gerald Fitzmaurice (op. ind. par. 36-40 et 48) ; arrêt Marckx, 13 juin 1979 : A 31 (par. 41 al. 2 et 58 al. 3), op. diss. juge Fitzmaurice (par. 7-9).

(45) Interprétation évolutive article 8 de la Convention : arrêt Lopez Ostra, 09.12.1994 (par. 51) ; arrêt Guerra 19.02.1998 (par. 57-60 ; de même, l'interprétation évolutive de l'article 10 n'est pas exclue pour l'avenir, v. *ibid.*, op. ind. Palm et rapport de la Commission, 29.05.1996).

(46) V. C-M/H par. 4.22 ; Prof. Kiss, (cons. Hongrie), CR 97/2(03.03), par. 17.

(47) Dans l'affaire du lac Lanoux, citant le Gouvernement français à propos de l'interprétation de l'acte conventionnel de 1866 «dans le contexte du droit international positif du moment où il peut être appliqué», le tribunal estime que «il est donc permis de tenir compte de l'esprit qui a présidé aux traités pyrénaïques ainsi que des règles du droit international commun» (cette Revue 1958, p. 99, 100, en droit, par. 2).

(48) Par. 104 al. 4.

(49) Ce fait se manifeste souvent dans une formulation en termes vagues. Pour le juge Bedjioui c'est seulement dans ce cas qu'une interprétation évolutive (renvoi mobile) est admise, sinon une interprétation *ex tunc* (renvoi fixe) s'impose (op. ind. par. 17 et 7-11).

Pour l'application de ces principes, la haute juridiction semble préférer l'interprétation évolutive du traité à l'application autonome de ces principes au titre du compromis (56) ce qui est cohérent puisqu'elle confirme la validité du traité. En décidant ainsi, elle rejette toutefois les justifications hongroises relatives à l'abandon des travaux qui sont fondées sur la portée spécifiquement environnementale de certaines règles substantielles du droit international.

### B) Résistance des règles substantielles

La Cour est réservée quant à la prise en considération d'aspects environnementaux dans l'application du droit international général. C'est certainement vrai pour les règles substantielles régissant le droit des traités et le droit de la responsabilité internationale : son attitude pourrait apparaître cependant moins restrictive à l'égard du droit relatif à la succession d'États.

1) De prime abord, la protection de l'*environnement* ne semble guère intéresser la *succession d'États*. Les situations objectives mentionnées dans ce contexte méritent néanmoins que l'on y mène une brève réflexion. La succession de la Slovaquie à la Tchécoslovaquie dans ses droits et obligations résultant du traité de 1977 est reconnue, étant donné que celui-ci peut être considéré comme avoir créé des «*droits et obligations de caractère territorial*» (article 12 de la Convention de 1978 sur la succession d'États qui reflète le droit coutumier) (57). Cette observation peut être prolongée. Les mêmes conséquences, qui sont - d'après la Cour - opposables à un État successeur dans le contexte de la navigation, pourraient également être déduites de dispositions concernant l'environnement fluvial qui, sans aucun doute, ont également un caractère territorial. En conclusion, une succession, au titre de l'article 12, ne devrait pas non plus affecter les obligations

se rapportant aux restrictions *environnementales* d'un cours d'eau international établies par un traité (58).

2) Quant aux relations entre *droit de l'environnement* et *droit des traités*, il faut préalablement noter que la Cour réaffirme la valeur continue des articles 60 - 62 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (59) qui énumèrent certaines causes d'extinction des traités. Particulièrement pertinents pour l'approche environnementale sont les arguments fondés sur le changement fondamental de circonstances (article 62), sur l'extinction du traité comme conséquence de sa violation (article 60) et sur l'apparition de nouvelles normes de droit international de l'environnement. La Hongrie estime qu'il s'agit de véritables causes «*écologiques*» justifiant l'extinction du traité (60), une attitude qui n'est partagée ni par la Slovaquie (61), ni par la Cour.

La Hongrie invoque un changement fondamental de circonstances suite, entre autres choses, aux progrès de connaissances en matière d'environnement et à l'apparition de nouvelles normes de droit international de l'environnement. Toutefois, l'acquisition de nouvelles connaissances en matière d'environnement ne présente pas le caractère impératif exigé par la définition du changement fondamental de circonstances, puisque le traité de 1977 avait, dans un esprit évolutif, intégré ce genre de considérations dans ses articles 15, 19 et 20 (62).

La Hongrie estime ensuite avoir mis valablement fin au traité suite aux agissements de la Slovaquie qui violeraient à la fois les règles générales du droit international et le traité. D'après la Cour, seule une violation du traité justifie sa terminaison qui n'a pu intervenir pour plusieurs raisons : la Hongrie ne prouve pas le refus tchécoslovaque de prendre des mesures de protection de l'environnement en vertu des articles 15 et 19 du traité ; la dénonciation hongroise était prématurée,

(56) A l'exception du principe de l'usage équitable où elle se réfère à titre principal au droit international (par. 78 et surtout 85). Pour le juge Koroma cependant (op. ind. *in fine*), la plupart des impératifs environnementaux actuels ont été incorporés dans le traité, y compris le principe de précaution (même s'ils ne sont pas suffisamment prouvés pour justifier la terminaison du traité).

(57) Par. 123 ; en ce sens le C-M/S par. 3.25-3.39 ; M. Mikulka (cons. Slovaquie) CR 97/9(25.03.) ; rejet de cet argument par la Hongrie, v. Prof. Crawford, CR 97/6(07.03.), par. 40 et seq.

(58) Cette réflexion, impliquant une limitation importante de la souveraineté étatique, peut dépasser l'aspect successoral et être prolongée au droit des traités, même si cette solution n'est pas retenue par la Convention de Vienne de 1969. Sir Humphrey Waldock, dans son 3<sup>e</sup> rapport pour la C.D.I. sur le droit des traités, proposait l'adoption d'un article sur les traités créant des régimes objectifs (p.ex. relatifs à l'usage d'un territoire maritime ou terrestre) qui seraient à l'origine de véritables obligations *erga omnes* (v. Ann. C.D.I. 1964, vol. II, p. 24 et s.).

(59) Par. 46 et 99.

(60) V. Prof. Sands (cons. Hongrie) CR 97/5 et 6 (06/07.03.), par. 7 et seq. (v. par. 5 où il cite Sir Robert Jennings : «*what the international community needs is a law which can change with the changes in the scientific world.*»)

(61) M/S par. 8.61 et s. ; C-M/S par. 10.61 et s. ; R/S par. 5.25 et s. ; Prof. Pellet, CR 97/10(26.03.), par. 5 et s.

(62) Par. 104 al. 3 et 4 ; comp. aussi C-M/S par. 9.51 (v. aussi *supra* I-A-2-c).

la Slovaquie n'a déjoué le Danube qu'après que celle-ci est intervenue ; la Hongrie n'a pas respecté les règles formelles de dénonciation du traité (63).

