



Article scientifique

Article

1998

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La bonne foi en droit international public

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La bonne foi en droit international public. In: Revue belge de droit international, 1998, vol. 31, n° 2, p. 661–732.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44877>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:38

LA BONNE FOI EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (1)

PAR

Robert KOLB

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE
DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES (GENÈVE)

SOMMAIRE

I. — INTRODUCTION. UN PARADOXE : BONNE FOI ET *POWER POLITICS*

II. — L'ESPRIT : LA BONNE FOI DANS SES ASPECTS GÉNÉRAUX

1. *La rôle de la bonne foi dans la société internationale à la lumière des principes structurels du droit international*

(1) Ce texte représente une brève synthèse des contenus de ma thèse sur «La bonne foi en droit international public». Afin de donner le plus possible d'espace aux développements substantiels, les renvois dans les notes en bas de page seront limités. Le lecteur pourra se reporter, en cas d'intérêt, à l'appareil scientifique qui orne et parfois alourdit les pages de la thèse. Il en va de même pour les nombreux problèmes plus subtils que l'application des concepts ci-après évoqués ne manquent pas de susciter.

Sur la bonne foi en droit international public, voir en particulier aussi L. CAVARÉ, *La notion de bonne foi et quelques-unes de ses applications en droit international public*, Cours de l'Institut de Hautes Études Internationales (Paris), 1963/4. B. CHENG, *General Principles of Law — As Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1953, pp. 105-160. J.P. COR, *La bonne foi en droit international public*, Cours de l'Institut de Hautes Études Internationales (Paris), 1968/9. J.P. MÜLLER, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Cologne/Berlin, 1971. J.F. O'CONNOR, *Good Faith in International Law*, Aldershot, 1991. E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977. Parmi les articles, cf. en particulier A. D'AMATO, «Good Faith», *E.P.I.L.*, vol. 7, p. 107-9. F.A. VON DER HEYDTE, «Die bona fides und die einzelne Rechtsnorm», dans : *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 11, 1961, pp. 364-374. M. LACHS, «Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Relations», dans : R.J. AKKERMAN / P.J. VAN KRIEKEN / C.O. PANNENBORG (éds), *Declaration on Principles — A Quest for Universal Peace, Mélanges B.V.A. Röling*, Leyden, 1977, pp. 47-55. J.M. MÖSSNER, «Vertrauen als Prinzip der Völkerrechtsordnung», *Politik und Kultur*, 1979, n° 3, pp. 56-66. J.M. MÖSSNER, «Vertrauen in der internationalen Politik. Völkerrechtliche Aspekte», dans : B. SIMMA / E. BLENK-KNOCKE (éds), *Zwischen Intervention und Zusammenarbeit*, Berlin, 1979, pp. 245-297. V. PAUL, «The Abuse of Rights and Bona Fides in International Law», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 28, 1977, pp. 107-130. G. SCHWARZENBERGER, «The Fundamental Principles of International Law», *RCADI*, vol. 87, 1955-I, pp. 290-326. G. SPERDUTI, «Il principio della buona fede e l'ammissione di nuovi membri nelle Nazioni Unite», *Comunità internazionale*, vol. 7, 1952, pp. 42-62. A.M. STUYT, «Good and Bad Faith», *Netherlands International Law Journal*, vol. 28, 1981, pp. 54-58. 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. 7-49. A. VERDROSS, «Bona Fides», dans : K. STRUPP / H.J. SCHLOCHHAUER (éds), *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. I, Berlin, 1960, p. 223-4. A. VERDROSS, «La bonne foi comme fondement du droit international public», *Revue hellénique de droit international*, vol. 5, 1952, pp. 17-21. A. VERDROSS, «Die bona fides als Grundlage des Völkerrechts», dans : D.S. CONSTANTPOULOS / H. WEHBERG (éds), *Gegen-*

- a) Le droit international comme droit coordinatif (*Koordinationsrecht*)
 - b) Le droit international comme droit empirique et fragmentaire
 - c) Le droit international comme droit interactif et bilatéraliste (le relativisme du droit international)
 - d) Le droit international comme droit particulariste
 - e) Le droit international comme droit perméable
 - f) Le droit international de coexistence et de coopération
2. *La bonne foi en tant que principe juridique : ses contenus*
- a) Étymologie
 - b) Les trois acceptions de la bonne foi
 - (1) Bonne foi au sens subjectif (psychologique)
 - (2) Bonne foi au sens d'un simple standard juridique
 - (3) Bonne foi au sens objectif (principe général de droit)
3. *La délimitation de la bonne foi par rapport à des notions juridiques voisines*
- A. Bonne foi et *pacta sunt servanda*
 - B. Bonne foi et équité
4. *La nature de la normativité de la bonne foi et des principes généraux de droit*
- a) Le concept de normativité juridique : normativité-source, normativité-obligation et normativité-application
 - b) Le degré de normativité de la bonne foi dans ses diverses acceptions
 - c) La faculté du principe de la bonne foi de s'appliquer directement dans un litige et d'être source autonome de droits et d'obligations

III. — L'ÂME : LA BONNE FOI DANS SES APPLICATIONS

1. *La bonne foi en tant que protection de la confiance légitime*
- A. Généralités : l'importance de la confiance comme donnée sociale et comme doctrine juridique
 - B. La protection de la confiance dans le droit des traités
 - a) La ratification par actes conclusants (*Ratification by conduct*)
 - b) La bonne foi dans les ratifications imparfaites (article 46 C.V.)
 - c) La bonne foi dans le domaine de la pratique subséquente à un traité
 - C. La protection de la confiance dans la théorie des actes juridiques unilatéraux
 - D. La protection de la confiance face à l'abstention et à la passivité (théorie de l'acquiescement normatif ou du silence qualifié)
 - E. La protection de la confiance à travers le principe d'estoppel
 - F. La théorie de l'apparence. L'exemple de la responsabilité internationale de l'Etat pour des actes *ultra vires* de ses agents
 - G. La doctrine du *sudden change*

wartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie, Mélanges R. Lahn, Ham-
bourg, 1953, pp. 29-33. G. WHITE, «The Principle of Good Faith», dans : V. LOWE / C. WAR-
BRICK, The United Nations and the Principles of International Law, Mélanges M. Akehurst,
Londres/New York, 1994, pp. 230-255. E. ZOLLER, «La bonne foi en droit international public»,
dans : Travaux de l'Association H. Capitant, La bonne foi, vol. 43, Paris, 1994, pp. 569-582. Voir
aussi, en général, H. EICHLER, Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen, 1950. F. GORPHE, Le
principe de la bonne foi, thèse, Paris, 1928. A. VOLANSKY, Essai d'une définition expressive du droit
basée sur l'idée de la bonne foi, thèse, Paris, 1930. P. WIDMER / B. COTTIER (éds), Abus de droit
et bonne foi, Fribourg, 1994.

2. *La bonne foi en tant que protection de l'objet et du but d'un acte*
 - A. La bonne foi et les obligations pré- et post-conventionnelles de conservation
 - B. Un aspect de la bonne foi dans l'interprétation : primauté de l'esprit sur la lettre
 - C. La bonne foi dans la négociation
 - D. La protection de l'objet et du but d'une instance judiciaire ou du fonctionnement général d'un système de règlement judiciaire
 - (1) Le caractère obligatoire des mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de Justice
 - (2) La dénonciation de clauses facultatives au sens de l'article 36(2) du Statut et l'exigence de délai raisonnable
3. *La bonne foi en tant que protection d'une finalité sociale*
 - A. L'interdiction de l'abus de droit
 - B. La bonne foi dans l'Organisation internationale
4. *La bonne foi en tant que loyauté qualifiée : la maxime que nul ne peut profiter en droit de son propre tort*
5. *La bonne foi comme fait subjectif : l'ignorance excusable par le droit (y compris : la présomption de bonne foi ; la bonne foi subjective de part et d'autre ; la notion de mauvaise foi)*

IV. — CONCLUSION : LA RÔLE DE LA BONNE FOI EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

I. — INTRODUCTION. UN PARADOXE : BONNE FOI ET POWER POLITICS

1. Les ordres juridiques rattachés à l'expérience du droit romain avec les *bonae fidei iudicia* (2) privatistes et la *publica fides* (3) publiciste ont développé à travers les siècles un principe juridique dont le nom s'est fixé sur la bonne foi. Il a fini par pouvoir être considéré consubstantiel à l'idée même ou à l'expérience du droit, parce qu'il cherche à donner réponse à certains problèmes permanents de la vie sociale (3a). Par exemple : si dans un

(2) Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, t. I, 2 éd., Munich, 1971, pp. 177 et s., 485-9, 509-511. W. KUNDEL, « Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht », *Mélanges P. Koschaker*, vol. II, Weimar, 1939, pp. 1 et s. F. WIEACKER, « Zum Ursprung der bonae fidei iudicia », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 80, 1963, pp. 1 et s.

(3) Cfr. D. NÖRR, *Die Fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991. C. PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, vol. I, Londres, 1911, pp. 68-9, 117-121, 391-4 ; vol. II, Londres, 1911, pp. 232-3, 317, 327. Voir aussi, pour un bref aperçu, K.H. ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, Munich, 1994, pp. 52-3. J. VAN KAN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 66, 1938-IV, pp. 386-7.

(3a) Comme tout autre principe, la bonne foi s'offre à l'analyse critique sur deux plans différents. D'abord le plan de sa genèse et de son développement historique. La question est ici de savoir à quel moment, dans un ordre juridique donné et historiquement contingent, la bonne foi s'est développée et à quels intérêts précis elle a été appelée à servir. Il y a ensuite le plan philosophique. La perspective est ici synthétique. Si l'on considère l'ensemble de l'expérience juridique

rapport donné un sujet a laissé entendre qu'il se commettait à une certaine conduite pour l'avenir (par pacte, promesse, actes concluants), dans quelle mesure celle-ci deviendra-t-elle obligatoire pour lui? Dans quelle mesure la confiance de l'autre sujet est-elle protégée? Dans quelle mesure peut-elle l'emporter sur des exigences de forme?

La permanence des problèmes qu'elle adresse fait que la bonne foi existe sur le plan des relations entre groupes humains dès l'Antiquité. Elle y domine la conclusion et l'exécution des traités (4). Elle prend un essor beaucoup plus large à Rome (5). Elle connaît ensuite maintes applications dans ce droit international du moyen âge qui constitue un étrange mélange d'éléments supranationaux (Papauté, Empire) et d'éléments internationaux (États qui consolident progressivement leurs pouvoirs selon la célèbre formule *rex superiorem non recognoscens*) (6). La bonne foi arrivera enfin à jouer un rôle constitutif dans la crise et le renouveau du droit qu'on situe habituellement autour des Traités de Westphalie de 1648. La société personnalisée et hiérarchique de la féodalité commence à se transformer en société décentralisée et horizontale d'États formant des centres de puissance politique autonome. La société se territorialise, droit interne et droit externe s'opposent. Le droit interne est soumis aux pouvoirs législatifs du souverain et sa juridicité n'est pas mise en doute. Mais pour ce qui est du droit externe, tout un courant moderne se constitue qui prétend l'impossibilité de lui attribuer valeur juridique. Entre entités souveraines il ne peut y avoir qu'une société naturelle, pas une société civile ou juridique. L'absence de pouvoir supérieur aux États s'y oppose péremptoirement. C'est le

accessible, à quels problèmes permanents issus des rationalités intrinsèques des rapports sociaux la bonne foi s'est-elle efforcée de répondre et de quelle manière?

(4) Cfr. K.H. ZIEGLER, «Conclusion and Publication of International Treaties in Antiquity», *Israel Law Review*, vol. 29, 1995, pp. 233 et s. M. WEINFELD, «The Common Heritage of Covenant-Traditions in the Ancient World», dans : L. CANFORA / M. LIVERANI / C. ZACCAONINI (éds), *I trattati nel mondo antico. Forma, ideologia, funzione*, Rome, 1990, pp. 175 et s. P. KARAVITES, *Promise-Giving and Treaty-Making. Homer and the Near East*, Leiden/New York, 1992. D.J. BENDERMAN, «Religion and the Sources of International Law in Antiquity», dans : M.W. JANIS (éd), *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1991, pp. 6-12.

(5) Voir *supra*, notes 2 et 3.

(6) Cf. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, 3 éd., Milan, 1957. M. WILKS, *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages: the Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge, 1964. H. QUARITSCH, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806*, Berlin, 1986, pp. 13 et s. Sur le droit international du moyen âge, cf. H. KIPP, *Völkerordnung und Völkerrecht im Mittelalter*, Cologne, 1950. W.G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2 éd., Baden-Baden, 1988, pp. 55 et s. ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte* (*supra*, note 3), pp. 88 et s. Sur la bonne foi au moyen âge, voir, pour les aspects privatistes, G. BROGGINI, «L'abus de droit et le principe de la bonne foi — Aspects historiques et comparatifs», dans : WIDMER/COTTIER (*supra*, note 1), pp. 3 et s. Pour le droit international, M. DE TAUBE, «Inviolabilité des traités», *R.C.A.D.I.*, vol. 32, 1930-II, pp. 335 et s. R. REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, 1923, pp. 122 et s. Le principe de la bonne foi était connu aussi de la tradition juridique germanique; cf. H.W. STRÄTZ, *Treu und Glauben, Beiträge und Materialien zur Entwicklung von 'Treu und Glauben' in deutschen Privatrechtsurkunden vom 13 bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts*, 2 vols., Paderborn, 1974.

courant hobbesien. Un autre courant qui se rattache à la tradition du moyen âge s'efforce de maintenir l'idée d'un droit externe valable entre États. C'est la tradition grotienne. Les principes de ce droit sont repris de la tradition juridique commune, c'est-à-dire du droit romain modernisé (*ius commune*) et surtout de la tradition du *ius gentium*. La condition minimale du droit international doit être le respect des engagements assumés. Comme les pactes entre Princes ne sont pas soumis au formalisme du droit civil romain, il faut avoir recours au *bonae fidei iudicia* et au *ius gentium* : c'est à la foi donnée seule que s'attache l'obligation d'exécuter ses engagements. La bonne foi, fondant l'obligatorité du pacte, devient ainsi le pivot central du droit international classique (7).

2. Depuis cette époque la doctrine et la pratique ne cessent d'affirmer que la bonne foi est un principe fondamental du droit international (8). On dit que la bonne foi est un principe essentiel pour tout ordre juridique; qu'elle domine l'ensemble du droit international; qu'elle est son fondement; qu'elle en constitue un principe constitutionnel. Mais comment s'expliquer qu'un principe imprégné d'aspects moraux soit crédité de tant d'importance dans le domaine des relations internationales qu'on se complaît si souvent à déclarer sous l'empire de la seule puissance? N'y a-t-il pas ici un paradoxe?

L'essentiel de la réponse à apporter consiste en une *communauté de destin entre la bonne foi et le droit international*. Le scepticisme sur la bonne foi dans les rapports interétatiques porte en réalité en même temps et avant tout sur l'existence et l'efficacité du droit international en tant que tel. On commence alors par une analyse empirique (où se mêle en réalité une bonne dose de parti pris) qui dégage les fréquentes violations du droit international et la faiblesse des réponses juridiques à la violation de la légalité. La raison est aperçue dans la souveraineté ou l'absence d'organes supérieurs aux États; donc, en dernière analyse, dans la distribution anarchique du pouvoir dans la société internationale. La bonne foi n'est alors dans le meilleur des cas qu'un vœu pieux, dans le pire un voile idéologique. C'est la perspective sociologique qui reprend en termes modernes l'enseignement hobbesien. Si l'on part au contraire de l'existence d'un droit objectif régissant la société internationale *malgré* la structure anarchique du pouvoir qui en est la marque décisive, l'ordre des choses s'inverse : de ce droit international la bonne foi constitue une condition d'existence. La perspective est

(7) C. VAN BYNKERSHOEK, *Quaestiones iuris publici* (1737), lib. II, cap. X. Les positivistes devaient plus tard souvent substituer *pacta sunt servanda* à la notion de bonne foi, car avec sa précision plus grande cette formule avait plus de titre à leur respect.

(8) Cfr. par exemple COR (*supra*, note 1), pp. 3 et 9. LACHS (*supra*, note 1), p. 50. VON DER HEYDE (*supra*, note 1), p. 365. VERDROSS, « Die bona fides... » (*supra*, note 1), p. 29. L. OPPENHEIM (éd. par R. Y. JENNINGS / A. WATTS), *International Law*, vol. I, 9^e éd., Londres, 1992, p. 38. Pour la jurisprudence, voir par exemple l'affaire *Megalidis* (1928), *Recueil des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. VIII, p. 395.

désormais normative. Vient-on à affaiblir l'importance de la bonne foi que le poids du droit dans les relations internationales se réduit (9). On revient ainsi à la tradition grotienne.

Le paradoxe présenté se résorbe par conséquent dans la notion supérieure du droit international. Il en est ainsi parce que tant dans la conception favorable au droit que dans celle déférente à la puissance, la bonne foi reste indissolublement liée au concept de droit international comme indicateur du sort qu'on lui réserve. Dans ce sens la bonne foi est une notion vitale du droit international.

On peut pousser plus loin ce raisonnement, car même si les rapports interétatiques généraux s'avèrent peu propices à la règle de droit et à la bonne foi, celle-ci n'est pas nécessairement condamnée pour autant. La doctrine de G. Schwarzenberger fournit un exemple. Pour l'internationaliste londonien, le droit international se scinde en deux blocs normatifs inconciliables (10). L'environnement individualiste voué aux rapports de puissance de la société internationale générale imprime à ses règles coutumières le caractère de *ius strictum*. Ici l'intérêt individuel prime sur toute considération de coopération ou de bien commun. L'interprétation et l'application de ces règles coutumières ne peut souffrir aucune considération d'équité ou de bonne foi. A côté du *ius strictum* des rapports interétatiques généraux se place un *ius aequum* issu des rapports conventionnels entre les Etats. Au sein de ces rapports de rapprochement trouvent toute leur place les considérations tirées du raisonnable, de l'équité et de la bonne foi parce que les Etats se sont commis à une œuvre commune (11). Le principe qui préside dans ce cadre à l'ajustement des intérêts particuliers en conflit est la bonne foi. Ici encore la bonne foi reste liée au sort qu'est réservé au droit dans la société internationale, tant dans le domaine qui lui est hostile (le *ius strictum*) que dans le domaine qui lui est favorable (le *ius aequum*). Le premier repose sur des ressorts de puissance politique; il est réfractaire à la pénétration de la règle de droit; dès lors la bonne foi s'y atrophie. Le deuxième repose sur l'idée d'une communauté; il appelle à l'épanouissement de la règle de droit; dès lors la bonne foi s'y déploie. Que l'on étende la question du rôle de la bonne foi à tout le droit international (aspect général) ou qu'on la limite à un secteur de ses normes (aspect spécial), la bonne foi reste toujours liée à l'idée et à la force du droit dans une collectivité. Elle est en quelque sorte un thermomètre juridique.

(9) C'est visible dans E. ZOLLER, «La bonne foi en droit international public», dans : *Travaux de l'Association H. Capitant, La bonne foi*, vol. 43, Paris, 1994, p. 572.

(10) Pour un bref exposé de cette doctrine, voir G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 5.éd., Londres, 1967, pp. 28-9.

(11) C'est pourquoi l'auteur qualifie la bonne foi comme l'un des sept principes fondamentaux du droit international : G. SCHWARZENBERGER, «The Fundamental Principles of International Law», *R.C.A.D.I.*, vol. 87, 1955-1, p. 195 et s., 290 et s.

II. — L'ESPRIT : LA BONNE FOI DANS SES ASPECTS GÉNÉRAUX

1. — *Le rôle de la bonne foi dans la société internationale à la lumière des principes structurels du droit international*

On peut parler de principes structurels du droit international pour signifier une série de notions générales qui se limitent à décrire la structure particulière de ce droit. Ce sont des concepts uniquement descriptifs. Il en est ainsi, par exemple, du caractère coordinatif du droit international, de son caractère individualisant, fragmentaire, non-formaliste, bilatéraliste et relativiste, perméable, primitif, etc. Baignées à la lumière de ces grands reliefs, les principes et normes du droit international peuvent être saisis dans le vif de leurs applications, car ils s'éclairent de tout leur contexte sous-jacent (12).

a) Le droit international général est avant tout un droit coordinatif et horizontal (*Koordinationsrecht*). Cela signifie qu'il est caractérisé par l'absence d'autorité supérieure aux sujets individuels qui composent la société internationale. Au lieu de connaître une centralisation des fonctions constitutionnelles (législateur, exécutif, pouvoir judiciaire) à un niveau supérieur aux sujets de droit *uti singuli*, ces pouvoirs restent au niveau inférieur, au sein des sujets individuels, les Etats. D'où l'éparpillement du pouvoir et une création du droit affichant une prédominance des éléments volontaires. L'accord prend la place de la loi. Toute la question de la juridicité et de la nature du droit international a toujours été, d'une manière ou d'une autre, rattachée à l'élément coordinatif qui caractérise le droit international (13).

L'ambiguïté des réponses données quant à l'influence des éléments coordinatifs sur la nature du droit se retrouve à propos de l'incidence qu'on leur prête sur la bonne foi. Deux tendances s'affrontent. Elles ont déjà été évo-

(12) Pour une telle démarche, cf. par exemple les esquisses chez F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2 éd., t. I, Munich, 1975, pp. 16 et s. Tous ces principes structurels décrivent un aspect de la réalité du droit international mais n'expriment qu'une tendance ou un type sujet à diverses exceptions.

(13) Tantôt on a nié sur cette base la juridicité du droit international, cantonnant le phénomène du droit aux commandements d'un pouvoir supérieur : cf. par exemple J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5 éd., vol. I, Londres, 1885, pp. 79 et s. Tantôt on a réduit pour cette raison le droit international à un droit en devenir : cf. par exemple H. RYFFEL, *Rechts- und Staatsphilosophie*, Neuwied/Berlin, 1969, p. 188. Tantôt on a affirmé que l'élément de coordination faisait du droit international l'archétype du vrai droit, dépouillé de la vision pathologique du commandement et de la sanction : cf. R. MARCIC, *Rechtsphilosophie*, Freiburg i.B., 1969, pp. 191, 218. Sur les diverses doctrines fondamentales du droit international, cfr. l'excellent exposé de A. TRUYOL Y SERRA, *Doctrines contemporaines du droit des gens*, Paris, 1951, pp. 4 et s. (publiées aussi dans la *R.G.D.I.P.*, vol. 54, 1950, pp. 369 et s. et vol. 55, 1951, pp. 22 et s.). L'équation suprême positiviste est : souveraineté; convergence de la question des sources et du fondement du droit; volonté et *pacta sunt servanda* comme synthèse du subjectif et de l'objectif représentant l'échelon suprême du droit international.

quées dans l'introduction. Pour la tendance *normativiste*, l'absence d'autorité supérieure dotée de pouvoirs propres est une faiblesse structurelle pouvant par moments se condenser en menace existentielle pour l'ordre juridique international. Si le droit international doit exister pour promouvoir la préservation de l'ordre et de la paix ainsi qu'un ajustement des intérêts, la bonne foi, le respect de la parole donnée, la fidélité aux engagements, la protection de la confiance mutuelles, sont indispensables (14). La tendance *institutionnaliste* affirme qu'un ordre idéologiquement éclaté et marqué par l'inexistence de mécanismes de détermination du droit obligatoires ne s'accommode guère de concepts vagues et de surcroît moraux comme la bonne foi (15). La carence institutionnelle exclut ici la présence normative. La pratique ne permet pas de confirmer cette dernière thèse. Aucun système juridique ne peut opérer qu'à travers des normes strictes. La flexibilité des principes généraux conviendra d'ailleurs souvent à des sociétés politiquement peu intégrées. De plus, il est dangereux de prétendre que l'intégration politique précède le droit. Il est difficile de s'appuyer sur une insuffisance pour en créer une autre. Ce serait consacrer l'inamovibilité des imperfections du droit international.

b) La densité du droit dans la société internationale n'atteint pas à celle du droit interne. Le droit international régit une société hétéroclite de souverains qui n'ont admis la règle de droit — au delà d'un système de règles nécessaires — que ponctuellement, selon leurs intérêts du moment, en revendiquant l'autonomie de leur volonté. D'où un droit *empirique et fragmentaire* (16), un droit marqué par de nombreuses lacunes matérielles (17). Les progrès de sa densité normative restent tributaires des constellations politiques et du degré de consonance des intérêts et idéologies, notamment des Puissances, à un moment donné de l'histoire. L'expérience prouve que dans un espace juridique jalonné de reliefs normatifs très inégaux et lacunaires, les principes généraux jouent un rôle considérable. Là où cette classe moyenne de normes du type du droit administratif fait défaut, l'opérateur retombe toujours sur les promontoires de quelques grands principes. Le droit international est en ce sens un droit tendanciellement constitution-

(14) Cf. par exemple L. DELBEZ, *Les principes généraux du droit international public*, Paris, 1964, p. 43. VERDROSS, « Die bona fides... » (*supra*, note 1), p. 30.

(15) Cf. surtout ZOLLER (*supra*, note 9), p. 572.

(16) Cf. la formule de Sir Alfred Zimmern : « There is (...) no system of international law (...). What is to be found in the treatises is simply a collection of rules which, when looked at closely, appear to have been thrown together or to have been accumulated, almost at haphazard » (A. ZIMMERN, *The League of Nations and the Rule of Law* (1918-1935), Londres, 1936, p. 98).

(17) Le droit international n'a peut-être pas de lacunes formelles, car dans tout ordre juridique on peut faire application de la règle résiduelle de liberté ou repousser une demande insuffisamment fondée en droit. Mais l'utilisation trop fréquente de cette technique met en évidence la faible densité normative (lacunes matérielles) d'un ordre juridique. Cfr. Ch. DE VISSCHER, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *R.D.I.L.C.*, vol. 14, 1933, p. 418, note 2.

nel (18). Or la bonne foi est l'un de ces principes dotés d'un champ d'application particulièrement large et caractérisé par une flexibilité juridique considérable. Le caractère lacunaire du droit international tend à accroître son rôle palliatif (19). Le caractère non-écrit du droit international tend au même effet. Dans la détermination de ses contenus incertains, comme le dit M. HUBER, c'est «la rationalité, la conformité avec les principes de justice et d'équité qui est essentielle; par contre, pour le droit écrit (...), la certitude de la règle est l'intérêt qui prime» (20).

c) Le droit international est aussi un droit *interactif* ou *bilatéraliste*. On a parlé du relativisme des situations juridiques internationales (21). L'absence d'organes centralisés et l'éparpillement des centres de pouvoir rend impossible une gestion uniforme des faits juridiques internationaux. La fonction si essentielle de qualification juridique reste une prérogative des Etats *uti singuli*. C'est l'auto-appréciation et l'auto-interprétation : les sujets de droit déterminent eux-mêmes la validité, l'opposabilité, et le statut juridique de faits et même de normes, tout en gardant parallèlement les pouvoirs de qualification politique. Au-dessus, au-dessous et à côté du droit international général se tisse ainsi un tissu de statuts particuliers à un nombre limité de sujets. De ce qui précède découle l'importance si singulière de la reconnaissance en droit international. Elle est un vecteur essentiel de l'opposabilité mais aussi un facteur essentiel dans la constitution de la légalité internationale. D'où aussi le rôle plus important des actes unilatéraux. Le regard du droit sur ces situations bilatéralistes consiste à y faire prévaloir certaines exigences de stabilité et de confiance. L'interaction réciproque vit d'une rationalisation des attentes légitimes (22). D'où l'importance de la bonne foi comme véhicule de la protection des confiances juridiquement légitimes à travers des concepts tels que l'acquiescement normatif ou l'estoppel, ou dans le droit relatif aux actes unilatéraux (23).

d) Le droit international est aussi un droit *particulariste*. Toute règle s'inscrit à une distance donnée des deux pôles opposés du regard typisant et du regard individualisant. Le premier recherche par voie d'abstraction les caractéristiques de genre, le deuxième recherche par voie d'individuali-

(18) P. REUTER, «Quelques réflexions sur l'équité en droit international», *R.B.D.I.*, vol. 15, 1980, p. 168 : «Le droit international énonce un nombre important de règles sous une forme très abstraite, c'est-à-dire sous la forme de 'principes généraux'».

