

LA MAXIME
« *NEMO EX PROPRIA TURPITUDINE
COMMODUM CAPERE POTEST* »
(NUL NE PEUT PROFITER
DE SON PROPRE TORT)
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

PAR

Robert KOLB

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE
DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES (GENÈVE);
PRIVATDOZENT À L'UNIVERSITÉ DE BERNE

SOMMAIRE

I. INTRODUCTION

II. L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA MAXIME '*nemo commodum capere potest ex propria turpitudine*'

1. *Le droit romain*
2. *L'époque du ius commune*
3. *La terminologie*

III. EXEMPLES D'APPLICATION DE LA MAXIME EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

1. *Exemples en matière de traités ou contrats internationaux*
2. *Exemples en matière de compétences et d'obligations en général*
3. *Exemples en matière de responsabilité internationale*
4. *Exemples en matière de prescription extinctive*
5. *Exemples en matière de procédure*
6. *Exemples en matière de droits de l'homme*
7. *Exemple en matière de droit administratif international*
8. *Varia : l'affaire des Pétitionnaires (H. Lauterpacht)*
9. *Le territoire : la lutte entre les principes 'ex iniuria ius non oritur' (légalité, légitimité) et 'ex facto oritur ius' (effectivité)*

IV. QUELQUES PROBLÈMES GÉNÉRAUX DE L'APPLICATION DE *NEMO COMMODUM...* EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

1. *Fondement de la maxime et caractère de celle-ci en droit international public*

2. *Relation de la maxime avec des principes normatifs, notamment l'estoppel et l'interdiction de l'abus de droit*
3. *L'opération de la maxime nemo commodum*
 - a) La règle au sens large et au sens étroit
 - b) Portée négative et positive de l'application de la maxime
 - c) Conditions de pertinence de la faute : volonté libre, connaissance de l'illégalité
 - d) Nature de la faute : juridique et morale
 - e) Éléments constitutifs de la faute : les actes complexes
4. *Limites et exceptions à l'application de la maxime*
 - a) Ordre public international
 - b) Turpitude de part et d'autre
 - c) Protection des tiers

VI. CONCLUSION

I. — INTRODUCTION

Si les principes généraux n'ont jamais cessé d'attirer l'attention des auteurs, les maximes juridiques n'ont guère fait l'objet d'une similaire sollicitude en droit international. Elles y jouent pourtant un rôle important, notamment dans l'interprétation et l'argumentation. Comme pour l'équité, il s'agit de règles de pondération du cas individuel. Ces maximes témoignent de la tendance vers l'unité du phénomène juridique. Elles pénètrent le droit international dès ses débuts et constituent l'un des nombreux legs de cette jurisprudence universelle centrée autour de la réélaboration moyenâgeuse du droit romain (la fameuse *ratio scripta*). L'objet de cette étude est de serrer de plus près la place et le rôle, en droit international, d'une maxime parmi les plus connues, mais aussi parmi les plus riches en substance : celle selon laquelle nul ne peut profiter en droit de son propre tort.

II. — L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA MAXIME

'NEMO COMMODUM CAPERE POTEST
EX PROPRIA TURPITUDINE'

1. — *Le droit romain*

Comme si fréquemment dans l'histoire, le droit romain (1) nous offre l'exemple d'un ordre juridique qui connaît *en substance* la maxime, sans lui

(1) Sur la maxime *nemo...* en droit romain classique, cf. P. SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité — Étude sur la maxime 'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans'*, thèse, Lyon, 1930, pp. 19 et s. E. RIEZLER, « Berufung auf eigenes Unrecht », *Jherings Jahrbücher*

avoir donné la forme, le nom et la généralité actuelles. Dès lors, selon qu'on s'attache à l'essence ou à la réalisation concrète, il est également possible de dire que le droit romain connaît (2) ou qu'il ne connaît pas notre maxime (3).

Si le droit civil connaît le refus de protection juridique pour turpitude (4), c'est avec l'évolution du droit prétorien (*ius honorarium*) (5) que l'idée prend un tout nouvel essor. Fidèles à leur approche casuistique du droit, les romains ne développèrent pas une théorie générale sur les nullités. Celles-ci suppose une évolution de la pensée vers l'abstraction bien plus accusée, et ne verra le jour que dans les codifications modernes. A Rome, c'est à la discrétion du prêteur qu'il revenait de réagir aux défauts d'actes juridiques valables en droit strict, soit en n'accordant pas d'action (*dene-gare actionem*; *non dare actionem*) (6), soit en permettant à la partie adverse de lui opposer une exception (notamment l'*exceptio doli*) (7), soit enfin en ordonnant d'office une restitution intégrale (*restitutio in integrum*) (8). Les exemples d'un refus d'action ou de l'octroi d'une exception afin de contre-carrer celui qui cherche à tirer avantage de son indignité sont nombreux.

für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, vol. 89, 1941, pp. 178 et s. P. LE TOURNEAU, *La règle 'Nemo auditur...'*, Paris, 1970, pp. 10-4.

(2) RIEZLER (n° 1).

(3) F. STURM, « Aperçu sur l'origine du brocard *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 30, 1970/1, p. 290.

(4) Par exemple *Dig.*, 50, 17, 161, Ulpian.

(5) Sur le droit prétorien et le *ius honorarium*, M. KASER, *Römisches Privatrecht*, 14 éd., Munich, 1986, pp. 17 et s., 32-3. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2 éd., t. I, Munich, 1971, pp. 205 et s. M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 éd., Göttingen, 1982, pp. 138 et s. M. KASER, « *Ius honorarium und ius civile* », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 101, 1984, pp. 1 et s. S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milan, 1949, pp. 30 et s. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14 éd., Naples, 1985, pp. 2 et s. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 8 éd., Naples, 1988, pp. 105 et s. P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, t.I, Paris, 1928, pp. 295 et s.

(6) Cf. KASER, *Römisches...* (n° 5), p. 360. KASER, *Das römische...* (n° 5), p. 248, 251. SAVEY-CASARD (n° 1), p. 22. Pour plus de précisions, cf. A. METRO, *La « denegatio actionis »*, Milan, 1972.

(7) « Si in ea re nihil dolo malo [du demandeur] facit sit neque fiat ». Cf. KASER, *Römisches...* (n° 5), p. 157. KASER, *Das römische...* (n° 5), pp. 488-9 (avec des renvois). GUARINO (n° 5), pp. 355-6. S. RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, t. II, Palerme, 1964, pp. 370 et s. F. MILONE, *La exceptio doli (generalis)*, réimpression, Rome, 1970. A. WACKE, « Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 90, 1973, pp. 220 et s., partic., pp. 227 et s. L'*exceptio doli (generalis)* fut un moyen processuel ayant gagné une grande influence au moyen âge : cf. O. WENDT, « Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 100, 1906, pp. 1 et s. F. RANIERI, « Eccezione di dolo generale », *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. VII, Turin, 1991, p. 311 et s. G. EISSER, « Zur Deutung von 'Summus ius summa iniuria' im römischen Recht », Université de Tübingen (éd.), *Summum ius, Summa Iniuria : Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, 1963, pp. 15 et s. Elle a ainsi nourri la théorie de l'abus de droit : G. BROGGINI, « L'abus de droit et le principe de bonne foi — Aspects historiques et comparatifs », dans : P. WIDMER/B. COTTIER (éds.), *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg, 1994, pp. 11 et s.

(8) Cf. KASER, *Römisches...* (n° 5), p. 57. KASER, *Das römische...* (n° 5), p. 248. GUARINO (n° 5), p. 239.

Il en est ainsi dans le cas d'un accord successoral auquel un créancier reste étranger pour garder la faculté, en abusant de la confiance de l'héritier, de contester le règlement (9); dans le cas de diminutions et d'aliénations du patrimoine pour léser les créanciers (*acta in fraudem creditorum*) (10); dans le cas d'invocation d'une décision de justice en la faveur de celui qui l'a obtenue par la fraude ou la corruption (11); dans le cas où un possesseur de mauvaise foi cherche à invoquer l'*actio furti* (12); dans le cas où quelqu'un cherche à révoquer une donation en avançant l'argument qu'elle a été faite en fraude aux créanciers (13); dans le cas où l'acte à la réalisation ou non duquel est conditionné l'application d'un droit, est provoqué ou empêché délibérément (14); dans le cas de contestation d'une transaction judiciaire parce qu'elle aurait été obtenue par la fraude de celui qui cherche à l'annuler (15); etc. (16). Un cas fréquent du refus d'action s'inscrit dans le cadre du droit de l'enrichissement sans cause (*condictio*) (17). Si l'acteur qui cherche à recouvrer ce qui a été donné pour réaliser un but contraire aux bonnes mœurs participe de la turpitude, l'action lui sera refusée quelle soit le rôle du défendeur (d'où la maxime *in pari turpitudinem melior est causa possidentis*) (18). L'idée est que le droit doit s'abstenir dans des situations caractérisées par la corruption générale (19).

Dans toute cette casuistique, certaines formulations révèlent une tendance à statuer la *ratio* ou le principe général sous-jacent; elles auront la faveur particulière des glossateurs et canonistes du moyen âge. Dans un fragment ajouté au commentaire de l'édit d'Ulpien, il est dit que '*ne ex dolo suo lucretur*' (20). La formule suivante est attribuée à Ulpien : '*nemo de improbitate sua consequitur actionem*' (21). Des formules assez générales sont

(9) *Dig.*, 44, 4, 4, Celse, *exceptio doli*. Voir RIEZLER (n° 1), pp. 178-9.

(10) GAIUS, *Institutiones*, I, 37. Voir RIEZLER (n° 1), pp. 179-183.

(11) *Dig.*, 13, 6, 21; *Dig.*, 4, 3, 25 (Paulus); *Dig.*, 4, 3, 7, 9 (Ulpien); *Dig.*, 44, 1, 11 (Modestin), etc. Voir RIEZLER (n° 1), pp. 183-5.

(12) *Dig.*, 47, 2, 12, 1, Ulpien. Voir RIEZLER (n° 1), p. 187.

(13) *Codex*, 2, 4, 30, Dioclétien. Voir RIEZLER (n° 1), pp. 188-9.

(14) *Dig.*, 35, 1, 24 (Iulianus); *Dig.*, 50, 17, 161 (Ulpien). Voir RIEZLER (n° 1), p. 189.

(15) *Codex*, 2, 4, 30, Dioclétien. Voir RIEZLER (n° 1), p. 190.

(16) Cf. RIEZLER (n° 1), pp. 178-191.

(17) *Dig.*, 12, 5, 8 (Paulus). *Dig.*, 12, 5, 4, 3 (Ulpien). Voir RIEZLER (n° 1), pp. 187-8. SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 23-32. Ulpien distingue les choses naturellement honteuses et celles prohibées par les mœurs d'une société donnée (*quasi mores civitatis*) (*Dig.*, 16, 42). La turpitude exige toujours la connaissance des faits (*Dig.*, 17, 1, 12, 11). Le principe était administré avec souplesse et abandonné s'il aboutissait à des résultats contraires à son esprit.

(18) *Dig.*, 3, 6, 5, 1, (Ulpien).

(19) Cf. P. ENGEL, *Traité des obligations en droit Suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 401. H. NIEDERLÄNDER, « Nemo turpitudinem suam allegans auditur. Ein rechtsvergleichender Versuch », *Mélanges M. Gutzwiller*, Bâle, 1959, pp. 622-6. E. BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zurich, 1979, p. 620. En sens plus critique, cf. M. AUBERT, *La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge*, Lausanne, 1954, pp. 185 et s.

(20) *Dig.*, 4, 3, 12. Voir RIEZLER (n° 1), p. 185.

(21) *Supra*, note 12.

aussi utilisées parfois dans des constitutions impériales (22). Enfin, dans le titre du Digeste '*de diversis regulis iuris antiqui*' (23), notre règle a été produite sous la forme de maxime. La *regula* 134 est la suivante : « Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest » (Ulpian) (24). Et la *regula* 201 est libellée comme suit : « Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire » (Pomponius) (25).

2. — L'époque du ius commune

Le mouvement de concentration normative, comme pour les *regulae* en général, se poursuit aussi pour notre maxime pendant le moyen âge. C'est sous la plume des décrétistes et des civilistes (dont notamment Azon) qu'elle acquit sa forme actuelle (26). La maxime qui nous intéresse s'expose comme aspect opérationnel des décisions prises par les Papes Grégoire IX et Innocent III dans deux Décrétales du XIII^e siècle (27) : la Décrétale '*de concessione praebendae et ecclesiae non vacantis*' (28) ainsi que la glose y consacrée (29), et la Décrétale '*de donationibus*' (30) ainsi que la glose qui

(22) *Codex*, lib. 7, cap. 8, para. 5 (Alexandre Sévère) : 'si fraudem... audiri non debet'. Voir aussi, *ibid.*, 8, 55, 4 (Dioclétien) : 'in fraudem... eam revocare non potest ex memorata allegatione sub obtentu poenitentiae'.

(23) Sur le titre '*de diversis regulis iuris antiqui*', cf. P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, pp. 114 et s. P. STEIN, « The Digest Title 'De Diversis iuris regulis antiqui' and the General Principles of Law », *Mélanges R. Pound*, Indianapolis, 1962, pp. 1 et s. A. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960, pp. 160 et s.

(24) Cf. *Corpus iuris civilis*, vol. I, *Institutiones, Digesta*, (éd. P. Krüger), Berlin, 1954, pp. 920 et s.

(25) *Ibid.*, p. 926 (En français : 'si quelqu'un subit un dommage de sa propre faute, cela ne sera pas tenu pour un dommage').

(26) Sur notre maxime au moyen âge, cf. notamment l'excellente contribution de STURM (n° 3). SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 37 et s. Cf. aussi LE TOURNEAU (n° 1), pp. 14 et s. (pour les canonistes). RIEZLER (n° 1), pp. 191-2. E. RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912, pp. 3-4.

(27) Cf. STURM (n° 3), pp. 290-305.

(28) *Corpus iuris canonici, can. 8 x, de concessione praebendae...*, III, 8. Les faits étaient les suivants : le neveu d'un évêque fut reçu au chapitre mais sans prébende. Lorsqu'une prébende fut disponible, elle fut attribuée à un autre. Le neveu recourt en demandant qu'on lui attribue aussi au plus tôt une prébende, tout en niant avoir reçu une promesse en ce sens. Cette promesse aurait été incompatible avec les dispositions du Concile du Latran cherchant à limiter les spéculations sur la mort autrui. Selon le Conseil du Saint Siège, faute de preuve la violation de ces dispositions ne peut être admise. Mais même si une telle promesse avait été donnée, les chanoines ne sauraient se prévaloir de son illicéité : ils ne seraient pas admis à exciper d'une violation du droit dont ils se sont rendus coupables eux-mêmes : « Nec ipsi canonici videbantur tibi hoc opponere posse de iure, qui se fatetur te contra statuta praefati concilii recipisse ». Notre adage ne sera produit nommément que dans la glose à ce passage (*infra*, note 29).

(29) Glose '*Posse ad de concessione praebendae* : « ... ubi de hoc praetera turpitudinem suam allegabant, unde non debuissent audiri ». (cf. *Decretales D. Gregorii Papae IX cum glossis diversorum*, éd. Lyon, 1624, col. 1079 ou STURM (n° 3), p. 294).

(30) *Corpus iuris canonici, can. 8 x, de donationibus* III, 24, Décrétale, '*Inter dilectos filios*'; cf. STURM (n° 3), pp. 299 et s. Un hospice fait l'objet d'une controverse entre deux ordres religieux. L'un d'entre eux avait investi l'autre de la maîtrise des lieux. Or cette opération est réputée par la suite nulle et non avenue. Le recteur aurait agi sans consulter les frères. Ceux qui approuvèrent la donation auraient encouru l'excommunication comme parjures. Innocent III rejette

l'accompagne (31). Les témoignages des civilistes sont encore plus nombreux (32). L'on peut citer en ce sens les gloses 'Docere' (33), 'Improbe' (34), 'Transactione' et 'Magis' (35), 'In vacuum' (36), 'Si creditoribus' et 'Non debet' (37), 'Adi' (38), 'Filios' et 'Alienatorum' (39), 'Intelligis' (40), qui relèvent souvent d'Accurse (41) ou de Azon (42). La règle est désormais bien établie. Elle fleurit dans de nombreux commentaires juridiques (43). Souvent les auteurs s'efforcent de serrer de plus près ses conditions d'application et d'analyser les exceptions auxquelles elle est soumise.

cet argument en relevant que l'aveu d'actes immoraux ne saurait profiter à ceux qui s'en prévalent : « ...quod fratres et patroni S. Allucii [nom de l'hospice] pro se, immo potius contra se suam turpitudinem allegabant... ». (Cf. STURM (n° 3), p. 300).

(31) Glose 'Turpitudinem allegabant' ad de donationibus (cf. *Decretales...* (n° 29), col. 1162 ou STURM (n° 3), pp. 301-2). Le glossateur revient longuement sur notre maxime et essaie d'en dégager le champ d'application et les exceptions. Il formule notre maxime comme *regula* générale : « Argumentum quod allegans turpitudinem suam non est audiendus » ; « item allegans turpitudinem suam non est audiendus ».

(32) Cfr. STURM (n° 3), pp. 306-323.

(33) Glose 'Docere' ad *Dig.*, 12, 2, 18 (Ulpian) : le *procurator* ne saurait se faire fort du faux serment qu'il a lui-même provoqué. Voir STURM (n° 3), pp. 306-9.

(34) Glose 'Improbe' ad *Dig.*, 30, 1, 50, 1 (Ulpian) : un substitué ne peut se prévaloir de la nullité d'un jugement rendu par un juge qu'il a corrompu ; les légataires peuvent donc se retourner contre lui (« quem non debet allegare turpitudinem suam vel neminem ex suo dolo lucrari »). Voir STURM (n° 3), pp. 309-311.

(35) Glose 'Transactione' ad *Cod.*, 2, 4, 30 et 'Magis' ad *Cod.*, 2, 4, 30 : les parties ont transigé, mais, mécontente de l'affaire conclue, l'une essaie de se retirer en faisant valoir qu'il y a eu dol de part et d'autre. Azo, *Lectura ad singulas leges librorum codicis*, (éd. Paris, 1581), II, 28, cite notre brocard. Voir STURM (n° 3), pp. 311-3.

(36) Glose 'In vacuum' ad *Cod.*, 4, 19, 12 : Le vendeur d'un fonds provincial ne peut demander après la transaction la preuve d'acquisition *a domino* pour se voir restituer le fonds malgré ses assurances contraires. Il ne peut admettre avoir menti à propos de son propre titre sur le fonds. Voir STURM (n° 3), pp. 313-7.

(37) Glose 'In creditoribus' ad *Cod.*, 7, 8, 5 et 'Non debet' ad *Cod.*, 7, 8, 5 : Un débiteur engage des esclaves au profit de ses créanciers. Par la suite il affranchit ses esclaves. Le regrettant, il essaie de revenir sur cet acte en alléguant que le but poursuivi par l'affranchissement aurait été de nuire aux créanciers. Voir STURM (n° 3), pp. 317-9.

(38) Glose 'Adi' ad *Cod.*, 7, 16, 1 (Caracalla) : Aulus Saturninus a vendu ses enfants ses libres. Il se repent de cet ignoble marché et cherche à obtenir leur libération par voie de *vindicatio in libertatem*. L'Empereur admet ce moyen. Le glossateur s'interroge sur l'inapplication de notre adage. Selon Azo, c'est parce que le père invoque sa turpitude non pour tirer profit lui-même, mais en faveur d'autrui. C'est là un fleuron de l'argumentation casuistique. Voir STURM (n° 3), pp. 319-320.

(39) Glose 'Filios' ad *Cod.*, 7, 75, 4 et 'Alienatorum' ad *Cod.*, 7, 75, 4 : Le père est décédé. Ses fils héritiers désirent révoquer les aliénations auxquelles le *cujus* a procédé pour porter préjudice aux créanciers. (« Non audiri allegantem turpitudinem eius, cui successit nec suam propriam »). Dioclétien n'y avait vu qu'absence de qualité pour agir. Voir STURM (n° 3), pp. 320-1.

(40) Glose 'Intelligis' ad *Cod.*, 8, 55, 4 : Procula a fait une donation pour frauder un tiers ; elle désire revenir en arrière, se repentant de cette diminution du patrimoine (« non audiris turpitudinem tuam allegando »). Voir STURM (n° 3), pp. 321-3.

(41) Sur Accurse, cf. P. WEIMAR, dans : M. STOLLEIS, (éd.), *Juristen*, Munich, 1995, pp. 18-9.

(42) Sur Azo, cf. P. WEIMAR, *ibid.*, pp. 53-4.

(43) Cf. par exemple, dans le contexte de la formation d'une coutume contraire à la loi, les remarques de Placentin (*Addit. Ad Bulgarum, de regulis iuris, ad regula 176, para. 1*), dans : F.W.K. BECKHAUS (éd.), *Bulgari ad Diestorum. titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarii et Placentinus ad eum additiones sive exceptiones*, Bonn, 1856, p. 136.

L'on peut citer en ce sens Vincent d'Espagne (44) et Bernard de Parme (45), Bartole (46) et Balde (47), Panormitain (48), P. de Belleperche (49), Alciat (50); parmi l'école humaniste française (*mos gallicus*), Favre (51), Dumoulin (Molinaeus) (52), Cujas (53), Doneau (54), puis Pothier (55); la maxime est encore abordée par Barbosa (56), Peck (57), et dans un grand traité de maximes intitulé '*Regularum iuris civilis et pontificii ex variis collectarum*' (58). Ces exemples pourraient être multipliés (59). Ils suffisent cependant pour notre propos qui est de montrer comment la

(44) Glose sous *can. 'Ex tenore'*, Décret. Grégoire IX, ad II, 20, 35. Voir SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 44-5.

(45) Glose sous *can. 'Ex tenore'*, Décret. Grégoire IX, ad III, 8, 13. Voir SAVEY-CASARD (n° 1), p. 45.

(46) *Praelectiones in I et II Digesti vet. et nov. part.* (éd. Lyon, 1546) ad '*Idem si*', Dig., 12, 5 [de conditione de turpem vel injustam causam]. Cf. RIEZLER (n° 1), pp. 191-2. Sur Bartole, cf. P. WEIMAR, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 67-8.

(47) *Commentaires du Corpus iuris* (éd. Lyon, 1585) ad frag. '*Iusiurandum*', Dig., 12, 2, 17 et sur le frag. '*Alias autem*', Dig., 12, 2. Sur Balde, cf. P. WEIMAR, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 58-9. Sur l'œuvre de Bartole et Balde dans notre contexte, cf. SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 51-2.

(48) (N. DEI TUDESCHIS), *Interpretationes in decretales* (éd. Lyon, 1547) ad *can. 'Quia plerique'*, Decret. Grégoire IX, ad III, 49, 8. Sur N. dei Tudeschi, cf. P. LANDAU, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 458-9.

(49) *Commentaria* (éd. Francfort, 1571), ad lex 26, Dig., 45, 1. Sur P. de Belleperche, cf. P. WEIMAR, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 481-2. Dans notre contexte, cf. SAVEY-CASARD (n° 1), p. 47.

(50) *Œuvres (Opera omnia), Commentarii ad rescripta principum* (1530) (éd. Francfort, 1617), ad lex 30, Cod., 2, 4. Cfr. SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 55-6. Sur Alciat, cfr. J. OTTO, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 27-9.

(51) *Rationalia in Pandectas* (éd. Lyon, 1604), ad frag. '*Alias autem*', Dig., 12, 2. Cfr. SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 56-7. Sur Favre, cfr. J. OTTO, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 200-1.

(52) *Commentaires sur la coutume de Paris* (1539), I, 23. Sur Dumoulin, voir J. OTTO, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 181-2.

(53) *Œuvres* (éd. Lyon, 1614), commentaire ad leg. '*Si ob turpem causam*', Dig., 12, 5. Voir SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 57. Sur Cujas, cfr. J. OTTO, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 146-7.

