



Article scientifique

Article

2004

Published version

Open Access

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

La maxime "qui habet commoda, ferre debet onera et contra" (celui qui jouit des avantages doit supporter aussi les charges et vice versa) en droit international public

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La maxime 'qui habet commoda, ferre debet onera et contra' (celui qui jouit des avantages doit supporter aussi les charges et vice versa) en droit international public. In: Revue belge de droit international, 2004, vol. 37, n° 1, p. 12–36.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44894>

LA MAXIME « QUI HABET COMMODA,
FERRE DEBET ONERA ET CONTRA »
(CELUI QUI JOUIT DES AVANTAGES
DOIT SUPPORTER AUSSI LES CHARGES
ET VICE VERSA)
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

PAR

Robert KOLB

PROFESSEUR DE DROIT INTERNATIONAL
AUX UNIVERSITÉS DE NEUCHÂTEL, DE BERNE ET DE GENÈVE
(CENTRE UNIVERSITAIRE DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE)

I. — INTRODUCTION

Il a déjà été suggéré (1) que l'étude des maximes juridiques peut présenter d'utiles approfondissements et enseignements en droit international comme en droit interne, bien que (et peut-être parce que) ces maximes y soient le plus souvent négligées. Pendant longtemps, sous la gangue du positivisme volontariste (2), les auteurs de droit international ne s'intéressèrent qu'aux règles et normes bien définies, au *hard law* d'un *ius positum* formellement assuré et censé être seul opposable à des entités souveraines et indépendantes comme les Etats. Par la suite, avec la croissance de la société internationale et les fonctions de quasi-gouvernement assumées par les organisations internationales, la doctrine a commencé à s'intéresser à des phénomènes de normativité plus marginale et moins assurée, comme notamment le *soft law* (3); en même temps, la jurisprudence s'engageait

(1) Voir : R. KOLB, « Les maximes juridiques en droit international public : Questions historiques et théoriques », *R.B.D.I.*, vol. 32, 1999, pp. 407 et s.; R. KOLB, « La maxime 'nemo ex propria turpitudine commodum capere potest' (nul ne peut profiter de son propre tort) en droit international public », *R.B.D.I.*, vol. 33, 2000, pp. 84 et s.

(2) Parmi les auteurs les plus remarquables en ce sens, voir, dans l'Ecole italienne : D. ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Rome, 1928; A. CAVAGLIERI, *Corso di diritto internazionale*, Naples, 1934; A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 26, 1929-I, pp. 315 et s.

(3) Voir, entre autres : J. CASTANEDA, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, New York/Londres, 1969. G.J.H. VAN HOOF, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer/Anvers, 1983, pp. 179 et s., 210 et s. Rapport de M. VIRALLY dans : *Annuaire IDI*, vol. 60-I, 1983, pp. 283 et s. En sens critique, voir notamment P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *R.G.D.I.P.*, vol. 86, 1982, pp. 5 et s.; P. WEIL, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 237, 1992-VI, pp. 129 et s.

dans les pondérations d'équité et de raisonnable, surtout en matière de délimitations maritimes (4), pondérations qui échappent de loin aux catégories rigoureusement étanches de la pensée positiviste classique. A cette dimension, désormais bien connue, dans la découverte d'un droit flexible, finaliste, pondérateur, il semble qu'il faille en ajouter une autre. C'est ici que les maximes peuvent avoir leur part utile. Le droit n'a pendant une écrasante majorité de siècles pas été vécu comme un corps homogène et clos, dont la connaissance serait automatique et l'application mécanique (c'est là l'idéal de l'Ecole de l'Exégèse française) (5). C'était au contraire un corps modelé par la prudence, c'est-à-dire par la pratique jurisprudentielle mais aussi doctrinale; c'était un lieu d'argumentation dans un système ouvert, selon les règles de la rhétorique et l'art argumentatif juridique; c'était par conséquent un espace dominé par la topique, par l'admission d'une série d'arguments forts, acceptés comme étant susceptibles de résoudre un cas, et qui formaient les fils de l'argumentation d'espèce, inductive et déductive