(19) CAVARÉ (*supra*, note 1), p. 13.

(20) *Ann. I.D.I.*, 1952-I, vol. 44, p. 199.

(21) P. REUTER, «Principes de droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 103, 1961-II, p. 440.

(22) Cfr. les développements de N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, vol. I, Reinbeck près Hambourg, 1973, p. 116. H. LUHMANN, *Vertrauen : Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 3 éd., Stuttgart, 1989.

(23) Sur ces notions, voir *infra*, III. I. C, D et E.

sation les caractéristiques d'espèce (24). Le droit international, à la différence du droit interne, privilégie le règlement concret et individualisé. Il régit une société très restreinte où l'individualité des Etats et des autres sujets, ainsi que l'attachement aux circonstances particulières qui déterminent leurs rapports politiques, conduisent à une prédominance des situations particulières sur les situations générales (25). La société internationale se distingue à cet effet de la société interne où le sujet de droit principal, l'individu, est presque complètement atomisé et interchangeable. Les conséquences de cette donnée structurelle sont diverses : une tendance à la fragmentation du droit; un poids considérable des facteurs politiques; un moindre poids de la sécurité juridique; une difficulté à fixer et à développer le droit par voie de codification; une prédominance des moyens politiques de règlement des différends; un poids considérable de considérations historiques, économiques ou locales, par exemple dans le droit de la mer.

Il a été dit que cet état des choses limite le rôle des principes généraux, car leur nature est abstraite (26). Mais ce que le droit international souffre peu, c'est un nombre trop élevé de normes vouées à des situations excessivement typisées. Les principes généraux (tels que la bonne foi) ne tombent pas sous cette description. Leur indétermination permet au contraire leur ouverture aux faits spécifiques des espèces. Il n'est paradoxal qu'à première vue que plus une norme est concrète et précise, plus elle exclut la prise en compte des éléments individualisants propres à l'espèce; alors que plus elle est générale et indéterminée, et plus elle permet voire requiert de tenir compte des circonstances particulières constitutives de l'espèce. Le rôle des principes généraux de droit tels que la bonne foi ne sort que renforcé du caractère particulariste du droit international. Ils répondent aux impérieuses nécessités de flexibilité dont témoigne cette branche du droit.

e) Le droit international est ensuite un droit *perméable* à la politique et à l'éthique. Avant tout, il a pour objet les relations politiques (*iure imperii*) entre Etats. Il est, comme le disait Montesquieu, la loi politique des nations (27). Les rapports du droit international sont aussi très étroits avec l'éthique. Déjà dans le passé, le *ius gentium* entretenait d'étroites relations avec le *ius naturae* par sa visée universelle. Ce droit est surtout contenu; il n'est pas formaliste. Le formalisme juridique suppose des données sociales

(24) Cfr. les développements de H. HENKEL, *Recht und Individualität*, Berlin, 1958 et H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2 éd., Munich, 1977, pp. 471 et s.

(25) Cf. Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4.éd., Paris, 1970, pp. 165-6 : «[C]es différenciations profondes qui procèdent de l'individualité ethnique et historique propre des nations, des inégalités de leur constitution physique et de leurs ressources économiques, du nombre réduit des Etats par comparaison avec celui des individus, du caractère éminemment politique de leurs fins propres, de l'irrégularité et de la moindre fréquence de leurs rapports mutuels, conduisent ici à la prédominance des situations particulières sur les situations générales». Voir aussi, *ibid.*, pp. 421-2.

(26) Ch. DE VISSCHER, *loc.cit.*, pp. 421-2.

(27) *De l'esprit des lois*, liv. X, chap. I.

empreintes de bien davantage d'uniformité, de stabilité et de régularité ainsi qu'une consonance idéologique plus marquée que dans la société internationale (28).

Cette perméabilité du droit international à des facteurs extra-juridiques accroît le rôle de principes eux-mêmes perméables, tels que la bonne foi. Ainsi, par exemple, la bonne foi est appelée à agir en trait d'union entre le droit et la politique en faisant découler certains effets juridiques d'accords dits « politiques » ou de *gentlemen's agreements* (29). Elle agit aussi comme clause générale à travers laquelle des exigences de morale générale et de morale contingente (*Sozialmoral*) peuvent pénétrer le système juridique afin de le rapprocher des représentations de valeurs reconnues par une société à un moment donné. Un divorce trop important entre le droit et la morale sociale précipiterait l'inefficacité et l'ineffectivité de la règle de droit. Cette fonction de réajustement permanent aux représentations de valeurs est particulièrement importante dans la société internationale par le fait de l'inexistence de moyens institutionnels de *peaceful change* (30).

f) Comme il est connu, W. Friedmann distingue entre un droit international de coexistence et un *droit international de coopération* (31). Le droit de coexistence tourne autour de l'égalité souveraine (32). C'est un corps de règles qui se limite à organiser la coexistence passive entre plusieurs entités juxtaposées. Ses règles sont de structure horizontale et négative, consistant surtout en des devoirs d'abstention. Le système se voue à la conservation. Il est fondé sur le principe de non-intervention et les relations diplomatiques. C'est la transposition des postulats et garanties de la société libérale sur le plan des relations internationales. Avec les grandes transformations de ce siècle, un droit de coopération s'est joint à ce corps de règles

(28) Ch. DE VISSCHER (*supra*, note 25), pp. 166-7.

(29) Sur ces effets, voir le bref aperçu dans NGUYEN QUOC DINH / P. DAILLER / A. PELLET, *Droit international public*, 5 éd., Paris, 1994, pp. 377 et s., 381-4.

(30) Voir aussi M. VIRALLY, « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », dans : M. VIRALLY, *Le droit international en devenir*, Paris, 1990, pp. 195 et s. Sur l'absence de mécanismes de *peaceful change*, outre la littérature consacrée à ce sujet (cf. dans les Commentaires du Pacte de la Société des Nations sous l'article 19), voir p.e. H. LAUTERPACHT, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 62, 1937-IV, pp. 371 et s. L'époque de la décolonisation montre que certains aspects du droit international étaient ressentis par de nombreux nouveaux États comme étant inadaptés à leurs besoins.

(31) W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Londres, 1964, pp. 60 et s. Pour une brève caractérisation de ce théorème, voir G. ABI-SAAD, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 207, 1987-VII, pp. 321 et s. Il faut se garder de voir dans ces deux concepts une opposition absolue. A ce dyptique d'aucuns voudraient désormais ajouter un droit émergent de la communauté internationale fondé sur des notions d'ordre public (*ius cogens*, obligations *erga omnes*, crimes internationaux de l'État, obligations de non-reconnaissance, etc.) : cf. J.A. CARRILLO-SALCEDO, « Droit international et souveraineté des États, Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 257, 1996, p. 146.

(32) W. FRIEDMANN, « General Course in Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 127, 1969-II, p. 92 : « The international law of coexistence is a set of rules of abstention, of adjustment and delimitation between different national sovereignties ».

anciennes. Dans nombre de domaines l'interdépendance a créé la nécessité de collaborer entre Etats en vue de l'accomplissement d'un but commun. D'où la création de nombreuses organisations internationales (33). Ce droit tend à la centralisation de pouvoirs de décision attribués à des organes internationaux. C'est un droit dans son essence communautaire, dépassant la conservation des intérêts des Etats pris individuellement. Le droit de coopération est de structure verticale et positive, consistant surtout en obligations de faire. C'est le virage de l'Etat-social qui se reflète sur le plan international.

Dans toute organisation internationale, comme dans tout droit axé sur une finalité commune, le rôle de la bonne foi est éminent. L'œuvre commune suppose un degré de confiance, de fidélité et de coopération sans lesquelles elle ne peut réussir. La bonne foi se prépose ici à doter d'armes juridiques la défense du but commun contre l'éperon dangereux que représente la notion classique de souveraineté dans le domaine d'une institution collective (34). La finalité commune lui imprime un caractère nettement téléologique. Les principes du raisonnable et de l'interdiction de l'abus de droit, dérivés de la bonne foi, y acquièrent un vif relief.

Pour conclure, on peut s'autoriser à dire que la structure particulière du droit international tend à accuser et à multiplier les rôles de la bonne foi, dont, dans beaucoup de domaines, il doit chercher le concours normatif.

2. — *La bonne foi en tant que principe juridique : ses contenus*

a) Le terme *bona fides*, dérivé de *fides* et *fido*, semble étymologiquement descendre de la racine indœuropéenne *bheidh* / *bhidh* signifiant lier, relier, entrelacer, enlacer, tresser, et du terme grec *pistó* / *pistis*, signifiant foi, confiance (35). L'élément de confiance est donc une racine essentielle du mot bonne foi (36).

b) Des notions générales et complexes telles que la bonne foi ne se laissent guère résumer en une définition abstraite. Il vaut mieux saisir sur le vif les valeurs et contenus qu'elles véhiculent à travers l'ordre juridique en classifiant leurs applications après un inventaire de la pratique. Alors les aspects suivants se dégagent comme contenus spécifiques de la bonne foi.

(33) A titre d'exemple : il existait en 1909, 37 organisations intergouvernementales classiques ; il y en avait 123 en 1951 et 378 en 1985. Cfr. *Yearbook of International Organisations*, 35 éd., 1998/9, vol. 2, p. 1760.

(34) Voir *infra*, III. 3. B.

(35) A. ERNOUÏ / A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4 éd., Paris, 1985, p. 233. Voir aussi PHILLIPSON (*supra*, note 3), vol. I, pp. 391-4.

(36) Saint Isidore de Séville, *De Differentiis*, I, 486 : «fides est credulitas qua deum confitemur».

(1) *Bonne foi au sens subjectif (psychologique)* : Un problème que rencontre tout ordre juridique est celui de savoir quel est le sort d'un acte juridique qu'un sujet accomplit en ignorant un fait qui entame sa régularité. Exemple : X achète une collection de livres de droit international à quelqu'un en ignorant qu'il n'est pas propriétaire de ces livres mais un simple voleur. On dit alors que X est de bonne foi. Cette bonne foi est un fait psychologique dont la preuve s'administre comme pour d'autres faits. Les ordres juridiques protègent souvent, pour des raisons de sécurité des transactions, cette bonne foi subjective d'un opérateur, du moins si elle ne relève pas de sa propre faute. Dans le sens le plus étroit, la bonne foi désigne donc un état d'esprit consistant en une fausse représentation de faits juridiquement pertinents et qui se manifeste dans l'ignorance d'un défaut de ceux-ci au regard de la norme dont l'application est réclamée.

(2) *Bonne foi au sens d'un simple standard juridique* : En tant que principe général de droit perché à un niveau d'abstraction considérable, la bonne foi, comme tout autre principe ou toute autre notion générale, s'aide de standards pour s'appliquer aux cas concrets. Quand on parle de 'protection de confiance légitime' ou 'd'abus', ces notions ne sont pas juridiquement prédéterminées. Elles renvoient aux rationalités d'un rapport ainsi qu'à la moyenne des comportements et expectatives sociales. Mais dans tous ces cas, le standard se limite à aider à la mise en œuvre du principe préexistant (37). Il est cependant aussi des cas — et c'est eux qui nous intéressent ici — où le terme bonne foi est utilisé en un sens non-technique synonymique de raisonnable. La bonne foi n'a ici aucun corps propre; le terme est interchangeable. C'est un pur standard. Des exemples se trouvent en matière d'interprétation ou quand on parle de lien *bona fide* pour l'exercice d'une compétence extraterritoriale, etc.

Le terme raisonnable renvoie à la considération d'une série d'aspects circonstanciels : aspects téléologiques (*policy*), efficacité, raison de la règle et nature des choses, équité *intra legem*, effet utile, praticabilité, etc. Il s'agit de trouver une solution apte à servir au mieux les rationalités des rapports réglementés.

Comme la bonne foi n'a ici aucun rôle normativement spécifique, nous ne reviendrons pas sur cette acception dans la deuxième partie de la présente étude.

(37) Dans une perspective historique, nombre de principes généraux de droit sont issus de la consolidation progressive de maximes juridiques ou de la condensation en catégories d'une pratique développée autour de notions standard. Par un ordonnancement de la pratique en catégories typiques, émergent parfois des concepts juridiques plus généraux (*Rechtsgedanken*). Par la définition progressive de leurs conditions d'application, par les différenciations de régimes juridiques qui tendent à créer un sentiment d'ordre, par le travail scientifique à leur propos, finissent par se dégager les linéaments normatifs capables de se condenser en principes (*Grundsätze*). Le courant descendant du standard vers les faits de la vie finit toujours par nourrir un courant ascendant vers les concepts normatifs. Pour la consolidation du principe de bonne foi selon ces critères, voir H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2 éd., Munich, 1977, p. 480.

(3) *Bonne foi au sens objectif (principe général de droit)* : Le principe général de bonne foi possède une substance normative qui se décompose en plusieurs aspects. Les deux aspects principaux sont les suivants : (a) Sur son versant positif, la bonne foi protège la *confiance légitime* qu'un comportement a fait naître chez autrui, quelle que soit la volonté réelle mais non intelligible de l'opérateur. (b) Sur son versant négatif, la bonne foi protège certaines *finalités* ancrées dans l'intérêt collectif contre des prétentions individualistes excessives (théorie de l'abus de droit); elle peut aussi protéger l'objet et le but d'un rapport juridique contre tout acte tendant à le priver de sens (par exemple dans les négociations, la procédure judiciaire, les traités). (c) Accessoirement la bonne foi interdit le comportement déloyal qui consiste à se prévaloir de sa propre faute pour obtenir un avantage juridique (maxime *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*). La bonne foi objective se dévoile dans tous ces aspects comme notion solidariste.

Le rôle du principe consiste à fonder et à nourrir de substance de multiples principes, institutions et normes qui découlent de lui comme d'une souche commune. Ces normes dérivées sont des *concrétisations* du principe de bonne foi. On peut citer la théorie des obligations préconventionnelles; l'interdiction de priver une transaction de son objet et de son but; la primauté de l'esprit sur la lettre dans l'interprétation; l'obligatorité des actes juridiques unilatéraux; la doctrine de l'acquiescement normatif (silence qualifié); l'estoppel; la théorie de l'apparence; l'interdiction de l'abus de droit; la doctrine des préavis raisonnables; l'interdiction de la perfidie dans le droit de la guerre; la maxime que nul ne peut profiter de son propre tort; etc. Comme on voit, il est impossible de saisir le principe dans la majesté immobile de son abstraction. C'est comme valeurs cherchant à épancher leur substance à travers tout l'ordre juridique au moyen de normes dérivées qu'il faut s'approcher au monde des grands principes de droit. La bonne foi en est l'un des plus puissants et des plus riches en substance normative, apte à être concrétisée.

3. — *La délimitation de la bonne foi par rapport à des notions juridiques voisines*

Le principe de bonne foi est très proche de certains autres principes de droit international tels que *pacta sunt servanda* ou l'équité. La confusion n'est pas rare. Il importe dès lors de fixer leurs sphères d'application respectives.

A) *Bonne foi et pacta sunt servanda*

a) Pour nombre d'auteurs le principe de la bonne foi comprend, domine et fonde la règle *pacta sunt servanda* qui en est l'expression exécutive.

toire (38). Parfois la bonne foi va jusqu'à éclipser le principe *pacta sunt servanda* : la bonne foi régit à tel point la validité et l'obligatorité du traité qu'une formulation autonome du principe *pacta sunt servanda* devient inutile (39). Cette argumentation plonge ses racines dans la tradition juridique la plus ancienne. Avant l'époque des lumières, quand *pacta sunt servanda* devint un axiome péremptoire de la raison abstraite, le principe était inconnu dans cette ampleur. Le *ius civile* romain était un droit formaliste qui précisait énumérativement les contrats protégés par la loi (40). Les simples pactes (*nuda pacta*) ne donnaient aucun droit d'action ; le magistrat se bornait à concéder une exception contre l'action d'un demandeur, l'*exceptio pacti* (41). Le formalisme du droit civil avait été progressivement écarté avec l'avènement du *ius gentium* (42). Ce droit régissant les rapports des citoyens romains avec les ressortissants étrangers devait se libérer des formalismes du *ius civile* dont l'étranger ne relevait pas. Certains pactes commerciaux devinrent donc obligatoires sur la seule foi de la parole donnée. La foi, la confiance donnée, était la cause juridique de l'obligatorité de l'engagement. Il en découle qu'en matière de *ius gentium* c'est la bonne foi qui fonde et légitime le principe *pacta sunt servanda* (43). De là, la bonne foi fut étendue aux rapports internationaux (*fides publica romanorum*) (44). Sa sphère d'application sera encore étendue au moyen âge par le droit canonique. La théologie morale s'efforcera d'accréditer la règle du respect universel des pactes à raison de la foi donnée. Mais la résistance des civilistes inspirés du droit romain civil persistait. Les auteurs classiques du droit international s'attacheront alors à la tradition du *ius gentium* (plus qu'à celle du droit canonique que le plus souvent ils ne connaissaient pas) pour établir la règle de droit et donc la stabilité dans la société internationale. Ils répudièrent à cet égard la tradition civiliste liée aux formes contractuelles, formes qui ne pouvaient convenir aux pactes entre princes. Les *pacta publica* devaient être obligatoires sur la seule foi de la parole donnée. D'où le recours à l'ancien concept des *bonae fidei iudicia* (45). D'où aussi cette primauté de la bonne foi sur *pacta sunt servanda* : l'obligation d'exécu-

(38) Cf. par exemple J.B. WHITTON, « La règle 'pacta sunt servanda' », *R.C.A.D.I.*, vol. 49, 1934-III, p. 250. CHENG (*supra*, note 1), p. 113. T.O. ELIAS, *The Modern Law of Treaties*, New York/Leyden, 1974, p. 41. P. CHAILLEY, *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, Paris, 1932, pp. 95-6.

(39) A. HOLD-FERNER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. I, Vienne, 1930, pp. 200 et 171.

(40) C'était le cas pour les contrats réels (*re*), verbaux (*verbis*), littéraux (*litteris*) et consensuels (*consensu*). Cfr. KASER (*supra*, note 2), pp. 524-6.

(41) *Dig.*, 2, 14, 7, 7, Ulpien.

(42) M. KASER, *Ius gentium*, Cologne/Weimar/Vienne, 1993.

(43) KASER (*supra*, note 2), p. 30.

(44) VALÈRE-MAXIME, *Faits et paroles*, lib. VI, cap. VI, 23. VARRON, *De lingua latina*, V, 86 et V, 15.

(45) C'est pourquoi on trouve dans la doctrine, même du siècle dernier, encore de fréquentes affirmations de ce genre : « All international treaties are covenants *bonae fidei* » (R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, vol. II, Londres, 1882, p. 94).

ter s'explique uniquement par le devoir de respecter la parole donnée, en un mot, par la bonne foi.

b) Des auteurs particulièrement marqués par le positivisme juridique sont parfois arrivés à la conclusion inverse. Selon eux la bonne foi n'ajoute rien à *pacta sunt servanda*. De deux choses l'une : ou bien l'obligation est exécutée et alors le recours à la bonne foi est inutile; ou bien l'obligation n'est pas exécutée et alors il y aura simplement violation de la règle *pacta sunt servanda* (46). Comme l'opinion précédemment présentée relevait de la tradition historique, celle-ci relève d'un raisonnement logique et abstrait. Rappelons aussi la faveur dont a joui la règle *pacta sunt servanda* chez les auteurs volontaristes qui, en conformité avec leur dogme, ont essayé de fonder sur lui l'ensemble du droit international positif (47).

c) L'une et l'autre de ces conceptions ne rendent pas suffisamment compte du rapport entre la bonne foi et *pacta sunt servanda* dans les ordres juridiques modernes. Leur différence s'inscrit sur deux plans : l'un exogène, l'autre endogène. Sur le plan exogène, il faut rappeler que la bonne foi s'applique aussi hors du droit des traités alors que *pacta sunt servanda* est un principe du domaine conventionnel. La bonne foi est un principe beaucoup plus large : elle fonde des concepts tels que l'acquiescement normatif, l'estoppel, la théorie de l'apparence, l'interdiction de l'abus de droit, etc. Sur le plan endogène, celui de l'obligatorité et l'exécution des traités, la bonne foi est un principe substantiel alors que *pacta sunt servanda* est un impératif formel. La règle *pacta sunt servanda* n'est qu'un commandement d'exécution d'une obligation. Elle ne donne pas la mesure de ce qui est à exécuter, problème qu'elle suppose résolu (48). C'est au niveau préalable de la détermination du contenu de l'obligation à exécuter que la bonne foi est indispensable. Les deux principes se complètent par conséquent en une espèce de consécration : la bonne foi aide par l'interprétation à établir ce qui est dû, *pacta sunt servanda* lui confère *a posteriori* force exécutoire.

B) Bonne foi et équité

a) Le problème de l'équité se situe dans l'antinomie abstraction / individualisation des règles de droit. L'ordre juridique est essentiellement un

(46) Cf. par exemple H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 89. A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, t. I, Milan, 1956, p. 117. C. PARRY, «The Law of Treaties», dans : M. SØRENSEN, *Manual of Public International Law*, Londres/New York/Toronto, 1968, p. 211.

(47) TRUYOL Y SERRA (*supra*, note 13), pp. 45-47.

(48) Il est tout à fait possible de satisfaire à une interprétation textuelle plus ou moins astucieuse afin d'éluider l'esprit du texte. Cf. A. VERDROSS / B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3 éd., Berlin, 1984, p. 280. Un exemple est fourni par l'affaire des *fortifications de Dunkerque* où la France, s'étant engagée à démolir les ports et fortifications de cette ville et à ne pas les reconstruire, entreprit la construction d'un port fortifié encore plus grand à une lieue des anciennes installations. Cf. ZOLLER, *La bonne foi...* (*supra*, note 1), p. 81.

ordre composé de normes abstraites (*ratione materiae*) et générales (*ratione personae*) capables de régir les innombrables espèces susceptibles de se présenter à l'avenir. Pour suffire à cette fonction, ces règles doivent s'abstraire jusqu'à un certain point des spécificités que les espèces peuvent manifester. Les normes juridiques s'adressent à la 'normalité', au cas 'typique'. Mais alors leur application à des cas où prédominent des caractéristiques très particulières et atypiques pourrait produire un résultat injuste : *summum ius, summa iniuria*. La somme des critères propres à une justice pour de tels cas individuels (*Einzelfallgerechtigkeit*) constitue le corps de l'équité (49). L'équité intervient dans ce cas à la place du droit strict ou en tant que correcteur du droit strict, pour en adoucir aux fins de l'espèce les injustes rigueurs.

b) Les rapports entre bonne foi et équité souffrent de quelque obscurité. Tantôt la bonne foi fait partie intégrante de l'équité et constitue une considération équitable (50); tantôt c'est l'équité qui émane de la bonne foi (51). Il est vrai que l'*aequitas*, le *ius gentium* et les *bonae fidei iudicia* étaient liés dès le droit romain. L'indivision relative de l'équité et de la bonne foi a aussi été maintenue dans la jurisprudence (52) ou dans les contrats quasi-internationaux conclus par les sociétés commerciales avec les États sur le sol desquels elles opèrent (53).

La doctrine internationaliste a trop souvent été tentée de ramener la différence entre les deux concepts à un seul aspect. Ces tentatives ne pouvaient dès lors pas être couronnées de succès. La distinction ne peut pas reposer uniquement sur la nature subjective ou objective des concepts (54), ni sur l'existence d'un lien nécessaire ou non avec l'activité juridictionnelle (55), ni sur la nature de l'appréciation que ces concepts ouvrent au juge (56). La multiplicité des acceptions et la diversité des fonctions de la bonne foi et de l'équité s'opposent à une comparaison aussi linéaire (57). Selon les aspects visés se révèlent tantôt des convergences, tantôt de

(49) Voir surtout les développements d'Aristote, *Éthique à Nicomaque*, liv. V, chap. X.

(50) Op.ind. AMMOUN, affaires du *plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J., *Rec.*, 1969, p. 137.

(51) OPPENHEIM (*supra*, note 8), p. 44.

(52) Affaires du *plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J., *Rec.*, 1969, p. 46.

(53) Cf. l'affaire du *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Cy. Limited* (1953), *I.L.R.*, vol. 20, p. 545.

(54) ÇAVARÉ (*supra*, note 1), p. 16 : la bonne foi est une notion psychologique, l'équité une norme.

(55) COT (*supra*, note 1), p. 7 : la bonne foi est une norme de comportement, l'équité une notion inhérente au pouvoir d'appréciation judiciaire et inséparable de celui-ci.

(56) ZOLLER, *La bonne foi...* (*supra*, note 1), pp. 14-5 : la bonne foi permet au juge de tenir compte de tous les éléments de fait pour assouplir la règle de droit, l'équité permet d'écarter le droit strict.

(57) La bonne foi se décompose en plusieurs aspects dont surtout la protection de la confiance légitime, la protection de certaines finalités ou de l'objet et du but d'un rapport juridique; d'un autre côté elle peut être une notion psychologique. L'équité peut quant à elle être correctrice, parfois autonome. Elle peut être *infra, praeter* ou *contra legem*.

franches divergences. Il y a convergence par exemple dans le domaine de l'interprétation. Si l'équité *intra legem* se propose d'infléchir les choix opérés par l'interprète vers la justice alors que la bonne foi s'attache davantage à faire prévaloir l'esprit sur la lettre, l'une et l'autre tendent à se confondre dans cette notion plus large d'interprétation qui est faite de « considerations of fairness, reasonableness and policy » (58). Il peut au contraire y avoir divergence dans l'ampleur des considérations dont la bonne foi et l'équité permettent de tenir compte. Dans un jugement *ex æquo et bono* des solutions transactionnelles partiellement *contra legem* (59) ou des critères d'inégalité compensatrice peuvent venir se placer (60), alors que la bonne foi opère adossée à des règles juridiques.

S'il fallait réduire l'éclairage du rapport entre bonne foi et équité sur un seul point, ce serait celui-ci. L'équité est une notion d'individualisation du droit aux espèces atypiques à des fins de meilleure justice ; c'est une justice du cas individuel. Elle s'inspire de l'infiniment concret qu'elle compare aux impératifs du droit strict dont elle tempère les conséquences. Le principe de bonne foi (pas la bonne foi subjective (61)) relève d'une démarche généralisante. Elle a pour objectif la protection de la confiance mutuelle et donc la sécurité des rapports juridiques du moins *inter partes*. Elle s'oriente au même souci quand elle cherche à protéger la finalité d'un rapport juridique contre les velléités de détournement ou plus généralement le rapport juridique contre des actes tendant à le priver de son objet et de son but. La bonne foi commande de considérer indépendamment de la seule volonté du sujet qui agit l'effet externe de ses actes sur les autres parties au rapport afin de protéger leurs attentes légitimes ou leurs intérêts essentiels. La bonne foi ne tempère donc pas le droit strict dont elle fait partie, mais pallie aux conséquences insatisfaisantes de la prépondérance de la volonté dans la création d'obligations juridiques et dans l'exercice de droits en opposition à un intérêt collectif fondamental. Résumons comme suit : démarche d'individualisation par rapport à une norme abstraite pour l'équité ; démarche de généralisation pour tempérer l'individualisme volontariste pour la bonne foi. Ceci n'exclut pas des convergences partielles ou momentanées dans une espèce.

(58) I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4 éd., Oxford, 1990, p. 26. Il y avait convergence aussi dans le domaine de la valeur obligatoire de la parole donnée en droit romain. Les *bonae fidei iudicia* s'attachaient à tempérer le formalisme du droit civil, une fonction typiquement équitable.