Enfin, la Hongrie affirme que les nouvelles exigences du droit international de l'environnement constituent un motif autonome, indépendamment du concept de changement fondamental de circonstances, d'extinction des traités. Au paragraphe 112 de son arrêt, la Cour rejette également cet argument au motif que les dispositions environnementales évolutives du traité permettent d'incorporer ces nouvelles normes sans qu'il soit nécessaire d'y mettre fin. Cette dernière affirmation mérite deux précisions.

D'une part, si la Cour ne semble pas admettre un motif autonome d'extinction des traités suite à l'apparition de nouvelles normes environnementales, elle fait un effort considérable pour les incorporer dans un traité en les rattachant à des dispositions générales relatives à l'environnement. Donc, si la Hongrie n'a pu mettre fin au traité de 1977, elle est autorisée à le soumettre à une lecture nouvelle qui tiennent compte des « *normes du droit international de l'environnement et des principes du droit relatif aux cours d'eau internationaux* » (64).

D'autre part, la Cour mentionne, dans ce contexte, l'article 64 de la Convention de Vienne qui met fin à un traité suite à l'apparition de normes impératives. Elle relève qu'« aucune des parties n'a prétendu que des normes impératives du droit de l'environnement soient nées... et la Cour n'aura par suite pas à s'interroger sur la portée de l'article 64 » (65). On est tenté d'en conclure, *a contrario*, qu'elle serait disposée à examiner le problème à l'avenir. Vu l'importance que la haute juridiction attache, dans cet arrêt, aux travaux de la Commission

(63) Par. 105-110 ; pour le juge Herczegh, le détournement du Danube, préparé par la construction de la variante C, constitue une violation du traité justifiant sa terminaison (op. diss. par. 85-89). Pour le juge Fleischhauer, la Hongrie a bien respecté la procédure de dénonciation prescrite par la Convention de Vienne (op. diss. I, 4).

(64) Par. 141.

(65) Par. 112 ; dans ses écrits, la Hongrie avait fait allusion à des normes impératives (C-M/H par. 7.15), un fait que lui reproche la Slovaquie (OMS par. 7.44, 8.107 ; C-M/S par. 9.98 ; R/S par. 2.46-2.48-3.49) ; Prof. McCaffrey, CR 97/9(25-03.), par. 4(e)(3e). La Hongrie y revient (p. ex. C-M/H par. 6.43 ; Prof. Crawford, CR 97/2(03-03.), par. 7) et ne se réfère à de telles normes que dans le cadre de l'article 22 de la Convention sur la biodiversité qui ne sera pas pertinente pour la Cour. Cet article ne modifie en rien le droit conventionnel existant, « *sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ses obligations causent de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituent pour elle une menace* » (Prof. Sands, CR 97/12(10-04.), par. 10 et C-M/H par. 4.23 ; R/H par. 3.55).

de droit international (C.D.I.) qui, il faut le dire, ne devraient pas être *ipso facto* la valeur coutumière d'une règle, elle pourrait considérer que la pollution massive de l'atmosphère ou des mers est interdite en vertu d'une norme impérative (66). Toutefois, il faut bien reconnaître qu'une majorité des membres de la Cour estime actuellement que le *jus cogens* ne fait pas partie du droit international positif (67).

3) Enfin, les incidences du *droit de l'environnement* sur le régime général de la *responsabilité internationale* restent également limitées.

a) Pour justifier l'abandon des travaux en 1989, la Hongrie a invoqué un « état de nécessité écologique » à la suite de ce qu'elle avait déjà fait dans sa déclaration de dénonciation du traité en mai 1992 (68). Elle se fonde sur des dangers écologiques du système de construction sur l'aquifère, pollué par le réservoir d'eau prévu près de Gabčíkovo, sur l'eutrophisation des eaux superficielles contenues dans ce réservoir et sur le lit principal du fleuve ainsi que sur sa faune et flore (surtout dans les plaines alluviales) suite à la restitution d'un mince filet d'eau à l'ancien Danube. Aux dangers similaires pour les ouvrages de Nagymaros il faut rajouter la baisse du niveau des eaux du fleuve suite à l'érosion du lit en aval diminuant sensiblement l'alimentation en eau de la ville de Budapest.

Se placer à titre principal sur le terrain des causes exonératoires de responsabilité, au lieu de le faire sur celui de l'extinction des traités, n'était peut-être pas l'argumentation la plus heureuse pour la Hongrie mais c'était le choix que son gouvernement avait adopté en 1992, au moment de la dénonciation du traité. Elle admettait ainsi implicitement et de prime abord le non-respect du traité de 1977 (69). Par contre, cet argument présentait l'avantage qu'il pouvait s'appuyer sur les paragraphes 3 et 14 du commentaire à l'article 33 (consacré à l'état de

(66) Pourvu que l'on accepte la parenté entre les concepts de crime international et de *jus cogens* (v. art. 19 (3) (d) du projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats (1980) ; comp. les discussions plus récentes in : Ann. CDI 1994, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 148, par. 255 ; aussi op. diss. Weeramanany, avis OMS, Rec. C.I.J. 1996, p. 142).

(67) Ainsi, la Cour consacre la valeur coutumière de la majeure partie de l'article 33 du projet de la C.D.I. de 1980 (par. 51-58), tout en prenant soin à ne pas y intégrer le passage relatif aux normes impératives (art. 33 par. 2a).

(68) V. Prof. Dupuy, CR 97/3(04-03.), par. 3-11 (par. 9) ; Prof. Sands CR 97/5(06-03.), par. 14-22 ; Dans ses actes écrits et ses plaidoiries, la Slovaquie consacre une place très importante pour combattre cette thèse.

(69) La Cour conclut ainsi, sans justification détaillée, que le comportement hongrois a rendu impossible la réalisation de l'objet du traité de 1977 (par. 48 et 49). Pour le juge Herczegh, en continuant la Hongrie manifestait toutefois son intention de respecter le traité dans sa globalité, en continuant les travaux à l'exception de ceux considérés comme dangereux pour l'environnement (op. par. 25).

nécessité) de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats adopté en 1980 par la C.D.I. qui mentionnent expressément des motifs justificatifs d'ordre environnemental.

La Hongrie perd sur le fond. Au paragraphe 101, la Cour estime que l'état de nécessité ne peut justifier la suspension des travaux en 1989, ni la fin du traité en 1992. En repassant les conditions de cette cause d'exclusion d'illicéité, elle conclut, d'abord, que le projet affecte certes un «*intérêt essentiel*» de cet Etat, en rappelant l'obligation générale de respecter l'environnement des autres Etats (*infra* II-B-1). Mais en vérifiant ensuite l'existence d'un «*péril grave et imminent*», elle considère que la Hongrie n'alléguait que des «*incertitudes*» sur les incidences écologiques du système de barrage. En examinant surtout l'imminence et, sur ce fondement, le caractère immédiat et proche du péril (70), la Cour conclut, après une analyse détaillée de la situation à Gabckovo et à Nagymaros, que le péril était uniquement «*possible*» et «*éventuel*» (71).