(4) Pour un aperçu global, cf. R. KOLB, *Jurisprudence sur les délimitations maritimes selon l'équité*, La Haye/Londres/New York, 2003, avec quelques renvois à la doctrine. Voir également, entre autres : M.D. BLECHER, « Equitable Delimitation of Continental Shelf », *A.J.I.L.*, vol. 73, 1979, pp. 60 et s. S. BILGE, « Le nouveau rôle des principes équitables en droit international », *Mélanges R. Bindschedler*, Berne, 1980, pp. 105 et s. J.I. CHARNEY, « Ocean Boundaries between Nations : A Theory for Progress », *A.J.I.L.*, vol. 78, 1984, pp. 582 et s. L.A. WILLIS, « From Precedent to Precedent : The Triumph of Pragmatism in the Law of Maritime Boundaries », *C.Y.I.L.*, vol. 24, 1986, pp. 3 et s. R. YENNINGS, « Equity and Equitable Principles », *A.S.D.I.*, vol. 42, 1986, pp. 27 et s. V.D. DEGAN, « Equitable Principles in Maritime Delimitation », *Mélanges R. Ago*, vol. II, Milan, 1987, pp. 107 et s. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, « The Conception of Equity in Maritime Delimitation », *Mélanges R. Ago*, vol. II, Milan, 1987, pp. 229 et s. M. VIRALLY, « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *Mélanges R. Ago*, vol. II, Milan, 1987, pp. 523 et s. P. BRAVENDER-COYLE, « The Emerging Legal Principles and Equitable Criteria Governing the Declaration of Maritime Boundaries between States », *Ocean Development and International Law*, vol. 19, 1988, pp. 171 et s. R. BERMEJO, « Les principes équitables et les délimitations des zones maritimes : Analyse des affaires Tunisie/Jamahiriyah arabe Libyenne et du Golfe du Maine », *Annuaire de La Haye de droit international*, 1988, pp. 59 et s. B. KWIATKOWSKA, « Equitable Maritime Boundary Delimitation — A Legal Perspective », *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, vol. 3, 1988, pp. 287 et s. R. JENNINGS, « The Principles Governing Marine Boundaries », *Mélanges K. Döhring*, Berlin e.a., 1989, pp. 397 et s. L.D.M. NELSON, « The Role of Equity in the delimitation of Maritime Boundaries », *A.J.I.L.*, vol. 84, 1990, pp. 837 et s. M. BEDJAOUÏ, « L'énigme des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *Revista española de derecho internacional*, vol. 43, 1990, pp. 367 et s. J. GILAS, « Equitable Principles of the Delimitation of Continental Shelf », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 19, 1991/2, pp. 61 et s. En sens critique sur ce qu'il appelle une jurisprudence tendant à la conciliation, voir par exemple A. GROS, « La Cour internationale de Justice, 1946-1986. Les réflexions d'un juge », *Mélanges S. Rosenne*, Dordrecht/Boston/Londres, 1989, pp. 289 et s.

(5) Sur cette Ecole, voir entre autres J. BONNECASE, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, 2^e éd., Paris, 1924. J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, vol. I, Bordeaux, 1933, pp. 234 et s. E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Paris, 1935. Pour une critique : F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, 1932, pp. 28 et s. H. COING, « Trois formes historiques d'interprétation du droit : glossateurs, pandectistes, école de l'Exégèse », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 48, 1970, pp. 531 et s. L. HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit*, vol. 17, 1972, pp. 115 et s. L. HUSSON, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, Paris, 1974. C. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, 1976, pp. 23 et s.

à la fois (6). Si pour le droit interne cette réalité a été masquée par le mouvement des codifications, il n'en est pas moins vrai que le droit international, jamais codifié ou centralisé, a continué à vivre sous l'empire d'un tel système. Cependant, les efforts des tenants du positivisme tendaient à l'occulter, à créer l'illusion d'un corps cohérent dans son fondement et dans ses méthodes, centrés sur l'omnipotence de la volonté des Etats. Les maximes juridiques sont les témoins et les survivants les plus visibles de la topique juridique; ce sont des arguments forts, qui se sont peu à peu dotés d'un corps propre, plus ou moins solide, exprimé par un adage (souvent latin), accessible tant à des argumentations ponctuelles qu'à des amorces de raisonnement déductif. Les maximes invitent donc, non pas seulement à voir les aspects de flexibilité dans le droit positif, comme l'exige l'orientation doctrinale autour du *soft law*, mais encore, plus profondément, à saisir le droit lui-même (aussi) comme système flexible au service de certaines finalités dont l'approximation par l'homme est cherchée à travers l'argumentation. C'est à ce voyage que le lecteur est reconvié, cette fois-ci au travers de la maxime que celui qui a les avantages doit supporter aussi les charges, et que celui qui a les charges peut se prévaloir également des avantages.

(6) Sur la topique en droit, cf. l'ouvrage classique de T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5^e éd., Munich, 1974. E. MERTNER, « Topos und Commonplace », *Mélanges O. Ritter (Strena Anglica)*, Halle, 1956, pp. 178 et s. U. DIEDERICHSEN, « Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 19, 1966, pp. 697 et s. O. WEINBERGER, « Topik und Plausibilitätsargumentation », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 59, 1973, pp. 17 et s. F. WIEACKER, « Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft », *Mélanges P.J. Zepos*, vol. I, Athènes/Freiburg i. B., 1973, pp. 391 et s. C. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, Dordrecht/Boston/Londres, 1980. C. PERELMAN/L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, t. I, Paris, 1958 (2^e éd., Paris, 1970). U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1968. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2^e éd., Berlin, 1976, pp. 114 et s. Pour un bref résumé : I. TAMMELÖ, *Treaty Interpretation and Practical Reason*, Sydney, 1967, pp. 36 et s. Voir aussi J. STONE, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Stanford, 1968, pp. 325 et s. Très réservé en revanche R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt-sur-le-Main, 1978, pp. 39 et s. Comme il est connu, les considérations sur la topique qui devaient avoir un grand succès avec la renaissance de l'aristotélisme au moyen-âge, remontent précisément à Aristote. Selon le Stagirite, il y a deux manières de connaître et de démontrer. Il y a d'un côté les principes ou axiomes (αρχαί, *archai*; αξιώματα, *axioma*) nécessairement vrais et qui fournissent une base de déduction. Tel est le cas de la non-contradiction, du tiers exclu, de certains aspects de la mathématique, de certaines définitions (*Organon*, *Première et Deuxième Analyt.*; cf. aussi *Métaphysique*, IV, 3, 1005 b 5). De l'autre côté, il y a des propositions particulières (*topoi*) généralement acceptées ou sur lesquelles l'accord est susceptible de se faire entre les participants à un débat, et qui servent à tirer des conclusions dialectiques ou rhétoriques. Ils représentent des arguments forts, fondés sur le bon sens et sur la sagesse, susceptibles de servir comme points de départ et comme boussole lors de l'argumentation (cf. *Organon*, *Topique*, par exemple *Rhét.* I, 2, 1358a, 11ss). Il s'agit donc de moyens d'établir ce qui est probable, plausible, vraisemblable, et qui peut être accepté comme tel même dans le doute. L'axiomatique et la topique formeront l'essentiel de la *logica nova* du Moyen Âge.