(54) *Œuvres (Commentarii de iure civili)* (éd. Florence, 1841), ad lex 5, Cod., 4, 7 et de iure civili, lib. 14, c. 25. Voir SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 57 et s. Sur Doneau (Donellus), cfr. E. HOLTÖFFER, dans : STOLLEIS (n° 41), pp. 175-7.

(55) *Traité des obligations* (éd. Paris, 1807), n° 193.

(56) *Thesaurus locorum communium* (1719), lib. XVIII, cap. 37, n. 5. Cf. RIEZLER, *Venire...* (n° 26), p. 4.

(57) *Partitio titulorum VI de regulis iuris, et de verborum significatione, ad titulos Institutionum D. Iustiniani relata* (éd. Coloniae Arrippinae, 1583), pp. 146, où il cite Ulpien, Dig., 50, 17, reg. 134 (*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*).

(58) Ouvrage sans date (16^e siècle), probablement édité à Lyon; l'exemplaire consulté se trouve à la Bibliothèque publique et universitaire de Genève, sous la cote Da. 262. Cf. t. I, p. 72 où la règle et certaines de ses exceptions sont énumérées : « Allegans turpitudinem suam regulariter non potest venire contra factum proprium. Fallit quando allegaret turpitudinem suam excipiendo tantum. Fallit quando turpitudinem est prior detecta, quia excommunicatio potest allegare excommunicationem propriam. Fallis quando turpitudinem esse talis, quod ex toto potest eligi ius auctoris. Fallit in casu legis, quiseuis. (...) ». A l'appui de la règle, les gloses '*De transactione finita*' et '*Si creditoribus*' sont avancées (ad Cod., 2, 4, 30 et ad Cod., 7, 8, 5). D'autres renvois sont effectués. A la page 401, col. b une autre exception est évoquée (*allegantem suam turpitudinem debere audiri*) en renvoyant à Azo, *Brocardica* (éd. Venise, 1581), rubr. 104.

(59) En pays de droit coutumier la maxime sera discutée : P. DE FONTAINES, *Le conseil* (éd. Paris, 1846), c. 15, 6. P. DE BEAUMANOIR, *Les coutumes du Beauvaisis* (éd. Paris, 1842), t. II, c. 34, n. 25. *Le livre de Justice et du Plet* (éd. Paris, 1850), liv. VI, 12, 1 et 2 et liv. XX, 11, 1. J. BOUTELLIER, *Somme rurale ou le grand coutumier général de practice civil et canon* (éd. Paris,

maxime s'est peu à peu accréditée à l'époque du *ius commune* et de la Renaissance. Elle passera comme legs d'un aspect de justice universel dans le droit moderne (60).

3. — La terminologie

L'ubiquité de la maxime se manifeste sur le plan de la terminologie qui est des plus variées. Elle déplace les accents de la maxime qui tantôt penchent vers le fond, tantôt vers la procédure. Les expressions suivantes se trouvent fréquemment : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (61); *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (62); *nemo audiri debet propriam turpitudinem allegans* (63); *nemo commodum capere potest de sua iniuria propria* (64); *commodum ex iniuria non oritur* (65); *nemo ex suo delicto lucratur* (66); *nemo potest ex suo delicto consequi emolumentum* (67); *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (68); *dolus suus neminem relevat* (69); *ex dolo malo non oritur actio* (70); *nemo de improbitate sua consequitur actionem* (71); *nemo ex suo delicto potest sibi quaerere actionem* (72); *ex iniuria ius non oritur* (73); *ex malitia nemo commodum habere debet* (74); *fraus et dolus nemini debet patrocinari* (75); *fraudem suam nemo debet allegare* (76); etc. La pluralité des formules relève directement de la ponctualité des maximes et renvoie à l'idée de *topoi* argumentatifs. Elle éclaire la substance du principe en déplaçant légèrement les accents. L'idée juridique,

1603), titre 61. (cfr. SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 41-2). Voir aussi DINUS, *Tractatus super regulis iuris in Sexto*, (éd. 1518), regula 69. Pour d'autres auteurs, voir encore SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 37 et s.

(60) De nombreuses études sur la maxime existent pour le droit moderne. Voir les renvois chez NIEDERLÄNDER (n° 19), AUBERT (n° 19) ou LE TOURNEAU (n° 1).

(61) D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 4 éd., Munich, 1986, p. 128, n° 32.

(62) A. JOUANNEAU, *Recueil de maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire*, 3 éd., Paris, 1932, p. 128, n° 2315.

(63) *Ibid.*, p. 251, n° 2318.

(64) H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 10 éd., Londres, 1939, p. 191.

(65) LIEBS (n° 61), p. 40, n° 42.

(66) AZO, *Lectura super codicem, Commentarios ad singulas leges XII librorum codicis* (éd. Paris, 1577), ad Cod. 2, 4, 30, 'De transactione finita': « Nemo enim ex suo dolo vel delicto lucratur ». Cf. STURM (n° 3), p. 313.

(67) LE TOURNEAU (n° 1), pp. 5-6.

(68) *Dig.*, 50, 17, reg. 134 (Ulpian).

(69) *Dig.*, 17, 2, 63, 7 (Ulpian). LIEBS (n° 61), p. 58, n° 60.

(70) *Cod.*, 4, 7, 5 (Dioclétien). BROOM (n° 64), p. 497. LIEBS (n° 61), p. 66, n° 48. Cf. aussi 'ex turpi causa non oritur actio', BROOM (n° 64), pp. 182, 499.

(71) *Dig.*, 47, 2, 12, 1 (Ulpian).

(72) LE TOURNEAU (n° 1), p. 6.

(73) LIEBS (n° 61), p. 67, n° 54.

(74) LIEBS (n° 61), p. 67, n° 57.

(75) DAMASUS, *Regulae canonicae* (éd. Bâle, 1567), cap. XX. *Decretalium D. Gregorii Papae IX compilatio, Corpus iuris canonici*, ad 2, 14, 2 (Alexandre III). Voir par exemple l'édition de E.L. RICHTER/E. FRIEDBERG, t. II, Leipzig, 1879, pp. 1122-3.

(76) AZO, *Brocardia* (éd. 1568), rubr. 64.

elle, est identique : nul ne peut tirer avantage de son propre tort. Comme si souvent la pluralité accidentelle renvoie à une unité essentielle.

III. — EXEMPLES D'APPLICATION DE LA MAXIME EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Avant de serrer de plus près les problèmes généraux que soulève la maxime en droit international ainsi que sa nature juridique et son fondement, il est de mise d'illustrer l'ampleur du champ d'application qu'elle y a acquis. Elle est le plus souvent invoquée sans le poids d'aucun des conditionnements techniques propres aux normes. Son caractère de maxime se dévoile en cela autant que par la ponctualité de ses applications. Pour en rendre compte, il est en conséquence utile d'adopter la méthode casuistique, tout en regroupant les espèces dans certaines catégories communes.

1. — *Exemples en matière de traités, de contrats et d'autres textes internationaux*

a) L'auteur d'un dol dans la conclusion du traité ne peut demander restitution ou élimination des effets de l'acte vicié (77).

b) Le refus de ratifier un traité signé peut être inadmissible s'il relève d'une faute de l'Etat qui l'a émis (78).

Cette limitation prononcée par la doctrine à une époque où la ratification venait à peine de conquérir son caractère discrétionnaire en se libérant définitivement de l'ancienne théorie du mandat, ne peut être reconnue aujourd'hui que par celui qui admet que la liberté de ratifier ou de ne pas ratifier n'est pas juridiquement illimitée. L'application de notre maxime reposerait donc désormais sur la doctrine générale de l'abus de droit (79). Il existe cer-

(77) Cf. les articles 49, 69(2) et 69(3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). P. REUTER, *Droit international public*, 6 éd., Collect. Thémis, 1983, p. 102 : « L'auteur du dol ne peut bénéficier de la bonne foi ni demander l'élimination des effets de l'acte nul ». I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2 éd., Manchester, 1984, p. 174.

(78) Cf. P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, t. I, partie 3, Paris, 1926, p. 330 : « Un refus de ratification serait certainement inadmissible s'il était dû à un fait ou à une faute de l'Etat même qui l'a émis ». Il faut noter que Fauchille suit encore l'ancienne théorie selon laquelle la ratification ne peut être refusée que pour des motifs sérieux. A propos de l'aspect qui nous intéresse, il énonce cependant une vérité plus générale.

(79) La doctrine refuse très majoritairement de limiter la liberté de refuser la ratification par des principes tels que l'abus de droit. En cela elle ne peut être suivie, car toute liberté reconnue par le droit est une *liberté juridique*. Tel est le cas aussi des libertés dites discrétionnaires. Aucune liberté n'est absolue, car ce serait admettre qu'une question n'est pas juridique. Une liberté absolue est essentiellement incompatible avec la notion de droit (cf. les justes remarques de G. SCHELLE, *Exposé pour la France, affaire relative aux conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1948, p. 76. R.J. ALFARO, « The Rights and Duties of States », *R.C.A.D.I.*, vol. 97, 1959-II, p. 103 : « There are no absolute rights. All are relative, within the Community of States. All are limited by the rights of others ». Cf. déjà E.C. STOWELL, *International Law*, New York, 1931, p. 122).

taines analogies avec des situations donnant lieu à des obligations préconventionnelles (80). Il s'agira de cas très rares où des actes tendant à rendre la ratification illusoire ou superfétatoire sont en contravention avec des assurances ou des comportements ayant fondé une confiance légitime chez autrui. Il peut aussi s'agir de cas où la ratification est liée à une condition juridique non-potestative et que l'avènement de celle-ci est précipité ou empêché par des actes délibérés en contradiction avec la bonne foi. Dans tout cela, la liberté de ne pas ratifier reste bien la règle fondamentale. Aucune liberté ne peut cependant s'assigner une portée absolue en droit.

c) Si un Etat a connaissance que son consentement à être lié par un traité a été donné en violation d'une disposition fondamentale de sa constitution touchant à la matière (81), il doit invoquer ce vice dans un délai raisonnablement bref. Il ne peut attendre l'instant où l'exécution du traité ne lui convient plus, aux fins de s'en libérer (82). L'article 45 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) prévoit d'ailleurs la perte du droit d'invoquer une nullité s'il faut considérer qu'à raison de sa conduite, l'Etat en question a acquiescé la validité du traité (83). Cet acquiescement ne relève pas d'un consentement réel mais tacite. Il s'agit d'un principe normatif fondé sur la bonne foi : *qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset* (84).

(80) Article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un long chapitre sur ces obligations ainsi qu'une bibliographie détaillée se trouvent dans ma thèse, R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 182 et s., 697-8. Cf. aussi R. BERNHARDT, « Völkerrechtliche Bindungen in den Vorstadien des Vertragsschlusses », *ZaöRV*, vol. 18, 1957/8, pp. 652 et s. W. MORVAY, « The Obligation of a State not to Frustrate the Object of a Treaty Prior to its Entry into Force », *ZaöRV*, vol. 27, 1967, pp. 451 et s. J.P. COT, « La bonne foi et la conclusion des traités », *R.B.D.I.*, vol. 4, 1968, pp. 140 et s. T. HASSAN, « Good Faith in Treaty Formation », *Virginia Journal of International Law*, vol. 21, 1981, pp. 443 et s., partic., pp. 450 et s. P. McDADE, « The Interim Obligation Between Signature and Ratification of a Treaty : Issues Raised by the Recent Actions of Signatories to the Law of the Sea Convention with Respect to the Mining of the Deep Seabed », *N.I.L.R.*, vol. 32, 1985, pp. 5 et s., partic., pp. 9-28. J.P. MÜLLER, *Vertrauensschutz im Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 56, Cologne/Berlin, 1971, pp. 154 et s.

(81) Cf. l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).

(82) Cf. A. MARESCA, *Il diritto dei trattati*, Milan, 1971, pp. 56 : « Se tale Stato sapeva che il consenso ufficialmente espresso era viziato dalla violazione di una fondamentale norma della sua costituzione, lo Stato stesso non può successivamente invocare tale vizio al fine di non considerarsi impegnato dal consenso medesimo ». H. LAUTERPACHT, *International Law — Collected Papers*, vol. IV, Cambridge, 1978, pp. 260-1 (*qui habet commoda debet habere onera*).

(83) Article 45 (b) de la Convention de Vienne (1969).

(84) Cfr. sur cet aspect par exemple J. P. MÜLLER/T. COTTIER, « Acquiescence », *E.P.I.L.*, vol. 7, pp. 5 et s. J. P. MÜLLER (n° 80), pp. 35 et s. J. BENTZ, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *R.G.D.I.P.*, vol. 67, 1963, pp. 44 et s. J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *A.F.D.I.*, vol. 11, 1965, pp. 389 et s. G. SPERDUTI, « Prescrizione, consuetudine, acquiescenza », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 44, 1961, pp. 3 et s. I.C. MCGIBBON, « The Scope of Acquiescence in International Law », *B.Y.I.L.*, vol. 31, 1954, pp. 143 et s. P. CAHIER, « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », *Mélanges P. Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 237 et s. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 339 et s.

d) Un Etat ne peut invoquer le fait de ne pas avoir correctement introduit des dispositions d'un traité international dans le droit interne comme il était obligé à le faire, afin d'opposer exception à l'exécution du traité. Il encourra alors la responsabilité internationale pour inexécution tout en demeurant obligé d'apporter les modifications nécessaires au droit interne. C'est aussi une application du principe de la supériorité du droit international sur le droit interne (85).

e) Un sujet de droit n'est pas fondé à faire valoir l'absence d'une déclaration formelle de résiliation d'un traité international quand il refuse avec persistance l'exécution de celui-ci. La question s'est posée dans l'affaire *Sapphire International Petroleum* (1963) et l'arbitre y a répondu comme suit : « La persévérance de NIOC [National Iranian Oil Company] dans son refus de s'exécuter rendait toute sommation superfétatoire (...). [L'invocation des règles formelles sur la résiliation] par la défenderesse serait incompatible avec les règles de la bonne foi et, pour ce seul motif, ne saurait être prise en considération » (86). Ce raisonnement peut s'appliquer par analogie sur le plan strictement interétatique.

f) Il n'est pas permis d'invoquer l'invalidité d'un contrat de concession quand l'on est soi-même (co)responsable de la violation des lois internes quant à son octroi et à son maintien. L'arbitre l'a formulé dans les termes suivants en l'affaire *Schulfeldt* (1930) : « the Government never having taken any steps to put a stop to this practice [the exploitation of the concession by Schulfeldt] which they must have known existed either under the law or by arbitration under the contract, and never having declared the contract cancelled therefor, and having recognized the contract all through, and thus making themselves *particeps criminis* in such breach (in any) of the law, can not now in my opinion avail themselves of this contention » (87).

g) La violation substantielle d'un traité (article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969) ne peut être invoquée comme motif de suspension ou de retrait si l'Etat en cause y a contribué ou en a été com-

(85) Cf. l'affaire relative au *traitement des nationaux polonais à Dantzig* (1932), C.P.J.I., sér. A/B, n° 44, p. 24. Affaire du *Wimbledon* (1923), C.P.J.I., sér. A, n° 1, pp. 29-30. Affaire relative à l'*applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la Section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, C.I.J., Rec., 1988, pp. 34-5. Affaire du *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, C.I.J., Rec., 1992, pp. 584-5. Affaire du *Montijo* (1875), dans : A. DE LA PRADELLE/N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. III, Paris, 1954, p. 675. Cf. L. OPPENHEIM (éd. Par R. Y. JENNINGS/A. WATTS), *International Law — A Treatise*, Peace, 9 éd., Londres, 1992, pp. 82-6, avec des renvois. Voir aussi *infra*, 5.b).

(86) Cf. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE/P.M. EISEMANN (éds), *Répertoire de la jurisprudence arbitrale*, t. III (1946-1988), Dordrecht/Boston/Londres, 1991, pp. 437-8. Pour le texte en anglais, cf. I.L.R., vol. 35, p. 185.

(87) R.S.A., vol. II, p. 1097.

plice (88). La Cour internationale de Justice est récemment revenue sur cette question en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)* (1997) (89). Pour justifier sa dénonciation du Traité de 1977 relative au Projet d'ouvrages communs sur le Danube, la Hongrie invoqua entre autres la violation substantielle de ce Traité par la Tchécoslovaquie. Celle-ci avait entrepris unilatéralement des travaux parallèles, incompatibles avec le Traité, puis avait mis en service ce qui fut appelé la 'variante C'. La Tchécoslovaquie rappela que ses travaux étaient consécutifs au refus de la Hongrie de poursuivre les travaux qui lui incombait en vertu du Traité de 1977. La Cour trancha ce point en ayant recours à un argument de causalité, à savoir le caractère prématuré de la dénonciation hongroise (90). *Ex abundantia*, elle ajoute cependant un argument qui relève de notre maxime. Après avoir invoqué le précédent de sa devancière en l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (91), elle conclut : « la Hongrie par son comportement [fautif], avait porté atteinte à son droit de mettre fin au traité » (92).

h) Il en va de même pour d'autres motifs de mettre fin au traité : une partie ne peut se prévaloir de l'impossibilité d'exécution d'un traité (article 61 de la Convention de Vienne), si celle-ci découle de sa propre faute ou de sa propre violation du traité (93). La Cour a eu l'occasion de le rappeler dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* précitée (94).

Une partie ne peut pas invoquer un changement fondamental de circonstances (article 62 de la Convention de Vienne) comme motif de mettre fin à un traité si ce changement résulte d'une violation du traité imputable à

(88) G.G. FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 92, 1957-II, p. 118.

(89) Les faits de l'affaire étaient les suivants : par Traité de 1977 les parties s'étaient engagées de financer, construire et d'exploiter conjointement un système d'écluses et d'ouvrages hydrauliques sur le Danube visant notamment à la production d'énergie électrique. Suite à de vives critiques y compris d'ordre environnemental, la Hongrie suspendait, puis abandonnait ses travaux sur le projet en 1989. La Tchécoslovaquie adoptait alors une solution provisoire de rechange prévoyant certains ouvrages du même type sur son territoire. Sur ce, après quelques fluctuations, la Hongrie mit fin au Traité de 1977 par dénonciation effectuée le 19 mai 1992. La Tchécoslovaquie procéda avec ses travaux. D'où le litige sur trois points : (1) La Hongrie était-elle en droit de suspendre et d'abandonner les travaux ? (2) La Tchécoslovaquie était-elle en droit de recourir dès 1991 à la 'solution provisoire' ? (3) Quels sont les effets juridiques de la notification de terminaison du Traité par la Hongrie ?

(90) C.I.J., *Rec.*, 1997, p. 66, para. 108.

(91) Sur cet arrêt, *infra* 5. a), texte et note 172. Voici le *dictum* essentiel : « ... une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question... ».

(92) C.I.J., *Rec.*, 1997, p. 67, para. 110.

(93) Article 61(2) de la Convention de Vienne (1969).

(94) C.I.J., *Rec.*, 1997, p. 64, para. 103 : « ... le paragraphe 2 de l'article 61 de la Convention de Vienne prévoit expressément que l'impossibilité d'exécution ne peut être invoquée pour la terminaison d'un traité par une partie au traité lorsque cette impossibilité résulte de la violation par la même partie d'une obligation découlant dudit traité ».

cette partie (95); ou, plus généralement, si ce changement résulte d'un comportement de cette partie contraire à la bonne foi (96). Cet élargissement qui n'est pas couvert par la lettre de la Convention de Vienne se recommande si les actes en question ont une incidence indirecte sur le traité sans constituer une violation de celui-ci; ils doivent évidemment avoir un lien suffisamment proche avec le traité, ce qui est le cas notamment s'ils sont entrepris de mauvaise foi pour le mettre en échec. Il ne semble pas que les travaux préparatoires à l'article 62 (2) (b) de la Convention de Vienne au sein de la Commission du droit international excluent une telle lecture (97). Si la Convention ne couvre pas expressément de tels cas, c'est qu'ils dépassent le cadre strictement conventionnel.

i) Quand une conséquence juridique dépend de la réalisation d'une condition non-potestative prévue par un texte, la partie intéressée ne doit pas en favoriser ou en provoquer l'avènement en contradiction avec la bonne foi et la partie adverse ne doit pas en contrarier ou en empêcher l'accomplissement en contrevenant à la même bonne foi (98). Si de tels actes ont eu lieu, soit la condition sera réputée juridiquement non réalisée, soit, si son avènement a été empêché, elle sera au contraire réputée réalisée. Il a été plaidé en ce sens dans l'affaire *Tacna-Arica* (1925) par le Pérou (99). L'arbitre n'estima cependant pas prouvée l'absence de bonne foi (100).

Même dans le contexte de conditions potestatives, la maxime peut intervenir au niveau de l'interprétation. Ainsi, dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* (1973), la Cour a exclu un pouvoir unilatéral de dénonciation d'un accord parce que cela aurait permis à l'Islande de réaliser l'acte (élargissement de la zone de pêche) que l'accord avait pour but de soumettre à sa juridiction, en s'étant auparavant déchargée de cette contrepartie assumée (101). Elle aurait ainsi pu profiter d'un acte propre déloyal. Notre maxime est ici en quelque sorte appliquée au deuxième degré : au degré hypothétique ou préventif, comme élément d'interprétation.

j) Sous le Pacte de la Société des Nations l'effet d'un traité non-enregistré était incertain (102). Il a été dit qu'une partie n'aurait pu se prévaloir

(95) Article 62(2)(b) de la Convention de Vienne (1969). Cfr. aussi M. GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, 1979, pp. 207-8.

(96) Cf. F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2 éd., t. I, Munich, 1975, p. 501.

(97) Pour un aperçu des travaux préparatoires de l'art. 62 de la Convention de Vienne, cf. S. ROSENNE, *The Law of Treaties : A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leyden, 1970, pp. 324-7.

(98) G. DAHM, *Völkerrecht*, vol. II, Stuttgart, 1961, p. 108.

(99) *R.S.A.*, vol. II, pp. 929-30, 934 et s. (arbitrage) et H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, 1927, pp. 290 et s. pour les plaidoiries du Pérou.

(100) *R.S.A.*, vol. II, pp. 929 et s.

(101) Cf. H. THIRLWAY, « The Law and Procedure of the International Court of Justice (1960-1989) : Treaty Interpretation and Other Treaty Points », *B.Y.I.L.*, vol. 63, 1992, pp. 64-5.

(102) Les opinions suivantes avaient le plus de crédit : (1) nullité du traité avant l'enregistrement (Fauchille, Reitzer, Van Karnebeek); (2) le traité non enregistré n'est valable qu'à partir

de l'absence de force obligatoire ou du caractère inexécutoire du traité conclu avec un Etat non-membre de la Société des Nations, si cette partie a délibérément manqué à son devoir d'enregistrement conformément à l'article 18 du Pacte (103). Cet exemple n'a plus qu'une valeur historique. L'article 102 de la Charte a écarté toute forme d'invalidité du traité non enregistré, ne retenant qu'une inopposabilité devant les organes des Nations Unies (104). Cette disposition est d'ordre public pour ces organes.

k) Dans l'affaire relative à l'*admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest Africain* (1956), Sir Hersch Lauterpacht a tiré de notre maxime des conséquences plus dynamiques. Elle devint la base d'une projection fortement téléologique proposée à titre d'interprétation. Il s'agissait du statut du territoire mandaté du Sud-Ouest africain en vertu de divers textes et de l'avis donné à ce propos par la Cour le 11 juillet 1950. L'attitude peu conciliante de l'Etat mandataire, l'Union sud-africaine, empêchait d'appliquer pleinement ce statut international. Suivant H. Lauterpacht, toutes modifications possibles devaient être apportées à l'application de ce statut, afin de le rendre aussi pleinement opérationnel que faire se pouvait : « C'est un principe sain de droit que si un instrument juridique de validité continue ne peut s'appliquer littéralement, du fait de la conduite de l'une des parties, il faut, sans permettre à celle-ci de se prévaloir de sa propre conduite, l'appliquer d'une manière s'approchant le plus possible de son but primitif » (105). La maxime *nemo commodum* devient ici un vecteur de révision judiciaire des traités. Elle pose dès lors des problèmes spécifiques liés au fait que loin de se borner à écarter un moyen (effet négatif), elle demande alors une action positive pour défaire des blocages de tout genre opposés par une partie au plein effet d'un régime. Nous reviendrons à ces aspects quand il sera question de l'affaire des *Traités de paix*

de l'enregistrement, mais celui-ci produit des effets *ex tunc*, c'est-à-dire des effets ramenés à la ratification (Strupp, Schücking, Wehberg); (3) le traité non enregistré est immédiatement valable entre les parties, mais inopposable ou inexécutoire avant l'enregistrement (Dupuis, De Louter; I.D.I.); (4) le traité non enregistré lie les parties mais son exécution ne peut être demandée devant un organe de la Société des Nations (Anzilotti, Cavaglieri). Cf. K. STRUPP, « Eléments du droit international public universel, européen et américain », t. I, Paris, 1930, pp. 273-4. C. ROUSSEAU, *Droit international public*, t. I, Paris, 1970, p. 127. Ch. DE VISSCHER, « Propositions relatives à l'interprétation des articles 10 et 18 du Pacte de la Société des Nations », *R.D.I.L.C.*, vol. 4, 1923, pp. 670 et s. *Ann. I.D.I.*, vol. 30, 1923, pp. 47 et s. J. LAMBIRIS, « L'enregistrement des traités d'après l'article 18 du Pacte de la Société des Nations », *R.D.I.L.C.*, vol. 7, 1926, partie., pp. 705 et s.