Cette qualification, s'inspirant du régime du dommage, est critique. Il ne faut pas confondre deux notions distinctes : le péril et le dommage. Le terme «*péril*» évoque l'idée de «*risque*», pour emprunter les termes utilisés par la Cour. Curieusement, elle donne ensuite une interprétation plus stricte du concept de péril : il doit être certain et inévitable. La définition du péril se situe ainsi en quelque sorte entre le risque et le dommage matériel, mais tend surtout vers ce dernier. Cette approche doit mener forcément à la production du dommage que l'on voulait justement éviter en invoquant l'état de nécessité. Le but intime de la cause justificative est ainsi compromis (72). D'ailleurs, par une qualification aussi restrictive de la notion de péril, la Cour coupe court à toute discussion ultérieure sur le dommage écologique dont les particularités ne seront pas consacrées dans cet arrêt.

(70) Par. 54-57, comp. en ce sens C-M/S par. 10.44 ; R/S par. 5.08 ; Prof. McCarthey, CR 97/9 (23.03.), par. 56(c).

(71) Un fait contesté par le Prof. Carhiener (expert Hongrie) qui constate des homologies hydrologiques entre cette partie du Danube et le Rhin supérieur à un tel point que l'on peut conclure à une prévisibilité quasi-certaine des effets irréversibles dus à la construction du système de barrage (CR 97/2(03.03.), par. 35 et seq.).

(72) D'une manière beaucoup plus pertinente, mais plus brève, la Cour rajoute d'autres arguments pour écarter l'état de nécessité. Ainsi, la suspension du traité n'était pas le seul moyen pour sauvegarder l'intérêt de la Hongrie, elle aurait pu recourir à d'autres moyens pour faire face aux dangers qu'elle redoutait. Notamment le projet initial, grâce à ses articles environnementaux, lui donnait un certain contrôle sur la répartition des eaux. Budapest a ainsi contribué à la survenance de l'état de nécessité (v. par. 56 *in fine* et para. 57).

Ce constat décevant pour le droit de l'environnement dans son application concrète à l'espèce constitue également une atteinte portée au principe de précaution inhérent à cette branche juridique (*infra* II-B-1). D'une manière moins pessimiste, on peut néanmoins se réjouir qu'aux paragraphes 51 à 53 de son arrêt, la Cour affirme non seulement la valeur coutumière de l'article 33, mais accepte également de discuter les motifs d'ordre écologique de l'état de nécessité qui sont ainsi élevés au rang du droit positif.

b) Dans l'hypothèse où la variante C aurait été jugée illicite (73), cette action unilatérale aurait pu être considérée comme une contre-mesure slovaque en réponse aux actes illicites de la Hongrie. En présence de violations croisées (abandon hongrois des travaux prescrits par le traité et détournement unilatéral du Danube par la Slovaquie), la Cour fait prévaloir le droit de la Hongrie à une part équitable des ressources en eau du Danube et considère que la variante C n'a pas respecté le degré de proportionnalité pour que la contre-mesure soit justifiée (74).

c) La problématique du dommage écologique subi par les Etats sert de transition vers la deuxième partie de cette étude. Comme les modalités de la réparation doivent faire l'objet d'une négociation bilatérale en vue de l'exécution de l'arrêt, il s'en tient à des considérations générales. En vertu de l'article 5 du compromis, prévoyant une nouvelle saisine de la Cour en cas de désaccord persistant des parties, la haute juridiction pourrait être amenée à statuer en détail sur ce point à l'avenir.

La Hongrie a plaidé pour une prise en considération de la responsabilité internationale de la Slovaquie sur deux plans différents (75). D'abord elle demande l'adaptation des critères classiques de la responsabilité aux caractères particuliers du dommage écologique. Ainsi elle insiste sur le facteur temps travaillant contre l'environnement et sur le caractère potentiellement irréversible de certaines atteintes, par exemple à la nappe phréatique. Concrètement, elle exige de prévenir un dommage à la biodiversité et invoque la production d'un dommage à l'environnement.

(73) La théorie de l'application par approximation d'un traité, invoquée par la Slovaquie pour justifier la licéité de la Variante C n'est pas analysée. La Cour en refuse la discussion et l'écarte pour la Variante C (par. 75-77) tout comme par ailleurs la théorie de la limitation du dommage par la réalisation de la «solution provisoire».

(74) Par. 85 (*infra* II-B-2) ; *contra* : op. diss. Oda par. 23 ; op. diss. Vereshchetin ; op. diss. Parra-Aranguren par. 16.

(75) R/H par. 3.165 (aussi M/H par. 8.22, 8.23 et par. 8.39 et s.).

ronnement (causé à la faune, à la flore, aux sols, aux sous-sols, à la nappe phréatique et à l'aquifère ainsi que le *prelim doloris* subi par la population hongroise). Le dommage devrait inclure une petite marge d'incertitude étant donné qu'en ce domaine les notions de risque et de dommage sont intimement liées (76).

Ensuite la Hongrie invite la Cour à appliquer les règles traditionnelles de la responsabilité entre Etats. En particulier elle demande réparation pour les dommages et pertes qu'elle, ainsi que ses ressortissants actuels et futurs, ont subi du fait de la « solution provisoire ». Ils seraient réparables à titre principal en vertu de la règle de *restitutio in integrum* qui consisterait avant tout dans le rétablissement des eaux du Danube dans le principal chenal ainsi que de la situation écologique originelle (77).

Quant à la réparation, la Cour accepte uniquement le volet légal de la règle de la *restitutio in integrum* formulée dans la jurisprudence « Usine de Chorozov » (78). La Hongrie invoquait une remise en état non seulement en ce qui concerne la légalité, mais surtout de la situation matérielle (écologique) (79). La Cour passe ce point sous silence. En revanche, partant de l'idée qu'en droit international le dommage se confond avec la violation du droit (80), elle aborde uniquement l'aspect juridique de la *restitutio in integrum* en invitant les parties à se remettre dans une situation légale en vertu des règles du droit international. Ceci en reprenant « leur coopération pour l'utilisation des ressources en eau partagées du Danube » et en réalisant le programme d'utilisation « de manière équitable et raisonnable » (81). Le rétablissement du respect de deux obligations fondamentales du droit internatio-

(76) M/H par. 6.18, 6.49, 7.20, 8.23-8.33, 8.49, 8.50 ; C-M/H par. 7.25, 7.26 ; R/H par. 3.170-3.172 ; Prof. Dupuy, (cons. Hongrie), CR 97/6(07.03.), par. 8, 13-20.

(77) M/H par. 8.22, 8.39, 8.40, 8.43 et s. ; R/H par. 3.166-3.169.

(78) «... la réparation doit naître que possible exister toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis». C.P.J.I. 1928, série A, n° 17, p. 47 ; en ce sens l'argumentation slovaque, v. Prof. Pellet, (cons. Slovaque), CR 97/11(27.03.), par. 12 et seq.

(79) D'abord elle exige un rétablissement du cours du Danube (M/H par. 8.39, 8.40 ; R/H par. 3.166). Si, lors de l'audience, elle n'exige pas une destruction des ouvrages de Gabčikovo, elle parle toutefois d'une neutralisation ou d'une réorganisation (Prof. Dupuy, (cons. Hongrie), CR 97/6(07.03.), par. 13).

(80) V. l'observation critique sur ce point, P.M. Dupuy, Responsabilité et légalité, in : La responsabilité dans le système international, Colloque de la S.F.D.I. du Mans, Pedone 1991, p. 281.