II. — ASPECTS HISTORIQUES

1. *Le droit romain classique.* Le droit romain est la source première de notre adage (7). Cependant, en raison de la nature casuistique du droit romain classique, la maxime ne s'y trouve guère formulée en termes clairs, ni à plus forte raison en forme d'adage paré d'une formule ailée. C'est plutôt comme argument équitable qu'elle est produite dans une série de contextes, et c'est surtout dans l'enseignement juridique qu'elle est distillée, comme *ratio iuris* d'une série de cas spéciaux. Elle apparaît notamment dans la vente, pour équilibrer le *periculum* et le *commodum* (8); en matière de *custodia* et des actions à laquelle elle peut donner lieu (9); en matière d'héritage (10); et en nombre de matières ou de fragments divers (11). La maxime est surtout un produit de l'école, où elle sert à systématiser la réflexion casuistique par un recours à un principe explicatif simple et raisonnable (12). Elle ne sera élevée au rang d'une maxime d'application générale qu'au Moyen Âge, à la suite des efforts de systématisation accomplis dans le droit romain tardif, notamment par la codification de Justinien.

2. *Le Moyen Âge.* C'est au Moyen Âge que la maxime prend la forme et la figure que nous lui connaissons. Comme à l'accoutumée, c'est au travail des glossateurs, puis des canonistes, que nous devons la formule incisive de notre maxime en tant qu'adage. La filiation de la maxime au Moyen Âge s'est faite par deux branches. Pour les civilistes, c'est dans les importants brocards d'Azon de Bologne que la maxime reçoit des développements conséquents (13). Elle y est déjà formulée en forme d'adage général : « Ubi est onus ibi et emolumentum esse debet et e converso ». L'autre branche d'évolution de la maxime se trouve chez les canonistes, notamment lors de l'élaboration du *Corpus iuris canonici*, dans le *Liber Sextus* ajouté sur ordre du Pape Boniface VIII (14). Dans le titre réservé aux brocards (*de regulis iuris*), et dans les gloses y relatives (15), la maxime est développée. On la

(7) Voir G.C.J.J. VAN DEN BERGH, « Qui habet comoda ferre debet onera — Contributions à l'histoire d'une maxime juridique », *Mélanges H.J. Scheltema (Flores Legum)*, Groningue, 1971, pp. 21 et s. Les exemples du droit romain classique qui suivent sont extraits de cet article.

(8) *Pericula et beneficia sunt emptoris* : Dig., 19, 1, 13, 10 et 12 et 13, Ulpien. Voyez aussi *Institutiones*, 3, 23, 3 : « ... ad emptoris commodum pertinet : nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est ».

(9) *Codex*, 6, 2, 22, 3a. : « ... ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, nec sit damno tantummodo deditus qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare ».

(10) Par exemple la responsabilité de l'héritier pour les obligations du défunt : Dig., 43, 16, 3, pr. Voir aussi *Institutiones*, 2, 19, 1; *Codex*, 6, 51, 1, 4.

(11) Voir les exemples nombreux et précis chez VAN DEN BERGH, *loc. cit.*

(12) C'est la conclusion, à ce que je vois justifiée, de VAN DEN BERGH, *supra*, note 7, p. 43.

(13) Voir *Brocardica Aurea Azonis*, dans : *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, vol. IV, no. 3, Turin, 1967, pp. 214 et s. (pagination en bas de page) ou pp. 107 et s. (pagination en haut de page).

(14) *Corpus iuris canonici, Liber sextus*, lib. V, tit. XII, *de regulis iuris*. Sur l'élaboration et la signification de ce livre, cf. H.E. FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 5^e éd., Cologne/Vienne, 1972, pp. 276 et s.; P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, pp. 148-152.

(15) Voir aussi, en particulier, DINUS, *Tractatus super regulis iuris in Sexto*, éd. 1518.

trouve sous la *regula* numéro 55, formulée comme suit : « Qui sentit onus, sentire debet commodum, et e contra ». De là la maxime pénétra la pratique judiciaire et les recueils de brocards s'étalant au fil des siècles, jusqu'au temps des codifications modernes (16). La réception de la maxime s'est faite aussi en *common law*, où elle connaît une série d'applications, notamment en matière de biens-fonds, d'endossement des actes d'un représentant ou d'un testament, etc (17).