(103) M. BRANDON, « The Validity of Non-Registered Treaties », *B.Y.I.L.*, vol. 29, 1952, p. 189.

(104) Cf. U. KNAPP, « Article 102 », dans : B. SIMMA (éd), *The Charter of the United Nations — A Commentary*, Oxford, 1995, pp. 1103 et s., 1113 et s. J.P. JACQUÉ, « Article 102 », dans : J.P. COT/A. PELLET (éds), *La Charte des Nations Unies*, 2 éd., Bruxelles/Paris, 1991, pp. 1365 et s. OPPENHEIM (n° 85), pp. 1315 et s., avec d'autres renvois. Voir aussi BRANDON (n° 103), pp. 186 et s., 190 et s.

(105) Op. ind. H. LAUTERPACHT, C.I.J., *Rec.*, 1956, p. 46.

(1950) (106) et nous les considérerons dans leur généralité dans le chapitre suivant.

Il reste à cette place à dire que quarante ans après cette prise de position du juge Lauterpacht la Cour a eu l'occasion de revenir sur la doctrine énoncée par lui. Ce fut le cas dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)* (1997) (107). Pour justifier son adoption de la 'solution provisoire' après que la Hongrie eut suspendu et abandonné les travaux qui lui incombaient en vertu du Traité de 1977, la Tchécoslovaquie fit valoir qu'il existait en droit international un 'principe d'application par approximation'. Face à la violation du Traité par la Hongrie, la Tchécoslovaquie aurait pu mettre en œuvre une solution aussi proche que possible du projet initial, l'identique ayant été rendu impossible par la violation hongroise du Traité. Il ne faudrait pas permettre à la Hongrie de profiter de son propre tort (108). Le principe dériverait directement du principe général de la bonne foi. Il est consubstantiel au considérant interprétatif de H. Lauterpacht. La Cour, comme souvent, a évité de prendre une position nette sur le point qui nous intéresse (109). Elle s'est bornée de dire à titre éventuel, que le principe avancé, s'il existait, ne pouvait s'appliquer « que dans les limites du traité en cause » (110). Or en l'espèce le projet 'provisoire' de la Tchécoslovaquie serait clairement incompatible avec la solution retenue par le Traité, ne fût-ce que parce que celle-ci prévoyait un régime conjoint (111). Il équivaut à une violation du Traité que le principe d'approximation ne peut pas justifier (112).

L'espèce soulève d'intéressants problèmes. Notons d'abord que la maxime d'interprétation de Lauterpacht, censée s'appliquer dans le contexte d'une procédure judiciaire, se transforme en un principe autonome fondé directement sur la bonne foi et sur *nemo...* Il s'applique dès lors à toutes sortes d'espèces en dehors de toute procédure judiciaire et à propos de tout sujet. Il donnerait ainsi un titre à l'État s'estimant lésé de procéder lui-même à la mise sur pied d'un régime parallèle selon ce qu'il estime lui-même être une approximation adéquate aux engagements initiaux entrepris par les parties. On aperçoit le glissement dans la portée de la maxime qui se condense en obtenant un statut normatif. Il faudrait alors s'interroger

(106) *Infra*, 5. c), texte et notes 177 et s.

(107) Pour les faits de l'affaire, voir *supra*, note 89.

(108) C.I.J., *Rec.*, 1997, p. 51, para. 67; pour la Hongrie, *ibid.*, p. 52, para. 71 [la Hongrie a contesté qu'il existe un tel principe en droit international général].

(109) *Ibid.*, p. 53, para. 76 : « La Cour n'a pas à déterminer s'il existe un principe de droit international ou un principe général de droit d'application par approximation... ».

(110) *Ibid.*, p. 53, para. 76.

(111) *Ibid.*, pp. 53-4, paras. 77-78.

(112) *Ibid.*, p. 54, para. 78.

si la maxime dans ce vêtement de principe a bien une telle ampleur en droit international positif. C'est douteux (113).

Admettons cependant par hypothèse qu'indépendamment d'autres normes régissant les conséquences de la violation d'un traité, la maxime s'étende en effet aussi loin. L'argumentation de la Cour a alors de quoi dérouter. L'on serait d'emblée tenté d'interpréter son prononcé comme expression d'une théorie de l'*aliud* : la solution provisoire tchécoslovaque s'éloigne trop de la solution retenue par le Traité pour être qualifiée d'application approximative de celui-ci (114). Une telle interprétation serait raisonnable en substance, sans que nous ne nous prononcions ici sur son adéquation aux faits de l'espèce. Les termes de l'arrêt semblent cependant l'écarter. La Cour parle des limites du traité que la solution retenue doit respecter (« dans les limites du traité »); elle interprète ensuite les limites de manière singulièrement restrictive en estimant que le seul fait de n'être pas la solution conjointe envisagée par le traité disqualifie la variante tchécoslovaque. Il est peut-être permis de s'interroger s'il reste encore une sphère d'application à la règle dans le cadre d'une telle interprétation. La solution originale est *par hypothèse* rendue impossible par l'attitude de l'une des parties au traité (115). Dès lors une solution par approximation doit nécessairement se situer au moins partiellement *en dehors* des limites de la solution prévue par le traité. C'est en cela seulement que réside l'effet utile de cette doctrine. Même défaut dans la condition de consentement de l'autre partie à la solution par approximation, défendue par le juge Bedjaoui (116). C'est donner à la partie qui a initialement choisi d'empêcher la réalisation du régime conventionnel un droit de veto à toute solution de rechange, et lui permettre de donner plein effet à sa volonté de blocage (ou sa turpitude). Ici encore, l'utilité essentielle de la règle de l'approximation réside dans son autonomie par rapport à la volonté de l'autre partie, c'est-à-dire à son caractère extra-conventionnel (droit subjectif ou compétence) (117).

(113) Les juges BEDJAOUI (Op. ind., pp. 127-8, paras. 30-32) et HERCZEGH (Op. diss., p. 193) se sont montrés hostiles à l'existence d'une telle règle en droit international.

(114) Une telle approche quantitative émerge çà et là des considérants des juges ayant rédigé une opinion individuelle. Cf. l'Op. ind. KOROMA, *ibid.*, pp. 148-9 : « Selon les éléments dont dispose la Cour, la variante C était la modification minimale du projet initial nécessaire pour permettre de réaliser les buts et les objectifs du projet initial ». Op. ind. BEDJAOUI, *ibid.*, p. 128, para. 31. Dans l'Op. diss. FLEISCHHAUER, *ibid.*, p. 212, para. 3, il est dit que notre règle « ne s'acomode pas de repréailles excessives » ce qui est encore faire usage d'un critère quantitatif.

(115) Cf. l'Op. ind. KOROMA, *ibid.*, p. 148; Op. diss. PARRA-ARANGUREN, *ibid.*, p. 229, para. 14. Op. diss. SKUBISZEWSKI, *ibid.*, p. 233, para. 3.

(116) Op. ind. BEDJAOUI, *ibid.*, p. 128, para. 32 : « L'application approchante ne peut être validée (...) que si l'autre partie au traité y a donné son consentement ».

(117) *Contra*, BEDJAOUI (*ibid.*, pp. 127-8, para. 31) : « Une consolidation de cette théorie [de l'application approximative] signifierait pratiquement la fin du principe cardinal *pacta sunt servanda*, dès lors qu'un Etat qui s'engage pour une obligation précise est laissé libre d'en exécuter une autre qu'il serait assez habile de présenter comme très proche de la première. Il lui suffirait de faire observer que son 'application approchante' est permise dès lors que le comportement de l'autre partie la place, à ses dires, dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations aux termes du traité et qu'il ne dispose d'aucun autre secours. (...). Le danger est d'autant plus grand que cette

Si le texte du traité ou le consentement de l'autre partie sont assurément des bases d'induction trop étroites, l'*objet et le but* (118) du traité en est une trop large. Les premières donnaient un avantage excessif à l'Etat dont émanait le comportement contraire à la bonne foi. Le dernier fait la part trop belle à l'Etat lésé. Elle permet à celui-ci de réaliser, en profitant de la violation antérieure du traité, une projection excessivement dynamique des finalités du texte pour le pousser au-delà des équilibres et contre-poids du texte arrêté. C'est le danger de toute méthode nettement téléologique que de s'affranchir des pesanteurs salutaires propres à toute réglementation concrète, pour suivre la trajectoire abstraitement idéale d'une finalité en cherchant à donner effet à toutes ses implications. Un tel procédé n'est pas approprié à l'auto-appréciation et à l'action unilatérale d'un Etat (119).

L'unité de mesure pour l'exécution *minus quam perfecta*, par voie d'approximation, ne peut dès lors être trouvée que dans le rapprochement maximal de la solution retenue à celle prévue par le traité dans son esprit tel qu'il se manifeste à travers les dispositions retenues. L'idée régulatrice est qu'*aucune partie ne doit tirer avantage de la situation pour améliorer sa position respective*. Aussi revient-on à la théorie de l'*aliud* déjà esquissée.

L'application que fait la Cour de la règle en l'espèce semble influencée par des circonstances contingentes. Ce n'est pas uniquement l'aspect unilatéral de la Variante C mais peut-être plus encore le fait que sa mise en œuvre « 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 » qui a déterminé le choix de la Cour (120). Le juge *ad hoc* Skubiszewski n'a peut-être pas tort de soutenir que les deux aspects — licéité de la Variante C, compensation pour des

théorie ne livre aucun critère fiable pour mesurer le degré de 'proximité' ou d'approximation' tolérable. La 'distance' — ou la 'différence' — qu'un Etat serait autorisé à prendre par rapport au but du traité dans l'exécution de l'obligation reste dangereusement indéterminée et laissée à l'appréciation subjective de l'Etat » (italiques omises). Une appréciation favorable de la doctrine se trouve dans l'Op. ind. KOROMA, *ibid.*, pp. 147-8 : « ... une explication non seulement convaincante et raisonnable mais aussi une justification éminemment juridique de la variante C... ».

Tout dépend certainement du type de mesures prises par approximation. Si elles relèvent de la compétence exclusive (p.e. territoriale) de l'Etat lésé, aucune justification par la doctrine en question n'est nécessaire. Ce n'est que pour autant qu'elles interfèrent avec les droits de l'autre Etat que la doctrine a son utilité. Insister sur les dangers d'abus d'une doctrine n'ayant pas une précision mathématique — comme le fait le juge Bedjaoui — ne nous paraît pas un argument suffisant. Toute relation juridique est au moins bilatérale. Refuser *pro toto* une doctrine équitable en invoquant le risque contingent d'abus d'une partie, c'est automatiquement admettre la faculté, protégée au moins de fait, d'abus de l'autre. Tout cela ne préjuge évidemment pas la question de l'existence positive de la doctrine en droit international général.

(118) Cf. par exemple l'Op. diss. PARRA-ARANGUREN, *ibid.*, p. 228, para. 9 : « ... la Tchécoslovaquie était autorisée à prendre les mesures nécessaires...pour réaliser l'objet et atteindre le but du traité... ». Op. ind. KOROMA, *ibid.*, pp. 148-9. Voir aussi Op. ind. BEDJAOUI, *ibid.*, pp. 127-8, para. 31.

(119) Cf. aussi l'Op. ind. BEDJAOUI, *ibid.*, p. 128, para. 31.

(120) C.I.J., *Rec.*, 1997, p. 54, para. 78.

prises d'eau dépassant la part équitable — méritaient d'être séparés (121). Après tout le Traité initial prévoyait de telles prises (122). D'un autre côté, ce facteur aurait pu être considéré pour mesurer le degré d'approximation de la solution C au projet initial.

Nous n'entendons pas poursuivre ces développements ici parce que la place nous fait défaut. Ce qu'il est utile de voir, c'est que notre maxime est trop sollicitée pour expliquer le régime complexe auquel donne lieu la violation d'un traité (restitution, réparation, contre-mesures, etc.) (123).

2. — Exemples en matière de compétences et d'obligations en général

Quatre illustrations suffiront.

a) Dans l'affaire *Tattler* (1920), le Tribunal arbitral a dit : « It is difficult to admit that a foreign ship may be seized for not having a certain document when the document has been refused to it by the very authorities who required that it should be obtained » (124). Ce permis avait été refusé par une erreur de fonctionnaires subalternes. Cette application de notre maxime est particulièrement proche du célèbre *dictum* en l'affaire de *Chorzów* dont il sera encore question (125).

b) Un *hot pursuit* maritime (126) n'est pas admissible si l'Etat qui l'invoque est lui-même responsable de la violation du droit justifiant en apparence la poursuite (127).

(121) Op. diss. SKUBISZEWSKI (*ad hoc*), *ibid.*, pp. 232, 234, 238-241, paras. 1, 8, 16 et s. Le lien est en revanche intime dans l'Op. diss. FLEISCHHAUER, *ibid.*, pp. 212-3, para. 3.

(122) Article 14(2) du Traité de 1977. Cf. l'Op. ind. KOROMA, *ibid.*, p. 149.

(123) L'Op. diss. FLEISCHHAUER, *ibid.*, pp. 205 et s., paras. 1 et 2 intègre en effet notre doctrine dans le sillage de telles questions de droit substantiel.

(124) *R.S.A.*, vol. VI, p. 50. COUSSIRAT-COUSTÈRE (n° 86), vol. II, p. 40. B. CHENG, *General Principles of Law As Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1953, p. 150.

(125) *Infra*, 5. a), texte et notes 172 et s.

(126) Le droit de suite maritime (*hot pursuit*) est une institution coutumière du droit international (cf. l'affaire *I'm Alone* (1935); pour des commentaires sur cette affaire, voir *infra*, note 159) permettant à un navire de guerre ou à un aéronef militaire d'un Etat de suivre un navire étranger qui a violé ses lois nationales à l'intérieur des eaux intérieures, de la mer territoriale ou de la zone contiguë (pour les compétences y conférées) et de l'arrêter en haute mer (cf. désormais l'article 111 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982; pour un aperçu des sources, voir M.H. NORDQUIST (éd), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, La Haye/Londres/Boston, 1995, pp. 247ss). La poursuite doit commencer tant que le navire (ou une barque envoyée par celui-ci, donnant lieu à une '*constructive presence*') est à l'intérieur des zones mentionnées. Un signal de s'arrêter doit lui être donné. La poursuite doit être continue et rapprochée (« hot »). Elle doit cesser dès que le navire entre dans la mer territoriale d'un Etat tiers ou de celui dont il bat le pavillon. La Convention de 1982 précitée a étendu ce droit de poursuite aux eaux archipélagiques et à la zone économique exclusive, pour les pouvoirs fonctionnels qui sont reconnus à l'Etat côtier. Cf. sur toute la question, F. WOOLDRIDGE, « Hot Pursuit », *E.P.I.L.*, vol. 11, pp. 145 et s., avec des renvois. D. MONTAZ, « La haute mer », dans : R.-J. DUPUY/D. VIGNES (éds.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris/Bruxelles, 1985, pp. 362-3. R.R. CHURCHILL/A.V. LOWE, *The Law of the Sea*, 2 éd., Manchester, 1988, pp. 172-3. E.D. BROWN, *The International Law of the Sea*, vol. I, Aldershot/Brookfield, 1994,

c) Notre maxime peut aussi fournir support à une argumentation par hypothèse. Dans l'affaire relative au *Droit de passage sur territoire indien (fond)* (1960), le juge *ad hoc* portugais Fernandes fait valoir un argument éventuel en estimant que si l'Inde invoque une excuse dont elle est responsable pour s'opposer au transit du Portugal sur son territoire vers ses enclaves, l'excuse ne saurait être reçue en droit en vertu de la maxime *nemo allegat turpitudinem suam* (128).

d) Quand le droit requiert la connaissance d'un fait afin d'y rattacher des conséquences juridiques, il suffit que le sujet ait dû connaître ce fait selon les standards d'une diligence raisonnable (*constructive knowledge*). Un sujet ne saurait s'assurer contre la perte de droits en évitant ou en négligeant de prendre connaissance des faits. Ces préceptes s'appliquent par exemple en matière d'acquiescement normatif : *qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset* (129). Le fait qu'une ignorance fautive ne puisse être opposée à l'opération du principe d'acquiescement peut être perçu comme une application de la maxime que nul ne peut tirer avantage de son propre tort. Parfois, c'est le principe connexe selon lequel l'ignorance de la loi n'excuse pas qui est construit comme application de notre maxime (130).

3. — Exemples en matière de responsabilité internationale

a) Il est diverses circonstances excluant l'illicéité d'un fait imputable à un sujet de droit international (131). Ces circonstances qui reposent sur une constellation de faits ou d'événements, peuvent être provoqués fautivement ou en opposition avec la bonne foi par le sujet cherchant à s'exonérer de la responsabilité. Il ne saurait alors les invoquer avec succès. C'est par exemple une règle reconnue qu'un sujet ne peut faire valoir la force majeure comme cause exonératoire s'il a contribué, même paraît-il par seule négli-

pp. 295 et s. En perspective historique, voir S. MAIDMENT, « Historical Aspects of the Doctrine of Hot Pursuit », *B.Y.I.L.*, vol. 46, 1972/3, pp. 365 et s.

(127) Cf. N.M. POULANTZAS, *The Right of Hot Pursuit in International Law*, Leyden, 1969, pp. 324-5. Il cite une affaire passée non sur la mer mais en l'air et où la violation de l'espace aérien soviétique par un aéronef des Etats-Unis d'Amérique avait été provoqué par l'URSS..

(128) Op. diss. FERNANDES, C.I.J., *Rec.*, 1960, p. 143.

(129) Voir par exemple l'affaire des *pêcheries norvégiennes*, C.I.J., *Rec.*, 1951, p. 139 et l'op.ind. ALVAREZ, *ibid.*, p. 152 ainsi que l'op. diss. MC NAIR, *ibid.*, pp. 171 et s.

(130) Sur la maxime *ignorantia iuris nocet*, cf. déjà la glose '*Qui sciens*' ad *Cod. Just.* 2, 11, (12), 15 et *Dig.*, 17, 1, 29, 1. *Corpus iuris canonici, Liber Sextus, de regulis iuris, lib. V, tit. 12, regula 13.*

(131) (1) Le consentement (*volenti non fit iniuria*) (article 29 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats de la C.D.I.); (2) Les contre-mesures, *i.e.* l'existence d'un fait illicite préalable (art. 30 du Projet); (3) La force majeure et le cas fortuit (art. 31 du Projet); (4) La détresse (art. 32 du Projet); (5) L'état de nécessité (art. 33 du Projet); (6) La légitime défense (art. 34 du Projet). Pour une discussion détaillée, voir les Rapports du Prof. Ago, *Ann. C.D.I.*, 1979-II, *première partie*, pp. 28 et s. *Ann. C.D.I.*, 1980-II, *première partie*, pp. 13 et s.

gence, à son avènement (132). De ces situations il faut distinguer celles qui relèvent en droit d'une interruption de la chaîne de causalité, voire de celles où la négligence concourante paraît bien trop légère pour exclure le recours à un titre justificatif. Le propre tort peut aussi s'opposer à toute diminution des indemnités dues.

Dans ce contexte des causes exonératoires, notre maxime a été appliquée très tôt. Dès le 18^e siècle, en l'affaire de la *Betsy* (1797), le Commissaire Pinkney faisait remarquer qu'il est « the most exceptionable of all principles, that he who does wrong shall be at liberty to plead his own illegal conduct on other occasions as a partial excuse » (133). Presque deux siècles plus tard, la Cour internationale de Justice est revenue sur cette question. En l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, 1997 dont les faits ont déjà été exposés (134), la Hongrie avait invoqué l'état de nécessité pour justifier l'arrêt des travaux sur le projet, puis la suspension du Traité de 1977 (135). Cet état de nécessité était fondé essentiellement sur des considérations écologiques. La Cour a écarté ce moyen parce qu'elle ne l'a pas considéré fondé en l'espèce (136). Elle a cependant ajouté *obiter* un considérant qui intéresse notre maxime. La Cour note qu'en 1989, alors qu'elle était en possession de toutes les connaissances scientifiques sur l'impact environnemental du projet, la Hongrie a sollicité l'accélération des travaux avant de décider trois mois plus tard de les suspendre, puis de les abandonner (137). Et la Cour de conclure, en appliquant notre maxime : « La Cour infère de tous ces éléments qu'en l'espèce, même s'il avait été établi qu'il existait en 1989 un état de nécessité lié à l'exécution du traité de 1977, la Hongrie n'aurait pas été admise à s'en prévaloir pour justifier le manquement à ses obligations conventionnelles, car elle aurait contribué, par son action ou omission, à sa survenance » (138).

b) Un Etat ne peut invoquer l'absence d'épuisement des voies de recours internes quand celle-ci relève de son propre fait (139). Il en est ainsi si les

(132) Cf. NGUYEN QUOC DINH/P. DAILLER/A. PELLET, *Droit international public*, 6 éd., Paris, 1999, p. 759. A. GATTINI, *Zufall und Force Majeure im System der Staatenverantwortlichkeit anhand der ILC-Kodifikationsarbeit, Schriften zum Völkerrecht*, vol. 96, Berlin, 1991, pp. 98-9, 135 et s. *Ann. C.D.I.*, 1979-II, première partie, p. 69, article 31(3) dans le contexte de la force majeure : « Les paragraphes qui précèdent ne s'appliquent pas si la situation d'impossibilité de se conformer à l'obligation ou la situation de détresse sont dues à l'Etat auquel le comportement non conforme à l'obligation est attribuable ». *Ann. C.D.I.*, 1980-II, première partie, pp. 50, article 33(2) sur l'état de nécessité : « Le paragraphe 1 ne s'applique pas si la survenance de la situation de nécessité est due à l'Etat qui prétend l'invoquer comme excuse de son comportement ».

(133) Cf. J.B. MOORE, *International Adjudications, Ancient and Modern, Modern Series*, vol. IV, New York, 1931, p. 227.

(134) *Supra*, note 89.

(135) C.I.J., *Rec.*, 1997, pp. 35 et s., paras. 40 et s.

(136) *Ibid.*, pp. 39 et s., paras. 50 et s.

(137) *Ibid.*, p. 46, para. 57.

(138) *Ibid.*, p. 46, para. 57.

(139) Cf. C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1990, pp. 272 et s. E. KAUFMANN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1935-IV, vol. 54,

recours auxquels il en appelle sont illusoire ou inefficaces (140), notamment à raison de délais excessifs (141), en cas de dépendance des tribunaux internes de l'exécutif, ou s'il y a mauvaise foi ou xénophobie des juges (142). Comme G. Schwarzenberger l'a formulé : « If a State lacks effective local remedies, this accounts to a breach of the minimum standard. This omission itself constitutes an international tort and, in good faith, precludes the tortfeasor from invoking the local remedies rule » (143).