(81) Par. 150.

nal, celle de coopération et celle de l'usage équitable des ressources en eau (82), serait donc une modalité suffisante de restitution.

Ensuite, la Cour dévie la discussion immédiatement vers la réparation par équivalant en abordant la question de l'indemnisation. La Cour constate la violation croisée du traité de 1977 et du droit international général par les deux parties, un fait qui pourrait compenser et donc annuler les revendications réciproques (83). La Slovaquie doit être indemnisée des dommages subis suite à l'abandon des travaux de la Hongrie. Cette dernière « est en droit d'être indemnisée des dommages qu'elle a subis du fait du détournement du Danube » (84). Quant à la « de sa part légitime de ressources en eaux partagées » (84). Quant à la nature du dommage provoqué par le fait du détournement du Danube, la Cour semble fonder l'indemnisation exclusivement sur la violation de l'obligation d'utiliser équitablement et raisonnablement un cours d'eau international (qui ne se limite pas aux considérations d'ordre environnemental). En constatant « les limites inhérentes au mécanisme même de réparation » du dommage écologique (85), elle ne consacre donc pas ce concept invoqué par la Hongrie, un fait qui s'explique également à la lumière de son analyse à propos de la notion de péril (86).

## II - UNE APPLICATION SÉLECTIVE DES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

L'irruption de considérations écologiques que cette affaire a provoquée dans la jurisprudence de la Cour s'accompagne toutefois d'une retenue à l'égard de certains aspects du droit international de l'environnement. Ceci explique l'application sélective des principes

(82) V. art. 5 al. 2 de la Convention sur l'utilisation des cours d'eau à des fins autres que la navigation (*infra* II-B-2).

(83) V. la critique du juge Herczegh qui insiste sur la gravité dommage écologique irréparable (op. diss. par. 44, 71, 72).

(84) Par. 152 al. 4 (aussi par. 147) : La Cour associe ainsi l'invocation du principe d'utilisation équitable à la notion de « ressources partagées », ce qui avait pourtant naguère suscité des réserves, v. P.M. Dupuy, Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle, cette *Revue* 1997, par. 882.

(85) Par. 140 al. 3, sur cette problématique v. A. Kiss, Droit international de l'environnement, Pedone 1989, p. 106.

(86) Ainsi la Slovaquie a insisté beaucoup sur l'absence de certitude scientifique sur la production d'un dommage écologique, v. p.ex. R/S par. 3.25, 3.51.

matériels (B) et procéduraux (C) (87) relevant de ce corps juridique. Par la consécration de principes conceptuels (A), la Cour introduit également une gradation quant à leur statut juridique.

### A) Les principes conceptuels

Il s'agit de principes encore dépourvus d'un statut autonome en droit positif, par opposition aux principes à caractère normatif (88). Même s'ils reflètent des règles juridiques imparfaites, ils sont susceptibles de s'intégrer dans d'autres règles précises. Ainsi la Cour se réfère à l'ancien principe de la communauté d'intérêts entre riverains d'un cours d'eau international (89) consacré en 1929 par la Cour permanente dans l'affaire de la Commission Internationale de l'Oder pour établir l'égalité des riverains d'un cours d'eau, un principe qui inspire le droit d'usage équitable des ressources en eau (90). La Cour mentionne deux autres principes d'une plus grande actualité, à savoir le principe de développement durable et les droits des générations futures.

1) L'arrêt consacre clairement un simple **principe conceptuel de développement durable**, contrairement à l'affirmation du vice-président de la Cour, le juge Weeramanry, qui, dans son opinion individuelle, se livre à une véritable analyse doctrinale et parle d'un principe à caractère normatif crucial pour l'issue de la présente affaire. La Cour mentionne succinctement le « **concept de développement durable (qui) traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement** » (91).

Le principe a initialement un rôle technique ou judiciaire. Il renvoie à la technique de la balance évaluant les différents intérêts en cause, une technique propagée depuis longtemps par certains spécialistes de la

(87) Sur cette distinction, v. aussi RH par. 3.42.

(88) V. en ce sens Op. ind. Weeramanry, p. 1 (ensuite il consacre 19 pages au principe de développement durable) ; M. Kanno parle de principes « inspirateurs » (*Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, R.J.E. 1993-1, p. 20) et P.M. Dupuy de « matrices conceptuelles » (aussi à propos du développement durable, art. cit. cette *Revue* 1997 p. 886) ; v. aussi U. Beyerlin, Rio-Konferenz, ZöfR 1994 p. 140. On trouve ces concepts fréquemment dans les préambules ou dans des dispositions programmatiques des conventions.

(89) On peut également mentionner le principe de la souveraineté (d'après la Hongrie, la Variante C constitue une grave violation de sa souveraineté permanente sur ses ressources naturelles, v. M/H par. 7.83 ; CR 97/20(03.03.), M. Szénasi, par. 11-13 et Prof. Kiss, par. 19 et seq. ; *contra* : C-M/S par. 11.48-11.53).

(90) Par. 85 ; v. aussi C-M/H par. 6.23

(91) Par. 140 al. 4 (nous soulignons). L'arrêt utilise donc le terme de *concept* qui est le préalable au devoir normatif concret des parties de négocier un partage satisfaisant, prescrit à l'alinéa suivant (par. 140 in fine).

méthodologie juridique (92). Ce procédé reçoit une signification particulière en droit international de l'environnement et du développement dont il concilie les aspirations fréquemment contradictoires (93). Si ce principe très général, largement consacré par la Déclaration de Rio, n'a pas de statut juridique autonome (ainsi il n'a pas de portée immédiate dans l'arrêt), il a vocation à se combiner avec d'autres règles à caractère normatif, tel le principe de la gestion équitable et rationnelle des ressources en eaux qui illustre particulièrement bien la technique de la balance des intérêts entre Etats riverains.

La Cour devait concilier deux positions qui ne pourraient être plus opposées : les nécessités du développement de la Slovaquie, surtout en besoins d'électricité (94), et les préoccupations écologiques de la Hongrie. Ce chivage fondamental ressort tout au long de la discussion sur la signification du droit international de l'environnement. Bien évidemment, la Hongrie est plus réservée sur le principe de développement durable, qui introduit l'aspect du développement en droit de l'environnement (95), et souligne davantage son aspect environnemental (96). En revanche, ce principe récepteur des besoins de développement économique est considéré par la Slovaquie comme étant inhérent au traité de 1977 (97).

2) Quant aux **droits des générations futures**, la Cour souligne que les interventions de l'homme représentent des risques pour « l'humanité - qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures » (98). Si le principe des droits des générations futures est lié au principe de développement durable, la Cour lui donne une portée avant tout environnement-

(92) P. ex. La doctrine des intérêts allemande (v. Philipp Heck dans son discours de 1933 : *Interessensunterschied*)

(93) D'une manière plus pessimiste, on peut même estimer que le droit international de l'environnement a été remplacé par le droit international du développement durable (en ce sens M. Pallemerts, La conférence de Rio, Grandeur ou décadence du droit international de l'environnement, R.B.D.I. 1995, p. 223).

(94) C-M/S par. 9.50, 9.101, 9.103.