(59) Dans les limites de l'intégrité de la fonction judiciaire, quand il s'agit de la Cour internationale de Justice. Cfr. U. SCHEUNER, « Decisions *ex æquo et bono* by International Courts and Arbitral Tribunals », *Mélanges M. Domke*, La Haye, 1967, pp. 275 et s., 283-4. Ch. DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, 1972, pp. 21 et s.

(60) Ou encore une mise en équilibre d'intérêts et compétences concurrentes : cf. Ch. DE VISSCHER (*supra*, note 59), pp. 27 et s.

(61) Sur ce terme, voir *supra*, 2.b.(1).

4. — *La nature de la normativité de la bonne foi et des principes généraux de droit*

a) Le concept de 'normativité juridique' recouvre plusieurs aspects différents entre eux : la normativité-source, la normativité-obligation et la normativité-application.

La *normativité-source* touche aux modes et modalités (processus) reconnus comme étant capables de produire des normes juridiques. Une norme crée des droits et des obligations juridiques si sa procédure de production correspond à des modes reconnus de formation du droit. C'est traditionnellement une question de source formelle du droit. Dans la mesure où la complexité croissante de la société internationale et les besoins de flexibilité ont généré des sources nouvelles et à valeur intermédiaire (résolutions, *gentleman's agreements*) on a pu parler d'une catégorie à normativité inférieure parce que variable et graduelle (62). La normativité qualifie ici la valeur de la source au regard du droit.

La *normativité-obligation* peut s'inscrire soit dans le sillage de la normativité-source, soit avoir une signification autonome. D'un côté elle peut signifier qu'à la catégorie de l'obligatoire et de l'inobligatoire promue par l'enseignement positiviste s'est adjoint en droit international une catégorie de semi-obligatoire qui opère par des concepts tels que la valeur permissive de l'acte, l'estoppel, l'obligation de prise en compte, l'obligation d'informer sur la conduite arrêtée à propos d'une norme, etc. Ces positions juridiques intermédiaires, connues en droit depuis toujours (63), trouvent leur racine dans la différenciation de la valeur des sources et peuvent être ramenés à celles-ci. D'un autre côté la normativité-obligation peut viser une qualité de la norme juridique obligatoire *stricto sensu*. On sait que les divergences idéologiques, l'incongruence croissante des intérêts dus à l'accroissement considérable du nombre d'Etats et l'accélération des développements économiques, politiques et sociaux, ont mené à une dilution du contenu normatif non seulement des dispositions véhiculés par des sources « faibles », mais aussi de celles contenues dans des traités, source sans conteste « dure ». Les Etats ont de plus en plus recours à des normes-cadre ou programmatoires, à des formules dilatoires et vagues, ou à des compromis purement verbaux, aptes à masquer et à remettre à solution ultérieure les divergences réelles (*Formelkompromisse*) (64). Cette catégorie de normes vagues à source dure

(62) P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international? », *R.G.D.I.P.*, vol. 86, 1982, pp. 5 et s. Voir aussi P. WEIL, « Cours général : le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, vol. 237, 1992-VI, pp. 227 et s.

(63) Par exemple l'obligation naturelle du droit romain; voir à son propos G.E. LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milan, 1962. Sur ces positions juridiques intermédiaires, voir, en plus de la littérature sur la logique juridique, W.N. HOFFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, 1923 (réimprimé à Westport, 1978). A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turin, 1962.

(64) Sur ce type de *soft law*, cf. par exemple WEIL, « Cours... » (*supra*, note 62), pp. 215-9.

a contribué à modifier la nature du corps des règles de droit international. Elle a justifié une distinction quant à la normativité de dispositions à l'intérieur du processus traditionnel des sources.

La *normativité-application* touche à la question de l'applicabilité directe d'une norme à l'intérieur d'un système juridique donné (65). Il s'agit de déterminer de quelle manière et avec quel degré d'immédiateté le contenu d'une norme juridique peut s'appliquer aux espèces. On peut alors dire que plus une norme est précise, plus elle commande un résultat juridique circonscrit, plus elle peut s'appliquer directement aux espèces, et plus elle est normative (66). La normativité d'une proposition se mesure alors dans sa capacité de déterminer la solution juridique d'un nombre élevé de cas concrets. Mais on peut aussi viser un autre aspect. Les préceptes constitutionnels très généraux ou les principes généraux de droit sont fortement normatifs dans le sens d'une richesse en substance prête à être rendue opérationnelle par voie de concrétisation dans des normes dérivées (67). A une normativité en acte, directement applicable aux espèces, s'oppose ainsi une normativité en puissance, susceptible avant tout de fonder une série de principes et de normes dérivées et vassaux, dont la fonction est de transporter la substance du principe à travers tout l'organisme de l'ordre juridique.

b) Le degré de normativité de la bonne foi varie selon ses différentes acceptions. La bonne foi touche au minimum de normativité dans son acception subjective : pur fait psychologique, la bonne foi n'a ici aucune normativité. La bonne foi ayant exclusivement caractère de standard juridique a une normativité étroite. Elle se limite tantôt à une qualification de faits sociaux sous l'aspect de la régularité, tantôt cherche à établir le contenu moyen de la morale sociale. La normativité de la bonne foi est la plus forte quand il s'agit du principe général de bonne foi. Il s'agit ici de ce que nous avons appelé une normativité en puissance. Dans ce sens la bonne foi est l'un des principes généraux de droit les plus fondamentalement normatifs. Sa riche substance est capable de servir de support à des

(65) Cette dernière précision vise à exclure le problème du caractère *self-executing* des normes internationales en droit interne et tout le domaine des renvois formels et matériels du droit international vers le droit interne. Sur le premier aspect, cf. A. D. McNAIR, *The Law of Treaties*, 2^e éd., Oxford, 1961, pp. 79 et s. Pour les termes de renvoi formel et matériel, cf. F. CAPOTORTI, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 248, 1994-IV, pp. 221-2.

(66) L'applicabilité directe peut tenir à la structure commutative (égalité formelle) de la norme plutôt qu'à sa structure distributive (égalité matérielle). Cette dernière nécessite plus souvent l'édiction de normes intermédiaires de mise en œuvre ou de concrétisation. Cf. sur ce point les réflexions de E. KAUFMANN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 54, 1935-IV, p. 510. Parfois le terme 'normatif' sert au contraire à désigner des normes vagues ou les éléments standard d'une norme, comme par exemple dans le terme allemand 'normative Tatbestandsmerkmale'.

(67) REUTER (*supra*, note 21), p. 442. Contre toute normativité de principes généraux, C. ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam/New York/Oxford, 1976, p. 22.

développements juridiques multiples. Il n'est pratiquement de domaine du droit international ou la bonne foi, directement ou à travers ses notions dérivées, ne joue un rôle important. La normativité de la bonne foi est aussi soulignée par son caractère axiomatique; elle reste toujours présupposée (68). Tout ordre juridique contient à son sommet quelques normes de ce genre. Leur dynamisme est tempéré par leur nombre très réduit et par les limites qu'imposent les nombreuses normes issues du processus de création volontaire du droit. Ces quelques principes d'ordre constitutionnel ont la fonction de pousser la *lex lata* vers la *lex ferenda* et de dépasser, contenir et régir le chaos des faits afin de préserver leur lien avec les valeurs générales auxquelles le droit prépose leur existence. L'équilibre exact des fonctions dynamiques et stabilisatrices du droit — par exemple l'équilibre entre principes généraux dynamiques et exigences de sécurité juridique — dépend des idées et conceptions des sujets d'une société, de la distribution du pouvoir qui y règne, de la pression de transformations sociales plus ou moins rapides, de la stabilité politique et de la consonance idéologique dans la société, de l'importance relative accordée au droit dans l'ordonnement social, de la structure de l'ordre juridique en question, et de toute une série d'autres facteurs contingents dans l'histoire.

c) Comme on l'a vu, la bonne foi a incontestablement une normativité en puissance. Elle fonde et préside à d'autres normes. A-t-elle aussi une normativité en acte? Peut-elle être directement source de droits et d'obligations?

Il faut écarter d'emblée le cas où la bonne foi se présente uniquement comme standard. Par nature elle est alors appelée à s'appliquer aux espèces. Mais la bonne foi n'est ici pas une source d'obligations. C'est un élément constitutif d'une norme dont dépend la mise en œuvre de celle-ci. Quand une norme coutumière exige un lien raisonnable (*bona fide*) pour exercer une compétence, il faut s'assurer du contenu de ce standard dans l'espèce afin de s'assurer si la compétence est régulièrement exercée ou non. Le standard est dans ces cas un élément d'une norme dont la preuve doit être administrée comme elle le doit pour d'autres éléments, subjectifs (par exemple le dol) ou objectifs (par exemple l'accréditation d'un diplomate).

Qu'en est-il du principe de la bonne foi? Suivant quelques auteurs la bonne foi ne peut jamais être une source autonome d'obligations (69). Cela

(68) C. TOMUSCHAT, «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», *R.C.A.D.I.*, vol. 241, 1993-IV, p. 322 : «It stands to reason that good faith (...) cannot be observed by empirical methods. As an ever-present element of any legal system, it constitutes a rationalisation of a certain way of correct conduct required of everyone». Voir aussi VON DER HEYDE (*supra*, note 1), p. 369. M. VIBALLY, «Review Essay : Good Faith in Public International Law», *A.J.I.L.*, vol. 77, 1983, p. 132. H. MOSLER, «General Principles of Law», *E.P.I.L.*, vol. 7, p. 91. M. RADOIKOVITCH, *La révision des traités et le Pacte de la Société des Nations*, Paris, 1930, pp. 13, 16-7.

(69) J. COMBACAU / S. SUR, *Droit international public*, 2 éd., Paris, 1995, p. 110.

revient à dire que le principe n'est jamais une norme : il reste une proposition-cadre jouant un rôle certain dans le processus législatif de création et de transformation du droit international ainsi que dans l'interprétation. La bonne foi est en quelque sorte *executory*, jamais *self-executing*. La Cour internationale de Justice semble abonder dans ce sens restrictif. Dans sa jurisprudence récente elle a maintes fois rappelé, toujours *obiter*, que si la bonne foi est un principe de base qui préside à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, « il n'est pas en soi une source d'obligations quand il n'en existerait pas autrement » (70). Cela équivaut à restreindre le principe de bonne foi à une règle d'interprétation ayant uniquement pour fonction de mesurer l'ampleur d'obligations et de droit préexistants (71).

Cette conception est trop étroite. C'est vrai que normalement la bonne foi opère à travers ses multiples vassaux normatifs qui, plus près des faits et plus concrets, s'offrent comme fondement mieux adapté aux exigences des espèces : doctrine de l'obligatorité des actes unilatéraux, obligations préconventionnelles, estoppel, sanction de l'apparence juridique, etc. Ce qui est douteux, en revanche, c'est d'affirmer que la bonne foi ne peut jamais intervenir directement dans une espèce afin d'y faire peser ses contenus normatifs suffisamment précisés, tels que notamment la doctrine de la protection de la confiance légitime. Que le principe ne s'épuise pas à une règle d'interprétation est démontré par l'usage qu'en fait la doctrine et la pratique. Comme il n'y a pas de *numerus clausus* d'applications de la bonne foi, celle-ci est invoquée dans des contextes divers pour imposer de nouvelles limites à l'exercice de certains droits. Le principe a été invoqué pour fonder une obligation de ne pas détruire l'objet et le but un traité après son entrée en vigueur (72); pour fonder des obligations de prise en compte, d'examen et d'information dans le contexte de recommandations d'organes internationaux (73); ou pour fonder l'obligation d'exécuter les mesures conservatoires que des tribunaux internationaux peuvent se voir obligés d'édicter afin de prévenir un dommage irréparable aux droits en cause et donc à l'ob-

(70) Affaire des actions armées frontalières et transfrontalières (*Nicaragua c. Honduras*) (Compétence et recevabilité), C.I.J., *Rec.*, 1988, p. 105, para. 94. Voir récemment encore l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, *Exceptions préliminaires*, C.I.J., *Rec.*, 1998, para. 39.

(71) Sur cette fonction de la bonne foi, voir *supra*, 2.A. Il faut d'ailleurs rappeler que dans toute interprétation il y a toujours aussi un élément de création juridique : cf. J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtsleuten*, Munich, 1972. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francfort-sur-le-Main, 1970.

(72) G. DAHM, *Völkerrecht*, t. III, Stuttgart, 1961, p. 107. Voir aussi l'Op. ind. et diss. HOLTZMANN, affaire *Sea-Land Service Inc. c. Iran, Iran/U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. VI (1986), pp. 197-8. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond), C.I.J., *Rec.*, 1986, pp. 135 et s.

(73) Op. ind. H. LAUTERPACHT, affaire du Sud-Ouest Africain (*Procédure de vote*), C.I.J., *Rec.*, 1955, p. 119. Cf. A. MALINTOPPI, *Le raccomandazioni internazionali*, Milan, 1958, pp. 323 et s. MÜLLER (*supra*, note 1), p. 96. B. SLOAN, «General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)», *B. Y. I. L.*, vol. 58, 1987, pp. 121-2.

jet de l'instance (74). La bonne foi peut intervenir encore pour imposer des délais de dénonciation raisonnables afin de préserver le bon fonctionnement d'un système, par exemple celui de la clause facultative au sens de l'article 36(2) du Statut de la Cour (75); ou pour protéger les intérêts légitimes d'un sujet, par exemple d'un fonctionnaire international (76). Parfois la bonne foi est le ressort à partir duquel le juge dérive des devoirs de coopération ou de consultation (77). La bonne foi peut aussi intervenir pour décider de l'existence ou de l'inexistence d'un acte juridique. Ainsi, il est reconnu qu'un accord peut être conclu en forme tacite (78). L'existence d'un tel accord peut dépendre de la preuve d'une volonté réelle. Mais il peut aussi reposer sur la bonne foi-confiance si les déclarations et les comportements d'une partie étaient tels que tout sujet loyal ne pouvait les comprendre autrement que comme un engagement conventionnel (79). La bonne foi se prête ensuite à combler des lacunes laissées par les sources principales du droit international. C'est là une fonction classique des principes généraux de droit. De cette manière, en l'absence d'une exclusion expresse de toute responsabilité dans les textes constitutifs, les arbitres nommés en l'affaire *Westland Helicopters c. Arab Organisation for Industrialisation* (1984) ont pu fonder une responsabilité subsidiaire des Etats

(74) L. DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di Giustizia*, Milan, 1993, p. 152.

(75) *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et recevabilité)*, C.I.J., *Rec.*, 1984, p. 420, para. 63 : «Le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable...». Voir aussi l'Op. ind. MOSLER, *ibid.*, p. 467. Cfr. D.W. GRIG, «Nicaragua and the United States : Confrontation Over the Jurisdiction of the International Court», *B.Y.I.L.*, vol. 62, 1991, pp. 166 et s., 176 et s.

(76) *Affaire Najman (n° 5)* (1987), *Jugement n° 810 du TAOIT*, p. 13 : «[La bonne foi exige] qu'un fonctionnaire muté soit averti à temps non pas d'une vague intention mais des caractéristiques du poste qui lui sera confié et du lien d'affectation». Voir aussi l'affaire *Fernandez-Caballero* (1988), *Jugement n° 946 du TAOIT*, p. 8.

(77) *Affaire relative à l'interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, C.I.J., *Rec.*, 1980, pp. 93-6. Voir aussi l'affaire *A.15 du 20.08.1986, Iran / U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 12, p. 61. Des devoirs d'information ont aussi été dérivés du principe de bonne foi : affaire du *Rainbow Warrior* (1990), *R.G.D.I.P.*, vol. 94, 1990, p. 843, para. 63. De tels devoirs d'information ont été admis par l'Etat qui en était grevé : cf. la *Réplique de A. Fischer* (États-Unis d'Amérique), affaire relative aux *droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (1952), C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. II, p. 316 : «Good faith on the part of the United States required the United States to inform the French Government...».

(78) Sur les accords tacites en droit international, voir surtout M. DECLEVA, *Gli accordi taciti internazionali*, Padoue, 1957. McNAIR (*supra*, note 65), pp. 6 et s.

(79) Sentence de la Cour suprême allemande (BGH) du 7 février 1968, V. BRUNS (éd), *Fontes Iuris Gentium*, sér. A, sect. II, t. 6 (1966-70), Berlin, 1979, p. 15. Cf. MÜLLER (*supra*, note U), p. 107-110. DAHM (*supra*, note 72), p. 55, 73-4. C'est l'ancienne règle de Cicéron : «In fide semper autem quid senseris, non quid dixeris cogitandum» (*De officiis*, cap. XIII; et GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XVI, para. 1). Sans nommer la bonne foi la Cour s'est inspirée d'un tel critère pour déterminer la valeur d'un procès-verbal en l'affaire de la *délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Compétence et recevabilité)*, C.I.J., *Rec.*, 1994, p. 122, para. 27 : «Ayant signé un tel texte, le ministre des affaires étrangères de Bahreïn ne saurait soutenir ultérieurement qu'il n'entendait souscrire qu'à une 'déclaration consignant une entente politique' et non un accord international».

membres d'une organisation internationale sur les principes généraux de droit et sur la bonne foi (80). Les arbitres ont sans doute tenu compte du lien particulièrement étroit qui unissait en l'espèce les Etats à l'Organisation. La bonne foi peut encore décider du sort de moyens de procédure. Elle peut par exemple interdire qu'une partie soit entendue avec un moyen qui lèse la partie adverse en trompant sa confiance légitime (81)

Enfin, même quand il s'agit de normes dérivées, la bonne foi influe sur les droits et obligations des sujets de droit. Il faut se rappeler que la bonne foi a une fonction dynamique. En produisant de nouvelles normes limitatrices de la liberté étatique, elle étend indirectement la sphère des droits et obligations internationaux. Il en a été ainsi lorsque, après une longue période de doute, la Cour internationale de Justice a affirmé l'obligatorité des actes juridiques unilatéraux en s'appuyant tant sur la volonté du déclarant (élément constitutif de l'acte juridique) que, plus fondamentalement encore, sur la bonne foi en tant que principe de confiance (fondement ultime de l'obligatorité) (82).

Au regard de ce qui précède, la négation de toute forme de normativité directe de la bonne foi ne saurait se recommander.

III. — L'ÂME : LA BONNE FOI DANS SES APPLICATIONS

1. — *La bonne foi en tant que protection de la confiance légitime*

A) *Généralités : l'importance de la confiance comme donnée sociale et comme doctrine juridique*

1. La théorie de la bonne foi en tant que principe de protection de la confiance légitime a été développée dans le domaine civiliste dès l'époque

(80) *J.D.I.*, vol. 112, 1985, p. 239 : « A défaut d'une disposition excluant explicitement ou implicitement la responsabilité des 4 Etats, cette responsabilité subsiste (...). Faute par les 4 Etats d'avoir exclu formellement leur responsabilité, les tiers qui ont contracté avec AOI [Arab Organisation for Industrialisation] pouvaient légitimement compter sur la mise en jeu de celle-ci. Cette règle découle des principes généraux de droit et de la bonne foi ».

(81) Il pourrait par exemple être contraire à la bonne foi de soulever en cours d'instance une nouvelle base de compétence si le défendeur n'a plus moyen de se fonder sur la réciprocité dans les délais prescrits par le Règlement. Cfr. l'exposé de la Bulgarie dans l'affaire de *l'incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël/Etats-Unis d'Amérique/Royaume-Uni c. Bulgarie)*, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1959, pp. 275-6. Des problèmes similaires peuvent se poser si une partie modifie substantiellement ses demandes en cours de procédure et que les textes régissant l'activité du tribunal ne règlent pas la matière de manière précise (cf. l'affaire *Cal-Maine Foods c. Iran* (1984), *Iran | U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 6, pp. 59-60; voir aussi, *ibid.*, p. 70). On peut aussi parler d'abus de procédure.

(82) Affaires des *Essais nucléaires*, C.I.J., *Rec.*, 1974, p. 268, para. 46 et p. 473, para. 49. Cf. J.D. SICHAULT, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *R.G.D.I.P.*, vol. 83, 1979, pp. 678-9, 683 et s.

des codifications et reçue plus tard dans le droit public de l'État libéral (83). Moins poussée dans les ordres juridiques anglo-saxons où le terme de 'legitimate expectations-theory' s'est imposé, elle a été développée comme véritable doctrine dans les ordres juridiques continentaux ; d'où les concepts 'd'affidamento' en italien et de 'Vertrauensschutz' en allemand. C'est particulièrement en Allemagne que la doctrine a reçu d'importants développements (84).

La bonne foi-confiance fait naître des droits et obligations d'une interaction sociale afin de protéger la confiance légitime qu'un sujet de droit a provoqué chez un autre par ses actes, omissions, déclarations ou comportements. Elle protège le sujet qui s'est de bonne foi fié à une certaine régularité de comportements extérieurs d'autrui et ne permet pas à l'auteur de ces attitudes d'opposer au sujet confiant les aléas de sa volonté réelle. La bonne foi se révèle être essentiellement un tempérament à la puissance de la volonté individualiste en droit. C'est qu'un sujet de droit n'est jamais seul. Il vit dans un espace social. Ses attitudes et ses comportements affectent les autres. La règle de droit qui régit nécessairement la vie en commun se doit donc de prendre en compte les intérêts de stabilité et de confiance qu'un comportement suscite vers l'extérieur. Tout sujet porte, dans certaines limites définies par le droit, une responsabilité pour apparence quand il se commet à une attitude qui visiblement touche aux intérêts légitimes d'autrui, comme tout sujet peut aussi, dans les mêmes limites, tabler sur une certaine constance et continuité des comportements d'autrui, là où sa propre sphère d'intérêt est affectée (85). Qu'il s'agit ici d'un contenu essentiel du principe de la bonne foi est admis par l'écrasante majorité de la doctrine (86) et a souvent été rappelé par la pratique (87). Cet aspect de la bonne foi domine en de nombreuses matières : l'acquiescement normatif

(83) K. LUX, *Die Entwicklung des Gutgläubenschutzes im 19 und 20 Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts*, Stuttgart, 1939.

(84) J. STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, 13^e éd., Berlin, 1995, pp. 225 et s. H. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. II, 12^e éd., Stuttgart/Berlin/Cologne, 1990, pp. 9 et s. *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch* (éd. par K. REBMAN / F.J. SÄCKER), t. II, 3^e éd., Munich, 1994, pp. 88 et s.

(85) MÜLLER (*supra*, note 1), p. 1.

(86) Voir notamment MÜLLER (*supra*, note 1). CHENG (*supra*, note 1), p. 137. MÖSSNER (*supra*, note 1). SICAULT (*supra*, note 82), pp. 680 et s., 683. CHAILLEY (*supra*, note 38), pp. 97-8. P. REUTER, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, 1983, p. 24. W. KARL, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlin, 1983, pp. 269 et s. M.L. ALAIMO, «Natura del consenso nell'illecito internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 65, 1982, p. 269. G. SALVIOLI, *Lezioni di diritto internazionale*, Florence, 1956, p. 5; etc. *Contra*, ZOLLER, *La bonne foi...* (*supra*, note 1), pp. 346 et s.

(87) Cf. l'Op. ind. H. LAUTERPACHT, affaire relative à certains Emprunts norvégiens, C.I.J., *Rec.*, 1957, p. 53. Affaire relative à la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1960, vol. I, pp. 505-6; vol. II, p. 39. Affaires des *Essais nucléaires*, C.I.J., *Rec.*, 1974, p. 268, 476. Affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Compétence et recevabilité), C.I.J., *Rec.*, 1984, p. 418. Voir aussi, pour la France, l'affaire de *l'agent judiciaire du Trésor c. Kansane Mahendra* (1987), Cour d'appel de Paris, *J.D.I.*, vol. 115, 1988, p. 128.

(doctrine du silence qualifié), l'estoppel, la prescription, les actes unilatéraux, les actes concertés non conventionnels, la théorie de l'apparence, etc.

2. Le rôle fondamental de la *confiance* dans tout système normatif peut être décrit sous l'angle juridique, moral, anthropologique, économique ou sociologique. En droit, son importance a toujours et partout été soulignée. «Trust lies at the basis of society» affirme Woolsey (88). Schwarzenberger (89) est aussi lapidaire : «Law of every type relies on the fulfilment of expectations».

Cette nécessité est d'abord assurée par l'existence même d'un système juridique. Sa fonction première est de faire régner l'ordre dans le milieu social en y introduisant une régularité garantie par ses normes. Il s'agit ici d'une *sécurité par le droit*. Mais il y a aussi des aspects de *sécurité dans le droit*. C'est d'un côté l'exigence de la sécurité juridique *stricto sensu* avec ses multiples aspects : exigence d'accessibilité, de clarté, de précision du droit ; exigence de prévisibilité de la décision fondée sur le droit ; *res iudicata* ; etc. C'est de l'autre côté la doctrine de la confiance. Celle-ci a une portée plus ponctuelle que la sécurité juridique en général, mais par sa mise en œuvre elle sert en même temps des aspirations de stabilité de la société dans son ensemble. Le principe de confiance ne touche qu'à une sécurité dans des rapports précis et nettement définis. C'est une sécurité *inter partes*. Cette sécurité découle de l'attachement de la bonne foi aux signes extérieurs qu'un sujet reçoit et les qualifie sous l'angle de la confiance suscitée.

La doctrine de la confiance est donc un facteur de réduction de la complexité : les études de sociologie du droit ont montré l'importance de l'attente créée dans l'interaction sociale (90). Ce n'est qu'à ce prix qu'un sujet peut envisager un cours de conduite et intervenir dans l'interaction sans risque excessif de dommages. Quant à l'importance morale (91) et psychologique (92) de la confiance, nul besoin de s'étendre. Il était naturel qu'un postulat aussi fondamental dans la vie sociale trouve un prolongement proprement juridique dans la doctrine de la confiance.

3. La protection de la confiance légitime connaît des limites. Il faut d'abord se rendre compte qu'il ne s'agit que d'un *topos* juridique dont les conditions d'application ne se sont précisées qu'en certaines matières. Dans tous les autres contextes son poids dépend des circonstances. Quant à ses limites en général, une première est intrinsèque. Il faut en effet que la confiance soit *légitime*. Le sujet en question doit avoir pu honnêtement faire

(88) Cité par J. DE LOUTER, *Le droit international public positif*, t. I, Oxford, 1920, p. 470.

(89) SCHWARZENBERGER (*supra*, note 1), p. 290.

(90) *Supra*, note 22.

(91) CICÉRON, *De officiis*, lib. I, cap. VII, 23 : «Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas».

(92) M. KOLLER, *Sozialpsychologie des Vertrauens*, Bielefeld, 1990. K. SALMELAARO / J. NURMI, «Uncertainty and Confidence in Interpersonal Projects», *Journal of Social and Personal Relationships*, vol. 13, 1996, pp. 109 et s.

confiance aux comportements d'autrui. Ce n'est pas le cas si le comportement en cause était trop équivoque. Une deuxième limite est extrinsèque. Elle découle de l'existence d'un ordre public international. Les intérêts bilatéralistes de confiance ne peuvent pas normalement l'emporter sur des normes touchant aux intérêts et valeurs généraux de la société. L'application de ces préceptes peut poser de grands problèmes dans certaines espèces.

4. Avant d'en venir aux différents concepts du droit international fondés sur la protection des attentes légitimes, il peut être utile de mentionner quelques sentences déjà anciennes qui s'inspirent de ce critère. Il n'y a dans cette matière, comme dans d'autres, rien de vraiment neuf. Dans l'affaire du *port de Portendick* (1843) le ministre français de la marine et des colonies avait informé l'ambassadeur britannique à Paris qu'il n'existait aucune intention du Gouvernement français de fermer le port en question, situé au Sénégal. Suite à des troubles survenus dans ce territoire africain, dix mois après cette déclaration, le port fut soumis à un blocus. Le Royaume-Uni n'avait pas contesté la licéité de la fermeture. Il avait simplement critiqué l'absence de toute notification de cette mesure en temps utiles, notification qui semblait s'imposer avec davantage de force eu égard aux assurances données précédemment. Dans l'ignorance de la fermeture, plusieurs navires battant pavillon britannique avaient appareillé pour le port de Portendick et, ne pouvant mouiller le port, avaient subi des dommages. L'arbitre accueillit la plainte britannique. Que c'est précisément «the trust and confidence that a State may reasonably place in the word of another» (93) qui sont l'objet de la protection ressort de la décision de l'arbitre de n'indemniser que les navires qui n'avaient pas eu connaissance de la fermeture par voie de sources officieuses (94).