3. *Terminologie*. Du point de vue de la terminologie, il ne faut pas s'étonner d'une pluralité d'expressions recouvrant notre maxime; c'est là le propre de ces idées juridiques générales dont l'écoulement à travers les siècles s'enrichit de dénominations toujours légèrement renouvelées. Ainsi, notre maxime se décompose dans les expressions suivantes, reproduisant à chaque fois la même idée de réciprocité entre avantage et désavantage : *qui habet commoda, ferre debet onera* (18); *qui sentit commodum sentire debet et onus (incommodum)* (19); *ubi commodum, ibi onus*; *ubi emolumentum, ibi onus* (20); *cujus participavit lucrum, participet et damnum* (21); *ubi periculum, ibi et lucrum collocetur* (22); *commodum eius debet esse, cuius periculum est* (23); etc.

III. — APPLICATIONS EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

1. *Classification des rôles de la maxime*. Il n'est à première vue pas facile de capturer des applications de la maxime en droit international, car celles-ci ne sont généralement pas indexées dans les recueils de pratique internationale (24). Cela témoigne du travail silencieux et caché de la maxime plus que de son évanescence dans le monde du droit international. Car, si l'on prend le temps de mieux regarder, on s'aperçoit que ses applications ne sont ni trop rares, ni insignifiantes. Il est possible de grouper les applications de notre maxime en trois catégories, en dégradé selon l'intensité normative :

(1) *La maxime comme force cardinale du droit*. La maxime s'exprime tantôt comme force profonde du droit, en se greffant sur le spectre de l'équi-

(16) Sur ces évolutions, voir KOLB, « Les maximes... » (*supra*, note 1), pp. 412 et s.

(17) Voir H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 10^e éd., Londres, 1939, pp. 482 et s.

(18) Rationalisation moyenâgeuse à partir de *Dig.*, 50, 17, 10, *de regulis iuris*, PAULUS : « Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda ».

(19) *Corpus iuris canonici, Liber Sextus*, 5, 13, *regula* 55.

(20) *Institutiones*, I, 17, vers la fin, titre de *legitima patronorum tutela* : « ... ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet ».

(21) *Dig.*, 17, 2, 55, à la fin, Ulpien : « aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum ».

(22) Cf. L. DE MAURI, *Regulae iuris*, 11^e éd., Milan, 1936, p. 36.

(23) *Ibid.*, p. 35.

(24) Le seul recueil qui ait indexé formellement la maxime sous son nom et que nous avons pu consulter est l'*International Law Reports* (ILR).

libre, de la réciprocité des régimes juridiques, de la réversibilité et de la mutualité entre droits et obligations.

- (2) *La maxime comme principe juridique.* La maxime s'exprime d'autres fois à un niveau « constitutionnellement » inférieur, à savoir comme principe du droit, tantôt comme principe structurant ou structurel d'une matière, tantôt comme principe normatif d'une matière et parfois comme principe d'interprétation. Dans tous ces cas, la maxime obtient un corps juridique propre en se consolidant en une norme d'application relativement réglementée au sein de l'ordre juridique. Des exemples à suivre vont clarifier ce qui vient d'être dit.
- (3) *La maxime comme *topos* équitable.* La maxime s'exprime enfin comme *topos* ponctuel de pondération et d'argumentation dans un cas individuel, en dehors de tout vêtement préconstitué, en essayant de faire peser sur les faits de l'espèce sa substance équitable.

La maxime, dans ces diverses acceptions, est-elle une norme coutumière ou un principe général de droit au sens de l'article 38, § 1, lettre c? La réponse à cette question n'a pas de grande portée pratique. Originellement, et par son caractère propre, il s'agit certainement d'un principe général de droit. Il faut dire à cet égard que les 'principes' au sens de l'article 38, § 1, lettre c, ne sont pas uniquement des normes de grande généralité et de grande densité normative : une règle sur les preuves indirectes peut se présenter comme principe général, appliqué dans l'ensemble des systèmes juridiques du monde. Cependant, si on se place du point de vue des applications dans la pratique, on peut dire qu'il s'agit d'une maxime coutumière ; le corps de jurisprudence et de pratique étatique sert alors de base à l'affirmation. Les applications sont nombreuses, mais il faut tenir compte du caractère souvent très ponctuel et très élaboré de la maxime, qui en limite les plages d'expression. En tant que principe et en tant qu'idée juridique générale, la maxime peut bien entendu être invoquée dans tout contexte ; elle ne suppose pas une norme préétablie de droit international qui renvoie vers elle.

2. *Qui habet commodum... comme force cardinale du droit.* En premier lieu, sans que cela n'apparaisse avec évidence immédiate, la maxime exprime une donnée structurelle et profonde du droit : celle de l'équilibre entre les prestations, donc de la réciprocité, de la mutualité, de la réversibilité et aussi de la proportionnalité. La maxime se fonde souvent dans ces domaines à ces données juridiques fondamentales et n'apparaît plus de manière autonome. Cependant, la réciprocité et ses autres concrétisations mentionnées reposent en partie sur l'idée équitable véhiculée par notre maxime. L'idée équitable véhiculée est avant tout celle de l'équilibre, du partage égal des risques et bénéfices, en tant qu'aspect de justice ordonnatrice. En dernière analyse, notre maxime repose par conséquent sur l'égalité en tant qu'équilibre (ou re-équilibrage). L'égalité est comme l'on sait la racine ultime de la justice (traitez également ce qui est égal et inégalement ce qui est inégal

dans la mesure même de son inégalité) (25). Il ne saurait dès lors étonner qu'en tant qu'expression de cette exigence fondamentale l'on retrouve notre maxime au niveau des enchevêtrements fondamentaux, constitutifs, de l'ordre juridique. L'égalité ici en jeu n'est évidemment pas l'égalité formelle ou absolue; il s'agit, au contraire, d'égalité relationnelle, relative, de cette égalité qu'on appelle parfois la réciprocité. Ce n'est pas dire que la maxime ne puisse pas se nourrir d'égalité formelle : quand c'est le cas (on verra l'exemple de la CJCE), la maxime acquiert une force peut-être encore accrue. De plus, notre maxime repose sur un autre concept fondamental de l'ordre juridique, à savoir celui de la *responsabilité*. Elle sanctionne l'idée d'une certaine égalité en exigeant une ré-allocation des positions juridiques des parties en cause.