(95) Le droit au développement dans son expression extrémiste supplante ainsi en quelque sorte l'ancienne doctrine Harmon de la souveraineté territoriale absolue, pourtant en voie de disparition.

(96) M/H par. 7.45-7.50 où elle ne mentionne le principe 2 de la déclaration de Rio qu'en note (note 34) ; dans les actes suivants, elle accepte la discussion sur le principe : C-M/H par. 7.29 ; R/H par. 1.39

(97) C-M/S par. 9.50, 9.53-9.66 ; R/S par. 3.52 ; Prof. McCaffrey, CR 97/9(25.03.), par. 4 (c) (point 3c).

(98) Par. 140 al. 4.

tale. Pour la haute juridiction, la référence aux «*générations à venir*» est importante, étant donné qu'elle reprend un passage de son avis consultatif de 1996 (99). Toutefois, ce principe en lui-même ne semble pas non plus avoir de répercussions autonomes sur la solution du litige.

### B) Les principes matériels

Tout comme les principes procéduraux, les principes matériels du droit international de l'environnement sont appliqués d'une manière sélective : la Cour ne leur accorde pas la même autorité. Soit ils ne sont pas élevés au rang du droit positif, soit ils sont consacrés, mais sans précision de leur régime juridique ou sans répercussion sur l'issue de l'affaire.

1) *Les règles générales du droit international de l'environnement - prévention, précaution, interdiction de causer un dommage à l'environnement d'un autre Etat.* L'arrêt affirme le principe fondamental du droit international de l'environnement qui interdit de causer un dommage au territoire d'un autre Etat. Si la Cour consacre également un principe qui se trouve en amont de la règle précédente, celui qui oblige les Etats de prévenir un tel dommage, elle n'accueille pas le principe plus strict de précaution.

a) La Hongrie demandait l'application des principes de prévention et précaution visant à éviter un dommage environnemental (100). Le principe de prévention est clairement affirmé lorsque la haute juridiction constate que «*dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommage*» (101).

Il faut regretter que la Cour reste cependant très en retrait par rapport à l'évolution récente du droit international de l'environnement quant au principe de précaution. Cette solution s'explique par l'attitude

(99) Par. 112. Elle accueille ainsi l'argument hongrois en ce sens : *M/H* par. 8,49 ; *C-M/H* par. 7,25 ; *R/H* par. 3,167 et 3,171 ; v. déjà Weeramantry op. diss. affaire des essais nucléaires II, *C.I.J. Rec.* 1995, p. 341 ainsi que op. diss. avis Assemblée générale 1996, point II-3-h.

(100) *M/H* par. 6,30, 6,57-6,69. Prof. Kiss, *CR* 97/2(03,03.), par. 23. La Slovaquie lui reproche d'interpréter ces principes d'une manière trop absolue (les deux principes ne viseraient qu'un dommage *significatif* de sorte qu'ils empêchent toute possibilité de développement (C-M/S par. 9,48, 9,49, 9,68-9,79 et 9,83-9,93).

(101) Par. 140 al. 3.

réservée de la Cour face à la notion de risque. Effectivement, la raison d'être de ce principe repose sur l'existence d'un risque qui, en dernier ressort, ne peut être prouvé scientifiquement d'une manière certaine. Certes, la Cour constate la «*conscience croissante des risques que la poursuite (des interventions (de l'homme)... représenterait pour l'humanité*» et «*que les Parties s'accordent... de prendre des mesures de précaution qui s'imposent*» (102). Le fossé qui séparerait les deux parties sur cette question n'étant donc pas si profond : même la Slovaquie admet finalement l'existence du principe, en le considérant cependant comme une simple approche (103). Un désaccord subsiste pourtant entre elles quant à la charge de la preuve du risque : celle-ci incombe-t-elle à l'Etat potentiellement atteint, ou bien à l'Etat se trouvant à son origine ? (104).

Force est de constater que la Cour ne consacre pas le principe de précaution que l'on n'invoque pourtant pas pour la première fois devant elle (105) : ni dans la partie normative de son arrêt, pourtant favorable aux considérations environnementales, ni dans la partie déclaratoire à propos de l'état de nécessité où la Cour adopte une position diamétralement opposée en déclarant que le danger à l'environnement doit être certain pour pouvoir constituer un péril imminent (106). Cette attitude a également empêché la consécration du dommage écologique.

(102) Respectivement par. 140 al. 4 et par. 113 (présentation des arguments des parties).

(103) Le principe ne trouverait aucun support dans le traité (C-M/S par. 9,24), à titre subsidiaire, il serait largement respecté dans le cadre du projet (C-M/S par. 9,80, 9,85 ; Prof. McCaffrey, *CR* 97/9(25,03.), par. 4f(c)(9g)).

(104) *M/H* par. 6,68 «*L'Etat dont les activités sont de nature à nuire*», *contra* : C-M/S par. 9,88, 9,89 ; La discussion ressemble à celle menée à propos du principe de précaution entre la Nouvelle-Zélande et la France dans l'affaire des essais nucléaires II, v. Ph. Sands, art. cit. cette Revue 1997, p. 472 ; v. aussi op. diss. Weeramantry dans cette affaire favorable au principe de précaution (C.I.J. Rec. 1995, p. 342-344).

(105) V. note précédente. Le caractère non contraignant de la Déclaration de Rio (les deux parties se réfèrent à son principe 15 formulant le principe de précaution) explique également sa solution. Plus généralement, pour P.M. Dupuy, la raison en pourrait être l'absence de définition univoque de son contenu ainsi que la difficulté à cerner ses répercussions économiques (art. cit. cette Revue 1997 n° 4, p. 889, 890).

(106) Elle reproche à la Hongrie d'invoquer des dommages ne résultant que de processus naturels (eux dont les effets ne peuvent être aisément évalués (par. 56) ; aussi C-M/S par. 9,86, 9,93, 9,101 ; *RS* par. 3,25, 3,51.

b) La Cour est beaucoup plus affirmative, voire solennelle, en ce qui concerne le principe fondamental (107) interdisant de causer un dommage à l'environnement d'un autre Etat. La Cour reprend une formule de son avis consultatif de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires comme l'avait suggéré la Hongrie (108). Ainsi, elle mentionne au paragraphe 53 de son arrêt l'importance du respect de l'environnement et constate que «(1) obligation générale qui ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement». Cette formule appelle une observation réconfortante et une observation décevante.

Il est réconfortant que la règle soit confirmée avec force (109). La reprise de la formule de l'avis est importante à deux égards : quant au fond, l'obligation doit s'analyser comme une véritable considération de principe dépassant le cas d'espèce ; d'un point de vue formel, il s'agit d'une affirmation contenue dans un acte juridictionnel obligatoire de la haute juridiction (110).