Parfois le comportement initial ne relève pas d'une faute mais fonde néanmoins une confiance légitime. C'est alors le principe d'estoppel (*venire contra factum proprium*) qui peut trouver application pour écarter un moyen d'incompétence tiré de l'absence d'épuisement de recours internes (144).

c) Une requête formulée suite à des dommages subis par un ressortissant à l'étranger peut être irrecevable en droit si l'Etat en question a négligé d'indiquer la vraie nationalité, s'il l'a cachée ou s'il a fait d'autres communications trompeuses. Il a été tranché en ce sens dans l'affaire *Flegenheimer (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)* (1958) (145).

pp. 457-8. OPPENHEIM (n° 85), pp. 525-6. Cfr. aussi le Mémoire suisse en l'affaire *Losinger*, C.P.J.I., sér. C, n° 78, p. 41 : « Enfin, on peut aussi déduire de la jurisprudence de la Cour qu'aucun Etat ne peut exciper du fait que ses instances internes n'ont pas été épuisées, lorsqu'il a lui-même, par l'inobservation de ses obligations conventionnelles, empêché sa contrepartie de poursuivre la reconnaissance de ses droits devant la juridiction réellement compétente »; voir aussi, *ibid.*, p. 42.

(140) AMERASINGHE (n° 139), pp. 166 et s., 193 et s. A. A. CAÑADO TRINIDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983. OPPENHEIM (n° 85), pp. 525-6. Affaire *Velasquez Rodríguez* (1988), *I.L.M.*, vol. 28, 1989, pp. 304 et s.

(141) Cfr. l'affaire *El Oro* (1931), *R.S.A.*, vol. V, p. 191 [9 années]. AMERASINGHE (n° 139), pp. 203 et s.

(142) Affaire *Brown* (1923), *R.S.A.*, vol. VI, p. 120. Cf. AMERASINGHE (n° 139), pp. 193 et s. CAÑADO TRINIDADE (n° 140), p. 111. *Ann.IDI*, vol. 36-1, 1935, p. 435. *Ann. I.D.I.*, vol. 45, 1954, pp. 28 et s. Cf. aussi l'art. 46(2)(a) de la Convention américaine des droits de l'homme; et les observations italiennes, affaire des *phosphates du Maroc*, C.P.J.I., sér. C, n° 84, p. 443 [manifestation de mauvaise foi de la part des organes]. Sur le lien avec la bonne foi, cf. W.M. REISMAN, *Nullity and Revision*, New Haven/Londres, 1971, p. 365, 370.

(143) G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 5 éd., Londres, 1967, p. 177.

(144) Cf. AMERASINGHE (n° 139), pp. 273-4. T. HAESLER, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case-Law of International Courts and Tribunals*, Leyden, 1968, pp. 51-3 [plus réservé]. L'estoppel a été considéré dans notre contexte en l'affaire de l'*Elettronica Sicula (E.L.S.I.)* (1989) : C.I.J., *Rec.*, 1989, pp. 44 (cf. J. JEAN COLAS, « L'arrêt Elettronica Sicula (ELSI) du 20 juillet 1989 », *R.G.D.I.P.*, vol. 94, 1990, pp. 713 et s., 716. F.A. MANN, « Foreign Investment in the ICJ : The ELSI Case », *A.J.I.L.*, vol. 86, 1992, pp. 101-2). C'est à juste titre qu'il n'y a pas été appliqué. La Cour européenne des droits de l'homme a au contraire eu plusieurs occasions d'en faire application : affaires *Artico* (1980) (sér. A, n° 37, pp. 12-14, paras. 24, 27 ou *I.L.R.*, vol. 60, pp. 192-4), *Guzzardi* (1980) (sér. A, n° 39, p. 24, para. 67 ou *I.L.R.*, vol. 61, pp. 301-2), *Poti* (1982) (*I.L.R.*, vol. 71, pp. 366 et s., 380-2) ou *Corigliano* (1982) (*I.L.R.*, vol. 71, pp. 395 et s., 402-3).

(145) *R.S.A.*, vol. XIV, p. 378 : « It allows a Respondent State to object to the admissibility of a legal action directed against it by the national State of the allegedly injured party, when the latter has neglected to indicate his true nationality, or has concealed it, or has invoked another nationality at the time the fact giving rise to the dispute occurred, or when the national State has made erroneous communications to another State thus fixing the conduct to be followed by the latter ».

d) La doctrine des mains propres (*clean hands*) est parfois présentée comme relevant de notre maxime (146). Quelques anciennes sentences arbitrales de Commissions mixtes inter-américaines ont ajouté à la nationalité et à l'épuisement des recours internes une condition supplémentaire de recevabilité de la protection diplomatique (147). D'après ces sentences, un Etat ne peut présenter une réclamation internationale lorsque la conduite répréhensible ou illégale de son propre ressortissant a été la cause première, a contribué ou a amplifié le tort dont il cherche désormais à se prévaloir (148). C'est l'application de la maxime '*ex dolo malo vel delicto non oritur actio*' (149). La pratique (150) et les publicistes sont très divisés sur l'existence et la portée d'une telle condition en droit international général. Quelques auteurs estiment que la doctrine n'est autre chose qu'une raison de refuser la protection diplomatique appréciée discrétionnairement par l'Etat lésé (151). D'autres croient pouvoir parler d'une condition d'irreceva-

(146) Cf. la prise de position du Secrétaire d'Etat américain Bayard à propos de l'affaire *Pelletier* (1885) : « I do now affirm that the claim of Pelletier against Hayti [issue du trafic d'esclaves] (...) must be dropped, and dropped peremptorily and immediately by the (...) United States (...). *Ex turpi causa non oritur actio* ». (cf. CHENG (n° 124), p. 157). Op. diss. SCHWABEL, affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond), C.I.J., Rec., 1986, pp. 392 et s. [*ex dolo malo non oritur actio*']. L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962, pp. 196-7. P. DE VISSCHER, « Cours général de droit international public », R.C.A.D.I., vol. 136, 1972-II, p. 177. Cfr. aussi E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977, pp. 297 et s.

(147) Cf. par exemple les affaires *Volusia* (1854) [individus engagés dans le trafic d'esclaves, cf. DE LA PRADELLE/POLITIS (n° 85), t. I, p. 741]; *Lawrence* (1855) [*idem*, cf. DE LA PRADELLE/POLITIS, loc. cit., p. 741]; *Brannan* (1876) [violation des devoirs de neutralité, cf. COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN (n° 86), t. I, p. 383]; *Mary Lowell* (1879) [entreprises illégales d'un navire et de ses cargaisons, cf. COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN, loc. cit., pp. 383-4]; *Gowen* (1890) [ventes de grano sans autorisation, cf. COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN, loc. cit., pp. 384-5]; *N. PAQUET* (1903) [abus d'une concession sur les eaux, cf. R.S.A., vol. IX, p. 327 ou COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN, loc. cit., p. 389] et surtout la célèbre affaire du *Good Return et Medea* (1862) [prises de guerre illégales et droit de neutralité sur mer, cf. COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN, loc. cit., pp. 381-2].

(148) Sur les *clean hands*, voir J. SALMON, « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », A.F.D.I., vol. 10, 1964, pp. 225 et s. A. MIAJA DE LA MUELA, « Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux », *Mélanges J. Andrassy*, La Haye, 1968, pp. 189 et s. L. GARCIA ARIAS, « La doctrine des *clean hands* en droit international public », *Annuaire des anciens auditeurs de l'Académie de droit international*, vol. 30, 1960, pp. 14 et s. A. TOMMASI DI VIGNANO, « Clean Hands, protezione diplomatica della vittima di un illecito ed eccezioni preliminari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia », *Mélanges M. Udina*, vol. I, Milan, 1975, pp. 769 et s. J.C. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », R.C.A.D.I., vol. 41, 1932-III, pp. 63 et s. B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, 1973, pp. 302 et s. C. JIMENEZ PIERNAS, *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, 1988, pp. 155 et s., 249 et s. CHENG (n° 124), pp. 155 et s. DELBEZ (n° 146), pp. 195 et s. P. DE VISSCHER (n° 146), pp. 176-7. C. ROUSSEAU, *Droit international public*, vol. V, Paris, 1983, pp. 170 et s. E.M. BORCHARD, *The Diplomatie Protection of Citizens Abroad*, New York, 1927, pp. 713 et s. C.C. HYDE, *International Law — Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2 éd., vol. II, Boston, 1947, pp. 891 et s. Pour la pratique, cf. COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN (n° 86), t. I (1794-1918), pp. 381 et s.; t. II (1919-1945), pp. 643 et s.

(149) Cf. BORCHARD (n° 148), p. 714. DELBEZ (n° 146), p. 196.

(150) Cf. l'aperçu chez ROUSSEAU (n° 148) ou chez SALMON (n° 148).

(151) HYDE (n° 148), pp. 891-3.

bilité au sens strict (152). Encore d'autres affirment qu'il peut s'agir soit d'une condition de recevabilité ou d'un critère d'ajustement de la responsabilité au fond (153). Certains y voient exclusivement un critère d'ajustement au fond (154). D'autres enfin, proches des derniers, estiment que dans le contexte de l'appréciation au fond le principe perd toute autonomie car il n'est plus qu'un critère dont peut s'inspirer le juge pour calculer l'indemnité (155).

La jurisprudence récente n'en fait guère mention (156), si elle ne l'écarte implicitement (157). Sans entrer ici dans un examen plus serré du problème (158), il ne paraît pas justifié de conclure que les *clean hands* représentent une condition générale de recevabilité de réclamations internationales. S'il en était ainsi, l'Etat serait absous de toute responsabilité pour ses actes illicites et dommageables, raison prise que le lésé tient aussi *une part* de responsabilité (*tu quoque*). Cela conduit à un déséquilibre inéquitable entre les acteurs. L'irrecevabilité opère en bloc et ne permet pas l'ajustement respectif des fautes. Une co-responsabilité légère du réclamant permet ainsi au défendeur de s'exonérer de toute responsabilité au lieu d'être tenu au moins pour la différence des quotas de responsabilité respective. Un tel résultat ne saurait être admis. C'est pourquoi l'effet de la propre faute du réclamant doit être appréciée sur le fond et notamment en matière d'indem-

(152) WITENBERG (n° 148), pp. 63-4. DELBEZ (n° 146), pp. 195 et s. GARCIA ARIAS (n° 148), p. 17. L. CAVARE, *Le droit international public positif*, vol. I, 3 éd., Paris, 1967, pp. 287 et s.

(153) BORCHARD (n° 148), p. 714. CHENG (n° 124), p. 158. MIAJA DE LA MUELA (n° 148), pp. 209, 211 et s. M. AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, 6 éd., Londres, 1984, pp. 102-3.

(154) P. DE VISSCHER (n° 146), pp. 176-7. TOMMASI DI VIGNANO (n° 148), pp. 782-3. G. PERIN, « Réflexions sur la protection diplomatique », *Mélanges M. Bridel*, Lausanne, 1968, p. 402.

(155) SALMON (n° 148), p. 265. BOLLECKER-STERN (n° 148), p. 312.

(156) Quelques juges ont essayé de faire application de la doctrine sur le plan du dommage immédiat : Op. diss. MOROZOV, affaire relative au *personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J., *Rec.*, 1980, pp. 54-5 et Op. diss. TARAZI, *ibid.*, pp. 62-3 ; la Cour ne les a pas suivis. (Pour une critique des opinions dissidentes en question, cf. F. PRZETACZNIK, « Fallacious Arguments of Judges of the ICJ in their Dissenting Opinions in the American Diplomatic Case in Iran », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 64, 1986, pp. 245 et s.). Cfr. aussi l'Op. diss. SCHWEBEL, affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, C.I.J., *Rec.*, 1986, pp. 392-4. La question de l'irrecevabilité n'a même pas été effleurée par la Cour. Des manuels influents comme l'OPPENHEIM (n° 85), ne mentionnent pas la doctrine des *clean hands*.

(157) Affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J., *Rec.*, 1970, p. 51 : « D'un côté, il a été soutenu que les autorités administratives et judiciaires espagnoles ont commis des actes illicites et que ces actes engagent la responsabilité internationale de l'Espagne. De l'autre, on a affirmé que, dans la poursuite de leur activité, la Barcelona Traction et ses filiales ont violé la loi espagnole. A supposer que les faits soient établis dans les deux cas, les derniers ne sauraient en aucune façon légitimer les premiers (...). La possession par le Gouvernement belge d'un droit de protection constitue une condition préalable à l'examen de ces problèmes. Le raisonnement est basé sur un argument *tu quoque*. Cfr. aussi la *Plaidoirie Reuter* (Espagne), C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. II, pp. 5 et s.

(158) Cfr. cependant R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 568 et s.

nité (159). Comme le dit P. De Visscher, soutenir le contraire peut ouvrir une dangereuse poche d'irresponsabilité : « Jamais la conduite irrégulière de la victime ne devrait dégager un Etat de l'obligation qu'il a de respecter un certain standard minimum de justice » (160).

Est-ce dire que la maxime '*ex dolo malo non oritur actio*' est inapplicable en droit international ? Nous ne le croyons pas. Dans l'éclairage d'un débat concret et à la lumière de circonstances propices, elle peut conduire à l'irrecevabilité d'une demande. C'est le cas si la part de responsabilité du réclamant est au moins égale ou nettement supérieure à celle du défendeur, jusqu'à apparaître en droit comme la seule cause adéquate du dommage subi. Alors, en l'absence de demandes reconventionnelles, le juge pourra préférer l'irrecevabilité pour clore le débat judiciaire. Il estimera implicitement que le dommage est bien partagé dans la situation de fait, et qu'il n'a dès lors pas à intervenir pour en modifier la distribution : '*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*' (161). Si la cause relevant du réclamant domine au point de paraître la seule cause réelle du dommage (*controlling cause*), l'on pourra aussi invoquer la rupture du lien de causalité entre les actes de l'Etat défendeur et le dommage subi (162). Suivant la très juste formule de Akehurst, l'irrecevabilité ne pourra donc être retenue que si « the injury suffered by the national is roughly proportionate to the impropriety of his activities » (163).

e) La maxime *nemo commodum* intervient ensuite dans le calcul des indemnités à verser, voire des intérêts à retenir. Dans l'affaire *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. Iran* (1984) tranchée par le Tribunal des réclamations irano-américain, le problème a été abordé en ces termes dans le contexte d'une expropriation : « If payments for work on the TIA project have been wrongfully withheld by an Agency of the Government of the Islamic Republic of Iran and if for the lack of such payment the Tribunal did not include such moneys in the dissolution value of TAMS-AFFA, then the Respondent Agency would profit by its own wrong. Conversely, if TAMS-AFFA wrongfully failed to pay tax and social security obligation

(159) Une répartition exemplaire des réparations et indemnités selon les fautes respectives a été opérée en l'affaire du *I'm Alone* (1935), *R.S.A.*, vol. III, pp. 1609 et s. Sur cette affaire, voir G.G. FITZMAURICE, « The Case of the *I'm Alone* », *B.Y.I.L.*, vol. 17, 1936, pp. 82 et s. C.C. HYDE, « The Adjustment of the *I'm Alone* Case », *A.J.I.L.*, vol. 29, 1935, pp. 296 et s. W. FRIEDE, « Der Fall *I'm Alone* », *ZaöRV*, vol. 5, 1935, pp. 658 et s. P. SEIDEL, « The *I'm Alone* », *E.P.I.L.*, vol. 2, pp. 133-4.

(160) P. DE VISSCHER (n° 146), pp. 176-7.

(161) Si quelqu'un subit un dommage de sa propre faute, cela ne sera pas censé être un dommage (*scil.*, indemnisable). Cf. *Dig.*, 50, 17, 203 (Pomponius).

(162) Sur la causalité dans notre contexte, cf. STERN (n° 148), pp. 185 et s., 312. WITENBERG (n° 148), pp. 69-70. Pour la notion d'interruption de la chaîne de causalité, cf. par exemple *A.T.F.* (Arrêts du Tribunal fédéral suisse, *Recueil officiel*), 84 IV, p. 64; *A.T.F.* 91 IV, p. 187; *A.T.F.* 92 IV, p. 88; *A.T.F.* 94 IV, p. 27; *A.T.F.* 95 IV, pp. 143-4; *A.T.F.* 100 IV, pp. 214; *A.T.F.* 101 IV, pp. 401-2, etc.

(163) AKEHURST (n° 153), p. 103.

and if the Tribunal did not deduct such obligations, them TAMS-AFFA would profit by its own wrong. It is a well recognized principle in many municipal systems and in international law that no one should be allowed to reap advantages from their own wrong, *Nullus Commodum Capere De Sua Injuria Propria* » (164). Le Tribunal procéda en conséquence à un ajustement des indemnités.

4. — *Exemples en matière de prescription extinctive (libératoire)*

La prescription extinctive de droits pour délai inexcusable dans leur exécution (165) touche parfois à la maxime *nemo commodum* (166). Ainsi, la prescription n'intervient pas si les retards sont dus à celui qui essaie de s'en prévaloir (167). Elle intervient en revanche si les retards sont dus à celui qui essaie de l'écartier. Dans l'affaire *Williams* (1890) le principe a été clairement énoncé : « If such situation be fairly imputable to a claimant's laches in withholding his demand, or, in Vattel's phrase 'when by his own fault he has suffered matters to proceed to such a state that there would be danger of mistaking the truth', prescription operates and resolves such facts against him » (168).

C'est d'autres fois le gouvernement qui a essayé de tirer avantage d'un retard dû à ses propres comportements. L'affaire *Cook* (1927) en témoigne. Un citoyen des Etats-Unis d'Amérique, G. Cook, réclame le montant de chèques postaux émis en 1913-4. Les autorités postales mexicaines lui refu-

(164) *Iran/U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 6, pp. 227-8, citant Bin Cheng.

(165) Sur la prescription libératoire, cf. P.A. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, Paris, 1934, pp. 129 et s. N. POLITIS/Ch. DE VISSCHER, dans *Ann. I.D.I.*, vol. 32, 1925, pp. 1 et s., 466 et s. N. POLITIS, « La prescription libératoire en droit international », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 3, 1925, pp. 1 et s. M. SØRENSEN, « La prescription en droit international », *Acta Scandinavica Juris Gentium*, vol. 3, 1932, pp. 161 et s. R. PINTO, « La prescription en droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 87, 1955-I, pp. 438 et s. WITENBERG (n° 148), pp. 9 et s. CHENG (n° 124), pp. 373 et s.A. CAVAGLIERI, « Il decorso del tempo ed i suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 18, 1926, pp. 169 et s. B.E. KING, « Prescription of Claims in International Law », *B.Y.I.L.*, vol. 15, 1934, pp. 82 et s. W. ROCH, « La prescription libératoire s'applique-t-elle en droit international public ? », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 27, 1949, pp. 254 et s. Ch. DE VISSCHER, « La prescription extinctive des réclamations internationales d'origine privée (claims) », *Mélanges J. Basdevant*, Paris, 1960, pp. 525 et s. MÜLLER (n° 218), pp. 67 et s. REISMAN (n° 142), pp. 387 et s. ROUSSEAU (n° 148), pp. 178 et s. OPPENHEIM (n° 85), pp. 526-7. A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, Padoue, 1960, pp. 106 et s. A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, t. III, Milan, 1962, pp. 1281ss; etc.

(166) Cf. REISMAN (n° 142), pp. 387 et s.

(167) Cf. REISMAN (n° 142), pp. 392 et s. CHENG (n° 124), pp. 379, 381 et s. VERYKIOS (n° 165), pp. 150, 159, 170-1. OPPENHEIM (n° 85), p. 527, note 5 (affaire des *Indiens Cayuga* (1926)).

(168) Cf. COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN (n° 86), t. I, p. 439 ou CHENG (n° 124), p. 381. Il y a évidemment exception si les retards sont dus à des raisons valables. Le tribunal donne à cet égard les exemples suivants : « incapacity, disability, want of legal agencies, prevention by war, well-grounded fear, and the like » (cf. COUSSIRAT-COUSTÈRE/EISEMANN, *op.cit.*, p. 439 ou CHENG (n° 124), p. 384).

sent le paiement, invoquant la prescription du droit interne. Plusieurs années s'écoulaient. Le Tribunal international écarta le moyen de la prescription internationale soulevée par le Mexique, car Cook avait été empêché de faire valoir ses prétentions plus tôt du fait de la mauvaise volonté du Gouvernement mexicain (169). Dans l'affaire *Roberts* (1903) un délai de 32 ans ne fut pas retenu aux fins de la prescription étant donné que le retard était dû à la faute du Gouvernement vénézuélien. Le lien avec notre maxime y est clairement établi : « The contention that this claim is barred by the lapse of time would, if admitted, allow the Venezuelan Government to reap advantage from its own wrong in failing to make just reparation to Mr. Quirk at the time the claim arose » (170). Des délais encourus pour privilégier la négociation, la conciliation ou d'autres moyens de solution du différend n'ont pas pour conséquence une perte de droits par voie de prescription (171). Il n'y a dans ce cas aucune faute.

5. — Exemples en matière de procédure

a) Dans une formulation devenue classique, la Cour permanente de Justice internationale a donné une expression très achevée à notre maxime. C'est en l'affaire de l'*Usine de Chorzów (Compétence)* (1927) qu'elle s'est exprimée comme suit : « C'est, du reste, un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales, qu'une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte » (172). Cet aspect de la maxime condensé en un principe de procédure a depuis reçu un certain nombre d'applications (173). C'est le cas dans l'affaire *Philips Eindhoven c. RFA* (1958) tranchée par la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne. Il avait été

(169) *A.J.I.L.*, vol. 22, 1928, p. 189. Cf. VERYKIOS (n° 165), pp. 150-1.

(170) *R.S.A.*, vol. IX, p. 207. Cf. CHENG (n° 124), p. 150. REISMAN (n° 142), pp. 392-3.

(171) Cf. REISMAN (n° 142), p. 392. Une telle attitude équivaudrait à entraver l'ouverture de négociations (cf. *mutatis mutandis* l'affaire *Nottebohm*, C.I.J., *Rec.*, 1955, pp. 19-20).

(172) C.P.J.I., *ser. A*, n° 9, p. 31. Ce principe a souvent été discuté dans la doctrine; cf. par exemple M. SCERNI, *I principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale*, Padoue, 1932, pp. 125-7. G.G. FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law — General Course of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 92, 1957-II, p. 118. G. DE MAGYARY, *La juridiction de la Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1931, p. 288. A. ORAISON, *L'erreur dans les traités*, Paris, 1972, p. 161. CHENG (n° 124), pp. 149-50. AMERASINGHE (n° 139), p. 273.

(173) La règle a été invoquée dans des plaidoiries; cf. par exemple le *Mémoire suisse* en l'affaire *Losinger*, C.P.J.I., *ser. C*, n° 73, p. 41. Affaire de l'*interprétation des Traités de Paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Déclaration écrite du Royaume-Uni, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1950, pp. 190-1. Déclaration de G.G. Fitzmaurice (Royaume-Uni), *ibid.*, p. 374. Réemment la Cour internationale est revenue sur le principe : affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Slovaquie c. Hongrie)*, C.I.J., *Rec.*, 1997, para. 110).

plaidé que « it would be contrary to the principles of good faith for the defendant now to rely on the lack of qualification of Philips Eindhoven, since it was due to the arbitrary refusal of the custodians appointed by the German authorities and acting under their influence that Philips Eindhoven had been prevented from acquiring such qualification » (174). Le Tribunal considère le principe sous le jour de l'équité (175).

b) Un Etat ne peut se prévaloir d'une objection qui équivaldrait à se fonder sur la non-exécution d'une obligation internationale. Dans l'affaire de la *Compétence des Tribunaux de Dantzig* (1928), la Cour permanente a rappelé que la Pologne ne pouvait pas plaider l'incompétence de ses tribunaux à connaître des requêtes des fonctionnaires ferroviaires dantzigois du fait que les dispositions de l'accord du 22 octobre 1921 entre Dantzig et la Pologne n'avaient pas été introduites régulièrement dans le droit interne. Ce serait permettre à la Pologne d'invoquer son propre tort, à savoir la non-exécution de ses engagements internationaux (176).

c) Une constellation de faits particulièrement propice à l'appel en cause de la maxime s'est présentée en l'affaire de l'*interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (1950) (177). Suite notamment à des mesures de nationalisation et de confiscation opérées après la dernière guerre, les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne accusèrent les gouvernements communistes des Etats mentionnés de ne pas respecter les dispositions des Traités de paix leur imposant des devoirs en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales. Les puissances occidentales demandèrent à ce que soit mis en œuvre le mécanisme de conciliation prévu par ces Traités. Elles se heurtèrent au refus des gouvernements communistes. Ceux-ci refusèrent de désigner leurs représentants à la commission prévue par les textes en bloquant ainsi le cours de la procé-

(174) *I.L.R.*, vol. 25, p. 505. La 'qualification' dont il est question a trait à des titres de propriété intellectuelle.