Dans l'affaire *Aboilard* (1905) le Gouvernement haïtien avait conclu un contrat de concession avec un ressortissant français. Après une série de comportements susceptibles de fonder la confiance en la continuité des engagements, la Gouvernement haïtien fit valoir que certaines conditions du droit interne — dont notamment l'approbation du corps législatif — n'avaient pas été remplies. La concession fut retirée. Le tribunal arbitral apprécia cette conduite comme suit : «[Il y a] faute grave de la part du gouvernement haïtien d'alors à faire un contrat dans de semblables conditions, à créer des attentes légitimes qui, ayant été trompées par le fait du gouver-

(93) CHENG (*supra*, note 1), p. 139. Le Royaume-Uni a fait valoir un argument fondé sur la protection de la confiance : «There is not (precisely speaking) an engagement in this case, but there is a confidential communication, which communication, in all good faith, is to be believed, until otherwise explained or contradicted» (*British and Foreign State Papers*, vol. 30, p. 641, cité par CHENG (*supra*, note 1), p. 138).

(94) A. DE LA PRADELLE / N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. I (1798-1855), Paris, 1906, p. 526.

nement lui-même, ont entraîné un préjudice dont réparation est due» (95). L'aspect de la confiance peut ici être lu en conjonction avec un autre principe dérivé de la bonne foi : nul ne peut tirer avantage en droit de son propre tort. Les faits étaient similaires dans l'affaire *Schufeldt* (1930) opposant les États-Unis d'Amérique et le Guatemala. L'arbitre s'exprima, *obiter*, comme suit : «The Guatemala Government, having recognized the validity of the contract for six years and received all the benefits to which they were entitled under the contract and allowed Schufeldt to go on spending money on the concession, is precluded from denying its validity, even if the approval of the legislature had not been given to it» (96). La bonne foi couvre ainsi un titre éventuellement défaillant.

La doctrine de la confiance peut aussi s'opposer à l'application d'une loi demeurée longtemps inappliquée. Dans l'affaire *D.J. Adams* (1921) l'arbitre reproduisit avec approbation l'argument de l'agent des États-Unis d'Amérique selon lequel «as a matter of international law, where for a long continued period a Government has, either contrary to its laws or without having any laws in force covering the case, permitted to aliens a certain course of action, it can not, under the principles of international law, suddenly change that course and make it affect those aliens already engaged in forbidden transactions as the result of that course...» (97). Il s'agit là d'une doctrine du *sudden change* sur laquelle nous reviendrons.

B) *La protection de la confiance dans le droit des traités*

Nous nous bornerons à trois illustrations de l'opération du principe de confiance dans le droit des traités : la doctrine de la ratification par actes concluants, la question des ratifications imparfaites, la modification du traité par la pratique subséquente.

a) *La ratification par actes concluants (ratification by conduct)*

La ratification d'un traité peut être expresse ou tacite (actes concluants). La doctrine de la ratification tacite est appliquée généralement si le traité a fait l'objet d'une exécution partielle ou totale spontanée dès avant sa ratification formelle, et particulièrement dans le cas où la partie se prévalant de l'absence de ratification formelle a déjà fait valoir à son avantage

(95) *R.G.D.I.P.*, vol. 12, 1905, *Annexe, Documents*, p. 15.

(96) *R.S.A.*, vol. II, p. 1094.

(97) *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. I, (1919-1922), pp. 237-8. Pour la sentence entière, cf. *R.S.A.*, vol. VI, pp. 85 et s.

des dispositions du traité ou autrement dérivé des bénéfiques de son application effective (98).

La construction juridique de la ratification tacite a donné lieu à des incertitudes. En synthétisant les choses, on peut dire qu'à une explication volontariste s'oppose une autre qui fait appel à la doctrine de la confiance. La théorie la plus restrictive, celle des volontaristes, voit dans l'exécution du traité un acte de volonté ayant pour but de se dispenser d'une ratification au sens formel (99). Il s'agit ici d'un acte juridique unilatéral tacite de renonciation à une ratification ultérieure (100). Cependant, dans la mesure où un État serait lié même en l'absence d'une telle volonté au regard de la signification objective de ses actes, la construction volontariste s'avère insuffisante. Le lien juridique découle alors d'un principe général de droit, de l'estoppel (101) ou de la bonne foi (102), ayant pour objet la protection de la confiance légitime (103).

Dans l'affaire du *plateau continental de la mer du Nord* (1969) la Cour internationale de Justice eut pour la première fois à se pencher sur la question. Le Danemark et les Pays-Bas avaient prétendu que la Convention de Genève de 1958 relative au plateau continental et surtout son article 6, relatif à la délimitation du plateau, était devenue obligatoire pour l'Allemagne malgré l'absence de ratification formelle du fait de ses comportements. Mais les comportements invoqués étaient très sporadiques et l'intérêt des demandeurs portait surtout sur l'article 6. Dès lors la Cour choisit de se placer sur le terrain de l'estoppel dont elle n'estima pas les conditions réunies en l'espèce (104). Par cela elle faisait place au critère de la confiance. Celui-ci trouva plus tard une application exemplaire en l'affaire *Textron* (1981). C'est la validité d'un accord contenant une clause d'arbitrage qui était litigieuse. L'Iran faisait valoir qu'il n'avait pas été formelle-

(98) Ce dernier aspect fait intervenir très directement la bonne foi mais aussi la maxime '*qui habet commoda, ferre debet onera*' (*Dig.*, 50, 17, 10 (Paulus)). Sur cette maxime, cf. G. VAN DEN BERGH, «Qui habet commoda, ferre debet onera — Contributions à l'histoire d'une maxime juridique», *Mélanges H.J. Scheltema*, Groningue, 1971, pp. 21 et s. Pour la bonne foi, cf. *Yb.I.L.C.*, 1953-II, p. 165 [YEPES] : «Or, conçoit-on quelque chose de plus foncièrement contraire à la bonne foi que le fait, pour une État, d'invoquer un traité s'il lui est favorable et en même temps le rejeter, sous prétexte de non-ratification expresse de sa part, quand il s'agit des obligations imposées par le traité?».

(99) P. PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de droit international européen et américain*, t. II, Paris, 1885, p. 780. F.O. WILCOX, *The Ratification of International Conventions*, Londres, 1935, p. 39. Voir aussi l'affaire de l'île *D'Anjouan*, Cour de cassation française, *R.G.D.I.P.*, vol. 1, 1894, pp. 66-7.

(100) *Yb.I.L.C.*, 1953-II, p. 117 [H. LAUTERPACHT].

(101) *Yb.I.L.C.*, 1952-II, p. 54, para. 21 [BRIERLY].

(102) *Yb.I.L.C.*, 1953-II, p. 165 [YEPES].

(103) Cf. surtout MÜLLER (*supra*, note 1), p. 164.

(104) C.I.J., *Rec.*, 1969, pp. 25-6, 26 : «La Cour est d'avis que seule l'existence d'une situation d'estoppel pourrait étayer pareille thèse : il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque».

ment ratifié. S'aidant de l'estoppel, l'arbitre, F. Vischer, s'exprima comme suit : « The Agreement was treated as in full force and effect and performed over a substantial period of time. The validity of the Agreement was never questioned, and Claimants were left *in confidence* of the validity of the arbitration agreement. Governments are like private parties subject to the doctrine of ratification by conduct. The Government of Iran was in full awareness of Agreement, extensive performance thereof, the arbitration agreement and its importance and never questioned it. After such a course of conduct, the validity of the Agreement or the arbitration clause may not be denied » (105).

L'arbitre a dans cette affaire méticuleusement soupesé les arguments et les conduites des parties au regard du standard de la confiance. On voit comment l'application de la doctrine de la ratification par actes concluants — le terme tacite est moins approprié dans ce contexte parce qu'il évoque plutôt un acte de volonté — est essentiellement fondé sur l'appréciation de l'incidence *externe* des attitudes adoptées afin de protéger à travers la sanction de l'apparence la confiance des autres sujets parties à l'interaction.

b) *La bonne foi dans les ratifications imparfaites*

1. La conclusion des traités internationaux relève d'une procédure mixte. C'est un acte international dont la validité dépend de certaines manifestations de volonté d'organes étatiques entreprises selon le droit interne. Ainsi un traité peut-il être conclu en violation de ces dispositions du droit interne sur la compétence pour conclure un traité. Quel est l'effet international de cette violation du droit interne (106) ?

Le problème se présente comme conséquence de l'autonomie constitutionnelle que le droit international laisse aux Etats en raison de leur souveraineté. Il ne définit pas les organes compétents pour la conclusion des traités ni les procédures d'expression de la volonté d'être lié. Dans ce domaine le droit international renvoie au droit interne. Toute la question est de préciser la portée de ce renvoi.

(105) *Iran / U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 6, p. 345-6. Voir aussi l'affaire *Union of India c. Sukumar Sengupta* (1990), Cour suprême de l'Inde, *I.L.R.*, vol. 92, p. 570, para. 22 : « The agreement between two countries might be ratified not only by a subsequent formal agreement but by actual implementation or by conduct and read properly, in our opinion, these two subsequent agreements did ratify the previous agreements ».

(106) L'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) dispose à cet effet comme suit : « 1. Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. 2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ».

a) Soit il s'agit d'un renvoi intégral portant incorporation en bloc du droit interne pertinent dans le droit international. C'est la théorie *constitutionnaliste* (*Relevanztheorie*). Ce courant est tributaire de la multiplication des régimes parlementaires et du souci de soumettre les actes de l'exécutif au contrôle des organes représentatifs du peuple. Ce primat de l'intérêt démocratique amène à dire que toute violation du droit interne pertinent est médiatement une violation du droit international (puisque'il y a renvoi) et rend le traité annulable à la discrétion de l'Etat où l'illégalité interne a été commise (107). Du point de vue international, cette solution se heurte aux plus impérieuses nécessités de sécurité des rapports juridiques. Il n'y aurait plus aucune uniformité dans la conclusion des traités : en fait le droit interne prendrait le pas sur le droit international. La validité des traités internationaux, dont l'objet même est de créer la sécurité juridique, serait gravement menacée par des exceptions imprévisibles. Des problèmes pratiques s'y ajoutent. Aucun Etat ne peut être censé d'avoir à enquêter sur la teneur précise du droit interne (selon les textes et la pratique) des autres Etats avec lesquels il entend conclure un traité. Mieux même, l'autonomie constitutionnelle rendra délicat voire impossible à cet Etat de discuter ou de contester la compétence *apparente* d'organes de ses cocontractants potentiels.

b) Soit, en deuxième lieu, tout renvoi du droit international vers le droit interne est nié. Chaque ordre juridique règle nécessairement tous les faits aptes à produire des conséquences juridiques en son sein. Ainsi y a-t-il plénitude formelle et autonomie du droit international qui règle lui-même l'effet d'une ratification irrégulière sur le plan international. C'est la *théorie internationaliste* (*Irrelevanztheorie*). La portée des ratifications imparfaites se mesure selon la pratique internationale qui ne s'attache qu'à la manifestation extérieure de la volonté étatique à l'exclusion des questions de droit interne. L'irrespect des procédures internes doit être sanctionné sur le plan interne sans permettre à l'Etat de se prévaloir de son propre tort sur le plan international. Ce courant donne la primauté aux exigences de stabilité du droit international. Mais c'est alors le but des constitutions modernes, qui est de permettre le contrôle de l'exercice de la puissance publique par des organes à légitimité démocratique, qui est manqué (108).

c) Ce conflit entre les principes de constitutionnalité et de stabilité des rapports internationaux est susceptible de tempéraments. Le renvoi du droit international au droit interne peut être construit comme renvoi

(107) H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, pp. 236 et s. WILCOX (*supra*, note 99), pp. 41 et s. B. CONFORTI, «Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 212, 1988-V, p. 97.

(108) Dans le sens de la solution internationaliste, cf. par exemple D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, 1929, pp. 359 et s. K. HOLLOWAY, *Modern Trends in Treaty-Law*, Londres / New York, 1967, pp. 105 et s, 441 et s. G. SCHWARZENBERGER, *International Law — As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. I, 3 éd., Londres, 1957, p. 429-30.

limité. Comme il a été dit, les États ne peuvent faire autrement que de se fier à l'apparence de la compétence des organes de leurs éventuels cocontractants, tant pour des raisons pratiques que par respect de leur autonomie constitutionnelle. Dès lors la protection juridique doit prendre comme pivot central la notion de l'apparence. Pour pouvoir opposer internationalement une violation du droit interne il faut que celle-ci relève d'une limitation du *treaty-making power* suffisamment typique et fréquente pour que nul État ne puisse objecter de bonne foi qu'il l'ignorât. Pour les dispositions trop atypiques, si elles ne sont pas expressément réservées, la confiance du cocontractant, qui n'en pouvait connaître l'existence, est protégée.

En général, cette confiance peut s'analyser sur deux plans, l'un objectif, l'autre subjectif. Objectivement, peuvent être opposées à autrui des normes que la fréquence et la régularité dans les divers ordres juridiques ont revêtues d'une typicité certaine. Subjectivement, pour des normes moins représentatives d'une pratique répandue, il est possible qu'un État déterminé doive de bonne foi les connaître à cause de fréquents rapports conventionnels avec l'État dont le droit interne est en cause. Alors l'État connaissait ou devait connaître, eu égard à la diligence due selon les circonstances, les défauts dont se trouve frappé l'acte de ratification. Cette solution intermédiaire, dite *théorie de l'évidence ou de l'apparence* repose ainsi sur l'idée de la bonne foi-confiance. Elle a été défendue par un bon nombre d'auteurs (109) et reprise par l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). Comme on le voit, toute la matière repose désormais sur une codification du principe de confiance.

2. La pratique internationale a longtemps été très divisée sur la solution à donner aux ratifications imparfaites (110). Mais contrairement à ce qui a été dit (111), des précédents pour la théorie de l'évidence existent depuis longtemps. Elle était connue dès le moyen âge. Bartole l'évoque dans son *Traité sur la tyrannie* (112). Le Département suisse des affaires étrangères

(109) Cf. par exemple G. SPERDUTI, «Rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali sulla stipulazione dei trattati e i suoi limiti», *Mélanges T. Perassi*, vol. II, Milan, 1957, pp. 301 et s. H. ROLIN, «Les principes du droit international public», *R.C.A.D.I.*, vol. 77, 1950-II, p. 425. McNAIR (*supra*, note 65), p. 76-7. MÜLLER (*supra*, note 1), pp. 191 et s.

(110) Les précédents tant constitutionnalistes qu'internationalistes abondent. Cfr. H. BLIX, *Treaty-Making Power*, Londres / New York, 1960, pp. 248 et s., 302 et s. W.K. GECK, *Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge*, Cologne / Berlin, 1963, pp. 281 et s., 339 et s. L. WILDHABER, *Treaty-Making Power and Constitutions*, Bâle / Stuttgart, 1971, pp. 154 et s. L. FERRARI BRAVO, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Naples, 1964, pp. 227 et s.

(111) C. GIALDINO, «Imputazione giuridica e buona fede nella conclusione dei trattati», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 43, 1960, p. 434, 442-3. FERRARI BRAVO (*supra*, note 110), pp. 317 et s.

(112) *Tractatus de tyrannia* (éd. Lyon, 1547), p. 115. Le raisonnement est le suivant : si un tyran qui s'est illégalement emparé du pouvoir conclut un traité avec une puissance externe, un tel traité sera nul. Mais cela ne vaut en pleine rigueur qu'envers celui qui sait qu'il traite avec un tyran. Si l'autre n'a pas cette connaissance et ne doit pas selon les circonstances l'avoir, il faut lui reconnaître au moins une faculté de réintégration (*restitutio in integrum*).

s'en inspirait dès 1918 dans le contexte d'un traité conclu avec la Chine (113). Dans la procédure constitutionnelle allemande sur la contribution de défense européenne (*Wehrbeitrag*), la protection de la confiance provoquée par une déclaration du Chancelier allemand fut au cœur des débats (114). La Commission du droit international elle-même a cru pouvoir interpréter certains précédents de la Société des Nations (affaires de l'admission de l'Argentine et du Luxembourg, et surtout l'incident *Politis*) en ce sens (115). Depuis l'adoption de la Convention de Vienne (mais dès avant son entrée en vigueur), la pratique s'est fixée sur cette solution : on peut citer les affaires *Kamiar* (1966-68) (116) et *Textron* (1981) (117), et, parmi la pratique diplomatique, un avis de la Direction du droit international public helvétique du 6 juillet 1984 (118). Enfin, le tribunal arbitral en l'affaire de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (1989) a estimé que le sujet est régi par le principe de la bonne foi et que le droit international applicable en 1960 reposait déjà sur la protection de la confiance légitime (119).

c) *La bonne foi dans le domaine de la pratique subséquente à un traité*

1. La conclusion d'un traité entre États vise le plus souvent à préciser des obligations et droits réciproques dans un domaine déterminé et à les revêtir d'un degré de stabilité que seuls les actes écrits peuvent garantir.

(113) P. GUGGENHEIM (éd), *Répertoire suisse de droit international public*, vol. I, Berne, 1975, p. 11-2, 14.

(114) GECK (*supra*, note 110), p. 45.

(115) *Ann. C.D.I.*, 1966-II, p. 263, para. 7.

(116) *I.L.R.*, vol. 44, pp. 197 et s., p. 262-3. La Cour suprême israélienne estima que la confiance (*reliance*) d'un État dans la pratique constitutionnelle d'un autre État, telle qu'illustrée par la *Legislative Series* des Nations Unies, forclot ce dernier d'invoquer l'invalidité du traité conclu conformément à cette pratique.

(117) (*Supra*, note 105), p. 345 : «The questions if the violation was manifest and if other party should have known of it are to be decided according to the principle of good faith (...). Claimants had no way of knowing of the Decree and all reason to believe and trust in lawfulness of arrangements in good faith (...). They must be allowed to presume in good faith that a Government acts according to its own laws and does not violate them».

(118) L. CAPLISCH, «La pratique suisse en matière de droit international public (1986)», *A.S.D.I.*, vol. 43, 1987, p. 137-8. Voir aussi un arrêt du tribunal fédéral (*A.T.F.*, vol. 112, partie Ia, pp. 78-80), *ibid.*, pp. 139-140 et le Message du Conseil fédéral suisse du 17 mai 1989, *A.S.D.I.*, vol. 47, 1990, p. 134.

(119) *R.G.D.I.P.*, vol. 94, 1990, p. 246-7, para. 55 : «Les précédents diplomatiques n'étaient pas uniformes mais, en général, l'on peut en déduire que seule une violation grave et évidente du droit interne aurait pu justifier une déclaration de nullité d'un traité. Le Tribunal estime que sa décision à ce sujet doit être régie par le principe de la bonne foi. Celui-ci étant, indubitablement, la règle observée par les États en 1960 en ce qui concerne la conclusion d'un accord international». *Ibid.*, pp. 249-250, para. 59 : «Si l'on considère le texte de l'Accord du 26 avril 1960, l'intervention sporadique de l'Assemblée nationale dans l'approbation des conventions internationales, le fait que les quelques textes aussi importants que la Charte des Nations Unies n'ont pas été approuvés par elle et que l'Accord a été signé par le Dr. António Oliveira Salazar, chef incontesté du régime à caractère autoritaire qui existait alors au Portugal, l'on peut conclure que le Gouvernement français a eu des raisons de croire, en toute bonne foi, que le traité signé était valable» (italiques ajoutées).

D'où l'importance accordée au texte dans l'interprétation des traités. Si la pratique subséquente par actes, omissions et déclarations permet de modifier l'obligation contenue dans le texte, elle ne se départit pourtant pas de cette idée de stabilité de l'engagement conventionnel. A la sécurité de la proclamation d'intentions qu'est le texte se joint et parfois se substitue la sécurité des comportements effectifs (120). Comme l'a dit la Cour permanente d'arbitrage, «l'exécution des engagements est, entre Etats, comme entre particuliers le plus sûr commentaire du sens de ces engagements» (121). Ce n'est qu'une illustration de plus de la prédominance des forces de consolidation sur les seuls titres formels dans un ordre juridique peu intégré (*quieta non movere*, effectivité) (122). Quand il s'agit de pratique subséquente, cette stabilité du texte se transforme en stabilité de la confiance créée. D'un côté, le jeu des attentes légitimes peut aboutir à la modification du contenu du traité envers toutes les parties si la pratique suivie et tolérée était suffisamment générale. D'un autre côté, les attentes légitimes peuvent tisser autour du texte une série de positions juridiques subjectives. Par des actes et des tolérances, de nouvelles obligations issues d'acquiescements et d'estoppels se superposent au texte dans les rapports *inter partes*.

2. Il est d'usage de distinguer entre pratique interprétative et pratique modificative du traité (123). Mais il faut se rendre compte qu'il n'y a aucune différence *spécifique* entre interprétation et modification du traité par voie de pratique subséquente : d'abord parce que toute interprétation contient des aspects créateurs de droit, ensuite parce que la raison même de la distinction, savoir la séparation des pouvoirs, vient à manquer entre les parties au traité qui en sont à la fois auteurs et destinataires. Si le régime entre pratique interprétative et modificative est largement commun, il faut encore s'entendre sur l'analyse juridique qu'il convient de faire du processus de transformation des obligations encourues. Un grande partie de la doctrine propose comme concept clé celui de l'*accord tacite*. Cette conception est assurément infondée quand il s'agit, en bas de la gamme, d'éclairer l'interprétation du texte par la pratique suivie. Ce serait faire dépendre la simple prise en compte d'un élément aux fins de la compréhension d'une norme des conditions rigoureuses auxquelles est soumise la modification de cette norme. Il ne peut y avoir ici qu'une gradualité de la valeur probante

(120) Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, p. 121-2.

(121) Affaire de l'indemnité russe (1912), *R.S.A.*, vol. XI, p. 433. Voir aussi Paulus, *Dig.*, I, 3, 37 : «Optima legum interpres est consuetudo». *Codex iuris canonici, Liber Sextus, de regulis iuris, regula 56*.

(122) J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, 1964, pp. 156 et s.

(123) Voir les articles 31 (3) (b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) et 38 du Projet de la C.D.I. (*Ann. C.D.I.*, 1966-II, p. 257).

et non un seuil de prise en compte (124). La Cour internationale de Justice l'a bien vu dans l'affaire du *Statut du Sud-Ouest Africain* (1950) où elle a tenu compte à des fins d'interprétation d'une attitude unilatérale de l'Union Sud-Africaine (125). Dès qu'on se déplace vers le haut de la gamme, c'est-à-dire la modification du traité, l'élément volontaire gagne en importance. C'est la théorie de l'*actus contrarius* : ce qu'une volonté a fait, c'est une autre qui peut le défaire. Or le phénomène est toujours graduel. Plus une pratique est constante, claire et commune, et plus elle pourra être modificative; plus elle est intermittente, incertaine et isolée, et plus elle sera limitée à un simple indice interprétatif.

Dès lors l'explication par l'accord tacite est ici encore insuffisante. Qu'une modification du traité par un nouvel accord, même tacite, soit possible s'il y a volonté réelle à cet effet, est incontesté. Mais il y a un saut logique, opéré le plus souvent pour sauver le dogme volontariste, d'en déduire que puisque la pratique subséquente a pouvoir modificatif, elle doit nécessairement relever d'un acte juridique. L'inadéquation se révèle sur le double plan phénoménologique et pratique.

D'abord, toute pratique est un processus complexe et non un procédé volontaire. L'acte juridique relève d'une projection volontaire réalisée instantanément; l'essence y précède l'existence. La pratique est un processus amorphe d'accumulation de faits dont la qualification juridique se fait après coup. Les actes accomplis ne relèvent pas d'une volonté inscrite dans le creuset de la formation d'accords. Que d'hétéronomie, d'interaction et d'éparpillement dans l'un; que d'autonomie, de pétition souveraine et de concentration dans l'autre. D'où la fictivité inhérente aux constructions qui cherchent à tout prix de réduire des processus sociaux à des actes juridiques (126).

La pratique n'a presque jamais eu recours au modèle de l'accord tacite lorsqu'elle a été confrontée à des faits étalés sur une longue durée. Tant dans les affaires des *Emprunts serbes et brésiliens* (1929) (127), que dans la *sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (1960) (128), que dans l'affaire du *Temple Préah Vihéar* (1962) (129), la

(124) J.P. Cor, «La conduite subséquente des parties à un traité», *R.G.D.I.P.*, vol. 70, 1966, p. 645. W. KARL, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlin, 1983, pp. 143 et s.

(125) C.I.J., *Rec.*, 1950, p. 86-7. Voir aussi les affaires du *Sud-Ouest Africain*, *Exceptions préliminaires*, C.I.J., *Rec.*, 1962, pp. 339-340.

(126) C'est la raison pour laquelle l'accord tacite est généralement élargi jusqu'à comprendre des concepts qui n'en relèvent pas, comme la doctrine du silence qualifié. L'acceptation d'une partie est ici déduite *iuris et de iure* «de la réaction ou de l'absence de réaction de cette partie à l'égard de cette pratique» (*Ann. C.D.I.*, 1966-II, p. 107, para. 18). Mais c'est un fait d'observation courante que le sujet resté passif n'a en règle générale aucune volonté et moins encore une volonté de conclure un accord.

(127) C.P.J.I., *ser. A*, n° 20, p. 38 et n° 21, pp. 119-20.

(128) C.I.J., *Rec.*, 1960, p. 206-7.

(129) C.I.J., *Rec.*, 1962, p. 34. Sur cette jurisprudence, cf. KARL (*supra*, note 124), pp. 232 et s. Cor (*supra*, note 124), pp. 654 et s. MÜLLER (*supra*, note 1), pp. 173 et s.

Cour a considéré la modification des obligations encourues sous l'angle des principes d'acquiescement normatif et de l'estoppel qui reposent sur le concept de confiance légitime (130). Si l'on se tourne vers la jurisprudence arbitrale, et surtout vers le *locus classicus* en la matière, l'affaire de l'*interprétation de l'accord aérien franco-américain* (1963), on constate que là aussi les éléments d'apparence qui appellent des considérations de protection de la confiance l'ont emporté sur les éléments subjectifs. La France avait accordé aux États-Unis d'Amérique des droits aériens aux fins d'une exploitation commerciale. Dans une pratique restée incontestée par les organes de l'aviation française, les destinations desservies furent élargies au delà de ce qui était prévu dans les textes. Le Tribunal a estimé que devaient être pris en compte non seulement des expressions de volonté tacite, mais tout comportement actif et surtout passif. Il applique le principe de l'acquiescement normatif :

«Ce qu'on a surtout en vue ce sont les cas où un consentement ouvert ou implicite a été donné à une certaine prétention ou à l'exercice d'une certaine activité, *ou des cas où une attitude* — soit-il ou non correct de la décrire comme une forme de consentement tacite — *a certainement des effets équivalents à un consentement proprement dit* quant à la situation de droit qui en résulte entre les Parties. Le Tribunal se réfère notamment à des hypothèses telles que les suivantes : la Partie intéressée n'a pas soulevé en fait une objection qu'elle aurait eu la possibilité de soulever, ou elle a laissé tomber ou n'a pas renouvelé au moment où l'occasion s'en était présentée [cette objection](...) ou tout en objectant en principe elle a consenti en fait à la poursuite de l'action à l'égard de laquelle elle a exprimé l'objection, ou encore elle a donné un consentement implicite, résultant du consentement exprimé à propos d'une situation liée à l'objet de la contestation» (131).