Ainsi, nombre de questions relatives à l'équilibre de droits et devoirs inhérents au droit conventionnel reposent sur l'idée juridique et équitable véhiculée par notre maxime. Cette idée d'équilibre ne forme pas qu'une charpente constitutionnelle, inhérente au régime général des liens conventionnels. Elle se prolonge aussi vers des applications concrètes, tendant à sanctionner l'insertion de déséquilibres inéquitables dans le *nexus* conventionnel. Dès l'Antiquité, le problème de la *societas leonina* (26) est discuté sous le jour de l'équilibre des *commoda* et *incommoda* : la société léonine est interdite, « quia iniquissimum enim genus societatis ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet » (27). Le droit international connaît aussi nombre d'applications de la maxime dans le cadre du droit conventionnel, quand il s'agit de garder un certain équilibre entre les branches des obligations et des droits. Voici quelques exemples.

a) Le principe le plus important en la matière est celui de l'*intégrité du traité*. Un traité doit être considéré comme accepté et comme exécutoire dans toutes ses parties, qu'elles soient favorables ou défavorables. Toute sélectivité selon des intérêts contingents est contraire à l'équilibre conventionnel et ne saurait être admise. Ce principe s'applique à diverses phases de la vie conventionnelle.

(25) Voir ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, livre V, 1131 a 10 et s. A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2^e éd., Munich, 1997, p. 153 : « Kern der Gerechtigkeit ist die Gleichheit », en français : le noyau de la justice est l'égalité. Voir aussi G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8^e éd., Stuttgart, 1973, pp. 121 et s. Le lien de la justice avec la réciprocité et l'altérité qui nous intéressent ici est également souvent établi : voir par exemple G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Rome, 1946, pp. 85 et s.; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Rechtsphilosophie*, Neuwied am Rhein, 1965, p. 323 : « Die logischen Elemente der Gerechtigkeit sind die Proportionalität, die Gleichheit und die Alterität... Das Recht ist immer Alterität und immer eine gewisse Proportionalität und eine gewisse Gleichheit, und deswegen ist es ontologisch eine gewisse Gerechtigkeit ».

(26) Il s'agit d'une société dans laquelle certains membres ne bénéficieront que des bénéfices alors que d'autres n'auront à supporter que les charges. La société léonine repose donc sur une dissociation entre le *commodum* et l'*incommodum* que notre maxime veut garder joints; de là l'inéquité.

(27) *Dig.*, 17, 2, 29, 2, Ulpien.

Il s'applique tout d'abord à la ratification. Celle-ci s'étend à tout le traité : la maxime *qui habet...* interdit de prendre avantage des seules clauses favorables en niant avoir ratifié quand il s'agit de clauses défavorables (28). Dans un contentieux diplomatique italo-allemand de 1865, un traité de commerce avait été conclu entre le Royaume d'Italie et le Zollverein allemand. Un Protocole annexé portait que les ratifications des membres du Zollverein impliqueraient reconnaissance de l'Italie en tant qu'Etat ce à quoi certains Etats membres du Zollverein avaient opposé par le passé une longue résistance. La question qui se posa fut celle de savoir si les ratifications du traité principal couvraient aussi le Protocole. Le Ministre italien La Marmora partagea l'avis favorable de Bismarck : « Poichè l'Annover [l'Etat membre du Zollverein opposant résistance] ebbe comunicazione ufficiale così del protocollo come del trattato, nè formulò alcuna riserva a tal riguardo, non si potrebbe, senza attribuirgli proposti poco conformi alla buona fede, porre in dubbio che le sue ratifiche hanno quel carattere di riconoscimento politico... » (29). En français : « Puisque Hanovre a reçu la communication officielle tant du Protocole que du Traité, en ne formulant aucune réserve à cet égard, il est impossible, sans lui attribuer des intentions peu compatibles avec la bonne foi, de mettre en doute que ses ratifications ont le caractère de reconnaissance politique... ». L'application de la maxime se rapproche ici considérablement de l'estoppel et de la bonne foi (30).