(175) *Ibid.*, p. 506.

(176) C.P.J.I., *ser. B*, n° 15, p. 27 : « ... la Pologne, en tout cas, ne pourrait se prévaloir d'une objection qui (...) équivaldrait pour la Pologne à se fonder sur la non-exécution d'une obligation qui lui a été imposée par un engagement international ». Pour un bref aperçu de cette affaire, cf. A.P. FACHIRI, *The Permanent Court of International Justice*, 2 éd., Londres, 1932, pp. 274-6 (pour notre maxime, *ibid.*, p. 276). K. MAREK, *Précis de la jurisprudence de la Cour internationale*, vol. I, La Haye, 1974, pp. 397 et s.

(177) Sur cette affaire, cfr. K. HERNDL, « Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania », *E.P.I.L.*, vol. 2, pp. 148-150. K.S. CARLSTON, « Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Rumania », *A.J.I.L.*, vol. 44, 1950, pp. 728 et s. J.F. LALIVE, « Interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie », *J.D.I.*, vol. 77, 1950, pp. 1228 et s., 1242 et s. J. CHALA, « Interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 6, 1950, pp. 184 et s. M. VISMARA, « Trattati di pace con la Bulgaria, Ungheria e Romania », *Comunità internazionale*, vol. 5, 1950, pp. 307 et s., 668 et s. J.H.W. VERZIJL, *The Jurisprudence of the World Court*, vol. II, Leyden, 1966, pp. 65 et s. Sur l'historique de l'avis : Y-L. LIANG, « Observance in Bulgaria, Hungary and Rumania of Human Rights and Fundamental Freedoms : Request for an Advisory Opinion on Certain Questions », *A.J.I.L.*, vol. 44, 1950, pp. 100 et s.

de. Le 22 octobre 1949, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait une résolution priant la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur la question. La Cour était sollicitée, entre autres, de répondre à la question de savoir si le Secrétaire général des Nations Unies pouvait procéder, malgré le refus des Etats socialistes de nommer leurs représentants, à désigner le tiers membre. La Cour était aussi sollicitée de dire si la Commission composée de deux membres satisferait aux conditions des Traités et pourrait fonctionner à défaut des représentants des Etats socialistes.

Lors des plaidoiries, les représentants des Etats-Unis et du Royaume-Uni avaient rappelé que la violation des Traités ne saurait profiter aux Etats socialistes en leur permettant d'obtenir le résultat recherché : de bloquer la procédure. Ils firent valoir à cet égard que ces Etats seraient forclos (*estoppel*) de contester la composition et les avis rendus par une commission bipartite, car ce faisant ils plaideraient la propre faute (178).

La Cour ne s'est pas prononcée sur cet argument. Comme il est connu, elle a répondu par la négative aux questions posées (179). Dès lors, la violation flagrante des Traités par les Etats socialistes ne pouvait donner lieu qu'à des réclamations internationales et non à la substitution d'une commission essentiellement différente à celle prévue par les textes. Le juge Read cependant reprit à son compte l'argumentation fondée sur notre maxime. Il le fit en ces termes : « Si le défaillant soulevait une exception, au cours d'une instance devant la Cour internationale de Justice, celle-ci, qui n'est pas un organe législatif, serait tenue d'appliquer les principes juridiques existants et de reconnaître qu'en vertu d'un 'estoppel' le défaillant n'est pas recevable de faire valoir, à l'appui de sa propre thèse, l'infraction au traité commise par lui. Pour moi, siégeant en qualité de juge dans une affaire consultative, je ne puis soulever cette exception, qu'il ne serait pas loisible au gouvernement défaillant de soulever dans toute procédure où seraient reconnus des principes de justice. Le point de droit, ici, n'est pas douteux. Il a été réglé par la Cour permanente dans l'arrêt n° 8 : série A, n° 9, Usine de Chorzów (indemnités) (compétence), page 31 » (180).

Cette prise de position a reçu quelque appui doctrinal (181).

(178) *Déclaration Cohen* (Etats-Unis d'Amérique), C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1950, p. 355. *Déclaration écrite du Royaume-Uni*, *ibid.*, pp. 190-1. *Déclaration écrite des Etats-Unis d'Amérique*, *ibid.*, p. 237. *Déclaration* de G.G. Fitzmaurice (Royaume-Uni), *ibid.*, pp. 373-5.

(179) C.I.J., *Rec.*, 1950, p. 230.

(180) C.I.J., *Rec.*, 1950, p. 244. Cfr. aussi, *ibid.*, pp. 241-2 [* mauvaise foi *] et l'Op. diss. AZEVEDO, *ibid.*, pp. 252-4.

(181) Cfr. par exemple G. SCHWARZENBERGER, *International Law — As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. I, Londres, 1957, pp. 523 et s., 542; *ibid.*, vol. IV, Londres, 1986, pp. 152 et s. FITZMAURICE (n° 172), pp. 118-9. G.G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, Cambridge, 1986, p. 12. I.C. MCGIBBON, « Estoppel in International Law », *ICLQ*, vol. 7, 1958, p. 480. Plus réservé, CHENG (n° 124), pp. 151 et s. Un esprit critique que Schwarzenberger va jusqu'à écrire : « If on no other ground, this right [of law-abiding States to see the procedure continue] rested on the estoppel of the treaty-breakers to

d) Il existe de nombreux autres exemples plus ou moins cachés de l'application de notre maxime dans ce domaine. Ainsi, dans l'affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et recevabilité)* (1984), la Cour s'est déclarée compétente en base à une déclaration facultative au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Le Nicaragua avait apparemment envoyé son instrument de ratification, mais celui-ci ne fut jamais reçu à La Haye. La Cour considéra cependant qu'il convenait de donner une interprétation large à l'article 36, paragraphe 5, du Statut afin de pallier à ce vice de forme selon les finalités générales du système optionnel. De plus, elle s'appuya sur l'acquiescement implicite du Nicaragua à sa compétence du fait qu'il n'avait pas protesté pendant la longue période dans laquelle il figurait dans l'Annuaire de la Cour (ainsi que dans d'autres documents) comme l'un des Etats liés par le système de la clause facultative (182). Cette argumentation fut repoussée, entre autres, par le juge Mosler. Selon lui, l'absence de clarté quant à la compétence de la Cour tenait à la passivité coupable du Nicaragua qui ne saurait dès lors en tirer avantage (183).

6. — Exemples en matière de droits de l'homme

La branche des droits de l'homme connaît aussi diverses applications de la maxime. Trois exemples suffiront.

a) Comme d'autres conventions relatives à la protection des droits de l'homme, la Convention européenne de 1950 prévoit à ses articles 5, paragraphe 3, et 6, paragraphe 1, que tout prévenu devra être jugé dans un délai raisonnable. Pour déterminer si un délai suffit à cette condition, la Cour européenne considère notamment la complexité de l'affaire, la manière dont elle a été conduite par les autorités étatiques et le comportement du requérant (184). Le prévenu peut exercer tous les droits de recours disponibles à sa guise, mais il doit alors en supporter les conséquences pour ce

plead their own default in order to defeat such a request. As Judge Read justly pointed out, it was not for the Court to raise this objection, which the defaulting government itself would be prevented from raising in any proceedings which recognized the principles of justice » (*loc.cit.*, vol. I, p. 524).

(182) C.I.J., *Rec.*, 1984, pp. 409-410.

(183) Op. ind. MOSLER, *ibid.*, pp. 464 : « Le Nicaragua qui, comme l'arrêt le relève à juste titre, était conscient d'une lacune et aurait pu aisément éclaircir la situation [en envoyant un nouveau instrument de ratification], s'est abstenu de le faire, et il ne saurait bénéficier d'incertitudes qu'en connaissance de cause il n'a rien fait pour dissiper ». Cfr. aussi C. LANG, *L'affaire Nicaragua/Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice*, Paris, 1990, p. 81.

(184) Affaire *Wemhoff* (1968), sér. A, n° 7, p. 26, para. 17. Affaire *Matznetter* (1969), sér. A, n° 10, pp. 34-5, para. 12. Affaire *Stögmüller* (1969), sér. A, n° 9, p. 44, para. 16. Affaire *Tolh* (1991), sér. A, n° 224, p. 21, para. 77. Cf. L.E. PETTITI/E.DECAUX/P.H. IMBERT (éds.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire*, Paris, 1995, pp. 217 et s., 267 et s.

qui est des délais de procédure (185). Notre maxime entre en jeu si le requérant fait un usage abusif ou dilatoire de ces recours. Les organes de Strasbourg écartent dans ce cas tout grief de délai déraisonnable car nul ne peut profiter de son propre tort (186).

b) L'article 6, paragraphe 3, lettre a, de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que tout accusé doit être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Si l'accusé omet coupablement de comparaître à un interrogatoire préliminaire où il aurait pu obtenir davantage de détails sur son inculpation, il ne pourra plus par la suite plaider la violation de l'article précité (187).

c) Un Etat ne peut pas invoquer l'absence de preuves suffisantes devant une juridiction de droits de l'homme quand les preuves dont il s'agit ne peuvent être obtenues sans sa collaboration et quand il refuse effectivement de coopérer (188).

7. — Exemple en matière de droit administratif international

L'effort de montrer que le droit régissant la fonction publique constitue une branche du droit international public, bien qu'une branche spéciale, a été entrepris ailleurs et n'a pas besoin d'être répété ici (189). Peut-être est-il utile de rappeler la formule pragmatique de H. Waldock à cet égard : « The international character of the organ which formulates the regulations, the international character of the responsibilities of those to whom the regulations apply and the international character of the tribunal which applies the regulations seem (...) to justify the classification of this law as a branch of international law » (190).

(185) La Cour dit en ce cas que les délais ne sont pas imputables à l'Etat : affaire *König* (1978), sér. A, n° 27, pp. 35-6, para. 103. Affaire *Buchholz* (1981), sér. A, n° 42, p. 18, para. 56. Voir aussi l'affaire *Corighiano* (1982), sér. A, n° 57, pp. 14-5, paras. 40-1.

(186) Voir les affaires E 6541/74 et 5874/72 devant la Commission. Cf. J.A. FROWEN/W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar*, 2 éd., Kehl/Strasbourg, 1996, p. 132.

(187) Affaire *Campbell et Fell* (1984), sér. A, n° 80, p. 44, para. 96 (Cour européenne des droits de l'homme). De même, le requérant ne peut pas se plaindre d'une inégalité des armes du fait que seul le procureur aurait été entendu, s'il a laissé passer le délai pour une demande de présence personnelle : Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Kampanis* (1995), sér. A, n° 318, p. 46, para. 51.

(188) Cour inter-américaine des droits de l'homme : Affaire *Velasquez Rodriguez* (1988), sér. C, n° 4, para. 135. Affaire *Godinez Cruz* (1989), sér. C, n° 5, para. 141. Affaire *Gangaram Panday* (1994), sér. C, n° 16, para. 49 : « In proceedings to determine human rights violations the State cannot rely on the defense that the complainant has failed to present evidence when it cannot be obtained without the State's cooperation ».

(189) Cf. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 531-533.

(190) H. WALDOCK, « General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 106, 1962-II, p. 54.

Le débat judiciaire s'est concentré sur notre maxime dans l'affaire *Conrad* (1977) tranchée par le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail. Le tribunal s'est penché sur la question de savoir si l'Organisation en cause pouvait se prévaloir d'une disposition indiquant qu'elle n'accepterait aucune demande d'allocations présentée plus de 12 mois après le moment où l'indemnité était due, lorsque l'organisation avait, par sa propre faute, donné à croire au fonctionnaire qu'il n'avait aucun droit à l'indemnité en question. Le tribunal a statué qu'en principe l'Organisation ne pouvait pas se prévaloir de son propre tort. Il a cependant estimé que celui-ci était insuffisamment démontré en l'espèce (191).

8. — *Varia : L'affaire des Pétitionnaires*
(H. Lauterpacht)

En raison des limites de place, nous n'évoquerons ici qu'un seul exemple. Il est instructif de la flexibilité de notre maxime qui tantôt s'étend vers des principes normatifs, tantôt se rétracte en un simple *topos* d'argumentation. C'est ce dernier aspect qui se manifeste dans l'opinion du juge H. Lauterpacht en l'affaire relative à l'*admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest Africain* (1956). L'Afrique du Sud, en tant que mandataire du Sud-Ouest africain, avait invoqué à son bénéfice certaines restrictions formulées dans l'avis sur le *statut international du Sud-Ouest Africain* rendu par la Cour le 11 juillet 1950 (192). Or, par ailleurs, cet État avait répudié l'avis et s'était constamment refusé d'agir en conformité avec ses termes. Pouvait-il dès lors s'en prévaloir au moment où celui-ci était susceptible de lui offrir quelque avantage ? H. Lauterpacht contemple l'application de notre maxime. Voici la part qui lui fut faite : « Je n'attache aucune importance décisive à la thèse possible selon laquelle on se trouverait en présence d'une situation où un gouvernement réclame le bénéfice de sa propre faute en refusant de fournir et de transmettre des renseignements que, d'après l'avis du 11 juillet 1950, il est légalement tenu de fournir et de transmettre et, en même temps, résiste à l'effort envisagé pour obtenir des renseignements par une autre voie [en se fondant sur les termes de l'avis] » (193). La raison de cette attitude prudente réside dans le fait que les obligations contemplées résultent d'un avis consultatif qui, bien que de nature largement déclaratoire d'obligations préexistantes (194), n'est pas juridiquement contraignant pour l'Afrique du Sud (195). H. Lauterpacht

(191) Jugement n° 328 du TAOTR, pp. 3-4. Cfr. *A.F.D.I.*, vol. 23, 1977, p. 536.

(192) C.I.J., *Rec.*, 1950, pp. 128 et s.

(193) Op. ind. H. LAUTERPACHT, C.I.J., *Rec.*, 1956, p. 47. Voir aussi *supra*, III.1.k.

(194) *Ibid.*, p. 47.

(195) *Ibid.*, p. 47 : « Car il peut n'être pas facile de caractériser avec précision en termes juridiques une situation dans laquelle l'Afrique du Sud se refuse d'agir conformément à un avis consultatif qu'elle n'était pas juridiquement tenue d'accepter... ». Cf. aussi G.G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice », vol. II, Cambridge, 1986, p. 680.

considère néanmoins notre maxime, combinée à des considérations d'*estoppel* (196), comme pertinente dans l'espèce en question. Elle se fonde dans le principe plus général de la bonne foi qui a « pour effet d'empêcher une partie qui répudie un instrument d'en invoquer la lettre — ou d'en faire invoquer la lettre à son profit — de manière à rendre impossible l'accomplissement du but de l'instrument » (197).

A regarder de plus près les faits de l'espèce, force est de constater qu'ils restent réfractaires tant à l'application de l'*estoppel* qu'aux exigences de notre maxime. Il y a une certaine inconformité ou incongruence entre les deux branches du problème posé. La faute initiale consiste à ne pas transmettre les informations conformément à l'avis. Mais la faute est assez diffuse, car l'Afrique du Sud n'a pas l'obligation d'exécuter l'avis. Si l'on considère ces obligations comme découlant de la Charte indépendamment de l'avis (un point que H. Lauterpacht ne poursuit pas), une faute juridiquement pertinente s'accuserait bien davantage. La seconde faute consiste à se prévaloir de l'avis pour empêcher la transmission des informations par d'autres moyens (l'audition des pétitionnaires). Mais ce qui est invoqué ici c'est l'avis lui-même, pas le comportement fautif préalable de l'Afrique du Sud, à savoir la non-transmission des informations.

En règle générale notre maxime envisage des situations où prévaut un rapport de consécution simple : (1) une turpitude; (2) une tentative d'obtenir un avantage juridique de cette turpitude. Ici un maillon supplémentaire est ajouté : la turpitude juridiquement pertinente ne se manifeste que dans l'*addition* des deux actes préalables. Il consiste en la sélectivité des appels faits à l'avis consultatif de la Cour. Le cœur du problème n'est dès lors pas tant l'effet d'une faute dans une procédure gouvernée par des principes de droit. C'est une question de bonne foi : un sujet ne saurait s'appuyer puis répudier un instrument juridique selon les convenances du moment et dans le seul but de le priver de tout effet pratique. C'est de cette faute en agrégat qu'un sujet ne saurait tirer bénéfice. Aussi notre maxime n'est-elle en l'espèce qu'un argument d'appui à l'opération d'un aspect de la bonne foi. Il est possible de parler de l'application d'un *nemo commodum* à la deuxième puissance (eu égard à l'enchaînement consécutif) ou d'un *nemo commodum minus quam perfectum* (eu égard aux effets), formant exclusivement un aspect subordonné de l'argumentation juridique et de l'interprétation centrée sur la bonne foi.

(196) *Ibid.*, p. 47.

(197) *Ibid.*, p. 48.

9. — *Le territoire : la lutte entre les principes*
 'ex iniuria ius non oritur' (légalité, légitimité)
 et 'ex facto oritur ius' (effectivité)

Contrairement à l'exemple qui précède, notre maxime tend à se doter dans cette matière d'un corps normatif plus circonscrit.

Des volumes entiers ont été consacrés au rôle respectif de la légitimité et de l'effectivité (198) en matière de statuts territoriaux (199), car il s'agit bien de la question cardinale en la matière, à laquelle tous autres aspects peuvent d'une façon ou d'une autre être rattachés. Il est évidemment hors de question de se lancer dans une analyse approfondie du problème. Nous voudrions simplement rappeler comment dès le début du siècle et puis avec la Charte des Nations Unies certaines normes relevant de la légitimité ont davantage pénétré le corps du droit international dont on a de longue date

(198) Sur l'effectivité en droit international, cf. G. OTTOLENGHI, « Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 15, 1936, pp. 3 et s., 152 et s., 361 et s. V. BELLINI, « Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. 27, 1951, pp. 225 et s. G. SALVIOLI, « L'effettività in diritto internazionale », *Rivista trimestriale di diritto pubblico*, vol. 3, 1953, pp. 271 et s. P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milan, 1953. R.W. TUCKER, « The Principle of Effectiveness in International Law », *Mélanges H. Kelsen*, Los Angeles, 1953, pp. 31 et s. H. Kelsen/R.W. TUCKER, *Principles of International Law*, 2 éd., New York, 1966, pp. 420 et s. C. BILFINGER, « Vollendete Tatsache und Völkerrecht », *Archiv des Völkerrechts*, vol. 15, 1953/4, pp. 453 et s. H. KRÜGER, « Das Prinzip der Effektivität, oder : über die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts », *Mélanges J. Spiropoulos*, Bonn, 1957, pp. 265 et s. Ch. DE VISSCHER, « Observations sur l'effectivité en droit international public », *R.G.D.I.P.*, vol. 62, 1958, pp. 601 et s. Ch. DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public*, Paris, 1967. A. MIAJA DE LA MUELA, *El principio de efectividad en derecho internacional*, Valladolid, 1958. G. SPERDUTI, « Sovranità territoriale, atti di disposizione di territori ed effectività in diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 42, 1959, pp. 401 et s. A. ROCHE, *The Minquiers and Ecrehos Case*, thèse, Genève, 1959, pp. 24 et s. J. STONE, *Quest for Survival, The Role of Law and Foreign Policy*, Cambridge (Mass), 1961, pp. 62 et s. U. ZIEHEN, *Vollendete Tatsachen bei Verletzungen der territorialen Unversehrtheit*, thèse, Göttingen, 1962. E. GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *R.C.A.D.I.*, vol. 110, 1963-III, pp. 691 et s. J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, thèse, Paris, 1964. R.Y. JENNINGS, « Nullity and Effectiveness in International Law », *Mélanges A.D. McNair*, Londres/New York, 1965, pp. 64 et s. W.H. BALEKJIAN, *Die Effektivität und die Stellung nichtanerkannter Staaten im Völkerrecht*, La Haye, 1970, partie, pp. 8 et s. G. ZIMMER, *Gewaltsame territoriale Veränderungen und ihre völkerrechtliche Legitimation, Schriften zum Völkerrecht*, vol. 18, Berlin, 1971, pp. 67 et s. M. CHEMILLIER-GENDREAU, « A propos de l'effectivité en droit international public », *R.B.D.I.*, vol. 11, 1975, pp. 38 et s. A. MIAJA DE LA MUELA, « Nuevas realidades y teorías sobre la efectividad en derecho internacional », *Anuario de derecho internacional*, vol. 3, 1976, pp. 3 et s. J. SALMON, « Les contradictions entre fait et droit en droit international », *Mélanges Miaja de la Muela*, t. I, Madrid, 1979, pp. 337 et s. K. DOERING, « Effectiveness », *E.P.I.L.*, vol. 7, pp. 70 et s. A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3 éd., Berlin, 1984, pp. 51-3. A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, pp. 26-8. M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, 1997, pp. 156 et s. H. KRIEGER, *Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht*, Berlin, 2000.

(199) Cfr. par exemple les récents ouvrages de S.P. SHARMA, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, La Haye/Boston/Londres, 1997. M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, 1997. Sur les titres historiques, voir en particulier Y.Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, La Haye, 1965.

vanté la propension à faire place au fait accompli et installé (200); *quod fieri non debet, factum valet*, disait-on. Poursuivi avec ultime rigueur ce précepte mène à la dissolution du droit qui est un phénomène normatif (201).

a) Il faut mentionner en premier lieu le principe de *non-reconnaissance des situations territoriales acquises par l'utilisation de la force ou en violation de normes fondamentales du droit international* (202). En matière territoriale, le principe a son origine dans la pratique des Etats américains (203). Il fut mentionné pour la première fois dans l'article 13 du Traité d'union des Etats américains issu de la Conférence inter-américaine de Santiago du Chili en 1856 (204). De très nombreux actes diplomatiques ou instruments

(200) Cf. les auteurs cités à la note 198 et en particulier Touscoz, Krüger ou Cassese. Cfr. aussi J. CHARPENTIER, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, 1956, pp. 157-8. G. DAHM, *Völkerrecht*, vol. I, Stuttgart, 1958, pp. 588 et s.

(201) Cf. VERDROSS/SIMMA (n° 198), pp. 52-3. ZIMMER (n° 198), pp. 46, 72, 82. H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, p. 427.