La place de l'insertion dans l'arrêt de ce principe est cependant décevante. Il s'agit d'un simple *obiter dictum* dans la partie déclaratoire de l'arrêt lors de la vérification de la première condition de l'état de nécessité - l'atteinte à un intérêt étatique essentiel -, sans répercussion concrète sur l'issue de l'affaire (111). La Cour ne constate aucun dommage sur le fondement de cette interdiction et la condamnation de la

(107) Ainsi A. Kiss, *Droit international de l'environnement*, op. cit., p. 80 ; de même juge Weeramantry, op. diss. affaire des essais nucléaires II, C.I.J. Rec. 1995, p. 346, v. aussi son op. diss. avis OMS, C.I.J. Rec. 1996, p. 141 ainsi que son op. diss. avis Assemblée générale 1996, R.U.D.H. 1996, p. 456 (III-10-e).

(108) Prof. Kiss, CR 97/2(03.03.), par. 22 et CR 97/5(06.03.), par. 39 (se référant à l'avis 1996 (Ass. Gen.) par. 29).

(109) A son appui, la Hongrie avait invoqué de nombreuses conventions bilatérales et multilatérales, des déclarations régionales et universelles et les «grands arrêts» internationaux dans le domaine, comp. M/H par. 7.26, 7.45-7.56 ; C-M/H par. 6.34-6.40 ; R/H par. 3.56 et s. ; Prof. Kiss, CR 97/2(03.03.), par. 22.

(110) Ce qui illustre bien la répercussion d'un avis consultatif, exprimant une opinion de la Cour, sur une décision obligatoire pour les parties. Toutefois, l'avis, qui consistait à l'occasion le droit en vigueur, a une portée plus globale en tant que réponse donnée à l'Assemblée générale représentant toute la communauté internationale.

(111) V. op. diss. Herczegh, par. 3-5. Le juge Koroma explique cette solution par le fait que cette règle ne s'applique qu'en absence d'un traité (op. ind. par. 26 ; v. son attitude plus favorable dans l'affaire des essais nucléaires II, C.I.J. Rec. 1995, p. 378).

Slovaquie pour le détournement unilatéral du cours d'eau international se fait pour violation d'une autre règle, celle de l'usage équitable et raisonnable. Ainsi, l'argumentation hongroise, qui a beaucoup mis sur l'application de cette interdiction pour établir l'illicéité de la Variante C, n'a pas été reçue.

Certes, la Cour ne semble pas accueillir l'interprétation avancée par la Slovaquie qui faisait valoir que le principe 2 de la Déclaration de Rio rajoute à l'interdiction, formulée au principe 21 de la Déclaration de Stockholm, le terme de «développement» (112). La Cour donne finalement sa préférence à la règle de l'usage équitable qui présente l'avantage de pouvoir prendre en considération, dans un souci de conciliation, à la fois les revendications slovaques d'ordre économique, non négligeables et estimé fondées par la Cour, et les revendications hongroises avant tout écologiques (113). C'est donc en vain que la Hongrie a tenté d'introduire la prééminence de la règle de ne pas causer de dommage (114) à l'environnement au-delà de ses propres frontières sur la règle de l'usage équitable (115).

2) **La règle spécifique du droit des cours d'eau internationaux - l'usage équitable et raisonnable des ressources partagées.** A propos de la licéité de la variante C défendue par la Slovaquie, la Cour affirme au paragraphe 78, donc dans la partie déclaratoire de son arrêt, avec une clarté particulière le «*droit fondamental*» de la Hongrie «*à une part équitable et raisonnable d'un cours d'eau international*». En même temps elle rejette l'argument slovaque que la Hongrie aurait accepté, en concluant le traité de 1977, le détournement des eaux du

(112) M/S par. 7.46 ; *contra* : C-M/H par. 4.25 ; Ce rajout n'a apparemment pas influencé le caractère avant tout environnemental de l'obligation, le concept du développement durable n'ayant pas atteint cette règle fondamentale du droit international de l'environnement (aussi Ph. Sands, *op. cit.*, cette *Revue* 1997, p. 460, 463).

(113) Ainsi la Slovaquie se fonde avant tout sur le principe de l'usage équitable et raisonnable avec sa technique inhérente de la balance de tous les intérêts, y compris les principes du droit international de l'environnement tel que le devoir de notification et de consultation (M/S par. 7.76 et 7.80 ; C-M/S par. 11.23-11.26), tandis que la Hongrie expose davantage l'interdiction de causer de dommage et, dans le cadre du principe de l'usage équitable, le caractère écologique de celui-ci (C-M/H par. 6.20 et 6.30 et seq.).

(114) De ce fait, la Cour n'a pas tranché quant au caractère significatif du dommage invoqué par la Hongrie (M/H par. 7.56 ; C-M/H par. 3.15 et s., 6.40, 6.45 ; R/H par. 3.57c) et contesté par la Slovaquie (M/S par. 7.85 ; C-M/S par. 11.30-11.38) ; v. aussi op. ind. Koroma par. 30.

(115) M/H par. 7.69-7.82 (7.79) ; en ce sens C-M/H par. 4.32 et par. 6.41 ; R/H par. 3.50, 3.59, 3.61 ; *contra* : C-M/S par. 11.25, 11.39-11.42 ; La Cour semble donc trancher la discussion doctrinale sur les relations de ces deux principes (p. ex. A. Nollkaemper, *The Legal Régime for Transboundary Water Pollution*, Nijhoff 1993 (p. 64-69)).

Danube (116). Au contraire, la majorité des juges estime que « la variante C a conduit la Tchécoslovaquie à s'approprier, essentiellement pour son usage et à son profit, entre 80 et 90 pour cent des eaux du Danube avant de les restituer au lit principal du fleuve, en dépit du fait que le Danube est non seulement un cours d'eau international par-tagé mais aussi un fleuve frontière », ce fait constituant un acte internationalement illicite. Par cette affirmation essentielle, la Cour consacre le principe fondamental en matière de ressources aquatiques partagées, déjà formulé pour la première fois, et avant bien d'autres textes, à l'article IV des Règles d'Helinski de 1966 de l'*International Law Association* et par un nombre considérable de conventions.

L'arrêt mentionne ce principe d'abord dans le cadre de la discussion sur la proportionnalité de la contre-mesure. Il se réfère à deux sources : à l'arrêt de la Cour permanente rendu dans l'affaire de l'Oder qui parle - certes, dans le contexte de la navigation - de la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve ; ensuite, *motu proprio* (117), à la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adoptée le 21 mai 1997 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

Au paragraphe 147 de la partie normative de son arrêt la Cour mentionne de nouveau cette Convention en citant l'article 5 par. 2 relatif à la participation équitable et raisonnable des Etats d'un cours d'eau international. En effet, le respect des deux volets de cette disposition, invoquée par la Slovaquie (118), permettra aux parties de se remettre dans une situation légale en vertu des règles de la responsabilité internationale (*supra* I-B-3).

Ainsi, en premier lieu, c'est le droit d'usage équitable et raisonnable qui doit être appliqué à la Variante C. Ceci implique que les ouvrages construits sur le territoire de la Slovaquie et mis unilatéralement en service doivent bénéficier « d'un statut analogue » de ceux initialement prévus dans le traité de 1977. La Hongrie doit être associée, « sur un pied d'égalité, à l'exploitation, à la gestion et aux bénéfices de la variante C ». Quant à la balance des intérêts, imposée en vertu de ce principe, la Cour estime qu'en l'état actuel, la variante C semble pou-

(116) M/S par. 7.43 et 7.44 ; C-M/S par. 11.22 ; M. Watts (cons. Slovaquie), CR 97/11(27.03.), par. 6 (b) point viii, allégation appuyée par le juge Korona (op. ind. par. 26).