On peut voir que le Tribunal s'attache à l'idée de la protection des apparences sous l'aspect de la confiance légitime. Toute la matière relève d'ailleurs de la bonne foi-confiance que d'une volonté tacite (132). Des faits com-

(130) L'approche volontaire a peut-être prévalu dans l'affaire de la *Namibie* (1971) pour ce qui est de la pratique constitutionnelle du Conseil de Sécurité de ne pas considérer une abstention comme un vote faisant obstacle à l'adoption d'une résolution en vertu de l'article 27, paragraphe 3, de la Charte. La Cour parle de 'pratique généralement acceptée', mais elle parle aussi de 'pratique générale de l'Organisation'. Le cadre de la pratique est ici restreint et ses conditions très précises; l'élément volontaire y a plus de place. Cf. C.I.J., *Rec.*, 1971, p. 22 : «La procédure suivie par le Conseil de Sécurité (...) a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une *pratique générale* de l'Organisation» (italiques ajoutées).

(131) *R.G.D.I.P.*, vol. 69, 1965, pp. 249-250 (italiques ajoutées). Sur cette affaire, dans notre contexte, voir KARL (*supra*, note 124), pp. 238 et s. COR (*supra*, note 124), pp. 664 et s. MÜLLER (*supra*, note 1), p. 174-5.

(132) MÖLLER (*supra*, note 1), pp. 172 et s., 188 et s. KARL (*supra*, note 124), pp. 269 et s. et aussi p. 156-7, 327, 337. COR (*supra*, note 124), pp. 656 et s. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, pp. 170 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. Voir aussi G. SPERDUTI, «Prescrizione, consuetudine e acquiescenza», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 44, 1961, pp. 3 et s., partic., pp. 5, 8, 14.

plexes et étalés dans le temps se prêtent rarement à des constructions par voie d'accords tacites.

C) *La protection de la confiance dans la théorie des actes juridiques unilatéraux*

1. L'acte juridique unilatéral est un *acte juridique*, c'est-à-dire une manifestation de volonté émanant d'un ou de plusieurs sujets de droit international coordonnés entre eux et destiné à créer des effets juridiques correspondant à la volonté exprimée. Le relativisme du droit international (133) confère aux actes unilatéraux autonomes (134) une importance inconnue du droit interne. Ces actes malléables se plient à merveille aux impératifs changeants de la souveraineté et de la haute politique et correspondent par leur nature unilatérale et potestative à l'exercice *uti singuli* des pouvoirs constitutionnels dans la société internationale. Toutefois, hormis pour des actes tels que la reconnaissance où les modalités juridiques se sont fixées très tôt, la question de savoir si la promesse pouvait être obligatoire en droit international est restée longtemps incertaine. Il y avait ici le syndrome de l'autolimitation : du moment que l'engagement n'avait pas été accepté par un autre Etat pour créer un lien conventionnel, comment une volonté ultérieure n'aurait-elle pu simplement défaire ce qu'une volonté antérieure avait fait ? Dès lors comment parler d'une obligation juridique ? Nombre d'auteurs enseignèrent en conséquence que l'acte unilatéral-engagement n'oblige pas ou tentèrent de le ramener au giron conventionnel (135). Les tenants de l'obligatorité se divisèrent entre les explications subjectives (*obligatio quia voluntas*) (136) et le fondement objectif perçu dans la nécessité de protéger la confiance créée par l'auteur de la promesse. Dans cette dernière orientation, certains auteurs donnèrent leur parti au principe d'estoppel qui suppose que d'autres sujets se fondent réellement, à leur détriment, sur l'apparence créée (137). D'autres auteurs recourent directement à

(133) Voir *supra*, II.1.c.

(134) Les actes unilatéraux autonomes sont ceux qui sont indépendants d'autres manifestations de volonté pour être juridiquement efficaces. En cas contraire il s'agit d'actes unilatéraux dépendants, c'est-à-dire d'actes qui s'inscrivent dans le contexte d'une autre procédure de création de normes, le plus souvent conventionnelle : par exemple la signature, la ratification, l'adhésion, ou la formulation d'une réserve à un traité. Cfr. E. SUV, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international*, Paris, 1962, pp. 30 et s., 111 et s., 154 et s.

(135) Voir S. CARBONE, *Promessa e affidamento nel diritto internazionale*, Milan, 1967, pp. 11 et s. S. CARBONE, « Promise in International Law : A Confirmation of its Binding Force », *Italian Yb.I.L.*, vol. 1, 1975, pp. 166 et s.

(136) CARBONE, *Promessa...* (*supra*, note 135), pp. 43 et s.

(137) SCHWARZENBERGER (*supra*, note 108), p. 553 (l'auteur a toutefois une conception très large de l'estoppel). M. BOTHE, « Rechtsfragen der Rüstungskontrolle im Vertragsvölkerrecht der Gegenwart », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 30, Heidelberg, 1990, p. 71.

la bonne foi protectrice de la confiance (138). Cela ouvre la voie à un fondement de l'obligatorité plus général, dépendant uniquement de la confiance typique ou abstraite qu'une promesse est susceptible de faire naître. Comme le dit Paul Reuter : « Cette affirmation [du caractère obligatoire de la promesse] est basée sur le principe de la bonne foi et plus spécialement sur l'obligation de respecter les convictions que l'on fait naître par son comportement » (139).

2. La Cour internationale de Justice a appuyé de son autorité cette dernière manière de voir. Dans les affaires des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande / Australie c. France)* (1974) la Cour a affirmé le caractère obligatoire de l'engagement unilatéral. Elle a d'abord dit que l'État est tenu à ses promesses quand il « entend être lié conformément à ses termes » (140). La Cour procède ensuite, dans un passage célèbre, à dégager le fondement de cette obligatorité : « Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les États intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tableur sur elles; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée » (141).

Le résultat auquel est parvenu la Cour a été généralement accepté, mais le poids respectif de la volonté et de la bonne foi a divisé la doctrine (142). Les deux notions ne sont pas sur le même plan. L'intention est un élément de définition de l'acte unilatéral. Tout acte juridique suppose par définition l'intention de l'auteur de créer des effets de droit. Dans ce sens l'intention est une condition de l'existence d'un acte juridique. Mais la raison de l'obligatorité de l'acte juridique réside ailleurs. Il réside dans cette bonne foi qui protège la confiance légitime des sujets auxquels l'acte unilatéral s'adresse, quand l'apparence créée ne peut raisonnablement se construire autrement que comme engagement juridique (143). En ce sens l'intention est un acte-condition, la bonne foi est la norme fondamentale. L'économie de l'arrêt de la Cour dans les affaires des *Essais nucléaires* conforte ce qui vient d'être dit. La Haute Juridiction parle de l'intention dans le paragraphe consacré aux conditions propres à l'acte juridique en tant que ces actes se distin-

(138) Cfr. déjà E.C. STOWELL, *International Law*, New York, 1931, p. 131, 134 et s. Voir encore MÜLLER (*supra*, note 1), p. 112. SIGAULT (*supra*, note 82), pp. 683 et s. SUY (*supra*, note 134), p. 151. CARBONE, *Promessa...* (*supra*, note 135), pp. 53 et s, 132 et s. T.M. FRANCK, « Word Made Law : The Decision of the International Court of Justice in the Nuclear Test Cases », *A.J.I.L.*, vol. 69, 1975, pp. 616 et s.; etc.

(139) P. REUTER, *Droit international public*, 6 éd., Paris, 1983, p. 164.

(140) C.I.J., *Rec.*, 1974, p. 267, para. 43 et p. 472, para. 46.

(141) *Ibid.*, p. 268, para. 46 et p. 473, para. 49.

(142) Cf. par exemple les jonglages de M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989, pp. 303 et s.

(143) Dans ce sens la bonne foi objective peut pallier à l'inexistence d'une volonté effective et donc d'un acte juridique au sens propre du terme, en rattachant à une conduite créant la nette apparence d'un engagement juridique un effet équivalent à celui qu'aurait eu l'acte juridique.

guent de pures déclarations politiques. Procédant sur le fondement de l'obligation, la Cour ne laisse planer aucun doute : « le caractère obligatoire d'un engagement assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi » (144). Pour qu'il y ait obligation, il faut que selon les circonstances de l'espèce les receveurs des déclarations ne puissent raisonnablement les comprendre autrement que comme engagement juridique.

Le droit est un phénomène tourné vers l'extérieur. Il régit un rapport interindividuel ou social (*ius est ad alterum*). La liberté donnée à l'un limite celle laissée à l'autre. Dès lors seule la construction objective de l'obligatorité des actes unilatéraux peut suffire aux exigences fondamentales de cohérence et de sécurité dont le droit est le gardien. L'intention seule est insuffisante parce qu'elle ne concerne que les intérêts d'un seul sujet. Dans tout cas douteux, il est nécessaire de lui adjoindre et de la tempérer par un principe visant à protéger les intérêts légitimes de tous les autres sujets affectés si l'on veut arriver à un équilibre satisfaisant. Comme le dit FRANCK, « [an] intention cannot be determined solely by reference to the speaker's state of mind but must also take into account that of the listeners » (145).

Face à cela, l'argument que les critères objectifs sont trop vagues et se prêtent à des constructions douteuses auxquelles les Etats ne sont pas prêts de consentir n'a pas beaucoup de poids. Sur l'argument de l'acceptation, il faut dire qu'un Etat rejettera les critères objectifs peut-être quand c'est lui-même le déclarant, mais qu'il s'en accommodera très bien dès qu'il en sera le receveur. Or on ne peut apprécier une doctrine sur de tels éléments contingents. Mais l'essentiel est ailleurs. L'abus ne peut jamais être évité. Ainsi, si l'on se tient rigidement à la volonté du déclarant, c'est à lui qu'on permet des constructions abusives. Il pourra opposer une prétendue absence de volonté réelle *ad libitum* malgré l'incompatibilité avec sa conduite antérieure. L'appréciation d'une conduite selon son sens social (et donc l'interdiction d'une exception de l'intention manquante quand celle-ci s'oppose à un comportement préalable incompatible) fournit à cet égard sans doute des critères plus satisfaisants auxquels la pratique est sensible.

D) *La protection de la confiance face à l'abstention et à la passivité (théorie de l'acquiescement normatif ou du silence qualifié)*

1. A l'image de la vie en général, la vie juridique est constituée de quelques actes et d'innombrables silences, d'innombrables passivités. Face au nombre de faits auxquels un sujet se trouve confronté, il ne peut explicitement réagir qu'à quelques-uns d'entre eux. Si dans la grande majorité de cas ce silence est juridiquement indifférent, il est des situations où il affecte

(144) *Supra*, note 141.

(145) FRANCK (*supra*, note 138), p. 616. Voir aussi, *ibid.*, p. 617.

des intérêts légitimes d'autres sujets. Le droit s'intéresse à ces situations parce qu'elles touchent à l'ajustement d'intérêts dans un rapport social. Dans ces situations, sous certaines conditions, les sujets tiers doivent pouvoir s'attendre à une réaction de celui dont la sphère d'intérêts ou, à plus forte raison, dont les droits avaient été affectés par une conduite d'autrui. Des considérations élémentaires de confiance et de stabilité des rapports juridiques le commandent. L'importance d'une telle confiance est accrue en droit international où, à défaut d'organes centraux ayant compétence pour édicter le droit et déterminer son contenu, ce sont les Etats eux-mêmes qui dans un processus constant de reconnaissance, d'admission, de protestation ou de silence forment peu à peu les normes juridiques positives.

2. Parmi les nombreuses conséquences juridiques que le silence peut entraîner, il faut serrer de plus près la doctrine du *silence qualifié* ou de l'*acquiescement normatif*. Il s'agit d'une norme juridique qui rattache au silence certains effets de droit indépendamment de la volonté du sujet passif. Dans un sens plus général, le terme acquiescement désigne simplement une acceptation tacite. Ce qui nous intéresse sous l'aspect de la confiance, c'est uniquement la doctrine de l'acquiescement normatif. Elle peut être définie comme la proposition «of binding effect resulting from passivity and inaction with respect to foreign claims which, according to the general practice of States usually call for protest in order to assert, preserve or safeguard rights» (146). L'acquiescement découle ici du silence prolongé qu'un sujet de droit oppose aux prétentions d'un autre sujet d'une manière telle que son comportement doit être considéré selon la bonne foi-confiance comme *équivalent* à une acceptation concluante. Mais il ne s'agit pas d'une volonté réelle quoique tacite. Il s'agit au contraire d'interpréter les comportements en question selon des standards objectifs de confiance et de stabilité, afin d'offrir une protection juridique aux attentes légitimes que la conduite et l'écoulement du temps ont fait naître au bénéfice des tiers (147). C'est en ce sens qu'il existe un principe général de droit autonome, rattachant certains effets au silence : *Qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset* (148).

3. L'analyse de la pratique montre que l'application de ce principe d'acquiescement fondé sur la bonne foi (149) dépend de trois facteurs réalisés de

(146) J.P. MÜLLER / B. COTTIER, «Acquiescence», *E.P.I.L.*, vol. 7, p. 5. Cfr. aussi SPERDUTI (*supra*, note 132), p. 8. BARALE (*supra*, note 132), p. 390. BENTZ (*supra*, note 132), pp. 45 et s. MÜLLER (*supra*, note 1), pp. 35 et s.

(147) MÜLLER (*supra*, note 1), p. 38-9. MÜLLER / COTTIER (*supra*, note 146), p. 5. BENTZ (*supra*, note 132), p. 46-7, 50-1, 78, 90. BARALE (*supra*, note 132), pp. 422 et s.

(148) Voir déjà le *Corpus iuris canonici, Liber Sextus, de regulis iuris* (tit. 5, 13), *regula* 43, et *Dig.*, 19, 2, 13, 11 (Ulpien). Pour le droit romain, cf. G. DONATUTI, «Il silenzio come manifestazione di volontà», *Mélanges P. Bonfante*, Milan, 1930, pp. 461 et s.

(149) Cf. par exemple DE LUNA, *Ann. C.D.I.*, 1963-I, p. 199; M.L. ALAIMO, «Natura del consenso nell'illecito internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 65, 1982, p. 269; et les auteurs cités *supra*, notes 146-7.

manière variable selon les espèces. La volonté n'a en revanche pas été retenue dans ce contexte. Si une volonté peut être établie par l'administration de la preuve, l'acte juridique remplace le principe d'acquiescement que le droit ne prévoit que de manière subsidiaire.

a) En premier lieu, le silence et la passivité doivent s'étaler dans le *temps*. La condition de l'écoulement du temps éloigne l'acquiescement normatif de l'acte juridique. Quant à la durée du temps requise, elle dépend par essence des circonstances de l'espèce. La durée varie en proportion inverse à des facteurs tels que : la fréquence et l'intensité des comportements en question ; la nature du rapport juridique et le besoin de sécurité qui lui correspond ; l'importance des droits respectifs qui sont en cause ; les raisons de la passivité ; la connaissance effective ou seulement imputée des faits ; le temps lui-même, car au fur et à mesure de son écoulement les besoins de stabilité s'accroissent. En pratique les omissions seront le plus souvent liées à des actes (150). Le poids de ceux-ci jouera donc aussi un rôle. La jurisprudence reflète la relativité du facteur temps. Dans l'affaire des *pêcheries norvégiennes* (1951) le système de délimitation des eaux norvégiennes avait bénéficié de la tolérance générale pendant une période de plus de soixante ans (151). En revanche, en l'affaire relative à la *sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (1960), la Cour a estimé que la prétendue invalidité d'une sentence arbitrale du chef d'une désignation irrégulière de l'arbitre ne pouvait plus être invoquée après une tolérance de six ans (152). Il existait en l'espèce une étroite connexité entre la passivité et des comportements actifs. De plus, la nature du droit en cause a sans doute été décisive : il s'agissait d'une sentence arbitrale et les besoins de stabilité dans le cadre d'actes juridictionnels sont des plus grands (*expedit rei publicae ut finis sit litium*).

b) La *connaissance effective* des faits suscitant l'exigence de réaction n'est pas strictement requise. Nul ne peut se prémunir contre la perte de droits en refusant de prendre connaissance des faits juridiques qui le concernent. En conséquence, il suffit qu'un sujet aurait dû connaître ces faits selon des standards de diligence raisonnable. On parle ici de *constructive knowledge* (153). La Cour a appliqué ce critère dans l'affaire des *pêcheries norvégiennes* (1951) (154).

(150) Les affaires relatives à la *sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (C.I.J., *Rec.*, 1960, pp. 192 et s.) et du *Temple de Préalh Vihéar* (C.I.J., *Rec.*, 1962, pp. 6 et s.) sont illustratives à ce propos.

(151) C.I.J., *Rec.*, 1951, p. 138-9. Dans l'affaire du *Temple de Préalh Vihéar* la tolérance avait duré cinquante ans (C.I.J., *Rec.*, 1962, pp. 23, 27 et s.).

(152) C.I.J., *Rec.*, 1960, pp. 203, 210 et s.

(153) Cf. MÜLLER (*supra*, note 1), p. 41. BARALE (*supra*, note 132), pp. 402 et s. BENTZ (*supra*, note 132), pp. 86 et s.

(154) C.I.J., *Rec.*, 1951, p. 139. Cf. en même sens l'Op. ind. ALVAREZ, *ibid.*, p. 152 et l'Op. diss. MCNAIR, *ibid.*, pp. 171 et s.

c) Tout silence ne vaut pas acquiescement. Il doit s'agir d'un silence de la part de celui qui pouvait et devait parler (*loqui potuit ac debuit*). Le silence n'est donc pertinent que pour autant qu'il existe un devoir juridique de s'opposer à une prétention par voie de protestation (155). L'obligation de protester (ou l'attente légitime de protestation) peut découler d'un traité (156), d'une coutume (157) ou plus généralement des exigences de la bonne foi. Selon celles-ci une protestation est attendue à chaque fois qu'un comportement ou une prétention affecte directement les droits ou la sphère rapprochée d'un sujet de droit international (158). Il faut évidemment que le sujet puisse (librement) parler; les règles sur la coercition dans les traités s'appliquent *mutatis mutandis*. Le reste dépend des circonstances. Le devoir de parler est plus impérieux quand le rapport juridique en question exige une sécurité et stabilité particulières : la validité d'une sentence arbitrale (159), le tracé de frontières (stabilité et pérennité de frontières) (160), etc. Dans l'affaire *Grisbadarna* (1909) la passivité suédoise prenait relief particulier eu égard au rapport de voisinage qui liait les parties (161). De même, selon le juge Bebler, un rapport de confiance liait le Royaume-Uni au territoire de Kutch à cause du rapport de vassalité (162). Dans l'affaire des *pêcheries norvégiennes* (1951) l'identité de la Grande-Bretagne comme puissance maritime par excellence ainsi que ses intérêts dans les pêcheries de la région a été de grande importance (163). Une protestation peut aussi être commandée par l'importance et la gravité des intérêts en cause pour l'autre partie — soit objectivement, soit subjectivement, si l'État resté passif en avait connaissance ou devait en avoir connaissance.

La question de l'immunité juridictionnelle fournit un exemple contraire. On sait qu'un État peut renoncer à ce privilège. Le silence vaut-il renonciation implicite? La pratique ne l'admet pas. L'immunité de juridiction est matière de droit strict et l'État resté passif pouvait nourrir l'attente que les tribunaux, en l'absence de prise de position expresse, appliquent d'office les règles sur l'immunité. Le silence ne vaut pas acquiescement : un devoir

(155) SUY (*supra*, note 134), pp. 61 et s.

(156) Par exemple le système de l'*opting out* prévu dans certains traités institutionnels : Art. 21 du Traité constitutif de l'O.M.S., etc. Voir I. DETTER, *Law-Making by International Organizations*, Stockholm, 1965, pp. 228 et s.

(157) Pour l'interprétation des conventions internationales du Travail par le Secrétariat de l'O.I.T., voir N. VALTICOS, *Droit international du travail*, 2 éd., Paris, 1983, p. 134-5.

(158) I.C. MCGIBBON, «Some Observations on the Part of Protest in International Law», *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, p. 297-8. SUY (*supra*, note 134), p. 67.

(159) Affaire de la *sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, C.I.J., *Rec.*, 1960, pp. 209, 213 et s. *Réplique du Honduras*, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1960, vol. I, pp. 506-7, 510-1. *Plaidoirie P. de Visscher pour le Honduras*, *ibid.*, vol. II, pp. 41, 44, 49-50.

(160) C.I.J., *Rec.*, 1962, pp. 32, 34-5.

(161) *R.S.A.*, vol. XI, pp. 147 et s.

(162) Op. diss. A. BEBLER, affaire *Rann de Kutch*, *I.L.R.*, vol. 50, pp. 412 et s. Le Tribunal avait pu se dispenser de considérer cet aspect en retenant une autre construction juridique.

(163) C.I.J., *Rec.*, 1951, p. 139.

de parler n'a pas été établi par la pratique en cette matière ni ne découle de la bonne foi.

L'essentiel dans notre contexte est de retenir qu'il existe une doctrine de l'acquiescement normatif fondée sur l'idée de protection de la confiance légitime dans la mesure où elle ne permet pas à un sujet resté fautivement passif de se départir de l'apparence créée par sa passivité en revendiquant des droits incompatibles avec elle. Ce principe est assez proche d'un autre principe vers lequel il faut désormais se tourner : l'estoppel.

E) *La protection de la confiance à travers le principe d'estoppel*

1. L'estoppel a pénétré le corps du droit international moderne sous l'impulsion des nombreux arbitrages anglo-américains dès le XVIII^e siècle. Il correspond à une conception fondamentale du droit et était connu dans la tradition romaniste comme règle substantielle, celle de l'interdiction du *venire contra factum proprium* (164). Si ces doctrines diffèrent sur le plan du droit interne, elles se correspondent en droit international car celui-ci n'a reçu que l'idée juridique fondamentale de l'estoppel et non les diverses formes techniques qu'il revêt dans les droits anglo-saxons.

L'estoppel peut être défini comme suit : «Estoppel operates on the assumption that one party has been induced to act in reliance on the assurances or other conduct of another party, in such a way that it would be prejudiced were the other party later to change its position» (165). Le principe a pour but d'interdire à une partie de revenir sans conséquences juridiques sur ses comportements clairs, constants et inéquivoques antérieurs, si une autre partie a pu de bonne foi se fonder sur ces comportements en prenant des dispositions d'une telle manière qu'elle subirait désormais un préjudice dans le cas où l'autre partie serait libre de modifier sa ligne de conduite. Que le principe vise à protéger la confiance légitime est manifeste. C'est pourquoi d'innombrables auteurs le rattachent à la bonne foi comme l'une de ses manifestations les plus concrètes (166).

2. Les éléments de l'estoppel sont au nombre de trois : (1) un comportement ou une déclaration initiaux clairs et non équivoques; (2) une confiance effective, légitime et de bonne foi d'un autre sujet sur cette déclaration ou ce comportement l'ayant incité à un comportement de sa part;

(164) Cf. E. RIEZLER, *Venire contra factum proprium. Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, Leipzig, 1921, p. 1-54.

(165) H. MOSLER, «General Course on Public International Law», *R.C.A.D.I.*, vol. 140, 1974-IV, p. 147. Cfr. aussi l'Op. ind. ALFARO, affaire du *Temple de Préah Vihear*, C.I.J., *Rec.*, 1962, p. 40.

(166) MÜLLER (*supra*, note 1), pp. 5 et s., 9. J.P. MÜLLER / B. COTTIER, «Estoppel», *E.P.I.L.*, vol. 7, p. 80. CHENG (*supra*, note 1), p. 143-4. MOSLER (*supra*, note 165), p. 147. C. VALLÉE, «Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens», *R.G.D.I.P.*, vol. 77, 1973, pp. 989 et s. I.C. MCGIBBON, «Estoppel in International Law», *I.C.L.Q.*, vol. 7, 1958, pp. 469, 513; etc. La jurisprudence va dans le même sens.

(3) un dommage qui résulterait de la confiance ou un changement des positions relatives des parties (*Vertrauensschaden*) (167). D'autres conditions sont secondaires : il doit exister un lien de causalité adéquate entre la représentation initiale, l'action ou l'abstention s'ensuivant, et le dommage encouru ; le comportement initial doit être le fait d'une volonté libre et être en principe incondtionnel ; il doit être attribuable à l'Etat (ce qui peut poser problème dans le cadre d'activités semi-privées).

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'estoppel. Celui-ci n'est ni un acte juridique — le concept serait alors superflu — ni un corset étroit limitant excessivement la liberté de changer d'avis. La vie juridique qui est le reflet de la vie tout court est faite de revirements multiples qui retracent l'évolution de la destinée individuelle. L'estoppel doit donc être appréhendé restrictivement pour ne pas imposer une obligation inflexible de conformité étrangère au droit. Mais cette liberté de changer, de s'adapter ou de se contredire ne peut pas complètement faire abstraction des effets externes des attitudes adoptées auparavant, dans la mesure où celles-ci affectent les intérêts légitimes d'autrui. Un comportement ne s'inscrit pas dans un vide. Il fait toujours partie d'un rapport social. L'estoppel représente d'une responsabilité de continuité eu égard aux effets d'un comportement sur les intérêts d'autrui. La protection d'une prévisibilité minimale quand une attitude est manifestement susceptible de causer un dommage à un sujet légitimement confiant relève de l'intérêt général.

Ce n'est pas le lieu d'entrer dans la discussion des divers éléments de l'estoppel, ni dans les méandres d'une jurisprudence très riche. Il peut toutefois être utile de dire deux mots du second élément de l'estoppel, la confiance légitime d'un sujet l'ayant incité à un comportement de sa part (168). C'est ici que s'établit le lien avec la bonne foi objective. Il faut, comme l'a dit Ch. De Visscher, que celui qui invoque l'estoppel « puisse dire à son adversaire : votre conduite antérieure m'a induit en erreur, j'ai été trompé : c'est à cause d'elle que je me suis comporté de telle façon » (169). D'autre part, il ne suffit pas de s'être en fait fondé sur un comportement ou une déclaration. Ce qui compte c'est que la confiance soit légitime au regard du droit (170). La concrétisation de cette légitimité relève de la technique du standard et dépend des circonstances de l'espèce. L'erreur mani-

(167) Cette dernière condition était parfois omise par la doctrine plus ancienne, rapprochant ainsi l'estoppel d'une règle de non-contradiction (cf. VALLEE (*supra*, note 166), pp. 954 et s.). Cette acception a pu se maintenir dans certains domaines, p.e. celui de la procédure. Le dommage n'est qu'hypothétique (« résulterait ») dans le sens qu'il serait encouru si l'estoppel n'était pas appliqué.

(168) A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, 1979, pp. 286 et s. MÜLLER (*supra*, note 1), p. 29. D.W. BOWETT, « Estoppel before International Tribunals and its Relations to Acquiescence » *B.Y.I.L.*, v° 33, 1957, p. 193-4.

(169) *Plaidoirie Ch. de Visscher pour la Roumanie*, affaire relative à la *Compétence de la Commission européenne du Danube* (1927), C.P.J.I., *ser. C. n° 13*, vol. IV-1, p. 182.

(170) MÜLLER (*supra*, note 1), p. 29.

festes ne saurait fonder une confiance légitime. L'intention d'inciter à un comportement n'est pas requise. Il suffit que l'attitude initiale soit objectivement susceptible de provoquer une action déterminée. C'est que l'estoppel vise une responsabilité pour l'apparence créée. La jurisprudence a fréquemment insisté sur cet élément de confiance. Dans l'affaire *Tinoco* (1923) l'arbitre écarta un argument du Costa-Rica selon lequel la Grande-Bretagne était forclosée de présenter une réclamation pour des actes du gouvernement de fait du Général Tinoco qu'elle n'avait en son temps pas reconnus. C'est que l'absence de reconnaissance «did not lead the succeeding government to change its own position in any way upon the faith of it...» (171). L'élément de la confiance (*reliance*) a été rappelé, parmi d'autres, dans les affaires des *Emprunts serbes* (1929) (172), du *plateau continental de la mer du Nord* (1969) (173), du *Nicaragua* (1984) (174) ou de *Santa Isabel* (1926) (175), sous la plume du commissaire américain Perry. La Cour internationale est revenue sur ce point récemment (176).