(202) Sur la doctrine de non-reconnaissance, voir notamment N. HILL, « Recent Policies of Non-Recognition », *International Conciliation*, n° 293, 1933, pp. 37 et s. M.W. GRAHAM, *In Quest of a Law of Recognition*, Berkeley, 1933. M.W. GRAHAM, *The League of Nations and the Recognition of States*, Berkeley, 1933. F.A. MIDDLEBUSH, « Non-Recognition as a Sanction of International Law », *Proceedings of the ASIL*, vol. 27, 1933, pp. 40 et s. R.H. SHARP, *Duties of Non-Recognition in Practice (1775-1934)*, *Geneva Special Studies*, vol. V, n° 4, 1934. P.S. WILD, *Sanctions and Treaty Enforcement*, Cambridge (Mass), 1934, pp. 169 et s. J.W. GARNER, « Non-Recognition of Illegal Territorial Annexations and Claims to Sovereignty », *A.J.I.L.*, vol. 30, 1936, pp. 679 et s. H. LAUTERPACHT, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 62, 1937-IV, pp. 280 et s. H. LAUTERPACHT, « The Principle of Non-Recognition in International Law », dans : H. LAUTERPACHT/E.M. BORCHARD/P. MORRISON (éds), *Legal Problems in the Far Eastern Conflict*, New York, 1941, pp. 129 et s. H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, pp. 395 et s., 409 et s. T.C. CHEN, *The International Law of Recognition*, Londres, 1951, pp. 411 et s. H. BRIGGS, « Non-Recognition of Title by Conquest and Limitations of the Doctrine », *Proceedings of the ASIL*, 1940, pp. 72 et s. R. LANGER, *Seizure of Territory. The Stimson Doctrine and Related Principles*, Princeton, 1947, partic., pp. 34 et s. H. WEBBERG, *Krieg und Eroberung im Wandel des Völkerrechts*, Francfort-sur-le-Main, 1953, pp. 88 et s. I. BROWNIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, pp. 410 et s. J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 1979, pp. 120 et s. R. BIERZANEK, « La non-reconnaissance et le droit international contemporain », *A.F.D.I.*, vol. 8, 1962, pp. 117 et s. H. BLIX, « Contemporary Aspects of Recognition », *R.C.A.D.I.*, vol. 130, 1970-II, pp. 652 et s. E.R. ZIVIER, *Die Nichtanerkennung im modernen Völkerrecht*, 2 éd., Berlin, 1969. J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, 1975, pp. 277 et s., 586 et s. J. VERHOEVEN, « La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau? », *A.F.D.I.*, vol. 39, 1993, pp. 34 et s. J. DUGARD, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987, pp. 13 et s., 81 et s. V. GOWLLAND-DEBBAS, *Collective Reponse to Illegal Acts in International Law : United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia*, Dordrecht/Boston/Londres, 1990, pp. 273 et s. S.P. SHARMA, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, La Haye/Boston/Londres, 1997, pp. 148 et s. Voir aussi OPPENHEIM (n° 85), pp. 183-203. J.A. FROWEIN, « Non-Recognition », *E.P.I.L.*, vol. 10, pp. 314-6, avec d'autres renvois.

(203) Voir déjà A. ALVAREZ, *Le droit international américain, son fondement, sa nature*, Paris, 1910, pp. 50 et s. Cf. LANGER (n° 202), pp. 34 et s., 75 et s. J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, 1975, pp. 279 et s. SHARP (n° 202), pp. 7-8. J.M. YEPES, *Philosophie du panaméricanisme et organisation de la paix*, Neuchâtel, 1945, pp. 47-8, 202 et s. Voir aussi A. OSTRIA GUTIERREZ, *La doctrina del no-reconocimiento de la conquista en America*, Rio de Janeiro, 1938.

(204) Cf. LANGER (n° 202), pp. 34-5. En cas d'aliénation du territoire, notamment à une Puissance étrangère, « the other Parties pledge themselves not to recognize such an establishment, on whatever grounds ». La non-reconnaissance est ici un prolongement de la doctrine de Monroe.

conventionnels suivirent sur cette voie : la Recommandation de la Conférence internationale des États américains de 1890 (205); la Déclaration de Washington sur le conflit du Chaco entre la Bolivie et le Paraguay (1932) (206); l'article 2 du Traité de non-agression et de conciliation dit Saavedra-Lamas (Rio-de-Janeiro, 1933) (207); l'article 11 de la Convention sur les droits et devoirs des États signée à Montevideo lors de la septième conférence inter-américaine (1933) (208); l'article 4 du Projet de Code de Paix soumis par le Mexique à cette même Conférence (209); l'article 6 d'un Projet de Convention soumis par le ministre argentin des affaires étrangères, Saavedra Lamas, lors de la Conférence inter-américaine extraordinaire sur le maintien de la paix (1936) (210); la Déclaration de Principes de solidarité et de coopération interaméricaines (21 décembre 1936) ainsi que la Convention pour coordonner et étendre les Traités existant entre les États américains et en assurer l'exécution (23 décembre 1936) (211); la Résolution XXVI adoptée à Lima lors de la huitième Conférence inter-américaine (212); le Traité inter-américain d'assistance réciproque de Rio-de-Janeiro de 1947 (213), faisant suite à l'Acte de Chapultepec de 1945 (214);

(205) Cf. *A.J.I.L.*, vol. 33, 1939, *Suppl.* pp. 890-1. LANGER (n° 202), pp. 36. VERHOEVEN (n° 203), pp. 279-280. YEPES (n° 203), pp. 294. La Recommandation ne fait pas nommément état de la non-reconnaissance.

(206) Cf. *A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, *Suppl.* pp. 168. *R.D.I.* (Paris), vol. 12, 1993-II, pp. 297 et s., 645 et s. LANGER (n° 202), pp. 68. VERHOEVEN (n° 203), pp. 282 et s. YEPES (n° 203), pp. 295-6. (« Les nations américaines déclarent aussi qu'elles ne reconnaîtront aucun règlement territorial de cette controverse qui ne serait pas obtenu par des moyens pacifiques, ni la validité d'acquisitions territoriales obtenues au moyen de la force »). Sur ce conflit, voir par exemple L.H. WOOLSEY, « The Settlement of the Chaco Dispute », *A.J.I.L.*, vol. 33, 1939, pp. 126-9. L. LE FUR, « Le conflit du Chaco boréal », *Revue de droit international* (Paris), vol. 13, 1934, pp. 391 et s.

(207) Cf. *A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, *Suppl.* pp. 79. LANGER (n° 202), pp. 75-7. VERHOEVEN (n° 203), p. 282. OPPENHEIM (n° 85), p. 186. Sur ce traité, cf. C. SAAVEDRA-LAMAS, « Projet de traité sud-américain pour prévenir la guerre », *Revue de droit international* (Paris), vol. X, 1932-II, pp. 433 et s. P.C. JESSUP, « The Saavedra-Lamas Anti-War Treaty », *A.J.I.L.*, vol. 27, 1933, pp. 109 et s. C. CERETI, *Panamericanismo e diritto internazionale*, Milan, 1939, pp. 151 et s.

(208) Cf. *A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, *Suppl.*, p. 77. LANGER (n° 202), pp. 77-8. VERHOEVEN (n° 203), pp. 283. YEPES (n° 203), pp. 296-7. Sur cette septième Conférence interaméricaine de Montevideo, particulièrement riche sur le point qui nous intéresse, cf. CERETI (n° 207), pp. 97 et s. J.B. SCOTT, « The Seventh International Conference of American States », *A.J.I.L.*, vol. 28, 1934, pp. 219 et s.

(209) Cf. LANGER (n° 202), p. 78, avec des renvois aux textes de la Conférence.

(210) Cf. LANGER (n° 202), p. 78, *idem*. Sur cette Conférence, cf. CERETI (n° 207), pp. 109 et s. C.G. FENWICK, « The Interamerican Conference for the Maintenance of Peace », *A.J.I.L.*, vol. 31, 1937, pp. 201 et s.

(211) Cf. G.F. DE MARTENS, *Nouveau Recueil général de Traités*, 3.série, t. 40 (1943), pp. 461 et s.; voir en particulier l'article 1, *ibid.*, p. 463. Voir aussi LANGER (n° 202), pp. 78-9.

(212) Cf. *A.J.I.L.*, vol. 33, 139, *Suppl.*, p. 894. LANGER (n° 202), p. 79. VERHOEVEN (n° 203), pp. 283-4. YEPES (n° 203), pp. 297-8. (« L'engagement de ne pas reconnaître les situations créées par les faits susmentionnés [occupation ou acquisition d'un territoire ou modifications territoriales opérées par la conquête ou la force] constitue un devoir auquel il n'est pas permis de se soustraire... »). Sur cette Conférence, cf. G.A. FINCH, « Eighth International Conference of American States », *A.J.I.L.*, vol. 34, 1940, pp. 714-6 et *ibid.*, *Suppl.*, pp. 190 et s.

(213) Cf. *A.J.I.L.*, vol. 43, 1949, *Suppl.* pp. 53 et s.

(214) Cf. LANGER (n° 202), pp. 82-3. Pour le texte de la Déclaration, cf. *A.J.I.L.*, vol. 39, 1945, *Suppl.*, pp. 108 et s.

enfin, la Charte constitutive de l'Organisation des États américains adoptée à Bogotà en 1948 résume cette tradition dans son article 17 (215). La non-reconnaissance tint dans ces textes une place plus large que dans le droit universel, car elle est la conséquence de l'inviolabilité du territoire plus que de l'interdiction de l'annexion par la guerre (216).

La pratique de la Société des Nations se concentre sur l'affaire du Manchukuo (1932/3) suite à la Déclaration du Secrétaire d'État américain M. Stimson en 1932 (217). L'obligation de non-reconnaissance y est rattachée à l'article 10 du Pacte (218). Avec la Charte des Nations Unies, l'emploi de la force est normativement poussé à son dernier réduit. La doctrine de non-reconnaissance est dès lors reflétée dans les projets pour une déclaration sur les droits et devoirs des États (219) et finit par prendre corps dans l'article 11 du Projet définitif préparé par la Commission du droit international (220). Elle se retrouve dans la Déclaration relative aux relations amicales entre États proclamée par la Résolution 2625 (XXV) (1970) de l'Assemblée générale des Nations Unies (221). La Résolution 3314 (XXIX) (1974) relative à la définition de l'agression ne se fait pas faute de la réitérer (222).

Des projets émanant d'institutions privées vouées à l'étude du droit international n'ont point manqué de souligner son importance. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 5 du Projet d'articles relatifs à l'interpréta-

(215) VERHOEVEN (n° 203), pp. 284. L'article 17 est libellé comme suit : « The territory of a State is inviolable (...). No territorial acquisitions or special advantages obtained either by force or by other means of coercion shall be recognized ». (Cf. *A.J.I.L.*, vol. 46, 1952, *Suppl.*, p. 47).

(216) VERHOEVEN (n° 203), p. 285.

(217) Pour la pratique de la Société des Nations, cf. LANGER (n° 202), pp. 46 et s. Dès avant 1932/3, des propositions danoises et finlandaises visèrent à expliciter les devoirs de non-reconnaissance en cas de violation de l'article 10 du Pacte (*loc.cit.*, pp. 47-8). Voir aussi VERHOEVEN (n° 203), pp. 285 et s. DUGARD (n° 202), pp. 24 et s. SHARP (n° 202), pp. 9 et s. Sur la doctrine Stimson et l'affaire de Mandchourie, voir *infra*, note 225.

(218) LANGER (n° 202), pp. 40 et s. VERHOEVEN (n° 203), pp. 285 et s. DUGARD (n° 202), p. 28. SHARP (n° 202), p. 10. CHEN (n° 202), pp. 417-8. J.M. YEPES/P. DA SILVA, *Commentaire théorique et pratique du Pacte de la Société des Nations*, t. I, Paris, 1934, pp. 278 et s.

(219) Cf. par exemple le Projet soumis par le Panama (*Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et devoirs des États, Mémoire présenté par le Secrétaire général des Nations Unies, A/CN.4/2, 15 décembre 1948*, p. 37, article 18 : « Tout État a le devoir de s'abstenir de reconnaître les acquisitions territoriales effectuées par l'emploi ou la menace de la force ») ou celui soumis par l'Équateur (*ibid.*, pp. 149-150, art. 9 : « Les conquêtes, occupations ou transferts de territoires effectués par la force ou par d'autres moyens de coercition matérielle ne sont pas valables et ne sont à aucun titre reconnus licites »). Voir VERHOEVEN (n° 203), pp. 290-1.

(220) *Yb.I.L.C.*, 1949, p. 288, Projet de Déclaration sur les droits et devoirs des États (art. 11) : « Tout État a le devoir de s'abstenir de reconnaître toute acquisition territoriale faite par un autre État en violation de l'article 9 ». Cet article garantit l'intégrité territoriale notamment contre l'emploi ou la menace de la force.

(221) « Nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale » ; cf. H. THIERRY, *Droit et relations internationales — Traités, Résolutions, Jurisprudence*, Paris, 1984, pp. 547-8. Voir aussi la Rés. 2734 (XXV), para. 5.

(222) « Aucune acquisition territoriale ni aucun avantage spécial résultant d'une agression ne sont licites ni ne seront reconnus comme tels » (art. 5 (3) de la Résolution 3314 (XXIX) sur la définition de l'agression (1974), cf. THIERRY (n° 221), p. 578).

tion du Pacte Briand-Kellogg adopté par l'International Law Association à Budapest en 1934 (223).

La pratique en matière de non-reconnaissance est inégale. Etant donné que la non-reconnaissance pour raisons juridiques est généralement collective (224), ses incidences dépendent de la force momentanée de l'Organisation politique mondiale où elle cherche appui. La doctrine fut affirmée avec une certaine force et ampleur à l'occasion de la création de l'Etat fantoche du Mandchukuo après l'agression japonaise en Chine (1932) (225). Le principe fut réaffirmé par le Conseil presque jour pour jour une année après, le 18 mars 1933, dans le conflit qui opposait la Colombie au Pérou à propos du port de Leticia (226). Son déclin s'accusa avec la crise éthiopienne (1935) (227). Ce n'est que pendant la guerre que les reconnaissances, de valeur très inégale d'ailleurs, de l'annexion de l'Autriche (1938) (228), de la

(223) *A.J.I.L.*, vol. 29, 1935, p. 93. LANGER (n° 202), p. 80. I.L.A., *Report of the 38th Conference (Budapest)*, 1934, pp. 4-6.

(224) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 13 et s.

(225) Cf. *Journal officiel de la Société des Nations, Suppl. spécial*, 1932, n° 101, p. 8. LANGER (n° 202), pp. 50 et s. DUGARD (n° 202), pp. 27 et s. VERHOEVEN (n° 203), pp. 285 et s. SHARP (n° 202), pp. 10 et s. C. EPIROTIS, *La Société des Nations non coupable*, Neuchâtel, 1944, pp. 75 et s. J.L. BRIERLY, « The Meaning and the Legal Effect of the Resolution of the League Assembly of March 11, 1932 », *B.Y.I.L.*, vol. 16, 1935, pp. 159 et s. A.D. MCNAIR, « The Stimson Doctrine of Non-Recognition — A Note on its Legal Aspects », *B.Y.I.L.*, vol. 14, 1933, pp. 65 et s. C.Y. LING, *La position et les droits du Japon en Mandchourie*, Paris, 1933. G. MONG, *La position juridique du Japon en Mandchourie*, Paris, 1933. W.W. WILLOUGHBY, *The Sino-Japanese Controversy and the League of Nations*, Baltimore, 1935, pp. 516 et s. P. CHAILLEY, « La création et la reconnaissance du Mandchoukouo », *Revue de droit international* (Paris), vol. 13, 1934-I, pp. 151 et s. L. CAVARE, « La reconnaissance de l'Etat et le Mandchoukouo », *R.G.D.I.P.*, vol. 42, 1935, pp. 5 et s. H. HERTZ, « Le conflit sino-japonais devant la Société des Nations », *R.D.I.L.C.*, vol. 19, 1938, pp. 371 et s. D. ALBRECHT, *Der chinesisch-japanische Konflikt und das Völkerrecht*, Leipzig, 1933.

(226) Cf. *Revue de droit international* (Paris), vol. 11, 1933-I, pp. 235 et s., 740-2. LANGER (n° 202), pp. 69-70. VERHOEVEN (n° 203), p. 288. DUGARD (n° 202), p. 35. Sur cette affaire, voir J.M. YEPES, « L'affaire de Leticia entre la Colombie et le Pérou : étude historique et juridique », *Revue de droit international* (Paris), vol. 11, 1933-I, pp. 133 et s.

(227) Cf. LANGER (n° 202), pp. 132 et s. DUGARD (n° 202), pp. 36 et s. VERHOEVEN (n° 203), pp. 288-9. EPIROTIS (n° 225), pp. 99 et s., 111 et s. Sur le conflit, voir C. ROUSSEAU, dans : *R.G.D.I.P.*, vol. 43, 1936, pp. 546 et s.; vol. 44, 1937, pp. 5 et s., 162 et s., 291 et s.; vol. 45, 1938, pp. 53 et s. C. ROUSSEAU, *Le conflit italo-éthiopien devant le droit international*, Paris, 1938, pp. 251 et s. B. TELDERS, « La reconnaissance de l'Empire italien et le droit international », dans : B.M. TELDERS, *Verzamelde Geschriften*, La Haye, vol. II, 1948. J.W. GARNER, « Non-Recognition of Illegal Territorial Annexations and Claims to Sovereignty », *A.J.I.L.*, vol. 30, 1936, pp. 679 et s. A.N. MANDELSTAM, *Le conflit italo-éthiopien devant la Société des Nations*, Paris, 1937. A.P. SERENI, « La fine del conflitto italo-etiopeico e il diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 28, 1936, pp. 404 et s. H. ROLIN, « Der italienisch-abessinische Konflikt », *Die Friedenswarte*, vol. 36, 1936, pp. 236 et s. Voir aussi les diverses contributions dans la collection *Geneva Special Studies*, vol. 6, 1935, spéc. les numéros 4, 6 et 8. Cfr. encore Q. WRIGHT, « The Test of Aggression in the Italo-Ethiopian War », *A.J.I.L.*, vol. 30, 1936, pp. 45 et s.

(228) Cf. LANGER (n° 202), pp. 155 et s. K. MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, 1954, pp. 338 et s. H. KLINGHOFFER, *Les aspects juridiques de l'occupation de l'Autriche*, Rio de Janeiro, 1943. R.E. CLUTE, *The International Legal Status of Austria, 1938-45*, La Haye, 1962, pp. 55 et s. H. WRIGHT, « The Legality of the Annexation of Austria by Germany », *A.J.I.L.*, vol. 38, 1944, pp. 621 et s. OPPENHEIM (n° 85), pp. 192-3. VERHOEVEN (n° 203), pp. 301-3.

Tchécoslovaquie (1939) (229), de l'Albanie (1939) (230) ou des Pays Baltes (1940) (231) par les Etats totalitaires furent en partie retirées. L'annexion des pays baltes opérée par l'Union soviétique a souvent donné lieu à une reconnaissance *de facto* (232); celle-ci ne fut pas retirée. La non-reconnaissance a marqué une phase de reprise avec l'avènement de l'Organisation des Nations Unies. Son affirmation n'eut pas force égale dans les différents cas, parmi lesquels il faut mentionner les territoires occupés par Israël (1948, 1967, 1973) (233), le Katanga (1960) (234), Goa (1961) (235), la Rhodésie du Sud (1965) (236), la Namibie (1966) (237), le Biafra (1967) (238), la République turque de Chypre du Nord (1974) (239), le Transkei, le Bophuthatswana, le Venda et le Ciskei (1976-1981) (240), le Koweït (1990) (241), la

(229) Cf. LANGER (n° 202), pp. 207 et s. MAREK (n° 228), pp. 283 et s. OPPENHEIM (n° 85), p. 187. VERHOEVEN (n° 203), pp. 303-5.

(230) Cf. LANGER (n° 202), pp. 245 et s. MAREK (n° 228), pp. 331 et s. VERHOEVEN (n° 203), p. 305. M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, vol. II, Washington, 1963, pp. 321-7.

(231) Cf. LANGER (n° 202), pp. 254 et s. MAREK (n° 228), pp. 369 et s. VERHOEVEN (n° 203) pp. 306-8. OPPENHEIM (n° 85), pp. 193-4. B. MEISSNER, *Die Sowjetunion, die Baltischen Staaten und das Völkerrecht*, Cologne, 1956. W.A. TIMMERMANS, « The Baltic States, The Soviet Union and the Netherlands : A Historical Note », *Netherlands International Law Review*, vol. 32, 1985, pp. 288 et s.

(232) Cf. VERHOEVEN (n° 203), p. 307.

(233) Cf. OPPENHEIM (n° 85), pp. 194-5, avec de nombreux renvois. DUGARD (n° 202), pp. 111 et s. VERHOEVEN (n° 203), p. 293.

(234) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 86 et s.

(235) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 115-7. OPPENHEIM (n° 85), p. 196. Q. WRIGHT, « The Goa Incident », *A.J.I.L.*, vol. 56, 1962, pp. 617 et s. M. FLORY, « Les implications juridiques de l'affaire de Goa », *A.F.D.I.*, vol. 8, 1962, pp. 476 et s.

(236) Cf. la Rés. 217 du Conseil de Sécurité (1965). DUGARD (n° 202), pp. 90 et s. OPPENHEIM (n° 85), pp. 187-9. GOWLLAND-DEBBAS (n° 202), pp. 273 et s. CRAWFORD (n° 202), pp. 105-6. J.E.S. FAWCETT, « Security Council Resolutions on Rhodesia », *B.Y.I.L.*, vol. 41, 1965/6, pp. 109 et s. G. FISCHER, « Le problème rhodésien », *A.F.D.I.*, vol. 11, 1965, pp. 41 et s. M. BARBIER, « Le problème rhodésien : données actuelles et perspectives de solutions », *R.G.D.I.P.*, vol. 81, 1977, pp. 735 et s. R. ZACKLIN, *The United Nations and Rhodesia*, New York, 1974. J.C. NKALA, *The United Nations, International Law and the Rhodesian Independence Crisis*, Oxford, 1985.

(237) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 117 et s. OPPENHEIM (n° 85), p. 197. VERHOEVEN (n° 203), pp. 294 et s. R. ZACKLIN, « The Problem of Namibia in International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 171, 1981-II, pp. 288 et s.

(238) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 84-5. D.A. IJALAYE, « Was Biafra at Any Time a State in International Law? », *A.J.I.L.*, vol. 65, 1971, pp. 551 et s.

(239) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 108-111. OPPENHEIM (n° 85), pp. 189-190.

(240) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 98 et s. OPPENHEIM (n° 85), p. 190. CRAWFORD (n° 202), pp. 222 et s. G. FISCHER, « La non-reconnaissance du Transkei », *A.F.D.I.*, vol. 22, 1976, pp. 63 et s. M.F. WITKIN, « Transkei : An Analysis of the Practice of Recognition — Political or Legal », *Harvard International Law Journal*, vol. 18, 1977, pp. 605 et s. D.A. HEYDT, « Non-Recognition of the Independence of Transkei », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 10, 1978, pp. 167 et s. E. KLEIN, « Die Nichtanerkennungspolitik der Vereinten Nationen gegenüber den in die Unabhängigkeit entlassenen südafrikanischen Homelands », *ZaöRV*, vol. 39, 1979, pp. 469 et s. K. GINTHER, « Das Anerkennungsverbot der Homelands », *GYIL*, vol. 23, 1980, pp. 323 et s.

(241) Cf. les Résolutions 661 (1990) et 662 (1990), paragr. 2, du Conseil de Sécurité. Sur la crise du Golfe, cf. les contributions dans l'*A.F.D.I.*, vol. 37, 1991, pp. 25 et s. Centre de droit international (éd), *La guerre du Golfe et le droit international : entre les lignes*, Bruxelles, 1991. B. STERN (éd), *Les aspects juridiques de la crise et de la Guerre du Golfe*, Paris, 1991. M. WELLER (éd), *Iraq and Kuwait : The Hostilities and their Aftermath*, Cambridge, 1993.

Yougoslavie (1992) (242). La Cour internationale de Justice s'est penchée sur les implications de la non-reconnaissance en l'affaire de la *Namibie* (1971) où elle a précisé les divers devoirs spécifiques qui en découlaient (243). Enfin, récemment, dans l'arbitrage sur la *frontière dans la région de Brcko (République Serbe c. Fédération de Bosnie et de Herzégovine)* (1997), l'arbitre (244) a pu considérer l'argument de la Fédération selon lequel la doctrine de non-reconnaissance dicterait le devoir de ne pas légitimer par quelque moyen que ce soit les acquis territoriaux obtenus par la force par la République Serbe (245). Ayant disposé de ce moyen par des considérations sans intérêt pour notre propos (246), l'arbitre a toutefois explicitement rattaché la doctrine de la non-reconnaissance au principe *ex iniuria ius non oritur*, « according to which acts contrary to international law cannot become a source of legal rights for a wrongdoer » (247).