(117) Par. 85. Les parties n'ont pas cité cette convention, la procédure orale ayant pris fin en avril 1997.

(118) M/S par. 7.76-7.79 et 7.87 ; R/S par. 3.41.

voir fonctionner d'une façon qui permette à concilier préoccupations économiques et écologiques (119). Quant à l'application concrète de ce principe, il faut rappeler le raisonnement subtil, pour ne pas dire artificiel, dans la recherche d'une formule de compromis, dénoncé par une minorité importante de juges dans leurs opinions jointes (120), qui distingue entre licéité des travaux en vue de la construction de la variante C et illicéité de la mise en œuvre de cette solution (121). En second lieu, l'article 5 al. 2 de la Convention du 21 mai 1997 impose un devoir de coopération, une obligation générale (122) et un principe procédural essentiel.

### C) Les principes procéduraux

La Cour fait référence à deux procédures à respecter par les Etats. La première est clairement affirmée et fondée par le compromis conclu entre les deux parties, l'obligation de coopération, par opposition à la seconde, moins explicite, la règle d'évaluer les impacts sur la nature.

1) Le principe de coopération est valable pour le droit international dans son ensemble : il interdit le recours à la force et à des mesures unilatérales. Sous un angle spécifique, il impose tout un éventail de démarches procédurales concrètes et détaillées. Il y a une opposition manifeste entre les parties qui invoquent ce principe lui attribuant des significations divergentes et par rapport à des situations différentes dans l'évolution des événements.

La Hongrie entend par coopération les règles établies dans les conventions relatives au cours d'eau qui imposent concrètement un devoir d'information, de notification, de consultation et de négociation

(119) Par. 145 et 146 al. 1 et 2 (la version anglaise est bien illustrative : « Variant C will be transformed from a de facto status into a treaty-based régime ») ; sur les éléments égaux des objectifs du traité, par. 135 (critique : op. diss. Herczegh, par.44-52). Ceci implique pour la Hongrie qu'elle aura un choix quant au mode d'utilisation de sa part des eaux du Danube, soit elle participe à l'énergie produite par leur détournement (actuellement 80 %), soit elle opte pour la restitution de sa part dans le chenal principal ce qui profite à l'environnement fluvial, l'agriculture, la foresterie et la pêche situés en territoire hongrois. V. op. diss. Oda par. 32.

(120) Cette solution est acquise à la plus faible majorité de l'arrêt (9 voix contre 6) ; comp. la déclaration critique du président Schwelb (qui était l'un des rapporteurs de la C.D.I. sur les travaux relatifs aux cours d'eau) ; v. aussi les opinions des juges Badjroun (par. 35-49), Kangava, Herczegh (par. 66, 78-80) et Fleischauer (I. 1). La Hongrie parlait également d'illicéité à la fois dans sa conception et son exécution (C-M/H par. 7.12).

(121) Par. 79 et surtout par. 88 ; *contra* : op. diss. Oda, par. 23.

(122) Selon le paragraphe 6 du commentaire de la C.D.I. à l'article 5 de son projet sur les utilisations des cours d'eau (Ann. C.D.I. 1994, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 103).

entre Etats riverains si l'un d'eux envisage d'effectuer unilatéralement des travaux sur un cours d'eau international. Cet argument se situe dans l'hypothèse d'une suspension ou d'une extinction du traité de 1977. Ainsi, ce devoir n'a pas été respecté par la Slovaquie pour la Variante C (123). Pour la Slovaquie, le principe général de coopération mentionné à l'article 3 du projet de la Commission de droit international sur les cours d'eau est consacré par la conclusion du traité de 1977 et ne nécessite plus d'application supplémentaire (124). Elle se place dans le contexte d'un traité toujours en vigueur.

Dans un premier temps, la Cour semble plutôt favorable à l'argumentation slovaque en constatant que l'interdépendance des pays riverains d'un fleuve international rend indispensable la coopération internationale. Il en serait ainsi à plus forte raison si les activités humaines affectent le régime des eaux. L'article 1<sup>er</sup> par. 1 du traité de 1977 renfermerait encore cette situation en prescrivant que les ouvrages à construire devaient constituer « un système d'ouvrages opérationnel, unique et indivisible » (125). Mais la haute juridiction estime ensuite, au paragraphe 112 al. 3, en conformité avec son approche évolutive, que les articles environnementaux du traité de 1977 « sont, par définition, d'ordre général, et doivent être transformés en obligations spécifiques de faire, à l'issue d'un processus de consultation et de négociation. De ce fait leur mise en œuvre exige une disposition réciproque à discuter de bonne foi des risques réels et potentiels pour l'environnement ».

Enfin, une situation juridique particulière est celle de l'exécution de l'arrêt puisque l'article 5 du compromis oblige les parties à entrer en négociation et à exécuter de bonne foi l'accord ainsi conclu. En cas de désaccord persistant après un délai de six mois, la Cour peut être saisie de nouveau pour rendre un arrêt en déterminant les modalités d'exécution. Conformément à ce texte et en partant de la déclaration de validité du traité de 1977, l'arrêt impose aux parties un devoir de négocia-

tion de bonne foi. Il n'est plus acceptable que les parties insistent sur leur position sans envisager aucune modification (126). L'exécution en bonne foi en vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 implique dans le cas particulier que le but du traité et l'intention dans laquelle les parties l'ont conclu, doivent prévaloir sur son application littérale (127). Ainsi « les parties sont juridiquement tenues, au cours des négociations qu'elles mèneront en application de l'article 5 du compromis, d'envisager dans le contexte du traité de 1977 de quelle façon elles peuvent mieux servir les objectifs multiples du traité, en gardant à l'esprit qu'ils devraient tous être atteints », les incidences du projet sur l'environnement étant nécessairement une question clef (128).

Même s'il n'appartient pas à la Cour de déterminer le résultat final des négociations à mener par les parties, il est toutefois étroitement encadré par ses affirmations normatives, plutôt favorables à la Hongrie. A tout stade de la négociation, la Cour recommande le recours à une tierce partie, surtout en cas de désaccord fondamental (129). La coopération doit donc se réaliser par des obligations concrètes, ainsi la Cour prescrit par exemple de « trouver une solution satisfaisante en ce qui concerne le volume d'eau à déverser dans l'ancien lit du Danube et dans les bras situés de part et d'autre du fleuve » et un examen nouveau « des effets sur l'environnement de l'exploitation de la centrale de Gabčíkovo » (130).

2) Ce dernier point, relatif à l'**obligation d'évaluer l'impact**, occupe une place considérable dans les actes des parties. La discussion se résume essentiellement à la question de savoir s'il existe ou non des études satisfaisantes concernant le projet. La Hongrie conteste la validité du projet initial à cause de l'absence d'étude d'impact environne-

(123) *M/H* par. 6, 76, 7, 06, 7, 57-7, 65 ; Prof. Kiss, *CR 97/2(03.03)*, par. 24 et seq. (par. 26) et *CR 97/5(06.03)*, par. 48-53. Dans un premier temps, la Slovaquie se défend sur ce plan (*M/S* par. 7, 87 et seq.), ensuite, c'est elle qui reproche à la Hongrie l'absence de consultation avant l'abandon du projet (*R/S* par. 3, 44-3, 47).