L'estoppel a une portée considérable en droit international dans de très nombreux contextes. Par exemple, toute la matière des effets juridiques latéraux d'actes concertés non conventionnels repose largement sur le principe de l'estoppel (177). L'acquiescement normatif et l'estoppel sous-tendent aussi très largement la prescription acquisitive et extinctive (178) et jouent un rôle important dans de nombreux contentieux territoriaux.

F) *La théorie de l'apparence. L'exemple de la responsabilité internationale de l'État pour des actes ultra vires de ses agents*

1. La théorie de l'apparence a été développée pour suffire aux besoins d'une société où le commerce et les échanges économiques créaient des exigences accrues de confiance rattachée à certains faits typiques. Ainsi, l'apparence émanant du registre foncier pour les biens immeubles, de la possession pour les biens meubles ou du texte pour certains papiers-valeurs est protégée. Dans les droits germaniques, particulièrement développés sur ce point, on parle de protection de la 'croyance publique' (*öffentlicher Glaube*) ou de l'apparence' (*Rechtsschein*); la doctrine voit en cette matière une application de l'exigence générale de la protection de la confiance (*Ver-*

(171) *R.S.A.*, vol. I, p. 383-4.

(172) C.P.J.I., *ser. A*, n° 20, p. 39.

(173) C.I.J., *Rec.*, 1969, p. 26.

(174) C.I.J., *Rec.*, 1984, p. 415.

(175) *R.S.A.*, vol. IV, p. 803. Voir aussi l'Op. ind. FITZMAURICE, affaire du *Temple de Préah Vihear*, C.I.J., *Rec.*, 1962, p. 63. Op. diss. WELLINGTON KOO, *ibid.*, p. 97. Op. diss. SPENDER, *ibid.*, p. 144.

(176) Affaire de la *frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *Exceptions préliminaires*, C.I.J., *Rec.*, 1998, para. 57.

(177) Cf. par exemple O. SCHACHTER, «The Twilight Existence of Non-Binding International Agreements», *A.J.I.L.*, vol. 71, 1977, p. 301. NGUYEN (*supra*, note 29), *loc. cit.*

(178) MÜLLER (*supra*, note 1), pp. 54 et s., 67 et s.

trauensschutz). La raison profonde de ces institutions réside dans la sécurité des échanges indispensable à une société développée fondée sur le transfert des biens et de droits. Les sociétés primitives ou fortement rurales ne connaissent guère un tel développement du principe de l'apparence; le formalisme y prévaut.

2. Le domaine de la responsabilité connaît des applications de la théorie de l'apparence. Dans certaines situations qui affectent des intérêts de tiers, le droit retient une forme particulière de responsabilité objective (voire pour risque) en rendant responsable un sujet pour l'apparence créée vers l'extérieur, apparence dont les tiers pouvaient se fier de bonne foi. Dans ces cas, certaines défenses visant à exclure la responsabilité ne peuvent plus être soulevées. Un exemple classique est celui de l'agent étatique formellement incompétent qui donne à croire le contraire sans que l'absence de compétence ne soit manifeste. Cette doctrine s'est développée en droit interne dans le sillage des progrès de l'Etat de droit. Il s'agissait d'une réaction aux anciennes théories d'irresponsabilité de l'Etat, résiduelles à l'adage absolutiste 'le Prince ne peut mal faire'.

En droit international, la responsabilité pour des actes *ultra vires*, c'est-à-dire en dépassement de compétence, s'est dégagée progressivement de la pratique diplomatique et arbitrale à partir du XIX^e siècle (179). Le principe selon lequel l'Etat est internationalement responsable pour des actes *ultra vires* s'ils apparaissent à l'observateur raisonnable comme étant entrepris en qualité officielle semble remonter à la pratique du Département d'Etat des affaires étrangères des Etats-Unis d'Amérique. Le concept avait ici une valeur défensive : elle visait à exclure la compétence de l'Etat pour des actes entrepris en dépassement manifeste de compétence. Ainsi, dans diverses notes diplomatiques, il était dit que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée quand les organes étatiques ont agi au delà de la compétence apparente (*apparent authority*) (180). La théorie de l'apparence a ensuite influencé les débats des Comités de la Conférence de codification de La Haye de 1930 (181) et a été retenue par divers projets de sociétés scientifiques (182) et par la doctrine (183). La jurisprudence s'est inspirée du cri-

(179) C. FISCHER, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements ultra vires de ses organes*, thèse, Lausanne, 1993.

(180) Voir par exemple l'affaire de l'*American Bible Society* (1885), dans : J.B. MOORE, *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, 1906, p. 743.

(181) FISCHER (*supra*, note 179), pp. 174 et s., 212 et s.

(182) *Ann. I.D.I.*, vol. 33-I, 1927, p. 461, 493 et *ibid.*, pp. 462, 528-9, 502-3, 515; vol. 33-III, 1927, p. 330. *Harvard Research, A.J.I.L.*, vol. 23, 1929, *Suppl.* p. 164 et *A.J.I.L.*, vol. 55, 1961, p. 576.

(183) J.P. QUENEUDEC, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, 1966, pp. 121 et s. G. DAHM, *Völkerrecht*, vol. II, Stuttgart, 1961, pp. 182 et s. E. JIMENEZ DE ARCHAGA, «International Law in the Past Third of a Century», *R.C.A.D.I.*, vol. 159, 1978-I, p. 277-8. Parmi les textes plus anciens, voir par exemple P. SCHOEN, «Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen», *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. 10, 1917, *Suppl.*, p. 48.

tère de l'apparence (184). Dans l'affaire *Caire* (1929), le Président Verzijl a dit : « Pour pouvoir admettre cette responsabilité, dite objective de l'Etat pour les actes commis par ses fonctionnaires ou organes en dehors des limites de leur compétence, il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme fonctionnaires ou organes compétents » (185). Ces principes valent *mutadis mutandis*, avec quelques ajustements, aussi pour les organisations internationales (186). La théorie de l'apparence est fondée sur l'idée de la protection de la confiance et donc sur la bonne foi objective (187).

3. La théorie de l'apparence a été critiquée. Il a été dit — à l'instar des débats à la C.D.I. — qu'une responsabilité plus stricte serait plus utile. Il n'y aurait alors plus d'exception pour des actes accomplis en dehors de la compétence apparente. Mais ce ne serait que déplacer le problème. Il resterait nécessaire dans ce cas de distinguer les actes fonctionnels des actes purement privés. L'exemple bien connu — *ab absurdum* — du droit privé est que l'enfant engendré par un homme ayant la position d'organe d'une société dotée de personnalité juridique ne peut pas se retourner contre cette personne morale pour satisfaire ses réclamations pécuniaires. Le droit privé s'efforce ici de circonscrire divers degrés de lien avec la fonction exercée, l'apparence étant un critère décisif. D'un autre côté, il faut insister que l'apparence n'est pas la seule base de la responsabilité pour des actes *ultra vires*. Ce n'est que la base régulière de responsabilité, celle-ci étant complétée par deux principes subsidiaires. Puisque les abus les plus graves du pouvoir étatique sont généralement commis manifestement en dehors des fonctions publiques il ne saurait y avoir simple irresponsabilité de l'Etat dans ces cas. Selon le principe des 'moyens de service', l'Etat doit répondre des actes de ses organes même en dehors de l'apparence pour autant que l'action illicite ait été rendue possible par un usage abusif des moyens et instruments mis à la disposition de l'organe pour l'exécution de ses fonctions (responsabilité équitable pour risque) (188). Ce principe est à son tour complété par un dernier cercle subsidiaire. Dans la mesure où l'acte d'un individu-organe ne lui est pas imputable, l'Etat demeure responsable pour la prévention des dommages et la poursuite des coupables selon les exigences de la *due diligence* (189). La combinaison de ces trois facteurs assure une protection juridique suffisante à l'individu.

(184) QUENEUDEC (*supra*, note 183), pp. 132 et s. OPPENHEIM (*supra*, note 8), p. 546, note 5. La jurisprudence interne a même parfois appliqué la théorie de l'apparence aux attributions d'un ambassadeur : affaire de la *First Fidelity Bank N.A.* (1989), Cour d'appel (Etats Unis d'Amérique), *I.L.R.*, vol. 99, pp. 126 et s., 131-2.

(185) *R.S.A.*, vol. V, p. 530.

(186) J.P. JACQUE, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, Paris, 1972, p. 84-5.

(187) DAHM (*supra*, note 183), p. 183.

(188) Cf. par exemple l'affaire *Youmans* (1926) et l'affaire *Mallén* (1927) : QUENEUDEC (*supra*, note 183), p. 152-3.

(189) OPPENHEIM (*supra*, note 8), pp. 548 et s.

G) *La doctrine du sudden change*

En droit interne le droit public reconnaît que l'application subite d'une loi restée longtemps inappliquée puisse poser des problèmes de confiance et admet sous certaines conditions (dont l'absence d'un intérêt public impérieux) la protection de cette confiance (190). De même, le Tribunal fédéral suisse a admis qu'une modification de jurisprudence qui a pour effet de réduire l'admissibilité de certains moyens de droit ne peut pas être appliquée à l'espèce sous considération mais, devant être annoncée d'avance, ne peut être retenue que pour l'avenir (191). Le droit international connaît ce principe dérivé de la bonne foi. Il fait obligation à un Etat d'annoncer une modification de sa politique notamment en matière d'application de sa législation ou dans toute autre matière où des positions et des intérêts d'Etats ou d'individus étrangers sont en jeu, quand une confiance légitime dans la continuité s'est créée. C'est le cas s'il y a eu une longue pratique ou des assurances spécifiques données par l'Etat en question. Comme le dit Bin Cheng : « Ordinarily a State is free to pursue its own policy, domestic and foreign, and to alter it as it deems fit. In certain circumstances, however, a State may be obliged by the principle of good faith to notify another of a proposed change in policy (...). What the principle of good faith protects is the confidence that State B may reasonably place in State A » (192).

La jurisprudence a consacré ce principe dans diverses affaires dont celle relative à la *fermeture du port de Portendick* (1843) déjà citée (193). En vue d'une assurance donnée préalablement, l'arbitre condamna l'absence de notification de la fermeture du port qui avait causé un préjudice à des ressortissants du Royaume-Uni. Diverses affaires ont porté sur des dommages causés par des changements imprévus dans la législation douanière. Dans l'affaire *Limon* (1884) il s'agissait d'une loi du Costa-Rica qui déclarait le port de Limon port franc pour dix ans; elle avait été abrogée sans préavis. Sur réclamation des Etats-Unis d'Amérique l'abrogation ne fut pas appliquée à ses ressortissants (194). Dans l'affaire *Montijo* (1875) un navire n'avait pas obtenu une permission administrative nécessaire sous les lois colombiennes pour s'engager dans un certain commerce. Le navire fut confisqué. Le surarbitre condamna la Colombie car la loi en question

(190) B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1983.

(191) *Arrêts du tribunal fédéral suisse, Recueil officiel*, t. 106, partie Ia, p. 92. Aux Etats-Unis d'Amérique on parle de « prospective overruling », voir WEBER-DÜRLER (*supra*, note 190), p. 235.

(192) CHENG (*supra*, note 1), p. 137; voir aussi, p. 139. Selon A. BELLO, « quand on édicte des prohibitions ou des restrictions nouvelles, l'équité exige qu'on en donne avis préalablement car autrement on pourrait occasionner au commerce étranger de graves préjudices » (cité par Ch. DE VISSCHER, (*supra*, note 59), p. 40).

(193) *Supra*, texte et notes 93-4.

(194) J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. II, Washington, 1898, p. 67-8. Voir aussi l'affaire des zones franches de *Guatemala* (1888), en tous points similaire : *ibid.*, p. 68.

n'avait pas été appliquée pour une longue période fondant ainsi une confiance légitime (195). Enfin, dans l'affaire *D.J. Adams* (1921) l'arbitre approuva le principe pour des lois canadiennes sur des pêcheries, restées longtemps inappliquées. Le principe fut écarté en l'espèce parce que le capitaine du navire avait eu connaissance de ces lois et de leur application renouvelée (196). La mauvaise foi exclut la légitimité de la confiance. Ajoutons encore que l'absence de notification doit aussi avoir été la cause du dommage : elle aurait dû pouvoir empêcher le préjudice (causalité impropre, *conditio cum qua non*) (197).

2. — *La bonne foi en tant que protection de l'objet
et du but d'une transaction*

Dans cette deuxième catégorie la bonne foi s'infléchit vers des considérations finalistes. Elle vise à protéger les participants d'une transaction juridique (traité, négociations, procédure judiciaire, etc.) contre tout acte visant ou ayant pour effet de détruire ou de priver de sens l'objet même de la transaction. Cet objet est soit général, touchant à l'essence d'une transaction en tant que telle (« les nécessités de la négociation en général »), ou spécial, concernant les contenus particuliers d'une transaction déterminée (« le régime douanier sur lequel on négocie »). La bonne foi vise ici à maintenir l'efficacité fondamentale d'une procédure. Un Etat n'est pas obligé à se soumettre à ces procédures. Quand il le fait il doit honorer ses engagements et non chercher à en tourner le sens par des moyens frauduleux ou simplement objectivement incompatibles avec les impératifs élémentaires de la procédure assumée.

A) *La bonne foi et les obligations pré- et post-conventionnelles de conservation*

1. L'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) dit qu'un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but après la signature du traité et jusqu'à son entrée en vigueur, à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée. Ces obligations pré-conventionnelles soulèvent des problèmes juridiques épineux. Elles sont reconnues par une ancienne pratique. Les précédents du siècle dernier qui font état de ces obligations (198) relèvent toutefois d'une construction juridique différente. A l'époque, en prolongement de l'ancienne théorie du mandat dans la conclusion des traités, la signature engageait déjà les par-

(195) A. DE LA PRADELLE / N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. III, Paris, 1954, p. 672.

(196) *R.S.A.*, vol. VI, p. 92.

(197) Voir l'affaire du *port de Portendick*, CHENG (*supra*, note 1), p. 139.

(198) McNAIR (*supra*, note 65), p. 200-1.

ties car la ratification n'était pas un acte discrétionnaire. Les obligations des parties dès avant la ratification avaient donc une toute autre portée. Quand au début de ce siècle, sous l'impulsion du postulat d'un contrôle parlementaire de l'exécutif, la ratification devint un acte discrétionnaire, les obligations préconventionnelles eurent le rôle nouveau de protéger l'essence du texte en attente de ratification contre les actes vidant de sens l'effort conventionnel commun (199). Depuis cette époque ces obligations ont fait l'objet d'études collectives (par exemple l'article 9 du *Harvard Research*) (200). La jurisprudence les consacrait, la première fois dans l'affaire *Mégalidis* (1928), où le tribunal arbitral mixte gréco-turc s'inspire directement du manuel de droit international de P. Fauchille (201). La pratique diplomatique a fait souvent état de telles obligations, soit dans des contextes précis, soit en reconnaissant généralement leur existence en droit positif (202). De même, le paragraphe 6 de la Résolution 48/263 (1994) de l'Assemblée générale des Nations Unies qui entérine l'accord sur la révision de la Partie XI de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer rappelle aux Etats les obligations préconventionnelles auxquelles ils sont soumis.

2. La doctrine et la pratique témoignent de l'accord général qui consiste à fonder les obligations préconventionnelles dans le principe de bonne foi (203). La protection de l'objet et du but du traité peut glisser tantôt vers des concepts tels que l'interdiction d'actes abusifs (204), tantôt demeurer sous l'étoile de la confiance légitime. Chaque sujet à la transaction doit pouvoir s'attendre à ce minimum de *fair dealing* de la part de ses partenaires qui est une condition indispensable à son déroulement raisonnable. La bonne foi protège la confiance légitime en une conduite compatible avec le processus conventionnel, d'un côté selon ses nécessités intrinsèques (objet et but) et de l'autre selon la mesure des attitudes concrètes d'une partie

(199) Le premier auteur à leur consacrer un développement paraît être S. CRANDALL, *Treaties. Their Making and Enforcement*, 2 éd., Washington, 1916, partic., p. 343.

(200) *Harvard Draft on the Law of Treaties, A.J.I.L.*, vol. 29, 1935, *Suppl.*, pp. 778 et s.

(201) *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. VIII, pp. 386 et s., 395. Voir aussi l'affaire des *Réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles* (1924), *R.S.A.*, vol. I., p. 522.

(202) Voir par exemple l'*Annuaire canadien de droit international*, vol. 16, 1978, p. 366; L. CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public, 1976 », *A.S.D.I.*, vol. 33, 1977, p. 150-1; M. NASH LEICH, *Digest of United States Practice in International Law*, 1980, Washington, 1986, p. 398-9, 701. Pour une prise de position générale, cf. dans *N.Y.I.L.*, vol. 6, 1975, p. 283.

(203) MÜLLER (*supra*, note 1), pp. 154 et s. P. McDADDE, « 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. 21, 23, 27. P. REUTER, dans : *Ann. C.D.I.*, 1965-I, p. 101, para. 41; etc. Pour la jurisprudence, voir déjà l'affaire *Mégalidis* (*supra*, note 201).

(204) Voir par exemple l'affaire relative à *certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (1926), C.P.J.I., *ser. A*, n° 7, p. 30.

envers l'autre. D'où une conjonction possible entre aspects fondamentaux et situationnels.

La bonne foi explique certains aspects du régime des obligations préconventionnelles, aspects par ailleurs controversés : le fait qu'en principe seules des abstentions sont dues; que l'obligation est indépendante d'une ratification ultérieure; qu'une intention spécifique de priver le traité de son objet et de son but ne soit pas requise; que l'obligation ne couvre qu'un temps raisonnable entre la signature et l'entrée en vigueur du traité. Ces obligations ne découlent pas du traité mais du droit international général. Elles ne visent que la protection d'une confiance qualifiée et non l'interdiction de la mauvaise foi ou une espèce de mise en œuvre anticipée du traité.

3. Ces obligations de ne pas porter atteinte à l'objet et au but du traité — unité distincte de ses dispositions spécifiques — persiste-t-elle après l'entrée en vigueur du traité? La Commission du droit international l'a cru. Le paragraphe 2 de l'article 55 du troisième Rapport de H. Waldock sur le droit des traités portait que «la bonne foi exige notamment que toute partie à un traité s'abstienne de tout acte visant à empêcher que le traité soit dûment exécuté ou à réduire ses objets à néant» (205). Il s'agissait d'une transposition des obligations préconventionnelles au stade après l'entrée en vigueur du traité par voie de raisonnement *a fortiori*. Si ce paragraphe a fini par être éliminé à la 759^e séance de la Commission, ce n'était nullement par désaveu de sa substance. On avait simplement fait valoir, contre l'avis d'une minorité conséquente, qu'une mention séparée du principe après le paragraphe 1 («*pacta sunt servanda*») était superflue car implicite dans celui-ci. De plus, on craignit qu'une mention séparée puisse affaiblir ou alimenter l'équivoque quant à la portée de *pacta sunt servanda* (206). La question s'est posée dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (fond, 1986). Le Nicaragua avait soutenu que l'attitude hostile des Etats-Unis d'Amérique à son égard manifestée par divers actes, constituait une atteinte à l'objet même du Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre les deux Etats. La Cour a reconnu ces obligations (207) mais les a restreintes. Il s'agissait de limiter les projections considérables et paradoxales que peut faire subir à la portée de ces obligations un objet conventionnel considéré sous un angle excessivement téléologique.

Il n'est pas admissible de dire que la violation de l'objet et du but se cristallisera toujours en violation des dispositions expresses du traité (208). Voici un exemple. Plusieurs traités internationaux prévoient une obligation

(205) *Ann. C.D.I.*, 1964-II, p. 3.

(206) *Ibid.*, p. 172-4.

(207) *C.I.J., Rec.*, 1986, p. 137-8.

(208) Ainsi cependant J. VERHOEVEN, «Le droit, le juge et la violence», *R.G.D.I.P.*, vol. 91, 1987, p. 1224.

de poursuite pénale ou d'extradition de certains individus à la charge des Etats parties. C'est le cas de plusieurs conventions antiterroristes. Un problème a été posé par la faculté des Etats ayant formellement exécuté leurs obligations d'exercer par la suite le droit de grâce ou de commutation des peines. Les traités sont muets à cet égard. Il est toutefois évident que l'exercice de ces facultés peut aboutir à vider ces textes de leur objet et de leur but. Ces attitudes ont été condamnées en faisant appel au principe de la bonne foi, admettant ainsi que l'objet du traité forme bien un chef de protection juridique autonome.

Comme pour les obligations équivalentes du stade préconventionnel, cette protection de l'objet et du but a été fondée sur le principe de la bonne foi (209).

B) *Un aspect de la bonne foi dans l'interprétation : primauté de l'esprit sur la lettre*

Le principe 'd'interprétation de bonne foi' a une pléiade de ramifications parfois très spécifiques. Mais son sens principal a été fixé de manière lumineuse dans la jurisprudence romaine par un des très grands jurisconsultes de l'époque classique, Publius Iuventinus Celsus. Il écrivit : « Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem » (210); connaître les lois ne signifie pas savoir les mots mais leur sens et leur esprit. La norme est perçue sous l'aspect de sa finalité et le texte est subordonné à cette fin. La bonne foi est le vecteur juridique qui commande de ne pas s'attacher excessivement au texte quand cette attitude aurait pour résultat de tourner le véritable sens visé par les dispositions retenues.

Le degré minimal de ce principe se manifeste quand il s'agit d'écarter des interprétations frauduleuses et abusives, qui, compatibles avec la seule lettre d'un accord, s'opposent frontalement à son esprit. Les auteurs classiques en donnaient de saisissants exemples. Ainsi, Zémures promettait à une garnison de sébastiens de ne verser aucun sang en cas de reddition. La garnison se rendit et Zémures fit brûler les hommes vivants (211). Les Spartiens conclurent un cessez-le-feu de trente jours avec l'ennemi; ils dévastèrent leur pays de nuit en alléguant que l'accord ne couvrait que les jours (212). Un général romain était convenu avec Antiochus de lui rendre la moitié de ses vaisseaux; quand il mouillèrent le port ennemi, il les fit

(209) G. DAHM, *Völkerrecht*, t. III, Stuttgart, 1961, p. 107.

(210) *Dig.*, I, 3, 17. Sur Celse, cf. H. HAUSMANNINGER, « Publius Iuventinus Celsus : The Profile of a Classical Roman Jurist », *Mélanges R.S. Summers*, Berlin, 1994, pp. 245 et s.

(211) H.W. HALLECK, *International Law*, vol. I, 4^e éd., Londres, 1908, p. 324.

(212) P. BELLI, *De re militari et de bello tractatus* (1563), pars. I, cap. III.

tous scier par le milieu (213). L'affaire du *port de Dunkerque* a déjà été mentionnée (214). Enfin, on peut faire état de l'argument allemand lors de la première guerre mondiale disant que l'usage de « cylindres » à gaz toxique était licite parce que la Déclaration IV de La Haye de 1899 n'interdisait que l'emploi de « projectiles » qui répandent ces gaz (215). Comme l'ont dit les juges français en l'affaire *Pelaccia, Ruzzi et Dame Unfer* (1958), « les conventions internationales doivent, comme les conventions entre particuliers, être exécutées de bonne foi et non en recourant à des distinctions verbales qui ont pour effet de paralyser la jouissance réelle des droits garantis par ces conventions » (216).

La bonne foi ne vise pas uniquement à écarter ces interprétations manifestement dolosives. Elle constitue une force de gravitation permanente cherchant à infléchir le texte vers les impératifs plus profonds qui découlent des finalités et de l'esprit qui le sous-tendent. Ainsi, le degré maximal de notre principe aboutit à l'exigence d'une interprétation *positivement* raisonnable eu égard au contexte complet dans lequel s'inscrit la finalité du texte. Dans l'affaire des *pêcheries de la côte septentrionale de l'Atlantique* (1910), les arbitres estimèrent que le droit de la Grande-Bretagne d'adopter des règlements pour protéger et conserver les stocks de poissons dans une zone soumise à sa souveraineté mais où un traité international avait accordé des droits à des ressortissants étrangers, était limité par la bonne foi. Pour que des dispositions réglementaires puissent se justifier au regard du Traité, la discrétion qui restait à la Grande-Bretagne devait être exercée d'une manière déterminée, savoir de manière raisonnable et de bonne foi (217). La bonne foi fournit un étalon de référence pour la légalité de l'exercice des compétences en vertu du traité. Il en résulte que la bonne foi est ici un vecteur de l'ajustement d'intérêts en conflit. C'est par cet ajustement très général des sphères de droits réciproques que la bonne foi sanctionne les éléments téléologiques d'un traité dont la teneur sur ce point restait vague et inopérative.

Dans l'interprétation selon l'esprit plus que selon la lettre, la bonne foi peut donc aller d'un rôle négatif, écartant l'abus et la fraude, à un rôle positif. Dans ce dernier cas, elle vise à permettre la vie du traité là où des conflits de compétences que le texte ne règle pas suffisamment mettent en danger son opérationnalité.

(213) H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis* (1625), lib. II, cap. XVI, para. 5. Cfr. plus récemment l'attitude de l'Allemagne, au lendemain de l'armistice de 1918, qui coula sa flotte de guerre dans les eaux britanniques où, en exécution de la Convention du 11 novembre, elle venait la rendre.

(214) *Supra*, note 48.

(215) Cf. le procès de *A. Krupp* (1948), *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. IX, Washington, 1950, p. 1376.

(216) A.C. KISS (éd), *Répertoire français de droit international public*, t. I, Paris, 1962, p. 537, n° 1053.

(217) *R.S.A.*, vol. XI, p. 188.

C) *La bonne foi dans la négociation*

1. Il est peu de notions qui tout en étant canonisées sont restées aussi réfractaires à l'analyse juridique que celle quasi-mystique de 'négociation de bonne foi'? On s'est plu, tour à tour, à en souligner le caractère vague ou peu engageant. Une considération plus serrée des rationalités de la négociation et de la jurisprudence permettent toutefois de dégager une série de catégories qui jouent un rôle variable selon les espèces. La matière demeure très liée aux circonstances particulières de ces espèces : elle est intense du côté factuel (*fact-intensive*). D'où sans doute une partie du malaise doctrinal à la cerner.

2. Il faut en premier lieu distinguer entre l'obligation de négocier de bonne foi qui constitue le régime de base, et des obligations de *coopérer de bonne foi* dans des domaines où les solidarités sont accrues. Ainsi, le régime de certains espaces communs entre riverains ou voisins est soumis à un droit spécifique de coopération culminant dans des devoirs de prise en compte mutuelle, d'information, de partage équitable, d'utilisation non-dommageable, de conservation, etc. (218). Ces devoirs de coopération qualifiée sont renforcés par un devoir de coopération (y compris de négociation) de bonne foi. Le comportement requis a une portée plus positive (devoirs de faire) que négative (devoirs d'abstention). Un tel régime était prévu par l'Institut de droit international en 1979 dans sa Résolution sur la pollution des fleuves et des lacs en droit international (219). La Commission du droit international s'en est inspirée dans son Projet sur le régime de l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (220).

3. L'analyse de la pratique révèle que l'obligation de négocier de bonne foi se décompose en trois principes auxquels on peut rattacher une série de devoirs ponctuels retenus par la jurisprudence.

En premier lieu, tant qu'on participe aux négociations, il est interdit de les *priver de leur objet de leur but*. C'est l'aspect qui nous intéresse ici. Le rapprochement entre les parties en vue de négocier signifie une entreprise commune de nature finaliste; le but ultime est d'arriver à s'entendre. Dès lors ce but doit rétroagir sur les obligations de comportement pendant les pourparlers. La possibilité de réalisation de la finalité des négociations dépend de ce qu'une partie ne prive pas, dans leur cours, l'objet sur lequel elles portent de son contenu, et en général qu'elle n'aggrave pas significativement la situation par des actes unilatéraux. La protection que prévoit le droit porte tant sur l'objet général que sur l'objet spécial d'une négociation.