Cette même idée a, par la suite, été rappelée pour ce qui est de l'application des traités. La jurisprudence relative aux mandats internationaux a fourni plusieurs occasions pour la réaffirmer, étant donné que l'Afrique du Sud se prévalait du titre l'autorisant à administrer la Namibie, mais récusait des charges qu'essayait de lui imposer l'Organisation des Nations Unies au bénéfice des populations locales. Dans l'affaire du *Statut du Sud-Ouest Africain* (1950), la Cour internationale de Justice dut se pencher sur l'argument de l'Union Sud-Africaine selon lequel le mandat avait cessé d'exister suite à la dissolution de la Société des Nations. Selon l'Union, le mandat était tellement lié aux organes de la Société qu'il n'avait pu lui survivre. La réponse de la Cour est nette; elle fait appel à notre maxime : « L'autorité que le Gouvernement de l'Union exerce sur le Territoire est fondée sur le Mandat. Si le Mandat avait cessé d'exister, comme le prétend le Gouverne-

(28) Ce principe est maintes fois rappelé. Voir par exemple l'Opinion individuelle du juge Ajibola en l'affaire du *différend territorial (Libye/Tchad)*, CIJ, *Rec.*, 1994, pp. 72-3 : « La bonne foi implique que toutes les parties à un traité respectent la totalité de leurs obligations et s'en acquittent pleinement. Elles ne sauraient choisir à leur gré les obligations qui leur conviennent et celles qu'elles refusent d'exécuter ou entendent écarter ou ignorer. Les traités peuvent contenir, comme tous accords, des obligations 'avantageuses' ou 'préjudiciables' pour une ou plusieurs parties, mais toutes les obligations, qu'elles soient ou non exécutoires, doivent être respectées ».

(29) R. Ago/M. TOSCANO, *La prassi italiana di diritto internazionale, Prima Serie*, vol. I, New York, 1970, p. 42, no. 51.

(30) Sur ce rapprochement, voir *infra*, p. 34.

ment de l'Union, l'autorité de celle-ci aurait également cessé d'exister. Rien ne permet de conserver les droits dérivés du Mandat tout en répudiant les obligations qui en découlent » (31). Cette idée juridique est reprise plus ou moins analogiquement aussi par une série d'opinions individuelles, dont notamment celle du juge H. Lauterpacht dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain (Pétitionnaires)*, (1956) (32) et celle du juge J. Bustamante dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud, Exceptions préliminaires)*, 1962) (33).

Des applications de la maxime dans le même sens ont eu lieu aussi hors du droit des mandats. Dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* (1973), l'Islande avait plaidé que certains motifs essentiels qui l'avaient poussé à accepter l'Echange de notes de 1961 relatif aux pêcheries ayant disparu, elle n'était plus liée par cet instrument (*rebus sic stantibus*). La Cour récusé cette argumentation en se fondant sur notre maxime :

« L'Islande a retiré certains avantages des dispositions de l'accord qui ont été exécutées, par exemple, la reconnaissance par le Royaume-Uni, depuis 1961 de sa compétence exclusive sur une zone de pêche de 12 milles, l'acceptation par le Royaume-Uni des lignes de base définies par l'Islande et la renonciation après une période de trois ans à la pêche traditionnellement pratiquée par des navires immatriculés au Royaume-Uni. Il est donc évident que l'Islande doit à son tour remplir les obligations qui lui incombent en contrepartie et qui consistent à accepter l'examen par la Cour de la validité de ses nouvelles prétentions concernant l'extension de sa juridiction. Au surplus, dans le cas où un traité est partiellement exécuté et partiellement exécutoire et où l'une des parties a déjà bénéficié des dispositions exécutées, il serait particulièrement inadmissible d'autoriser cette partie à mettre fin à des obligations qu'elle a acceptées en vertu du traité et qui constituent la contrepartie des dispositions que l'autre a déjà exécutées » (34).

Il s'agit là d'une application particulièrement exemplaire de notre maxime, qui, certes, n'est pas nommée, mais dont la substance juridique est appliquée de manière évidente.

Un exemple ancien est fourni par l'affaire *The Mechanic* (1862) où un navire battant le pavillon des Etats-Unis d'Amérique fut arrêté le 6 mai 1824 et condamné comme prise de guerre par une cour de Colombie. Les

(31) CIJ, *Rec.*, 1950, p. 133.

(32) CIJ, *Rec.*, 1956, pp. 46-8, 46 : « C'est un principe sain de droit que si un instrument juridique de validité continue ne peut s'appliquer littéralement du fait de la conduite de l'une des parties, il faut, sans permettre à celle-ci de se prévaloir de sa propre conduite, l'appliquer d'une manière s'approchant le plus possible de son but primitif » ; p. 48 : « [E]lles ont pour effet [ces règles] d'empêcher une partie qui répudie un instrument d'en invoquer la lettre... d'une manière à rendre impossible l'accomplissement du but de l'instrument ». C'est attitude est selon le juge H. Lauterpacht contraire au droit.

(33) CIJ, *Rec.*, 1962, p. 372 : « Dans le présent cas, l'Union sud-africaine a reconnu et a exercé pendant plusieurs années le Mandat du 17 décembre 1920 comme un accord ou convention valide, et le principe de la bonne foi ne lui permettrait pas de modifier cette norme de conduite [et donc à répudier le traité au moment par elle choisie] ».

(34) CIJ, *Rec.*, 1973, p. 18, § 34 ; p. 62, § 34.

Commissaires s'avisèrent que la cargaison n'aurait pas dû être condamnée, car elle était protégée par le pavillon neutre aux termes d'un traité qui s'appliquait à la Colombie comme Etat successeur de l'Espagne. Face à la tentative de la Colombie de se libérer de l'emprise de ce traité, le Commissaire Hassaurek répond :

« L'Espagne avait pleinement reconnu et proclamé le principe auquel se ramène la décision de la présente affaire [respect de la propriété ennemie couverte par le pavillon neutre, sauf contrebande de guerre], toutes les fois du moins que des droits et profits devaient en dériver pour lui. Dès lors, il ne pouvait, en tout honneur et de toute bonne foi, nier ce même principe quand il avait pour effet de mettre à sa charge une obligation » (35).