Il a été dit que ce devoir de non-reconnaissance en droit, qui diffère de la discrétion de ne pas reconnaître une situation pour des raisons politiques (248), est désormais enraciné dans le droit coutumier (249). Son ampleur est cependant incertaine. Longtemps, on a considéré qu'il n'y avait un tel devoir qu'en cas d'acquisition territoriale par la force (250). Récemment son champ d'application a été élargi par la doctrine à la violation de

(242) Cf. par exemple les Résolutions 713 (1991), 752 (1992), 757 (1992), 819 (1993), 820 (1993), etc., du Conseil de Sécurité. Sur la crise yougoslave, cf. par exemple D. PETROVIC/L. CONDORELLI, « L'ONU et la crise yougoslave », *A.F.D.I.*, vol. 38, 1992, pp. 32 et s. Cfr. aussi S. HILLE, *Völkerrechtliche Probleme der Staatenanerkennung bei den ehemaligen jugoslawischen Teilrepubliken*, Munich, 1996. M. SAHOVIC, « La reconnaissance mutuelle entre les républiques de l'ex-Yougoslavie », *A.F.D.I.*, vol. 42, 1996, pp. 228 et s.

(243) C.I.J., *Rec.*, 1970, pp. 54 et s. Pour un bref aperçu des considérants de la Cour, cf. CRAWFORD (n° 202), pp. 124 et s. OPPENHEIM (n° 85), pp. 199-201. Pour un résumé de l'arrêt, voir P.M. EISEMANN/V. COUSSIRAT-COUSTÈRE/P. HUR, *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, 4 éd., Paris, 1984, pp. 263 et s. E. KLEIN, « South West Africa/Namibia (Advisory Opinions and Judgments) », *E.P.I.L.*, vol. 2, pp. 260 et s., pp. 267-8. Voir aussi B. BOLLECKER, « L'avis consultatif du 21 juin 1971 dans l'affaire de la Namibie (Sud-Ouest Africain) », *A.F.D.I.*, vol. 17, 1971, pp. 281 et s.

(244) Les arbitres nommés par les parties s'étant refusés de signer la sentence, c'est à l'arbitre nommé par le Président de la Cour internationale de Justice, R.B. Owen, qu'en incombe la principale responsabilité : *ILM*, vol. 36, 1997, pp. 406, 437.

(245) *Ibid.*, pp. 421-2, para. 76.

(246) *Ibid.*, pp. 422-3, para. 78.

(247) *Ibid.*, p. 422, para. 77.

(248) CRAWFORD (n° 202), pp. 120-1.

(249) Cf. DUGARD (n° 202), pp. 135 et s. CRAWFORD (n° 202), p. 136. SHARMA (n° 202), p. 153. GOWLLAND-DEBBAS (n° 202), p. 286. BROWNIE (n° 311), pp. 418-9. M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, 1997, p. 334. NGUYEN (n° 132), p. 537. H. LAUTERPACHT, *Recognition...* (n° 311), p. 420. CHEN (n° 202), pp. 428-9. *Contra*, VERHOEVEN (n° 203), p. 309. D. P. O'CONNELL, *International Law*, 2 éd., Londres, 1970, pp. 146-7. Réserve aussi F. A. MANN, « The Doctrine of Jus Cogens in International Law », *Mélanges U. Scheuner*, Berlin, 1973, pp. 412 et s.

(250) Cfr. encore NGUYEN (n° 132), p. 537.

normes fondamentales du droit international et de la Charte (251). Selon Dugard l'obligation de non-reconnaissance couvre désormais aussi des cas de discrimination raciale systématique (252) ou de refus du droit à l'autodétermination (253).

La non-reconnaissance a trait à une situation territoriale, et non nécessairement à l'existence d'un Etat et à sa reconnaissance; il en va autrement si la création d'un Etat constitue elle-même le *punctum saliens* de l'illégalité (254).

Quelle est, enfin, la conséquence juridique de la non-reconnaissance? (255) En règle générale, la non-reconnaissance ne constitue pas une sanction (256). En dehors de situations particulières (257), elle a pour fonction de limiter cette tendance accusée du droit international à reconnaître force normative au fait (effectivité). On dénie effet juridique à la situation illégale (par exemple par le refus de reconnaître le *ius tractatus* ou *legationis* à la Puissance à l'origine de la possession illicite). Comme il a été dit, il s'agit d'éviter une légitimisation de la situation par un refus « to regard the sovereignty of the dispossessed power over the area in question ended and the sovereignty of the dispossessing power as established » (258). Par sa nature, la non-reconnaissance est temporaire; elle ne peut survivre ou s'imposer que si des sanctions sont prises et des actions entreprises pour défaire le régime illégal (259). Ce qui importe le plus, c'est de voir l'aspect purement normatif, corollaire à d'autres mesures destinées à peser sur les faits, de la doctrine de non-reconnaissance. D'où à notre sens l'inanité des argu-

(251) Cf. par exemple DUGARD (n° 202), pp. 123 et s. CRAWFORD (n° 202), p. 123. KOHEN (n° 249), p. 335. GOWLLAND-DEBBAS (n° 202), p. 288. L. HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, pp. 305-6, 349 et s., 386-7, 484 et s. Ce lien se retrouve dans l'arbitrage précité de *Brcko* (1997) et c'est semble-t-il Dugard qui a influencé l'opinion de l'arbitre (cf. *I.L.M.*, vol. 36, 1997, p. 422, para. 77).

(252) DUGARD (n° 202), pp. 156-8.

(253) *Ibid.*, pp. 158-162.

(254) Voir cependant les considérations critiques de VERHOEVEN (n° 202) (1993), pp. 38-9.

(255) Cf. OPPENHEIM (n° 85), pp. 197 et s. DUGARD (n° 202), pp. 123 et s. KOHEN (n° 249), p. 334. LANGER (n° 202), pp. 100 et s. VERHOEVEN (n° 203), pp. 308-310.

(256) Cf. CRAWFORD (n° 202), p. 128. H. LAUTERPACHT, *Recognition...* (n° 202), pp. 434-5. BROWNLIE (n° 202), pp. 422. Voir en général SHARMA (n° 202), pp. 156-7. CHEN (n° 202), pp. 441 et s. La doctrine de non-reconnaissance a parfois été attaquée comme moyen de se donner bonne conscience sans devoir adopter de réelles sanctions (cf. sur ce point H. LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 434).

(257) Par exemple si le Conseil de Sécurité agit en vertu du Chapitre VII comme dans l'affaire de Koweït ou de la Yougoslavie. Voir aussi la situation particulière dans l'affaire de la *Namibie* (C.I.J., *Rec.*, 1970, pp. 50 et s.).

(258) LANGER (n° 202), p. 100 et *ibid.*, p. 96 : « The essence of non-recognition of a territorial transfer is the refusal, on the part of the non-recognizing Power, to regard the sovereignty of the dispossessed Power superseded by that of the dispossessing Power and to give to the acts of the latter the effects attaching to the acts of a rightful sovereign ».

(259) Cf. OPPENHEIM (n° 85), p. 201. D'où par exemple aussi la doctrine de la reconnaissance quasi-législative par la communauté internationale organisée, soutenue par H. Lauterpacht (cf. *Recognition...* (n° 202), pp. 429-430).

ments tendant à déconsidérer la doctrine pour sa seule 'ineffectivité' (260). La non-reconnaissance ne relève pas en elle-même du monde des phénomènes se vouant à l'effectif; elle est par essence contra-factuelle.

b) En second lieu, en cas d'acquisition territoriale par la force ou en violation de certaines normes fondamentales du droit international, il a été soutenu qu'aucune *prescription* au sens technique du terme ne serait possible (261); ou, plus généralement, que le droit international y empêche par une gamme de moyens la transformation du fait illicite en droit (262).

Tous ces aspects constituent une sanction de *ex iniuria ius non oritur*.

IV. — QUELQUES PROBLÈMES GÉNÉRAUX DE L'APPLICATION DE *NEMO COMMODUM...* EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

1. — *Fondement de la maxime et caractère de celle-ci en droit international*

a) Le fondement de *nemo commodum* réside dans la bonne foi dont elle constitue une concrétisation (263). La bonne foi sanctionne ainsi un comportement malhonnête (« unredlich ») (264) et protège par cela l'intégrité de l'ordre juridique contre des détournements. Comme l'a relevé le juge Urrutia Holguin, « l'exception de bonne foi qui existe dans presque tous les systèmes juridiques (...) interdit de tirer profit de ses propres torts » (265). En pratique notre maxime est très souvent rapprochée de la bonne foi. Elle ne figure que rarement sans référence pour le moins indirecte à son puissant principe directeur (266).

b) Ce qui frappe celui qui a fait quelques recherches dans ce domaine, c'est la complexité des applications juridiques de la maxime en droit interne où elle se situe de préférence dans la branche de l'enrichissement

(260) Voir en ce sens VERHOEVEN (n° 203), pp. 308-310. C'est à juste titre que DUGARD (n° 202), p. 123 insiste par ailleurs sur les conséquences assez importantes qui découlent de la non-reconnaissance (d'un Etat) en elle-même : « The non-recognized 'States' are completely excluded from this community [la communauté internationale]. They do not participate in the work of international organisations, they do not exchange diplomats and consuls, and economic and cultural relations with bodies in other States are conducted at a clandestine, non-governmental level ».

(261) Cf. H. LAUTERPACHT, *Recognition...* (n° 202), p. 428.

(262) Cf. KOHEN (n° 249), pp. 203 et s., 267 et s.

(263) Cf. CHENG (n° 124), pp. 149 et s. G. DE MAGYARY, *La juridiction de la Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1931, p. 288. FITZMAURICE (n° 181), vol. I, p. 12.

(264) Cf. H. MERZ. « Artikel 2 des Zivilgesetzbuches », dans : *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10*, Berne, 1966, pp. 369 et s.

(265) Op. diss. URRUTIA HOLGUIN, affaire relative à la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, C.I.J., *Rec.*, 1960, p. 222.

(266) *Mémoire du Gouvernement Suisse*, affaire *Losinger* (1936), C.P.J.I., *sér. C*, n° 78, p. 41. Cf. aussi les nombreux exemples, *supra* III.

sans cause, et sa réduction à la simple expression d'une idée universelle de justice en droit international. Dans ce dernier elle s'y dépouille de tout l'appareil technique qui la rend d'un maniement si délicat en droit interne. C'est un bel exemple du caractère phénoménologique du droit international, réfractaire à l'aspect technique des constructions juridiques dont s'imprègne le droit interne. Nulle part ailleurs la phrase suivante de Ch. De Visscher ne trouve plus éclatante justification : « Encore faut-il observer que le recours à de tels principes [les principes généraux des droits internes] par le juge international n'est possible que par le moyen d'un procédé d'abstraction qui, dépouillant leurs applications des particularités dont les a revêtues dans l'ordre interne une élaboration technique beaucoup plus poussée, permette de les ramener à leurs aspects les plus généraux et seuls vraiment universalisables » (267).

2. — *Relation de la maxime avec des principes normatifs, notamment l'estoppel et l'interdiction de l'abus de droit*

a) Si la turpitude initiale s'inscrit dans une constellation de faits remplissant les conditions d'application d'un principe d'ordre normatif, la maxime s'efface et c'est ce principe qui s'applique. La maxime se fond en quelque sorte à la norme au sein de laquelle l'idée juridique dont elle est porteuse est reprise et renforcée.

aa) Souvent notre maxime est rapprochée de l'estoppel (268). Le juge Alfaro a donné de cette consanguinité une description particulièrement remarquable (269). Si l'on observe la pratique, force est de constater que les

(267) Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4 éd., Paris, 1970, p. 419.

(268) Cf. CHENG (n° 124), pp. 151-5. FITZMAURICE (n° 181), vol. II, p. 680. Mc GIBBON (n° 181), p. 480. SCERNI (n° 172), p. 127. M. DE LA GROTTÉ, « Les affaires traitées par la Cour permanente de Justice internationale », *R.D.I.L.C.*, vol. 10, 1929, p. 247. Très souvent la 'règle de Chorow' précitée (C.P.J.I., sér. A, n° 9, p. 31) est présentée comme tributaire de l'estoppel; cf par exemple C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1990, pp. 272-3. ORAISON (n° 172), p. 161. Cfr. aussi BROOM (n° 64), p. 197 : « Many instances of the doctrine of estoppel *in pais*, are obviously referable to the principle set forth in the maxim before us ». L'exemple d'assurances matériellement fausses est invoqué.

(269) Op. ind. ALFARO, affaire du *Temple de Préah Vihear*, C.I.J., *Rec.*, 1962, p. 40 : « Quels que soient le ou les termes employés pour désigner le principe [l'estoppel] tel qu'il a été appliqué dans le domaine international, sa substance est toujours la même : la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un Etat et sa conduite antérieure à ce sujet n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Son objectif est toujours le même : un Etat n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au préjudice d'un autre Etat (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). *A fortiori*, cet Etat ne saurait être admis à profiter de ses contradictions lorsque c'est par l'effet de sa propre action fautive ou illicite que l'autre partie a été privée de son droit ou empêchée de l'exercer (*nullus commodum capere de sua injuria propria*). Enfin, l'effet juridique de ce principe est toujours le même : la partie qui, par sa reconnaissance, sa représentation, sa déclaration, sa conduite ou son silence, a maintenu une attitude manifestement contraire au droit qu'elle prétend revendiquer devant un tribunal international est irrecevable à réclamer ce droit (*venire contra factum proprium non valet*) ».

faits susceptibles d'appeler l'application soit de la maxime, soit de l'estoppel, sont souvent très proches, parfois indistincts. Selon la doctrine moderne, trois éléments principaux sont nécessaires à l'application de l'estoppel : (1) un comportement ou une déclaration initiaux clairs et non équivoques ; (2) une confiance effective, légitime et de bonne foi d'un autre sujet à propos de ce comportement, l'ayant incité à un comportement déterminé de sa part ; (3) un dommage qui résulterait pour ce sujet de sa confiance ou un changement des positions relatives des parties, si l'auteur des comportements initiaux était autorisé à modifier sans conséquences son attitude (*Vertrauensschaden*) (270).

Le comportement initial doit ici seulement avoir une certaine constance pour être susceptible, dans sa pertinence pour autrui, de fonder une confiance légitime. Dans le cas de notre maxime le comportement initial est caractérisé par son illégalité ou son caractère immoral (271). Cet état des choses a certaines conséquences en droit. L'effet juridique de la maxime *nemo...* est bien en règle générale une forclusion. Mais c'est une forclusion spéciale dont il s'agit. Le comportement initial est caractérisé par une illégalité ou une immoralité juridiquement pertinente. Cela explique que l'élément du dommage (272) ne soit pas requis, car cette forclusion vise non la protection de la confiance légitime mais la sanction d'une faute.

Nous avons vu (273) comment, dans l'affaire des *Traités de paix* (1950), le fait de ne pas coopérer à la nomination des membres d'une Commission arbitrale selon les obligations assumées par un traité pouvait éventuellement opérer à forclure les États ainsi coupables de soulever une objection contre les sentences d'une Commission amputée d'un membre. Il avait été plaidé en ce sens et le juge Read s'était rallié à cette conception ; la Cour, en fondant son opinion sur d'autres prémisses, n'a pas considéré cet argument. Voici un autre exemple. Dans l'affaire *Marin* (1868), il a été dit que si le Président d'un État a demandé aux autorités navales d'un autre État de capturer un rebelle qu'il a pour leurre présenté comme un pirate, son État ne peut plus présenter une réclamation pour le fait de la capture. Il y a ici, selon

Cette opinion du juge panaméen a été très influente et a souvent été invoquée ; cf. par exemple l'Op. diss. BEBLER, affaire *Rann de Kutch* (1968), *I.L.R.*, vol. 50, pp. 409 et s. qui s'inspire le plus fortement de l'opinion citée.

(270) Voir par exemple J. P. MÜLLER/T. COTTIER, « Estoppel », *E.P.I.L.*, vol. 7, pp. 78 et s. A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, 1979, pp. 272 et s. D. BOWETT, « Estoppel Before International Tribunals and Its Relations to Acquiescence », *B.Y.I.L.*, vol. 33, 1957, pp. 188 et s. H. THIRLWAY, « The Law and Procedure of the International Court of Justice (1960-1989) : General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, vol. 60, 1989, pp. 36 et s. KOLB (n° 189), pp. 359 et s.

(271) Sur ce point, voir *infra*, 3. d)

(272) Cf. MARTIN (n° 270), pp. 293 et s. BOWETT (n° 270), pp. 193-4. THIRLWAY (n° 270), pp. 44-5. MÜLLER (n° 80), p. 29. KOLB (n° 189), pp. 365 et s.

(273) *Supra*, III, 5.c).

l'arbitre, forclusion (274). Parfois la simple inconstance ou le silence là où il y aurait eu devoir de parler est présenté comme fondant un estoppel à son tour imprégné par notre maxime (275).

- bb) D'un autre côté, notre maxime est proche de l'*interdiction de l'abus de droit*. Ce n'est pas le lieu ici de serrer de plus près ce principe compliqué et controversé du droit international. L'observation méticuleuse de la pratique internationale montre que contrairement au droit interne, ou le principe a une portée et un champ d'application bien circonscrits, l'abus de droit est en droit international une notion vaste et protéiforme, un de ces principes civilisateurs et dynamiques, vêtus d'habits fort amples. Il y recouvre quatre notions ou constellations normatives : (1) dans le sens le plus étroit, l'interdiction de l'émulation (*aemulatio*, intention subjective de nuire); (2) dans un sens plus large, le détournement de pouvoir; (3) dans un sens encore plus large, l'exercice d'un droit malgré une disproportion flagrante (ou excessive) des intérêts (doctrine du *sic utere tuo ut alienum non laedas*); (4) enfin, les actes arbitraires, le déraisonnable, la fraude au droit (*Rechtsumgehung*) (276). Le dénominateur commun réside toujours dans l'exercice d'un droit avec une finalité ou un effet autre que celui pour lequel il a été conféré. L'exercice réprouvé du droit en question découle de sa nature gravement anti-sociale. C'est exercer des droits reconnus par l'ordre juridique, tributaire toujours d'une idée de communauté juridique, d'une manière à privilégier de façon choquante l'intérêt particulier par rapport à l'intérêt commun. Qu'on ne s'y trompe pas : l'abus de droit ne frappe d'interdiction que les comportements excessifs. Ce n'est pas un garant de la priorité automatique de l'intérêt général, notion anti-juridique.

Dans la mesure où un tel 'détournement' existe, la maxime s'éclipse derrière son puissant suzerain. Bornons-nous à un exemple. En l'affaire *Lalane Ledour* (1902), le chef de la douane du port de Ciudad Bolivar avait refusé l'embarquement de bovins que Ledour expédiait en Guyane française. Il fut établi que cette décision avait été motivée par une intervention personnelle du Président de l'Etat de Guyane qui avait d'importants intérêts dans une entreprise concurrente. C'est pour cette raison que la licence d'exportation avait été refusée. Les arbitres

(274) J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, t. III, Washington, 1898, p. 2886. Cf. CHENG (n° 124), p. 151.

(275) Cfr. la *Réplique du Honduras*, affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1960, vol. I, pp. 502 et s.; *Plaidoirie P. de Visscher*, *ibid.*, vol. II, pp. 37 et s. Op. diss. URRUTIA HOLGUIN, C.I.J., *Rec.*, 1960, p. 222. Pour l'arrêt de la Cour, voir C.I.J., *Rec.*, 1960, pp. 209, 213.

(276) Pour des développements plus précis, voir KOLB (n° 189), pp. 429 et s. Pour un bref aperçu, voir A.C. KISS, « Abuse of Rights », *E.P.I.L.*, vol. 7, pp. 1 et s.

ont conclu à l'abus de pouvoir (*abuse of authority*) (277). L'idée juridique selon laquelle l'on ne saurait tirer avantage de son propre tort trouve ici sa sanction dans l'opération de la doctrine de l'abus de droit. Tout recours séparé à la maxime est superflu.

L'on voit donc que notre maxime n'a d'utilité autonome que pour des faits où ni l'abus de droit ni l'estoppel ne sont applicables. Dans le cas contraire, si la maxime s'efface, sa *ratio* se réalise de façon indirecte.

b) Parfois, au lieu de s'effacer derrière d'autres principes préétablis, on a l'impression que la maxime se rapproche d'espaces plus normatifs où elle renforce d'autres principes, voire où elle tend à en générer de nouveaux. Nous avons vu un premier exemple dans le contexte de l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (1997); notre maxime cherchait à frayer le chemin à une conséquence autonome de l'inexécution d'un traité, à savoir la doctrine de 'l'approximation' (278). L'exemple d'une doctrine plus nette se dégage de la branche du droit des espaces et notamment du territoire. Sous une formule plus générale (*ex iniuria ius non oritur*) s'est progressivement raffermi un principe fortement normatif, celui de la non-reconnaissance de situations territoriales issues notamment de l'utilisation de la force. La gravité de ces situations, leur lien indissociable avec les principes directeurs de la Charte et l'ordre public des Nations Unies, ont appelé à la formation d'une doctrine juridique privilégiant avec un écart des plus remarquables la norme par rapport au fait (illicite).

Cette disparité des situations donne l'impression d'une multiplicité substantielle et fonctionnelle de notre maxime qui appelle quelques commentaires. Ils constitueront l'objet des quelques lignes qui suivent.

3. — *L'opération de la maxime nemo commodum*

a) *La règle au sens large et au sens étroit*

Il est deux manières de concevoir notre maxime qui témoignent de la portée assez différente qu'il est possible de lui attribuer.

Selon une manière de voir, celle de G.G. Fitzmaurice (279), la maxime *nemo commodum* s'identifie en droit international à celle plus large de *ex iniuria ius non oritur*. Dès lors la doctrine s'érige sur le plan très général des conséquences de l'acte illicite. Elle a pour objet d'interdire qu'un sujet tire des *droits* de ses actes fautifs. D'où aussi la nécessité d'exceptions très

(277) *R.S.A.*, vol. X, p. 18. Cf. S. JOVANOVIĆ, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, 1988, p. 183.

(278) *Supra*, IV, 1.k.

(279) « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law, General Course of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 92, 1957-II, pp. 117-128.

larges pour limiter un mécanisme qui vient se situer au cœur des sources du droit international : l'émergence d'une nouvelle coutume par succession de violations de règles antérieures accompagnées d'une nouvelle *opinio iuris* (280); les droits prescriptifs (281); les situations de fait irréversibles (état de guerre et *ius in bello*; reconnaissance prématurée) (282); les normes juridiques irréductibles (*ius cogens*, obligations absolues) (283); certaines conséquences sur le plan des droits nationaux que le droit international ne peut invalider (nationalité, etc.) (284). La maxime devient ici une catégorie descriptive d'une ampleur considérable, régissant le domaine de la création de règles ainsi que des droits et obligations subjectifs au regard d'une illécéité préalable. Sa nature est nettement objective et téléologique. Son but est en effet de protéger l'intégrité de l'ordre juridique tout en admettant certaines exceptions issues d'impérieuses nécessités ou de considérations pragmatiques.

Toute autre est la portée attribuée à la maxime *nemo commodum* par les autres fort rares auteurs qui ont réfléchi sur ses incidences en droit international. Elle est traitée par eux comme une maxime d'ajustement ponctuel aux effets souvent limités à la procédure judiciaire ou quasi-judiciaire : l'opérateur écartera un moyen ou infléchira son interprétation pour tenir compte de l'illécéité. C'est presque : '*qui propriam turpitudinem petit non est audiendus*'. L'effet par excellence est ici une espèce de forclusion, qu'elle soit formelle (irrecevabilité) ou matérielle (par interprétation). Cela n'empêche pas que la maxime puisse être selon les circonstances traitée comme règle de fond, empêchant l'acquisition de certains droits. Contrairement à la construction de Fitzmaurice, le rôle de la maxime est ici largement limité à l'ajustement relatif (ou subjectif) entre les parties à un litige. L'ordre juridique n'est protégé que de manière médiate, à travers la sanction d'un sujet qui cherche à se promouvoir en prenant appui sur ses turpitudes. C'est cette sanction du sujet fautif qui est visée avant toute autre chose.