(124) *M/S* par. 7, 94 ; *C-M/S* par. 9, 13-9, 21, 9, 25, 9, 26, 9, 33-9, 44 ; Prof. McCaffrey, *CR 97/9(25.03)*, par. 4(c)(1) et 3(d). Observons toutefois que le devoir de coopération ne dépend pas, pour sa mise en œuvre, d'un accord particulier (en ce sens par. 5 *in fine* du commentaire de la C.D.I. à l'article 5 précité).

(125) Par. 17 et 18.

(126) Par. 141 en se référant à sa jurisprudence Plateau continental de la mer du Nord ; par. 143.

(127) Par. 142 ; la Slovaquie invoquait cet article pour dénoncer l'abandon hongrois (*C-M/S* par. 9, 29).

(128) Par. 139 et 140 al. 1.

(129) Par. 113. Elle suggère l'aide de la Commission des Communautés Européennes qui est déjà intervenue dans le cadre de l'élaboration du compromis entre les deux Etats (par. 143) ; v. *M/H*, par. 3, 156.

(130) *Comp.* par. 141 et 140 *in fine*.

mentale (131). La Slovaquie estime que cet impact a «*fait l'objet d'études soigneuses et approfondies*» (132).

Même si l'on n'apprend pas de détails sur son contenu (133), la Cour estime qu'une telle obligation, qui est par ailleurs étroitement liée aux règles matérielles de prévention et de précaution, existe bel et bien. «*La conscience que l'environnement est vulnérable et la reconnaissance de ce qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques se sont affirmées de plus en plus dans les années qui ont suivi la conclusion du traité. Ces nouvelles préoccupations ont rendu les articles 15, 19 et 20 du traité d'autant plus pertinents*» (134). La Cour présuppose clairement l'existence d'un tel devoir puisqu'elle affirme, après avoir mentionné les «*incidences*» considérables du projet sur l'environnement : «*Aux fins de cette évaluation des risques écologiques, ce sont les normes actuelles du droit international de l'environnement qui doivent être prises en considération*». Sur ce fondement elle prescrit un examen nouveau des effets sur l'environnement à Gabčíkovo (135). Face à la partialité qu'elle redout des études et expertises fournies par les parties et grâce à sa reconnaissance de la situation de fait et à la solution donnée quant aux règles matérielles litigieuses, la haute juridiction fait néanmoins l'économie d'une prise de position sur le contenu des ces normes actuelles (136).

En définitive, on constate que la Cour consacre une solution équitable, afin de satisfaire, au moins partiellement, les deux parties. Bien entendu, des considérations d'équité sont inhérentes au droit des cours d'eau internationaux (137), et par excellence au principe de leur usage

(131) M/H par. 6.32 et seq.; R/H par. 1.64 et seq.; Mme. Gorove (cons. Hongrie), CR 97/3(04.03.), par. 6 et seq.

(132) V. p. ex. Dr. Mikulka, CR 97/7(24.03.), par. A; M. Wordsworth, CR 97/7(24.03.), par. 3(a); Prof. McCaffrey, CR 97/9(25.03.), par. 4 (c) (point 3b); elle se fonde essentiellement sur le rapport du projet Phare de déc. 1995, v. M.; Reifsgaard, CR 97/10(26.03.).

(133) Le juge Weeramantry donne plus généralement des détails sur ce principe (op. ind. B-a); aussi son op. diss. dans l'affaire des essais nucléaires II, C.I.J. Rec. 1995, p. 344-345.

(134) Par. 112 al. 5 (dans la version anglaise : «... *environmental risks have to be assessed...*»).

(135) Par. 140 al. 1, al. 2 et al. 5. La version anglaise renforce cette affirmation en utilisant, à la place du terme français «*incidences*», le terme «*impacts*» (par. 140 al. 1). Ce dernier suggère beaucoup plus en langage anglaise la procédure consistant (p. ex. par l'art. 12 de la Convention précitée du 21 mai 1997) : «*environmental impact assessment*» (étude d'impact sur l'environnement).

(136) Tout comme dans l'affaire des essais nucléaires II, comp. Ph. Sands, art. cit., cette *Revue* 1997, p. 466-470.

(137) Comp. avec sa jurisprudence en matière de délimitation de plateau continental : p. ex. Tunisie c/Libye (C.I.J. Rec. 1982, p. 59 et seq.) et Libye c/Malite (C.I.J. Rec. 1985, p. 38 et seq.); v. aussi M. Kamto, Le contentieux de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, cette *Revue* 1997, p. 717-728.

équitable (138). A la lumière des acquis de la nouvelle jurisprudence, la phrase introductive de l'article du Professeur von Bar doit être paraphrasée de la manière suivante : *tout Etat a le droit de faire lui-même ou de permettre sur son territoire toutes les constructions qui lui paraissent convenables, mais leur mise en œuvre ne doit pas porter atteinte au droit d'usage équitable et raisonnable des eaux d'un cours d'eau international d'un autre Etat riverain. De même, tout nouvel usage doit s'effectuer dans un contexte de coopération de bonne foi ; son impact écologique doit être évalué et, le cas échéant, prévenu.*

## RÉSUMÉ

Cet article analyse le volet environnemental de l'affaire Gabčíkovo-Nagymaros qui oppose la Hongrie à la Slovaquie à propos d'un traité relatif à l'utilisation des eaux du Danube. Pour la première fois, la Cour internationale de justice discute explicitement un arrière-fond écologique.

Certes, les institutions classiques du droit international sont appliquées d'une manière traditionnelle s'opposant à la prise en considération d'aspects environnementaux. Un «*état de nécessité écologique*» n'exclut pas l'illicéité de la suspension et l'abandon unilatéral d'un traité. Des motifs d'ordre environnemental ne permettent pas d'y mettre fin au titre du droit des traités. Les particularités du dommage écologique ne sont pas consacrées.

Mais grâce à l'interprétation évolutive de dispositions à caractère environnemental contenues dans le traité litigieux, certains principes fondamentaux du droit international de l'environnement et des cours d'eau internationaux sont pertinents. En particulier, le principe de l'usage équitable et raisonnable des ressources en eau partagées interdit de détourner unilatéralement un fleuve international.

(138) Ce qui ne signifie pas que la Cour statue *ex aequo et bono* (Prof. Dupuy (cons. Hongrie), CR 97/13(11.04.), par. 14.). De son côté, la Slovaquie exige, par référence à l'article 38 du statut de la Cour, de régler le différend conformément au droit (v. Prof. Pellat (cons. Slovaquie), CR 97/15(15.04.), par. 14). Pour le juge Skubiszewski, la mise en œuvre de la variante C était licite dans la mesure où elle respecte l'équité inhérente à ce principe et le droit d'usage équitable hongrois (op. diss. par. 11, 16, 21) ; v. aussi op. ind. Koronaa par. 29-33.