Parfois *qui habet...* opère en quelque sorte à titre préventif, pour préférer une interprétation à l'autre, à savoir celle qui est plus compatible avec elle plutôt que celle qui s'oppose à elle. L'affaire du *plateau continental de la mer Egée* (1978) en offre un exemple. La Grèce fit valoir que la compétence de la Cour en vertu de l'Acte général d'arbitrage de 1928 s'étendait aux litiges sur le plateau continental nonobstant une réserve grecque qui exceptait de sa juridiction les litiges ayant trait au 'statut territorial'. En se fondant sur le principe de droit inter-temporel qu'un acte doit être interprété à la lumière du droit en vigueur et des faits au temps où il est réalisé (36), l'argument grec était de soutenir que l'expression '*statut territorial*' contenue dans la réserve ne pouvait couvrir le plateau continental, concept inconnu en 1931 quand la réserve fut faite. La Cour, cependant, se fonda sur une interprétation dynamique. Un aspect des plaidoiries grecques semble avoir influencé la Cour à cet égard dans l'affaire présente. La Grèce admettait que le titre de compétence fourni par l'article 17 de l'Acte général, qui parle de différends sur les 'droits respectifs', devait être interprété en sens dynamique pour couvrir les droits sur le plateau continental, inconnus en 1928. De plus, les 'droits' dont parle la disposition étaient assimilés par la Grèce à son étendue géographique présente; ils incluaient certaines îles cédées à la Grèce après la date critique. La Cour en conclut ce qui suit :

« Si le Gouvernement de la Grèce est fondé, comme il l'est assurément, à penser que le sens du terme générique 'droit' dans l'article 17 évolue avec le droit en général, de telle sorte qu'il peut s'appliquer aux droits sur le plateau continental, on voit mal pourquoi l'expression similaire '*statut territorial*' ne pourrait pas, elle aussi, évoluer avec le 'développement des rapports internationaux' » (37).

Il apparaît donc que la Cour a été influencée par cette argumentation grecque paraissant sélective, voire contradictoire, et qui semblait vouloir

(35) Cf. A. DE LA PRADELLE/N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, Paris, 1923, p. 436.

(36) Affaire *Palmas, R.S.A.*, II, p. 845. Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, CIJ, *Rec.*, 1952, p. 189. Affaires du Sud-Ouest Africain, (1966), CIJ, *Rec.*, 1966, p. 23. Affaire *Ambatielos*, ILR., vol. 23, p. 321.

(37) CIJ, *Rec.*, 1978, p. 33, § 78.

tirer avantage sur un point par le recours à une méthode d'interprétation, tout en répudiant la charge s'ensuivant sur un autre point (38) : « A party who bases its claims on a particular deed or instrument must take the instrument as he finds it, and cannot rely on such part of it as supports his case, while inviting the Court to disregard some other part of it which he considers less favourable » (39).

b) La même idée de stabilisation des équilibres se pose ailleurs que dans le droit conventionnel, notamment dans le droit relatif aux statuts territoriaux. Ici, l'idée de l'équilibre des *commoda* et *incommoda* a souvent une valeur plus générale, étant donné l'intérêt social à la stabilité des frontières maintes fois souligné par la Cour (40). Ainsi, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (fond, 1962)*, la Cour se permet de le rappeler à la Thaïlande, qui conteste la finalité d'une frontière malgré son attitude de non-protestation prolongée :

« Même s'il existait un doute sur l'acceptation par le Siam en 1908 de la carte, et par conséquent de la frontière qui y est indiquée, la Cour, tenant compte des événements ultérieurs, considérerait que la Thaïlande, en raison de sa conduite, ne saurait aujourd'hui affirmer qu'elle n'a pas accepté la carte. Pendant cinquante ans cet Etat a joui des avantages que la convention de 1904 lui assurait, quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable. La France et, par l'intermédiaire de celle-ci, le Cambodge se sont fiés à son acceptation de la carte [...]. La Thaïlande ne peut aujourd'hui, tout en continuant à invoquer les bénéfices du règlement et à en jouir, contester qu'elle ait jamais été partie consentante au règlement » (41).

Le juge Alfaro a repris cette argumentation à son compte dans son opinion individuelle (42). On s'aperçoit du rapprochement de cette doctrine avec le principe d'estoppel. La Cour applique ici une espèce d'estoppel, sans toutefois la condition du dommage qui lui est ordinairement inhérente. C'est sans doute le rapprochement de cet « estoppel » avec la doctrine de l'acquiescement (silence qualifié) (43), et parallèlement avec la maxime *qui habet commoda...*, qui explique cet assouplissement dans l'application de l'estoppel. En tout cas, il faut noter que, dans le passage cité, la substance de notre maxime transparaît : celui qui a l'avantage d'une frontière stable pendant des décennies doit aussi en supporter la charge correspondante, à

(38) 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. 72-3.

(39) *Ibid.*, p. 72.

(40) Voir par exemple l'affaire du *différend territorial (Libye/Tchad)*, CIJ, *Rec.*, 1994, p. 34. Voir G. ABI-SAAD, « La pérennité des frontières en droit international », *Relations internationales*, no. 64, 1990, pp. 341 et s. Pour d'autres renvois, voir J.P. MÜLLER/L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3^e éd., 2001, pp. 319-322.