On comprendra qu'il est plus facile de trouver des prolongements d'ordre normatif dans le premier cas de figure, celui d'une maxime ayant gagné en généralité et où dominent des éléments fortement téléologiques inscrits sur le plan de ce que le droit a de plus fondamental. Il en va autrement de la deuxième acception vouée à demeurer ponctuelle. Certaines confusions ou incertitudes dans notre matière viennent de cette dichotomie. Il ne s'agit en rien de condamner l'une ou l'autre de ces constructions; il est impératif toutefois de bien mesurer que l'on ne parle pas de la même chose dans l'un et l'autre de ces cas de figure. Ce qu'ils ont en commun c'est l'idée juridique sous-jacente, non le vêtement, ni la manière d'opérer.

(280) *Ibid.*, p. 120.

(281) *Ibid.*, pp. 120-1.

(282) *Ibid.*, pp. 122-5.

(283) *Ibid.*, pp. 125-6.

(284) *Ibid.*, pp. 126-8.

b) *Portée négative et positive de l'application de la maxime*

La maxime *nemo commodum* est hybride. Elle peut se présenter comme un moyen de conservation (*aspect négatif*) ou comme un moyen de révision (*aspect positif*) judiciaire. Cette tête de Janus, peu problématique dans le droit interne, peut présenter de graves difficultés en droit international où le pouvoir judiciaire est dépourvu de l'intégration et de la puissance institutionnelles propres aux juridictions des ordres juridiques étatiques. De quoi s'agit-il ?

Il est des cas où l'effet de la maxime se limite à rendre irrecevable un argument, une requête ou un moyen de preuve. L'opération de la maxime est alors négative : le juge écarte le moyen. Mais la maxime peut aussi demander que le juge adopte certaines mesures afin d'éviter qu'une partie tire avantage d'un fait accompli qu'elle a provoqué. Ici, écarter un moyen ne suffit plus ; il faut défaire un régime par des mesures ordonnant une action autonome, positive. Tel était par exemple la situation dans l'affaire des *Traités de Paix* (1950) où selon l'interprétation de la Cour il aurait pu s'agir de passer outre le *status quo turpis* créé par l'attitude des gouvernements communistes (285). Tel peut aussi être le cas en matière d'exécution par approximation comme l'avait proposé H. Lauterpacht en l'affaire des *Pétitionnaires* (1956) (286). Sur le plan normatif une telle application dynamique de la maxime par le juge peut se justifier sans difficulté. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'exercice d'un pouvoir de cette nature dépend fortement des circonstances, de l'intégration du milieu social dans lequel le juge a été institué, de sa dépendance des parties, de son pouvoir de persuasion et de son autorité, du caractère diplomatique ou technique de l'affaire soumise à son attention. A cet égard les conditions ne sont pas très propices en droit international général. L'institution judiciaire y demeure précaire (287), les juges conscients du fait que des précautions prises dans leurs sentences dépend pour beaucoup la place que consentiront à leur faire les Etats en l'avenir (288). La prudence s'impose, sans rien interdire.

(285) *Supra*, III.5.c). L'exemple peut évidemment être réduit à une simple action négative du juge en adoptant l'ingénieuse construction de l'estoppel opposé à une éventuelle objection des Etats socialistes à l'avenir (cf. les plaidoiries et l'opinion du juge Read). Cela montre l'absence d'étanchéité des catégories respectives. Il faut toutefois noter que la Cour se place dans un contexte actuel, tandis que la construction de l'estoppel est fondé sur une extrapolation hypothétique. Elle renverse ainsi l'ordre de justification : régularité de la Commission d'un côté ; faculté de contester la régularité de l'autre.

(286) *Supra*, III.1.k).

(287) Cf. H. WALDOCK, « General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 106, 1962-II, pp. 104 et s. J. STONE, *Of Law and Nations — Between Power Politics and Human Hopes*, New York, 1974, pp. 194 et s.

(288) Cf. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, pp. 75 et s.

c) *Conditions de pertinence de la faute : volonté libre, connaissance de l'illicéité*

En analogie avec l'estoppel (289), l'opération de la maxime suppose une *volonté libre* et la *connaissance* de l'illicéité de l'acte par le sujet qui s'en prévaut. La contrainte, la fraude ou l'erreur essentielle constituent des vices de consentement autorisant l'annulation (ou provoquant la nullité, dans le cas de la contrainte) d'un traité et doivent *a fortiori* priver de pertinence un comportement aux fins de notre maxime. Quant à l'ignorance de l'illicéité, c'est une défense qui ne sera admise qu'avec retenue. La Cour a bien rappelé les exigences d'une erreur pertinente en droit (290). Le principe est le suivant : l'ignorance du droit n'excuse pas. Toute négligence constitue en conséquence elle-même une faute, justifiant — quasiment au deuxième degré — l'application de *nemo commodum*.

d) *Nature de la faute : juridique et morale*

De quelle nature la 'faute' ou la 'turpitude' doit-elle être pour entraîner l'application de la maxime ? La flexibilité même des maximes interdit une prise de position rigide. Il est certain que toute violation du droit constitue une telle 'faute'. Mais les termes faute ou turpitude sont plus larges de celui de l'illicéité. Ils ont une coloration irrépressiblement morale. Il est hors de doute qu'une immoralité choquante qui bouleverserait les équilibres juridiques suffit (et doit suffire) à l'application de la maxime. Le droit, notamment en matière de principes généraux et plus encore en matière de bonne foi dont notre maxime dérive, n'est pas imperméable aux impératifs moraux essentiels. Un exemple intéressant et assez impressionnant est fourni par l'affaire *Pelletier* (1885). Pelletier, un citoyen des Etats-Unis d'Amérique, avait obtenu jugement en sa faveur parce que l'Etat haïtien avait saisi irrégulièrement son navire engagé dans le trafic d'esclaves. La situation n'était pas d'une clarté limpide en droit positif (291). C'est en se fondant sur une réprobation morale des plus fermes que le Secrétaire d'Etat américain recommanda de ne pas exiger l'exécution de la sentence par Haïti : « Even were we to concede that these outrages in Haytian waters were not within Haytian jurisdiction, I do now affirm that the claim of Pelletier against Haiti (...) must be dropped, and dropped peremptorily and

(289) Cf. BOWETT (n° 270), p. 190. CHENG (n° 124), p. 148.

(290) Affaire du *Temple de Préah Vihear*, C.I.J., *Rec.*, 1962, p. 26 et l'art. 48(2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).

(291) Mis à part les questions de compétence pour la saisie, il faut rappeler que les textes visant à abolir l'esclavage s'étalent de 1815 à 1890 (Acte anti-esclavagiste de Bruxelles) et que les mesures de contrôle sur la haute mer destinées à en assurer l'application demeuraient des plus contestées, notamment par la France. Pour un excellent aperçu historique, cf. W.G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2 éd., Baden-Baden, 1988, pp. 651 et s. (désormais traduit en anglais). Plus généralement, cf. A.M. TREBILCOCK, « Slavery », *E.P.I.L.*, vol. 8, pp. 481-4. OPPENHEIM (n° 85), pp. 978-983.

immediately by the (...) United States (...). *Ex turpi causa non oritur actio...* » (292). Ce qui compte en définitive, c'est qu'en égard à la faute commise un sujet ne paraisse pas digne de protection juridique ou judiciaire, tenant toujours compte du contenu exact de sa requête.

e) *Éléments constitutifs de la faute : les actes complexes*

La configuration et la place exacte de la faute dans le complexe de faits qui donnent lieu à une requête est importante pour mesurer ses effets au regard de notre maxime. Trois aspects doivent être distingués.

aa) En premier lieu, la faute peut ne pas relever d'un acte unique mais ne se constituer qu'à travers une pluralité de faits ou d'omissions considérés ensemble. L'hypothèse correspond à celle de l'acte illicite complexe dont parle R. Ago dans le projet sur la responsabilité des États (293). Nous avons déjà évoqué un exemple d'une telle faute en agrégat lorsqu'il a été question de l'opinion individuelle du juge Lauterpacht en l'affaire des *Pétitionnaires* (1956) (294). L'élément de consécution dont se nourrit notre maxime (faute/invoquer de cette faute) peut être affaibli si cette faute n'est pas consommée avant la requête visant la protection juridique. Comme dans l'affaire des *Pétitionnaires* notre maxime perd alors en force et s'estompe au profit d'un principe plus général qui sera le plus souvent celui de la bonne foi. Si au contraire la faute constitue un acte complexe mais qui est consommé *avant* son invocation judiciaire notre maxime peut trouver pleine application.

bb) En second lieu, un sujet peut s'abstenir d'invoquer sa faute tout en faisant valoir un fait issu de ou relié à un comportement illicite ou fautif. Il y a ici allongement de la chaîne de causalité. La jurisprudence interne en connaît de nombreux exemples (295). Pour demeurer applicable, notre maxime doit s'appuyer sur un fait intimement lié à la faute. La règle doit être : *causa proxima, non remota spectatur*.

cc) En troisième lieu, un lien de causalité doit exister entre la faute et la requête spécifique du sujet (296). Notre maxime ne s'applique pas si la faute du requérant est étrangère ou irrelevante pour les considérations juridiques susceptibles de fonder sa requête ou ses moyens.

Ainsi, en matière de réclamations, les arbitres ont refusé de permettre à une faute de gréver les moyens de droit autonomes dont peut se prévaloir une tierce partie qui tient ses droits d'une manière dérivée de la conduite

(292) *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, t. 26, Washington, 1887, p. 607 et CHENG (n° 124), p. 157.

(293) Article 24(5) du Projet, cf. *Ann. C.D.I.*, 1978-II, *Première partie*, pp. 34 et s.

(294) *Supra*, III.7.

(295) Cf. par exemple AUBERT (n° 19), pp. 77 et s. et les autres auteurs ayant écrit sur la maxime en droit interne (y compris leurs renvois) cités aux notes 133, 139, 157.

(296) CHENG (n° 124), pp. 157-8.

de l'individu fautif décédé. Dans l'affaire *Massey* (1927), il est dit que la mauvaise conduite alléguée d'un citoyen des États-Unis d'Amérique n'a pas d'incidence sur l'appréciation du déni de justice dont ont été victimes ses ayants droits suite à son assassinat. Le Commissaire Nielsen estime les faits relatifs à la conduite reprochable du défunt « entirely irrelevant with respect to the pertinent legal issues in the case »; « the character and conduct of Massey have no relevancy to the merits of the instant claim under international law » (297). Dans l'affaire *Chattin* (1927) (298), les droits de l'individu ayant fui des procédures judiciaires et ceux de l'État dont il ressortit sont distingués avec l'effet de ne pas compromettre les seconds par les défauts des premiers.

4. — *Limites et exceptions à l'application de la maxime*

En matière de limites et d'exceptions à l'application de la maxime, on s'aperçoit au plus haut point du dépouillement un peu fruste qui est le sien en droit international par rapport à la technicité développée, et pour tout dire, franchement luxuriante en droit interne. Dès la consolidation de la maxime au moyen âge, une série d'exceptions s'opposaient à sa mise en œuvre et restreignaient son champ d'application. Les textes font état d'exceptions en cas de mise en danger du salut spirituel (*periculum animae*) (299), de transactions en faveur de l'Église (*in favorem ecclesiae*) (300) ou de la liberté (*in favorem libertatis*) (301), d'invocation de la turpitude par voie d'exception (par exemple la *replicatio doli*) (302), en matière d'affaires criminelles (303); quand le sujet qui invoque la faute ne cherche qu'à réduire un dommage alors que la contrepartie cherche à réaliser un gain (304); en matière d'ordre public (305); parfois si la turpitude était déjà

(297) *R.S.A.*, vol. IV, p. 156, para. 3.

(298) *R.S.A.*, vol. IV, p. 285, para. 4.

(299) Cf. par exemple la glose '*Turpitudinem allegabant*' ad Decret. '*Inter dilectos filios*', c. 8 x, *de donationibus*, III, 24. Cfr. STURM (n° 3), pp. 302-3. LE TOURNEAU (n° 1), p. 18. SAVEY-CASARD (n° 1), p. 46.

(300) Glose '*Turpitudinem allegabant*' (note 299); cf. STURM (n° 3), pp. 302-3. PANORMITAIN (N. de Tudeschis), *Interpretationes in decretales* (éd. Lyon, 1547), ad c.8, IX, III, 8 (Decret. Gregor.); cf. SAVEY-CASARD (n° 1), p. 55.

(301) Voir les lieux cités à la note précédente.

(302) BERNARD DE PARME, *Casus longi quinque libros decretalium*, glose ad Decret. Greg. IX; III, 8, c.13. Cf. SAVEY-CASARD (n° 1), p. 45. *Regularum iuris...* (n° 195), t. I, p. 72.

(303) Cf. RIEZLER (n° 1), p. 192. Cfr. pour le droit moderne, AUBERT (n° 19), pp. 146 et s.

(304) Cf. déjà *Dig.*, 50, 17, 41, 1, Ulpien (« in re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro »). BARTOLUS, *Praelectiones...* (n° 46), ad *Dig.*, 12, 2, *lex procurator*; cf. SAVEY-CASARD (n° 1), p. 51. ALCIAT, *Œuvres* (éd. 1617), ad *Cod.* II, 4, *lex 30*; cf. SAVEY-CASARD (n° 1), p. 55. RIEZLER (n° 1), p. 192.

(305) Cf. BALDUS, *Commentaria in codicis libros* (éd. Lyon, 1585), ad *Cod.* VII, 8, frag. 5; cf. SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 52. ALCIAT (n° 304), *ibid.*; cf. SAVEY-CASARD (n° 1), pp. 55-6. *Regularum iuris...* (n° 58), p. 72 (« fallit in casu legis »).

connue, surtout si elle équivalait à un statut personnel (306). Il en allait de même si la turpitude était invoquée en faveur d'autrui (307).

Le droit moderne continue à serrer de près les modalités d'application de la maxime. Selon les ordres juridiques les exceptions suivantes sont admises : la turpitude égale ou prépondérante de l'autre partie (ce qui équivaut à un développement de l'ancienne règle *in pari turpitudinem melior est causa possidentis*) (308); certaines réclamations *ex delicto* (309); le repentir avant l'exécution de la prestation illicite (l'ancien *locus poenitentiae*) (310); certaines situations où la non-application de la maxime paraît le seul moyen d'éviter l'état des choses que la norme violée cherche à empêcher (311). Parfois, quand une norme de droit public ne prévoit pas la sanction de la nullité pour contravention, une exception à l'impossibilité de répétition peut se justifier (312). Il en va de même si l'application de la maxime lèse les droits de tiers (313), ou si le seul fait de recevoir (non de donner) la prestation est fautif (314). La liste pourrait être allongée (315).

Rien de tel en droit international. La casuistique est peu dense, notre maxime n'est le plus souvent invoquée que comme idée juridique générale, susceptible d'un certain poids dans l'interprétation, non comme doctrine juridique aux fondements et au régime nettement déterminé. Il faut probablement considérer les limites suivantes comme les plus importantes pour l'ordre juridique international.

a) *Ordre public international* (316) : Dans la mesure où existe et croît un ordre public international, identifié souvent et erronément au *ius cogens*, la

(306) Ainsi par exemple, l'excommunié peut alléguer en justice son excommunication; celle-ci ne le prive pas de ses droits; cf. *Regularum iuris...* (n° 58), t. I, p. 72.

(307) Cf. l'exemple saisissant de Azo cité *supra*, note 38.

(308) Cf. par exemple LE TOURNEAU (n° 1), pp. 175 et s., 201 et s., 224 et s. Pour le droit anglais, cf. NIEDERLÄNDER (n° 19), p. 627.

(309) Pour le droit allemand, cf. le bref aperçu chez NIEDERLÄNDER (n° 19), p. 637.

(310) C'est surtout le cas du droit anglais, cf. *Kearley v. Thomson* (1890), *Queen's Bench*, t. 24, p. 742; voir NIEDERLÄNDER (n° 19), pp. 627-8.

(311) Cfr. pour le droit allemand, NIEDERLÄNDER (n° 19), p. 637. Voir aussi, pour une limitation de la maxime par le principe de l'interdiction de l'abus de droit, AUBERT (n° 19), pp. 137 et s.

(312) En ce sens, voir surtout BUCHER (n° 19), p. 621.

(313) Cf. BROOM (n° 64), p. 200, citant l'affaire *Hooper v. Lane*.

(314) Cf. AUBERT (n° 19), pp. 52 et s.

(315) Cf. les autres exemples donnés par AUBERT (n° 19), pp. 41 et s. LE TOURNEAU (n° 1), pp. 45 et s.

(316) Sur l'ordre public international il a été beaucoup écrit. Voir notamment G. JAENICKE, « International Public Order », *E.P.I.L.*, vol. 7, pp. 314-8. G. JAENICKE, « Zur Frage des internationalen ordre public », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 7, Karlsruhe, 1967, pp. 77 et s., 85 et s. G. SCHWARZENBERGER, « The Problem of International Public Policy », *Current Legal Problems*, vol. 18, 1965, pp. 191 et s. H. ROLIN, « Vers un ordre public réellement international », *Mélanges J. Basdevant*, Paris, 1960, pp. 441 et s. H. MOSLER, « The International Society as a Legal Community », *R.C.A.D.I.*, vol. 140, 1974-IV, pp. 33 et s. H. MOSLER, « Der 'Gemeinschaftliche Ordre public' in den Europäischen Staatengruppen », *Revista española de derecho internacional*, vol. 21, 1968, partic., pp. 523-5. W. LEVI, « The International Ordre Public »,

norme porteuse d'un tel intérêt général contraignant devra en règle générale l'emporter sur l'application d'une maxime de régulation à effet relatif (*inter partes*) (317). La difficulté tient du fait que l'application de notre maxime peut elle-même participer d'un intérêt général. La communauté juridique est intéressée à ce que la violation du droit et la turpitude ne soient pas récompensées. D'où aussi les grandes difficultés des réglementations du droit interne en la matière. Sur le plan international le problème est parfois évoqué quand l'on affirme que permettre à une partie d'invoquer la nullité d'un traité à raison d'une contrariété au droit impératif est immoral : la partie en question a bien consenti à s'engager ; pourquoi lui permettre pour des raisons d'intérêt propre et au moment choisi par elle de s'en délier ? (318). Tout tient à une pesée des circonstances de l'espèce. L'ordre public devra ici souvent prévaloir. Peut-on par exemple imaginer que l'argumentation sur l'invocation de la nullité du traité tienne si celui-ci contient un accord d'agression ou d'esclavage ? Le droit se meut cependant toujours difficilement dans un milieu d'immoralité généralisée.

b) *La turpitude de part et d'autre* (319) : L'application de la maxime pourrait être écartée si la turpitude de l'autre partie est supérieure à celle du demandeur et si dès lors son application pourrait mener à ce qu'une situation plus immorale encore ne soit entérinée. C'est encore un problème difficile et qui a donné lieu à de longs débats en droit interne. Comme H. Merz (320), nous croyons qu'un tel ajustement par rapport aux torts respectifs se recommande pour autant que les règles juridiques applicables à la matière le permettent. C'est ce qui se fait en droit international comme en droit interne dans tout calcul d'indemnité ; les règles de droit régissant la responsabilité le requièrent. Mais il est d'autres cas de figure où l'opéra-

Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, vol. 72, 1994, pp. 55 et s. Voir aussi l'abondante littérature récente sur le *ius cogens* international.

(317) Sur cet écart entre les situations relatives et l'ordre public, cf. désormais les quelques lignes consacrées à ce sujet dans l'Op. ind. WEBERMANTRY en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (C.I.J., *Rec.*, 1997, pp. 117-8). Pour le droit interne, voir par exemple la sentence de la Cour commerciale de Bruxelles en l'affaire *Lavi c. Asco et autres* (1988), *I.L.R.*, vol. 91, pp. 249 et s., 250, 252 : l'ordre public interne l'emporte sur l'exception *nemo commodum*... Cfr. aussi, AUBERT (n° 19), pp. 108 et s. LE TOURNEAU (n° 1), pp. 150 et s.

(318) Cfr. l'argument du Luxembourg relatif à la disposition sur le *ius cogens* du Projet d'articles sur le droit des traités, *Ann. C.D.I.*, 1966-II, pp. 354 : « Enfin, il faut poser la question de savoir qui serait qualifié pour invoquer la nullité envisagée par cet article (...). Dans ce cas, l'application de cette disposition impliquerait une attitude contradictoire de la partie qui se prévaudrait de la nullité, étant donné qu'elle aura elle-même contribué à l'élaboration et à la mise en vigueur du traité qu'elle conteste ; ce serait une sorte de *venire contra factum proprium* ». Voir aussi H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 84, 1953-III, p. 149 : « En outre le fait qu'une partie contractante déclare un traité nul et non-avenu en raison de son caractère immoral n'est certainement pas moins immoral que le fait d'avoir conclu un tel traité ».

(319) Cf. par exemple LE TOURNEAU (n° 1), pp. 175 et s. (pour le droit français).

(320) MERZ (n° 264), pp. 376-7, avec renvois à la pratique du Tribunal fédéral suisse, sous le titre évocateur : « Durch Treu und Glauben geforderte Beschränkung bei überwiegender Unredlichkeit des Empfängers ». La limitation de la règle de non-répétition, conclut Merz, réside ici dans le fait, « dass die Unredlichkeit des Empfängers viel schwerer wiegt als diejenige des Rückforderers » (*ibid.*, p. 377).

teur juridique serait amené à constater que pour le moins elles ne s'y opposent pas. Il a alors une certaine marge pour des considérations d'équité, c'est-à-dire d'ajustement. L'opérateur pourra surtout éviter l'application d'une règle rigide telle que le refus d'action *in limine litis* répandue dans les droits internes.

c) *La protection des tiers*. D'autres exceptions plus ponctuelles peuvent s'appliquer. On se trouve cependant à cet égard dans un espace vierge de pratique pertinente. Ainsi, la maxime pourrait être écartée si la turpitude est invoquée en faveur d'un tiers (321). Personne ne cherche alors à profiter de *sa propre* faute. Pour le tiers, la faute autrui n'est qu'un fait neutre. Il en va de même, toujours en matière de tiers, si l'application de la maxime aurait immanquablement pour résultat, au regard de l'enchevêtrement des circonstances, d'affecter les droits d'autrui. Cet aspect peut avoir une importance particulière en droit international, droit fondé sur la souveraineté étatique, et caractérisé par la relativité des situations juridiques.

V. — CONCLUSION

Il y a deux millénaires, le grand juriste romain qu'était Celse a formulé une de ces règles que la pensée moderne a coutume de considérer hâtivement comme étant creuses, mais qui a nourri des siècles de réflexion juridique et philosophique. Elle postule le lien indissociable entre le droit et le juste, que celui-ci soit synthétique ou temporellement situé : *ius est ars boni et aequi* (322). C'est sans bruit, dans leurs applications ponctuelles et quotidiennes, que les maximes juridiques cherchent à rapprocher le droit vivant de ce haut idéal. F. Wieacker (323) ne s'y est pas trompé. Il voit la racine de la maxime que nul ne peut en droit profiter de son propre tort dans l'égalité et dans la règle dite d'or (324). Y a-t-il manière plus explicite de la situer au cœur de la notion transséculaire de justice ? (325).

(321) Ce n'est évidemment pas le cas si le demandeur et le tiers font frauduleusement cause commune.

(322) *Dig.*, 1, 1, 2. Cfr. H. HAUSMANNINGER, « Publius Juventinus Celsus », dans : W. HAASE/H. TEMPORINI (éds), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt — Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung (Rise and Decline of the Roman World)*, t. II, Berlin/New York, 1972, pp. 399-403.

(323) F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Paragraphen 242 BGB*, Tübingen, 1956, p. 32.

(324) Cette *regula aurea* a la teneur suivante : ce que vous ne voulez pas qu'on vous fasse, ne le faites pas à autrui (« quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris »).

(325) Sur l'égalité comme essence du principe de justice, cf. par exemple G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, 4 éd., Rome, 1951. I. TAMMELLO, *Theorie der Gerechtigkeit*, Freiburg i.B./Munich, 1977. La racine de cette conception se trouve chez ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, livre V, 1131 a 10 et s. Voir aussi H. NEF, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zurich, 1941. A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2 éd., Munich, 1997, p. 153 formule lapidairement : « Kern der Gerechtigkeit ist die Gleichheit ».