(218) M. BERNAD Y ALVAREZ DE EULATE, «La coopération transfrontalière régionale et locale», *R.C.A.D.I.*, vol. 243, 1993-VI, pp. 305 et s., partic., pp. 396 et s., et les auteurs cités aux pages 320-1, à la note 44.

(219) *Ann. I.D.I.*, 1979-II, p. 198, art. IV.

(220) Voir désormais l'article 17 de la Convention, *I.L.M.*, vol. 36, 1997, p. 709. Cf. aussi l'art. 8 de la Convention.

Tout d'abord, la bonne foi est consubstantielle à l'idée de négociation. En cela elle préserve son objet général, à savoir son effet utile. Comme on l'a dit, négocier autrement que de bonne foi n'est au fond pas négocier du tout. Cela implique plusieurs choses : la négociation doit avoir un sens, il doit y avoir une volonté réelle d'aboutir (221); ce n'est pas le cas si une partie refuse systématiquement de prendre en compte les propositions raisonnables et les intérêts légitimes adverses ou rejette immédiatement toutes propositions faites (222); il y a obligation de ne pas prendre pendant les négociations des mesures qui sans être absolument indispensables leur causeraient des dommages disproportionnés (223); la propagande et la surenchère hors des enceintes de la négociation afin de manœuvrer dans une position plus défavorable la partie adverse est incompatible avec la bonne foi (224); le mépris des procédures arrêtées, que ce soit par des moyens directs ou détournés, est contraire à la bonne foi (et éventuellement aussi à un engagement conventionnel) (225); la rupture manifestement injustifiée des négociations, par exemple pour éviter d'être confronté avec des concessions ou des propositions raisonnables de l'autre partie, est incompatible avec la bonne foi (226); selon la nature juridique du rapport des parties et le degré de leur rapprochement, la négociation de bonne foi peut impliquer l'obligation d'accepter un compromis raisonnable (227). Ces aspects concernent toute négociation. Mais la bonne foi protège aussi l'objet spécial d'une négociation donnée — tel qu'un régime fluvial, des droits économiques et douaniers, la construction d'ouvrages communs, etc. — contre toute mesure susceptible d'en priver le sens. Il y a ici analogie avec le régime des obligations préconventionnelles.

La bonne foi interdit d'un autre côté l'abus de droit (utilisation des négociations à des fins détournées) et protège la confiance légitime des participants aux négociations. Ces aspects ne nous intéressent pas dans le présent contexte.

4. Faut-il conclure que ces obligations s'appliquent en bloc, en tant que régime unitaire, à toutes les négociations internationales? Il ne semble pas.

(221) Affaires du plateau continental de la mer du Nord, C.I.J., *Rec.*, 1969, p. 47.

(222) Affaire *Tacna Arica* (1925), *R.S.A.*, vol. II, pp. 929-930. Affaire du *Lac Lanoux* (1957), *R.S.A.*, vol. XII, p. 307.

(223) Affaire relative à la répartition des biens des collectivités locales (*France c. Italie*) (1953), *R.S.A.*, vol. XIII, p. 521. Sur les contre-mesures pendant les négociations, voir l'affaire relative à l'accord sur les services aériens du 27 mars 1946 (*Etats-Unis d'Amérique c. France*) (1978), *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 484-5. Tout dépend ici de la finalité des contre-mesures, savoir si elles ont pour but de faciliter et d'accélérer le règlement du litige en faisant pression sur la partie récalcitrante à compromettre.

(224) A. PLANTEY, *La négociation internationale, Principes et méthodes*, Paris, 1980, p. 118.

(225) Affaire du *Lac Lanoux* (1957), *R.S.A.*, vol. XII, p. 307.

(226) *Ibid.*, p. 307.

(227) Affaire des dettes extérieures allemandes (1972), *R.S.A.*, vol. XIX, p. 56. Affaire du *Lac Lanoux* (1957), *R.S.A.*, vol. XII, pp. 308, 311, 315. Affaire *AMINOIL* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, p. 578.

Les obligations sont relatives à l'intensité du rapport juridique et factuel qui rapproche les parties de la négociation (*Grundverhältnis*). En fonction de ce degré de rapprochement et de la qualité des États en cause, les obligations varient d'un minimum (interdiction de tromper) à un maximum (obligation de s'accorder sur un compromis raisonnable). Voici des facteurs qui constituent un renforcement des liens entre les parties et accroissent leurs devoirs mutuels lors d'une négociation : l'existence d'un *pactum de contrahendo* ou d'un *pactum de negotiando* (228); le lien particulier avec une organisation internationale (par exemple comme mandataire au sens de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations) (229) ou avec un autre État (par exemple un rapport de vassalité, de protectorat, etc.); les liens généraux au sein d'une organisation internationale (230); l'objectif de la négociation (coexistence, coopération, etc.); le droit de voisinage. Ce dernier renforce les obligations de bonne foi jusqu'à forger un concept de coopération de bonne foi (231). À l'inverse, les pourparlers ponctuels entre deux puissances en guerre ou idéologiquement très éloignées à propos d'une tension survenue ne se situent dans aucun rapport de base susceptible de qualifier les obligations de bonne foi. Ici, ces obligations toucheront à leur minimum, c'est-à-dire les devoirs de loyauté élémentaires.

D) *La protection de l'objet et du but d'une instance judiciaire ou du fonctionnement général d'un système de règlement judiciaire*

Dans le procès international la bonne foi a été appelée pour protéger l'efficacité du prononcé final du juge comme pour préserver l'efficacité générale d'un système juridictionnel. Deux exemples suffiront.

(1) *Le caractère obligatoire des mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de Justice*

Le texte peu concluant de l'article 41 du Statut de la Cour a favorisé une considérable controverse doctrinale sur le caractère obligatoire ou facultatif des mesures que la Cour peut indiquer pour préserver les droits des parties lorsque l'affaire est pendante. La Cour ne s'est jamais prononcée sur ce point car la question ne s'est jamais posée et qu'elle n'envisage pas par avance que les parties ne se conforment pas à ses prononcés. Toutefois la jurisprudence récente s'infléchit davantage vers la reconnaissance d'un

(228) Affaire des *dettes extérieures allemandes* (1972), *R.S.A.*, vol. XIX, p. 56. Affaire *AMINOL* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, p. 578.

(229) Op. diss. Ch. DE VISSCHER, affaire relative au *statut international du Sud-Ouest Africain*, *C.I.J., Rec.*, 1950, p. 188. Op. ind. DILLARD, affaire de la *Namibie*, *C.I.J., Rec.*, 1971, p. 159.

(230) Affaire relative à l'interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, *C.I.J., Rec.*, 1980, pp. 92 et s.

(231) *Supra*, 2.

caractère obligatoire des mesures conservatoires (232). Cela se comprend si l'on tient compte qu'après l'adoption de textes très vagues lors de la création de la Cour, pour lui laisser de la discrétion en cette matière si nouvelle sur le plan international, la jurisprudence a progressivement défini la condition d'adoption de telles mesures de manière très restrictive. Le pouvoir d'indiquer ces mesures, dit la Cour, «présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire» (233). Dès lors, parmi tous les autres arguments en faveur d'une obligatorité des mesures conservatoires, on a fait valoir un argument finaliste qui est typiquement un argument de bonne foi. Si la méconnaissance de ces mesures *pendente lite* créé un dommage irréparable et prive l'éventuel arrêt final de la Cour de son sens, la bonne foi oblige la partie qui s'est soumise au règlement judiciaire à respecter des mesures conservatoires ainsi liées au sort global de l'instance (234). Cette obligation serait implicite dans l'obligatorité de l'arrêt final (article 94 (1) de la Charte) (235). Cet argument finaliste fondé sur la bonne foi avait été développé avec finesse et acuité par le représentant britannique, Sir Gladwyn Jebb, au Conseil de Sécurité, lorsqu'il s'était agi d'apprécier les conséquences de l'inexécution des mesures indiquées par la Cour en l'affaire de *l'Anglo-Iranian Oil Cy.* (1951) (236).

(2) *La dénonciation de clauses facultatives au sens de l'article 36 (2) du Statut et l'exigence de délai raisonnable*

Lorsque les Etats-Unis d'Amérique, par la voix du Secrétaire d'Etat G. Schultz, prétendirent dénoncer leur déclaration facultative avec effet immédiat nonobstant une clause de préavis de six mois qui y était contenue, la Cour s'y opposa. Elle tint pour applicable la clause expresse de préavis et exclut là-dessus toute réciprocité (anticipée) avec des déclarations à durée indéterminée. Les Etats-Unis avaient en effet suggéré que ces déclarations à durée indéterminée étaient susceptibles de dénonciation immédiate. La Cour tint à réfuter cet argument aussi, dans un *obiter dictum* important.

(232) Affaire de l'application de la Convention pour la prévention et la répression du génocide (*Mesures conservatoires*), C.I.J., *Rec.*, 1993, pp. 325 et s. Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (*Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique*) (*Mesures conservatoires*), C.I.J., *Rec.*, 1998, para. 41 : «Les Etats-Unis doivent...» (italiques ajoutées).

(233) Affaire de la Convention du Génocide (citée à la note 232), C.I.J., *Rec.*, 1993, p. 19, para. 34.

(234) Cf. exemplairement I. DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di Giustizia*, Milan, 1993, p. 152 : «Infine, a conforto della tesi qui sostenuta, può invocarsi anche il principio della buona fede (...). Nel momento in cui uno Stato accetta (...) di riconoscere la competenza della Corte a risolvere controversie in cui esso è coinvolto, il principio della buona fede comporta che questo Stato assuma anche alcuni impegni accessori, ma necessari a permettere che la Corte possa svolgere pienamente la sua missione...».

(235) DANIELE (*supra*, note 234), p. 150.

(236) *Security Council, Official Records, 6th Year, 559 Meeting* (1951), p. 20, para. 94. Ces mesures ont perdu toute force juridique lorsque la Cour s'est déclarée incompétente en l'espèce.

L'impossibilité de dénonciation immédiate fut déduite du principe de bonne foi : «Le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéterminée est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée...» (237). On retrouve ici la fonction de la bonne foi qui est de préserver l'efficacité (l'objet et le but) d'une transaction. Si chaque Etat pouvait à tout moment dénoncer avec effet immédiat sa déclaration, il resterait peu d'un engagement à la compétence. C'est, selon les termes de Waldock, créer l'illusion d'une compétence obligatoire (238). C'est transformer le système optionnel en un cadre général pour des accords de compétence *ad hoc* (*forum prorogatum*). Tous les abus seraient alors possibles (239). Les effets pervers n'en sont pas moins importants : un tel système pousserait les Etats à garder le secret sur leurs revendications, évitant les négociations, essayant d'introduire précipitamment et prématurément des instances avant que le titre de compétence ne soit annulé. En fait, l'objet et le but du système optionnel tout entier serait manqué (240). Comme l'a très bien dit C. Lang contre des objections des juges Oda et Schwebel (241) : «Au nom de la sauvegarde de la clause facultative [en permettant largement la dénonciation avec effet immédiat], on risque en réalité de la faire mourir. A quoi sert le maintien de la clause si les Etats peuvent dénoncer leur déclaration juste avant le dépôt d'une requête à leur encontre? Faust a retrouvé un semblant de jeunesse en vendant son âme au diable, mais il s'est perdu» (242).

(237) Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et recevabilité), C.I.J., *Rec.*, 1984, p. 420, para. 63. Voir aussi l'Op. ind. Mosler, *ibid.*, p. 467.

(238) H. WALDOCK, «The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals», *B.Y.I.L.*, vol. 31, 1954, p. 135 (à propos de la réserve automatique).

(239) Voici un exemple. Il serait loisible à un Etat de modifier instantanément sa déclaration à l'ouverture d'une instance introduite par lui, afin d'éviter le piège de la réciprocité qui pourrait en l'espèce jouer en sa défaveur. Dès que l'affaire aurait été jugée (voire même la phase des exceptions préliminaires terminée), il pourrait revenir à sa déclaration initiale. De telles manipulations *ad hoc* sont innombrables si l'on adopte la thèse de la dénonçabilité avec effet immédiat. Les Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire du Nicaragua précitée ont modifié leur déclaration trois jours avant la requête du Nicaragua afin de l'éviter. A. Cassese va ici jusqu'à parler d'un abus de droit : A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, p. 157.

(240) Cf. la Déclaration de la Suède sur une réserve dans la déclaration facultative portugaise, affaire relative au droit de passage sur territoire indien, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. I, p. 217 : «Cette condition [pouvoir de modifier et dénoncer avec effet immédiat] réduit à néant l'obligation visée par la teneur de l'article 36, paragraphe 2...».

(241) Op. diss. SCHWEBEL, affaire du Nicaragua, C.I.J., *Rec.*, 1984, p. 628. Op. ind. ODA, *ibid.*, p. 513.

(242) C. LANG, *L'affaire Nicaragua | Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice*, Paris, 1990, p. 95.

3. — *La bonne foi en tant que protection d'une finalité sociale*

La bonne foi peut aussi s'attacher à sanctionner directement les éléments téléologiques d'une règle au regard des finalités sociales ou de l'intérêt collectif dont la règle est l'expression.

A) *L'interdiction de l'abus de droit*

1. C'est le cas, tout d'abord, de l'important principe de l'interdiction de l'abus de droit. L'abus de droit consiste essentiellement dans l'exercice d'un droit subjectif ou d'une compétence (243) d'une manière gravement attentatoire à l'intérêt d'autrui ou à l'intérêt général, et plus généralement, dans un but ne correspondant pas à celui en vue duquel ce pouvoir a été conféré. Un exemple classique est l'abus par intention de nuire avec la construction d'un mur dans le seul but d'enlever au voisin l'ensoleillement de sa maison (*Neidmauer*).

Tout ordre juridique connaît des normes visant à interdire des détournements et à ajuster l'exercice de droits au regard des intérêts collectifs ou individuels essentiels. Ce qui varie, c'est la forme que prend cette sanction. Elle peut être l'œuvre d'un puissant principe général (244). Elle peut aussi relever de normes ponctuelles. C'est le cas du common law anglais (245); c'était le cas du droit romain (246). Droit casuistique, celui-ci s'arrêtait à sanctionner l'abus par la voie ponctuelle des *bonae fidei iudicia*, de certaines normes de la *Lex Aquilia*, de l'institution du *denegare actionem* et surtout, procéduralement, par l'*actio* et l'*exceptio de dolo*. Au moyen âge, la doctrine se condensa dans la théorie de l'*aemulatio* (247) (exercice d'un droit dans l'intention de nuire) et l'*exceptio doli generalis* (248). La doctrine atteint à son unité dans les codifications modernes.

2. L'existence du principe en droit international a été contestée. On a dit que le milieu international est fondé sur trop d'individualisme étatique pour supporter une notion aussi solidariste. L'abus de droit supposerait au

(243) Pour le droit public on parle alors généralement de détournement de pouvoir, mais le mécanisme juridique est le même.

(244) Cf. par exemple Part 2 (2) du Code civil suisse.

(245) Par exemple avec l'institution du *trespass*. Le droit public connaît en revanche le principe de l'interdiction de l'abus de droit sous la forme de concepts tels que l'*abuse of authority*, l'*abuse of power* ou l'*abuse of discretion*.

(246) H. KRELLER, «Die Theorie des Missbrauchs der Rechte in der römischen Rechtslehre», dans : *Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongress der Rechtsvergleichung*, volume spécial de la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Berlin, 1937, pp. 1 et s.

(247) V. SCIALOJA, «Aemulatio», *Studi giuridici*, vol. III, Rome, 1932, pp. 216 et s.

(248) F. RANIERI, «Ecezione di dolo generale», *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. VII, Turin, 1991, pp. 311 et s. F. RANIERI, «Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, 1998, pp. 1058-1060, avec des renvois.

fond l'existence d'une communauté juridique et se trouverait de ce fait encore trop en avance sur la vie réelle dans la société internationale. Ces arguments, non dépourvus de pertinence, et de nombreux autres, soulevés par les négateurs du principe, ont été réfutés ailleurs avec des raisonnements serrés qu'il n'est pas possible de reproduire ici. On peut s'autoriser à dire que la pratique, si elle est analysée avec discernement, a consacré la notion dans de très nombreux contextes (249). Ce qui importe à cette place, c'est de montrer le lien de l'abus de droit avec la bonne foi et de serrer de près son contenu en droit international public.

3. Bonne foi est abus de droit sont très proches. Parfois on utilise l'un des principes pour signifier l'autre; parfois on les confond plus largement (250). Parfois il est précisé que l'interdiction de l'abus de droit dérive de la bonne foi en ce sens qu'il en constitue l'une des concrétisations (251). Le rapport entre les deux principes est alors décrit comme relevant des deux côtés d'une même médaille, avec la bonne foi sur le versant positif, requérant certaines attitudes, et l'abus de droit sur le versant négatif, interdisant certaines conduites (252). Ce lien entre la bonne foi et l'abus de droit était déjà connu du *ius commune* au moyen âge. On dit qu'il est incompatible avec l'obligation générale de bonne foi d'exercer abusivement ses droits. Au précepte plus général se rattache l'autre, plus spécial, concernant uniquement les modalités d'exercice d'un droit ou d'une compétence.

4. Si la doctrine est majoritairement favorable au principe de l'interdiction de l'abus de droit en droit international, il faut encore s'entendre sur sa portée et sur ses contenus. En droit interne, avec l'évolution et la capillarisation progressive des ordres juridiques, la notion de l'abus de droit s'est circonscrite à certaines acceptions déterminées. Elle a libéré de son orbite d'autres concepts tels que l'arbitraire ou l'abus de pouvoir. Chacun de ceux-ci s'est armé de ses conditions d'application propres et s'est fixé dans certains domaines de l'ordre juridique. Rien de tel en droit international. L'évolution du droit international est bien moindre que celle des divers ordres juridiques internes. L'abus de droit y a gardé toute la richesse protéiforme d'un principe général de droit composite. Il y couvre des notions telles que l'interdiction de l'arbitraire, le détournement de pouvoir, l'abus (ou l'excès) de pouvoir ou de discrétion, les actes émulateurs, les actes *ultra*

(249) Cf. ma thèse sur la bonne foi en droit international public.

(250) OPPENHEIM (*supra*, note 8), p. 408. M. GESTRI, «Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 77, 1994, pp. 51 et s. K. STRUPP, «Les règles générales du droit de la paix», *R.C.A.D.I.*, vol. 47, 1934-I, p. 559 nie l'existence autonome du principe de l'interdiction de l'abus de droit qu'il place au sein de la bonne foi. La jurisprudence n'est pas en reste. Voir l'affaire relative aux *droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, C.I.J., *Rec.*, 1952, p. 212. Affaire relative au *filetage dans le Golfe de St. Laurent* (1985), *R.G.D.I.P.*, vol. 90, 1986, p. 733, para. 27.

(251) CHENG (*supra*, note 1), pp. 121 et s. VERDROSS / SIMMA (*supra*, note 48), p. 48.

(252) Cf. par exemple I. TUOR / H. DESCHENAUX, *Le code civil suisse, Exposé systématique*, 2 éd. française, Zurich, 1950, p. 44. *Réplique F.A. Mann pour la Belgique*, affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. X, p. 46.

vires, la fraude à la loi, le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, les actes de mauvaise foi, les actes déraisonnables, certains actes discriminatoires, etc. Les termes sont souvent utilisés interchangeablement. L'un de ces concepts peut être développé sous le titre de l'abus de droit, voire vice versa. Peu importe le terme-chapeau que l'on choisit pour la matière (nous avons choisi l'abus de droit). L'important c'est de comprendre qu'il y a un lien de famille, une unité diffuse, entre tous ces concepts en droit international. Dès lors on comprend qu'il ne faut pas, à l'instar de nombreux auteurs, recourir à une logique par soustraction. L'abus de droit ne se manifeste pas *une fois* soustraits de son corps toutes ces sous-notions perçues comme autonomes. Au contraire, ces sous-notions en constituent des concrétisations. Par conséquent, il faut additionner non soustraire. Tenant cela à l'esprit, il est possible de définir quatre cercles qui constituent à chaque fois le dénominateur commun d'un certain nombre de ces facettes. Pris ensemble ils en épuisent les contenus.

a) Au sens minimal, l'abus de droit interdit les actes faits dans l'intention de nuire à autrui (actes émulateurs). Les articles 4 et 20 du Statut sur les échanges internationaux par chemin de fer (Statut de Genève de 1923) interdisent toute discrimination malveillante (253). L'affaire des *phoques à fourrure de la mer de Behring* (1892) fait application de ce même aspect de l'abus de droit (254) : *malitiis non est indulgendum*.

b) Dans un autre cercle, l'abus de droit signifie le *détournement de pouvoir*. Il s'agit ici de préserver le but au regard duquel des normes ont été créées. Il est interdit d'exercer ou d'utiliser des droits ou pouvoirs juridiques dans un but différent et incompatible avec celui en vue duquel ils ont été conférés, si une telle attitude lèse un tiers. Ainsi, dans 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 du Président de l'État de Guyane qui avait d'importants intérêts privés dans une entreprise concurrente. Les arbitres conclurent à l'abus de pouvoir (255).

c) Un troisième cercle de l'abus de droit vise à l'ajustement de droits liés à la souveraineté par un processus de *mise en balance des intérêts respectifs*. C'est surtout dans le droit du voisinage que ce concept de l'abus de droit — à partir du principe de l'utilisation non-dommageable du propre territoire (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) — a trouvé application. C'est reconnaître qu'au delà d'un certain seuil l'intérêt du tiers ou l'intérêt social n'ont plus à plier devant l'intérêt individuel. Le droit cherche ici un équilibre entre des exercices en soi légitimes de droits subjectifs dont le conflit est

(253) L. LE FUR / G. CHKLAVER, *Recueil de textes de droit international public*, 2 éd., Paris, 1934, pp. 653, 658.

(254) CHENG (*supra*, note 1), p. 122.

(255) *R.S.A.*, vol. X, p. 18.

dû aux données objectives de la vie en commun. L'abus de droit tend alors à agir comme une tête de pont pour l'élaboration de régimes normatifs plus précis. Ainsi, par exemple, la question du *damnum sine iniuria*, lancé jadis sous le drapeau de l'abus de droit, constitue aujourd'hui une branche entière du droit de la responsabilité internationale et est en voie de codification. L'affaire du *Lac Lanoux* (1957) est un exemple de la productivité que l'abus de droit peut avoir — même sans être nommé — dans ces matières (256).

d) Dans un dernier cercle l'abus de droit comprend l'*arbitraire* (257), c'est-à-dire les actes manifestement injustifiés au regard des faits, les actes en fraude à la loi ou au droit (*Rechtsumgehung*) (258), l'exercice déraisonnable de droits (259) ou certains cas de discrimination (260).

On aperçoit à travers ces brefs développements toute la richesse normative du principe de l'interdiction de l'abus de droit en droit international.

B) *La bonne foi dans l'Organisation internationale*

1. L'Organisation internationale s'analyse comme l'institutionnalisation de la coopération en vue de la réalisation d'un but commun. Dès lors, les normes des instruments constitutifs d'organisations internationales s'arment d'une force plus fortement finaliste que celles du droit général. Ces normes ne sont jamais une fin en elles-mêmes, mais un moyen dont la mesure réside dans les buts assignés à l'organisation par son acte constitutif. La bonne foi joue un rôle essentiel dans une telle communauté. Selon l'expression de Müller, elle représente le ferment juridique de l'esprit communautaire au sein de l'organisation (261). Elle y tempère la souveraineté au regard des finalités communes : «The good faith clause [dans l'article 2 (2) de la Charte] was therefore intended to blunt the principle of sovereignty which effectively undermined the foundations on which the existence of community agreements was based» (262). La bonne foi constitue en quelque sorte une condition existentielle de l'œuvre commune. Elle est ici

(256) *R.S.A.*, vol. XII, pp. 307 et s. Sur cette affaire et sur d'autres, cfr. J. BARBOZA, «International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law and Protection of the Environment», *R.C.A.D.I.*, vol. 247, 1994-III, pp. 319 et s.

(257) GESTRI (*supra*, note 250), p. 12-3. S. JOVANOVIĆ, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, 1988, pp. 193 et s. De nombreuses plaidoiries à l'initiative de la Cour en font aussi état.

(258) CHENG (*supra*, note 1), pp. 122 et s. Il faut ici distinguer entre interdiction de moyens (*Wegverbot*) et de résultat (*Zielverbot*). Dans le premier cas le choix d'un autre moyen pour arriver au même résultat n'est pas nécessairement abusif.

(259) JOVANOVIĆ (*supra*, note 257), pp. 147 et s.

(260) *Plaidoirie F.A. Mann* (Belgique), affaire de la *Barcelona Traction*, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. VIII, p. 58.

(261) J.P. MÜLLER, «Article 2 (2) of the Charter», dans : B. SIMMA (éd.), *The Charter of the United Nations — A Commentary*, Oxford, 1995, p. 94.

(262) *Ibid.*, p. 92. Cette communauté ne connaît précisément pas de mécanismes de contrôle et de sanction institutionnels.

un principe constitutionnel servant de fondement juridique à des devoirs de conciliation et de coopération des membres en vue de l'accomplissement des buts communs.

2. La bonne foi assure diverses fonctions dans l'organisation internationale, comme par exemple celle de commander retenue dans l'auto-interprétation des textes communs. Mais l'aspect le plus intéressant est sa capacité de fonder des devoirs spécifiques, issus du besoin général de solidarité ou de coopération, à mesure que des crises constitutionnelles ou des lacunes dans les textes bloquent le fonctionnement de l'organisme commun. C'est ici que l'aspect finaliste de la bonne foi touche à son maximum.

a) Un premier exemple concerne l'exercice du droit de vote. La question s'était posée dans le contexte de l'admission de nouveaux membres à l'Organisation des Nations Unies en période de guerre froide. Les blocs d'Etats idéologiquement opposés cherchaient à faire dépendre l'admission de nouveaux Etats de conditions purement politiques difficilement conciliables avec la teneur de l'article 4 de la Charte. Le droit de veto était utilisé pour bloquer toute avancée. Appelée à l'interpréter l'article 4 de la Charte, la Cour se vit confrontée à la question de savoir si l'admission de nouveaux membres avait reçu une véritable réglementation juridique ou si, au contraire, la matière restait totalement discrétionnaire. La Cour a répondu que les conditions de l'article 4 sont exhaustives en droit, mais qu'elles ouvrent en leur sein un champ de discrétion où des considérations politiques peuvent trouver place. Elle limite aussitôt le champ de la discrétion : la bonne foi forme une limite générale au pouvoir d'appréciation en renvoyant aux buts et principes de la Charte (263). Il faut ajouter que les juges dissidents ne se dissocient pas de cette analyse. Pour eux l'article 4 n'est pas limitatif dans les conditions dont les Etats membres peuvent s'inspirer. Mais si la discrétion est donc plus large, la limite de la bonne foi est explicitement reconnue par eux aussi (264).

Cette bonne foi est finaliste parce qu'elle a pour fonction d'établir un rapport entre un acte juridique individuel et les buts généraux de l'organisation aux fins d'une mesure d'appréciation objective (*Zweckbezogenheit*). Comme le dit MÜLLER, la bonne foi interdit qu'un Etat fasse dépendre sa décision de conditions qui n'ont aucun rapport avec l'objet et le but de la disposition applicable (265). Le droit de vote devient donc une fonction

(263) Affaire relative aux conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies, C.I.J., Rec., 1947/8, p. 63.

(264) Op. diss. collective BASDEVANT, WINIARSKI, McNAIR, READ, *ibid.*, p. 91-2 : « Si les Membres des Nations Unies ont ainsi le droit et l'obligation de tenir compte de toutes les considérations d'ordre politique qui, à leur avis, sont pertinentes (...) il ne faut pas perdre de vue que (...) il existe pour tous les Membres des Nations Unies une obligation juridique générale d'agir selon la bonne foi (...) en vue de réaliser les Buts et Principes des Nations Unies ». Voir aussi l'Op. diss. ZORICIC, *ibid.*, p. 103 et l'Op. diss. KRYLOV, *ibid.*, p. 115. Les juges ALVAREZ et AZEVEDO établissent de surcroît le lien avec l'interdiction de l'abus de droit : *ibid.*, p. 71 et pp. 79-80.

(265) MÜLLER (*supra*, note 1), p. 236.

sociale; il n'est pas exclusivement l'exercice d'une discrétion. Une telle participation à l'accomplissement des fonctions de l'organisation relève de cette catégorie que SPERDUTI a appelé devoir-pouvoir (*dovere-potere*) (266). C'est un pouvoir, mais son exercice dépend d'une finalité qui l'enserme dans les limites d'un devoir général dont la sanction est possible au moins dans les cas les plus graves.

b) Un deuxième exemple touche aux lacunes dans les textes et consiste dans la dérivation de devoirs spécifiques de coopération à partir du principe général de bonne foi (c'est là une fonction classique des principes généraux de droit). L'accord de siège du Bureau régional de l'OMS en Egypte avait été dénoncé par l'Assemblée de l'Organisation suite aux Accords de Camp David. Il se posa la question du délai de dénonciation et des modalités du transfert. La matière était pauvre en normes positives. La Cour internationale de Justice commence par dire que le simple fait d'être membre d'une Organisation «entraîne certaines obligations réciproques de coopération et de bonne foi» (267). La mesure de ces obligations réside dans la sauvegarde de l'accomplissement des fonctions et des buts de l'Organisation (268). Le devoir de coopération procède donc directement de cet aspect finaliste; le ferment qui permet son appréhension juridique est la bonne foi. Ainsi, la Cour peut tirer diverses conclusions de ces préceptes téléologiques, dont l'obligation d'éviter toute action unilatérale (devoir de se consulter de bonne foi pour aboutir à un accord sur le transfert) (269) et l'obligation d'éviter toute action précipitée (devoir de bonne foi de donner un préavis raisonnable selon les circonstances) (270).

4. — *La bonne foi en tant que loyauté qualifiée :*
la maxime que nul ne peut profiter
en droit de son propre tort

1. La maxime *nemo ex propriam turpitudinem commodum capere potest* connaît en droit international une application fréquente mais ponctuelle, contrairement au droit interne où ses conditions d'application se sont parfois précisées dans des régimes juridiques très complexes. Le fondement de la maxime réside dans la bonne foi. De fait, il est rare que la maxime soit mentionnée sans une référence pour le moins indirecte à son principe direc-

(266) G. SPERDUTI, «Il principio della buona fede e l'ammissione di nuovi membri nelle Nazioni Unite», *Comunità internazionale*, vol. 7, 1952, p. 50-1.

(267) Affaire relative à l'interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, C.I.J., *Rec.*, 1980, p. 93, para. 43.

(268) *Ibid.*, p. 93, para. 44.

(269) *Ibid.*, p. 95. Cfr. aussi l'Op. ind. ODA, *ibid.*, p. 154 et l'Op. ind. RUDA, *ibid.*, p. 124.

(270) *Ibid.*, p. 96. Cfr. aussi l'Op. ind. RUDA, *ibid.*, p. 124. Sur les conclusions analogues de la Cour en matière de dénonciation de déclarations facultatives au sens de l'art. 36 (2) du Statut, voir *supra*, 2.D(2).

teur (271). La bonne foi exige ici une loyauté objective sous un aspect très circonscrit. C'est l'idée de la non-contradiction qui forme le ressort ultime de l'intervention de la bonne foi (272). Comme l'a dit le juge Urrutia Holguín, «l'exception de bonne foi qui existe dans presque tous les systèmes juridiques (...) interdit de tirer profit de ses propres torts» (273).

2. L'idée juridique dont s'inspire la maxime était connue du droit romain sans que celle-ci n'ait été formulée de manière autonome. Face au sujet qui essaye de se prévaloir de son propre tort, le prêteur pouvait soit ne pas accorder d'action (*denegare actionem*), soit concéder une exception (notamment l'*exceptio doli*), soit enfin ordonner d'office une restitution intégrale (*restitutio in integrum*). La casuistique est très riche (274). Ce n'est qu'au moyen âge, sous la plume des civilistes (notamment Azon) et des décrétistes que la maxime fut forgée dans sa forme actuelle. Elle apparaît déjà dans deux Décrétales du XIII^e siècle, la Décrétale '*de concessione praebendae et ecclesiae non vacantis*' ainsi que la glose y consacrée, et la Décrétale '*de donationibus*' ainsi que la glose qui l'accompagne (275).

3. La maxime connaît en droit international de très nombreuses applications dont un aperçu a été donné ailleurs (276). Ainsi, 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» (277). Ce permis avait été refusé par une erreur de fonctionnaires subalternes. En matière de responsabilité internationale, une circonstance excluant l'illicéité ne peut plus être invoquée avec succès si sa survenance est le fait de l'État qui essaie de s'en prévaloir (278). Un État ne saurait invoquer l'absence de voies de recours internes quand celle-ci relève de

(271) Cf. par exemple le *Mémoire du Gouvernement Suisse*, affaire *Losinger* (1936), C.P.J.I., sér. C, n^o 78, p. 41.

(272) Sous un aspect plus subjectif, on peut parler de sanction d'un comportement malhonnête («*unredlich*»). 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.

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

(274) E. RIEZLER, «Berufung auf eigenes Unrecht», *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 89, 1941, pp. 178 et s.

(275) 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.

(276) Voir ma thèse sur la bonne foi en droit international public.

(277) *R.S.A.*, vol. VI, p. 50.

(278) Cf. déjà l'affaire de la *Betsy* (1797), dans : J.B. MOORE, *International Adjudications, Ancient and Modern, Modern Series*, vol. IV, New York, 1931, p. 227. Affaire *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO)*, (1991), *I.L.R.*, vol. 96, p. 318. Voir aussi l'*Ann. C.D.I.*, 1980-II/1, p. 50, article 33(2) et A. GATTINI, *Zufall und Force Majeure im System der Staatenverantwortlichkeit anhand der ILC-Kodifikationsarbeit*, Berlin, 1991, pp. 98-9, 135 et s.

son propre fait, par exemple si les recours sont illusoire ou inefficaces (279). La maxime *nemo...* peut aussi intervenir dans le calcul des indemnités à verser (280). Les délais inexcusables dans la présentation d'une demande devant une instance internationale disponible peut entraîner une prescription libératoire justifiée par la maxime *nemo...* (281). Rappelons encore le célèbre *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)* (1927) : «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» (282). Notre maxime a fait l'objet de développements aussi dans l'affaire de l'*interprétation des Traités de Paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (1950) (283) et, plus récemment, en l'affaire du *Projet Gacikovo-Nagymaros* (1997) (284).

4. La maxime fléchit devant l'ordre public international dans la mesure où celui-ci doit prévaloir sur une maxime de régulation *inter partes* (285). La difficulté tient ici au fait qu'un intérêt général peut aussi se rattacher à l'application de notre maxime : la communauté juridique est intéressée à ce que la violation du droit et la turpitude ne soient pas récompensées. La maxime pourrait encore être écartée si la turpitude de l'autre partie est supérieure à celle du demandeur, si bien que son application pourrait mener à ce qu'une situation encore plus immorale ne soit entérinée. Enfin, notre maxime pourrait aussi être écartée si la turpitude commise est invoquée en faveur d'un tiers (286).

(279) G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 5^e éd., Londres, 1967, p. 177. Cf. par exemple l'affaire *Velasquez Rodriguez* (1988), *I.L.M.*, vol. 28, 1989, pp. 304 et s.

(280) Affaire *Tippett, Abbott, McCarthy, Stratton c. Iran* (1984), *Iran / U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 6, p. 227-8, citant Bin Cheng.

(281) Affaire *Williams* (1890), cf. CHENG (*supra*, note 1), p. 381.

(282) C.P.J.I., sér. A, n 9, p. 31.

(283) *Déclaration Cohen* (Etats-Unis d'Amérique), C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1950, p. 355. *Déclaration écrite du Royaume-Uni*, *ibid.*, p. 190-1. *Déclaration écrite des Etats-Unis d'Amérique*, *ibid.*, p. 237. *Déclaration de G.G. Fitzmaurice (Royaume-Uni)*, *ibid.*, p. 373-5. Op. diss. READ, C.I.J., *Rec.*, 1950, p. 244 et Op. diss. AZEVEDO, *ibid.*, p. 252-4. La Cour suivit une autre approche et n'eut pas à soulever ce point.

(284) C.I.J., *Rec.*, 1997, p. 46, para. 57, p. 53-4, paras. 76-78, p. 64, para. 103, et p. 66-7, para. 108-110. Les conditions d'application de la doctrine de 'l'application d'un traité par approximation' (p. 53-4, paras. 76-8) telles qu'énoncées par la Cour sont quelque peu déconcertantes.

(285) Cf. désormais l'Op. ind. WEERAMANTRY en l'affaire du *Projet Gacikovo-Nagymaros* (C.I.J., *Rec.*, 1997, p. 117-8). Pour le droit interne, cf. par exemple l'affaire *Lavi c. Asco et autres* (1988), *I.L.R.*, vol. 91, pp. 250, 252.

(286) Voir déjà la glose '*Adi*' *ad Cod.* 7, 16, 1 (Caracalla) : Aulus Saturninus a vendu ses enfants nés 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'application de notre adage. Selon Azon, c'est parce que le père invoque sa turpitude non pour tirer profit lui-même, mais en faveur d'autrui. (Cf. STURM (*supra*, note 275), pp. 319-320). Une telle invo-

5. — *La bonne foi comme fait subjectif :
l'ignorance excusable par le droit*

1. Jusqu'ici nous avons vu ce qu'était le contenu spécifique de la bonne foi en tant que principe général de droit. Désormais il s'agit d'analyser la bonne foi en tant que fait subjectif particulier, c'est-à-dire l'ignorance excusable d'un défaut juridique (287). Ainsi dit-on qu'un sujet de bonne foi, c'est-à-dire ignorant le vice, peut acquérir propriété d'un non-proprétaire qui lui transfère un bien meuble. Qu'en est-il de cet aspect de bonne foi, qui a sa place surtout dans le transfert et l'acquisition de biens, en droit international ?

2. Le droit international règle les rapports entre Etats. Les échanges entre individus en droit interne et entre Etats en droit international sont très différents. L'acquisition du territoire (qui est le bien majeur du droit international) relève de l'exercice de la puissance publique. Ce type de transfert est soumis à d'autres règles sur la publicité, la consultation des populations, etc., que ne peut l'être un objet échangé entre particuliers. Or en dehors du territoire, les transferts de biens sont rares en droit international public. Même entre Etats, ils se font le plus souvent sous forme de contrats soumis au droit commercial international. S'ajoute à cela que les Etats sont des organismes complexes moins enclins aux notions empruntées à la psychologie individuelle. Enfin, la tendance à la confusion et aux tensions dans la société internationale a imprimé au droit qui régit cette société une orientation ordonnée à la stabilité, à l'effectivité, à la prévention des conflits. Tous ces facteurs contribuent à y limiter la portée de la bonne foi subjective.

Une revue de la pratique montre la place exacte de la bonne foi subjective en droit international. Elle s'applique soit dans des domaines marginaux, souvent à cheval entre le droit international et le droit interne, soit dans des domaines beaucoup plus importants, mais n'ayant là que des effets juridiques limités ou secondaires.

De tels effets secondaires existent par exemple dans le domaine de l'acquisition du territoire (prescription acquisitive). Même s'il a parfois été prétendu que la bonne foi subjective est nécessaire pour prescrire (288), il a entre-temps été démontré que cette condition n'a pas été retenue en pratique (289). Ce n'est pas dire que la bonne foi subjective ne puisse pas avoir certains effets dérivés, comme par exemple pour les délais retenus, pour

cation en faveur d'autrui ne saurait évidemment avoir de succès si le demandeur et le tiers font frauduleusement cause commune.

(287) *Supra*, II.3.b.(1).

(288) L. OLIVI, *Diritto internazionale pubblico et privato*, 2 éd., Milan, 1911, p. 286. V.D. DEGAN, *L'équité et le droit international*, La Haye, 1970, p. 138.

(289) ZOLLER, *La bonne foi...* (*supra*, note 1), pp. 98 et s.

l'application de l'équité *intra legem* ou pour l'interprétation en général (290).

Les exemples pour les matières plus marginales ne manquent pas. Dès le 18^e siècle la règle *pirata non mutat dominum* s'imposa. Les biens capturés à bord d'un navire pirate devaient être remis à leurs propriétaires spoliés. Dans la mesure cependant où de tierces personnes avaient acquis des droits de bonne foi, le droit international sanctionnait la protection que leur accordait le droit interne (291). Cette règle a été codifiée dans l'article 19 de la Convention sur la haute mer de 1958 et reprise dans l'article 105 de la Convention de Montego Bay de 1982. Autre exemple. L'article 69, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) prévoit quelques tempéraments à la règle de la rétroactivité de la nullité quand des actes ont été accomplis et des situations créées en fonction de la croyance erronée en la validité du traité. L'ignorance du régime prévu pour certains espaces peut aussi emporter des conséquences favorables à l'errant. Ainsi, une série d'affaires ont trait à la rupture d'un blocus maritime par des navires dont l'équipage n'avait pas eu connaissance de l'établissement du blocus. Au regard de la bonne foi subjective du capitaine, le navire a très souvent été relâché. L'Italie a instruit en ce sens sa propre flotte et a libéré des navires dans les affaires du *Teresia, Scipione et Norvegia* (1865) ou du *Britannia et Matilde Bellagamba* (1877) (292). La bonne foi subjective ne fut en revanche pas admise comme circonstance autonome excluant l'illégalité (293). Elle peut toutefois jouer un rôle dans le calcul de l'indemnité due (294). Ces exemples pourraient être multipliés (295)

3. Certains problèmes sont spécifiques à cette bonne foi subjective.

(290) M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, 1997, pp. 383-4, 386.

(291) Voir déjà GENTILI, *Hispanicae advocacionis* (1613), lib. I, cap. XI et XII.

(292) R. AGO / M. TOSCANO, *La prassi italiana di diritto internazionale, Prima serie, 1861-1887*, vol. II, New York, 1970, p. 1037, n° 1155 et p. 1050, n° 1166. Pour les instructions à la flotte, cf. *La prassi...*, *Seconda Serie, 1887-1918*, vol. IV, New York, 1980, pp. 2111, 2120, 2189.

(293) Affaire du *Jessie* (1921), *R.S.A.*, vol. VI, p. 59. De nombreuses autres affaires vont dans le même sens : *ibid.*, pp. 45, 47, 69, 74, 77, 81, 82, 84.

(294) Affaire *Romano* (1898), *R.S.A.*, vol. XV, p. 13. L'arbitre rejeta la demande en compensation de gain manqué (*lucrum cessans*) prétendument couvert par le terme 'dommage' contenu dans un texte conventionnel, parce que «it was a matter of one who caused damage, but acted in good faith, in the belief that he was exercising acts of jurisdiction in his own territory». Il s'agissait de la destruction des ranches des plaignants par des forces armées.

(295) Ainsi, dans les procès de criminels de guerre, la défense de la bonne foi quant à certains faits (p.e. l'ignorance du statut de prisonnier de guerre) ou même quant au droit (p.e. l'ignorance de l'illégalité de certains ordres) a été présentée. Cf. par exemple l'affaire *O. Hans* (1947), *United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. V, Londres, 1948, p. 86-7. Dans une des affaires jugées à Nuremberg, le tribunal militaire des Etats-Unis d'Amérique a dit que la défense de l'état de nécessité supposait une croyance de bonne foi en l'existence d'un danger extrême de la part de l'accusé : «Moreover, as in the case of self-defense, the mere fact that such a danger was present is not sufficient. There must be an actual *bona fide* belief in danger by the particular individual» (Affaire *F.A. Krupp* (1947/8), *United Nations...*, *op. cit.*, vol. X, Londres, 1949, p. 148).

a) Il en est ainsi de la *présomption de bonne foi*. Une présomption juridique ne porte que sur des faits. Seul un fait peut demeurer non prouvé. La présomption prévoit une allocation du fardeau de la preuve et précise au détriment de qui l'absence de preuve sur le fait litigieux opérera. Pour la règle de droit prévaut au contraire l'adage *iura novit curia*. C'est là une prérogative de la juridiction, non des parties en litige. Par conséquent, la présomption ne peut porter que sur la bonne foi subjective, non sur le principe de bonne foi. Cette présomption de bonne foi, d'origine romaine, a trouvé une formulation classique dès le *Liber Sextus* de Boniface VIII : « Praesumitur ignorantia ubi scientia non probatur » (296). D'autant plus importante quand les justiciables sont des États, cette présomption a été reconnue dans l'affaire *Tacna Arica* (1925) (297) ou dans l'affaire du *Lac Lanoux* (1957) (298). La présomption de bonne foi favorise la stabilité des transactions internationales. Elle empêche aussi que par application d'une règle procédurale on aboutisse trop facilement à l'inconformité du devoir et du comportement réel, ce qui ne manquerait pas d'affaiblir l'ordre juridique. Il y a ensuite un aspect moral : le doute doit profiter à celui qui allègue l'honnêteté. Enfin, cette présomption empêche que l'honneur des États soit mis en cause à la légère. Elle contribue par cela à augmenter la confiance des États dans le règlement judiciaire des différends. Il faut toutefois ajouter que les exigences pour renverser la présomption ne doivent pas être excessives. Cela restreindrait trop considérablement les normes matérielles portant interdiction de mauvaise foi ou d'intention dolosive. La crédibilité du juge en pâtirait. La jurisprudence témoigne de la propension des instances arbitrales ou judiciaires internationales de scruter chaque espèce sur le fond et d'écarter la présomption chaque fois que les faits l'exigent (299). Cela est particulièrement fréquent dans les matières où la mauvaise foi fait partie de la norme applicable, comme par exemple dans le cas du déni de justice (300).

b) Quand il s'agit de bonne foi subjective, il peut y avoir *bonne foi de part et d'autre*. Cette bonne foi partagée empêche qu'une sanction soit dirigée contre l'une des deux parties seulement. Ainsi, dans le contexte de l'interprétation divergente d'une disposition conventionnelle entre les deux parties à l'instance, un tribunal arbitral a pu dire qu'aucun motif n'autorisait

(296) *Corpus iuris canonici, Liber Sextus*, tit. XII, de *regulis iuris, regula XLVII*. Voir aussi la règle LXXXII, « qui contra iura mercatur, bonam fidem praesumitur non habere ».

(297) *R.S.A.*, vol. II, pp. 929-930.

(298) *R.S.A.*, vol. XII, p. 305.

(299) Affaire *Tacna Arica* (1925), *R.S.A.*, vol. II, p. 930.

(300) Affaire *Chattin* (1927), *R.S.A.*, vol. IV, p. 286-7. Affaire *Laura A. Meham* (1929), *R.S.A.*, vol. IV, p. 443. Affaire *Neer* (1926), *R.S.A.*, vol. IV, p. 61. Affaire *James Pugh* (1933), *R.S.A.*, vol. III, p. 1451; etc. Cf. A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres / New York, 1938, pp. 84 et s.

à voir dans les arguments présentés par les parties autre chose « qu'une manifestation de leur entière bonne foi » (301).

c) Comme la bonne foi subjective, la *mauvaise foi* est une notion d'ordre subjectif. Dans un sens étroit, la mauvaise foi constitue le revers de la bonne foi subjective. Elle se borne à décrire un état psychologique contraire à celui de la bonne foi subjective, une connaissance plutôt qu'une ignorance. Dans un sens plus large, la mauvaise foi se présente comme un fait psychologique complexe constitué de volontés mauvaises, d'intentions de nuire, de mobiles inavouables. Un exemple de mauvaise foi dans le sens plus large est, selon J. Charpentier, l'attitude du Gouvernement français dans l'affaire du *Rainbow Warrior*. Son unique effort était de ramener en France ses deux agents incarcérés sur l'île d'Hao conformément à un accord avec la Nouvelle-Zélande. La France essaya de tourner par tous les moyens les engagements pris (302). La Russie soviétique avait donné un autre exemple. Elle déclara nuls et non avenus les traités conclus sous le régime du Tsar mais ne se priva pas de les invoquer ultérieurement quand il pouvait en tirer bénéfice (303).

Contrairement à ce qui a été affirmé (304), la mauvaise foi étatique est une notion justiciable. De très nombreuses sentences internationales la constatent et en tirent des conséquences, ou pour le moins l'examen (305). Il est des matières, comme le déni de justice (306), où l'*actus reus* lui-même peut relever d'un fait de mauvaise foi. Parfois c'est les gouvernements eux-mêmes qui ont demandé à ce que la juridiction saisie examine leurs comportements sous le seul angle de la mauvaise foi ou de l'intention de nuire (307). Certes la réserve est de mise en la matière. Il peut être peu diplomatique et partant contre-productif de confronter un État avec l'accusation de mauvaise foi. Si les faits sont liquides — mais alors il est peu probable qu'un État se soumette au juge —, ou si la mauvaise foi fait partie de la norme applicable, le constat peut toutefois s'imposer. La souveraineté et l'honneur d'un l'État ne doit pas masquer ceux de l'autre

(301) Affaire de la *délimitation maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau* (1985), *R.G.D.I.P.*, vol. 89, 1985, p. 507-8, para. 46.

(302) J. CHARPENTIER, « L'affaire du *Rainbow Warrior* : La sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle Zélande c. France) », *A.F.D.I.*, vol. 36, 1990, p. 401.

(303) B. DUTOIT, *Coexistence et droit international à la lumière de la doctrine soviétique*, Paris, 1966, p. 23.

(304) P. CAHIER, « Cours général : Changements et continuité du droit international », *RCADI*, vol. 195, 1985-VI, p. 90.

(305) Affaire *Tacna Arica* (1925), *R.S.A.*, vol. II, p. 930. Affaire des *réclamations consécutives à des décisions du tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles* (1972), *R.S.A.*, vol. XIX, p. 52. *Mémoire du Royaume-Uni, affaire de l'Anglo-Iranian Oil Cy.*, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, 1952, p. 98-9. Pour l'affaire de la *Compagnie de navigation de l'Orénoque* (1910), cf. L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962, p. 98.

(306) Voir *supra*, note 299.

(307) Affaires du *Sud-Ouest Africain*, argument de l'Afrique du Sud, C.I.J., *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. II, pp. 2, 387ss, 391ss; vol. V, p. 106, 157-8; vol. IX, pp. 38 et-s, 504.

Etat qui subit l'acte de mauvaise foi. Le droit régit toujours un rapport : ce qu'on donne à l'un on l'enlève à l'autre.

IV. — CONCLUSION : LE RÔLE DE LA BONNE FOI EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

L'ampleur de sa portée normative justifie qu'on traite la bonne foi si souvent de principe fondamental du droit international. En considérant les diverses fonctions du principe sur trois niveaux de généralité différents, on se persuade du bien-fondé de cette qualification.

Sur le plan positif, la bonne foi fournit d'abord une mesure pour déterminer l'étendue de droits et d'obligations. La bonne foi est un étalon substantiel pour la mise en œuvre d'une série de règles de caractère formel telle que la règle *pacta sunt servanda*. La bonne foi renforce ensuite les obligations imparfaites, fréquentes dans une société internationale marquée par le relativisme juridique et les divergences politiques. De même, elle étend l'empire du droit dans des espaces où aucune règle trop détaillée n'aurait de place. Elle y garantit un regard minimal des exigences de stabilité et de justice. C'est le cas dans le domaine du *soft law*. Enfin, la bonne foi a un rôle modérateur. Elle arrondit les angles excessifs des normes et des prétentions au regard des exigences de la coopération internationale. Cet aspect s'accuse dans l'organisation internationale. Il se manifeste aussi dans la société générale à travers la doctrine de l'interdiction de l'abus de droit.

Sur le plan constitutionnel, la bonne foi a d'abord un rôle progressif et dynamique. Elle comble les lacunes laissées par les processus de création volontaires du droit. Elle permet une meilleure adéquation du droit aux besoins sociaux. Le principe de bonne foi est surtout essentiel dans de nombreux domaines nouveaux ou en pleine mutation. Jusqu'à une réglementation conventionnelle ou l'émergence d'une coutume, la bonne foi s'offre comme vecteur juridique pour la protection des intérêts communs indispensables. Le principe de bonne foi renforce ensuite l'édifice normatif du droit international. Il tend à protéger le devoir être juridique contre les visées parfois excessives de l'effectivité ou de la pratique. Il est un axiome ferme pouvant se prêter à des déductions normatives là où des besoins sociaux pressants et circonscrits appellent à une sanction par l'ordre juridique. Le principe de la bonne foi a ensuite une fonction axiologique. Il renvoie aux valeurs, il construit un pont entre l'éthique sociale et le droit. Il contribue à prévenir une trop forte dissociation entre les deux, dangereuse pour l'ordre juridique. Enfin, la bonne foi est un principe qui contribue à la cohérence et à l'unité du droit. Il tisse entre les branches du droit les plus diverses des liens profonds. Ainsi se dévoile ce qui fait du droit un système et non seulement un expédient pratique.

Sur le plan philosophique, le principe de bonne foi est une notion solidariste. Il tempère les excès du volontarisme si marqués en droit international où prévaut l'individualisme de la souveraineté. La volonté est dans son rôle quand elle garantit l'autonomie et la liberté du sujet, quand elle explique une grande partie de la formation positive du droit (308). Elle excède sa place quand elle s'érige en fondement du droit tout entier ou quand elle cherche seule à jouer un rôle constitutif dans la création et la modification des situations juridiques. Elle aboutit alors à la paralysie du droit par un privilège anti-social à l'intérêt individuel. Le droit s'archipélise sous d'innombrables lacunes laissées par les expressions ponctuelles de volonté, espaces que la volonté désigne tout naturellement à l'entreprise incontrôlée des Etats *uti singuli*. C'est ces excès que la bonne foi est appelée à tempérer. Sa mission est d'ordonner la volonté aux exigences incompressibles du droit, d'en faire une notion juridique. Considérée sous cet angle, la bonne foi témoigne d'une évolution du droit international. Le positivisme qui prédominait jusqu'à la première partie du XX^e siècle réduisait le phénomène juridique international à une systématisation de ses sources formelles tenues pour le seul critère de sa validité. Ces théories s'expliquent par la stabilité des rapports politiques et sociaux et par l'héritage culturel commun aux Etats formant la société internationale du siècle passé. Le XX^e siècle a bouleversé ces données. Avec l'organisation politique mondiale, dès 1919, la limitation de la souveraineté incontrôlable dans l'intérêt commun s'est placé au cœur des préoccupations internationales. Le droit international a depuis évolué d'un *système causal*, plaçant l'accent sur ses sources formelles comme procédures d'élaboration et étalons de validité exclusives du droit, vers un *système final*, ajoutant à l'exigence de positivité formelle celle de l'adéquation de son contenu aux besoins sociaux et politiques variables selon les moments de l'histoire. Le principe de bonne foi, entendu comme principe matériel, trouve toute sa place dans ce mouvement.

(308) On se souvient que l'introduction d'éléments subjectifs dans le droit (*intentio, animus*) a jadis constitué un facteur de progrès et d'affinement considérable. Ainsi, c'est à juste titre qu'on a parlé de la supériorité du droit romain sur les droits germaniques du début du moyen âge (*« ius barbarorum »*). Ceux-ci étaient orientés presque exclusivement aux effets extérieurs des actes. Ils étaient de ce fait excessivement formalistes et inflexibles.