(41) CIJ, *Rec.*, 1962, p. 32.

(42) CIJ, *Rec.*, 1962, p. 49, citant l'affaire *The Mechanic*.

(43) Sur cette application parallèle, voir R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, p. 382.

savoir se voir limité dans ses possibilités de contester le règlement frontalier en cause.

c) La maxime *qui habet...* en tant qu'ordonnatrice d'équilibres de base au sein de l'ordre juridique apparaît parfois aussi à des niveaux plus directement constitutionnels, le lien avec la structure fondamentale de l'ordre en question étant alors encore plus manifestement établi. On le voit bien, par exemple, dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes, notamment quand il s'agit de protéger l'intégrité de l'ordre communautaire face aux forces centrifuges des ordres juridiques nationaux. L'ordre communautaire était initialement plus un pari et une aspiration qu'une réalité; c'est la Cour qui a été appelée à le consolider peu à peu en le protégeant contre les retours aux égoïsmes nationaux qui menaçaient son unité et introduisaient des inégalités dans son application. Dans un arrêt particulièrement important à cet égard, celui du 7 février 1973 (Commission contre Italie), la CJCE s'est exprimée comme suit :

« On ne saurait... admettre qu'un Etat membre applique de manière incomplète ou sélective les dispositions d'un règlement de la Communauté, de manière à faire échec à certains éléments de la législation communautaire à l'égard desquels il aurait manifesté son opposition ou qu'il estimerait contraire à certains intérêts nationaux... L'Etat membre qui omet de prendre, dans les délais requis simultanément avec les autres Etats membres, les dispositions dont l'application lui incombe, porte atteinte à l'efficacité de la mesure décidée en commun, tout en s'appropriant, compte tenu de la libre circulation des marchandises, un avantage indu au détriment de ses partenaires... Le fait pour un Etat, de rompre unilatéralement selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté met en cause l'égalité des Etats membres devant le droit communautaire et crée des discriminations... Ce manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les Etats membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire » (44).

On voit ici très bien la valeur constitutionnelle que vient à jouer notre maxime. Elle vise à garantir un équilibre conventionnel affectant non seulement les intérêts bilatéraux des Etats membres au traité, mais l'intégrité d'un régime fondé sur des intérêts collectifs d'ordre public. On voit également comment notre maxime, malgré sa valeur plus constitutionnelle, garde ses caractéristiques, notamment dans l'idée d'égalité, mentionnée explicitement par la Cour. Cette idée d'égalité (ou de sanction d'une rupture d'égalité) est ici particulièrement forte parce que tous les Etats membres sont soumis aux mêmes obligations. D'où une projection particulièrement puissante de la maxime.

3. *Qui habet commodum... comme principe de droit.* La notion de 'principe' peut avoir beaucoup d'acceptions différentes (45). Pour notre propos, il sera utile de distinguer entre principes structurants, normatifs et d'interprétation. Les principes structurants sont ceux qui régissent et expliquent au sens profond l'architecture juridique d'une matière donnée. Ils ne seront pas nécessairement normatifs en son sein, c'est-à-dire qu'il se borneront parfois à fonder le régime de règles plus concrètes sans apparaître séparément comme norme concrètement applicable. Les principes normatifs sont en revanche ceux sur lesquels une décision concrète peut venir se fonder. Dans certaines matières, des principes spéciaux, intimement liés à elles, peuvent prendre corps et régir certaines applications. Enfin, il y a des principes d'interprétation qui servent à dégager le sens d'une norme, notamment en cas de doute (maximes *in dubio...*). C'est dans ces trois sens que l'on peut observer l'opération de notre maxime dans la pratique internationale.

a) *Qui habet commodum... comme principe structurant.* *Qui habet...* apparaît comme un principe structurant en matière de responsabilité pour risque. Le système de droit romain et celui du *ius commune* moyenâgeux, dont nos ordres juridiques sont tributaires, étaient tous fondés sur l'idée que pour mettre en branle la responsabilité d'un sujet, il fallait établir quelque faute, fût-elle ténue. Lorsque, au XIX^e siècle, des activités technologiques dangereuses mais socialement utiles firent leur apparition, la donne du problème changea radicalement. Ainsi, le service de chemins de fer à vapeur produisait inévitablement des scintilles, qui vinrent mettre le feu à des biens avoisinant les voies de chemin de fer. Il était constant qu'aucune faute ne pouvait être mise à la charge du propriétaire des trains. Les scintilles étaient inévitables et on ne pouvait pas les emprisonner, car cela aurait signifié faire augmenter la pression dans la cabine à charbon jusqu'à explosion. Dès lors, il n'y avait qu'un choix : ou bien interdire cette activité dangereuse, ou bien l'accepter et mettre à la charge du concessionnaire une responsabilité pour dommages causés renforcée, c'est-à-dire indépendante de la faute. Concrètement, le concessionnaire devait répondre de tous les dommages causés par l'activité dangereuse sans égard à la faute : il devint en quelque

(45) Notamment : les principes généraux peuvent être des principes (ou règles) communs trouvés dans les ordres juridiques internes et ramenés par le truchement de l'analogie vers le droit international. Dans un sens plus large le principe général tend à s'identifier à l'ensemble du droit non-écrit qui n'est pas issu d'une accumulation de faits (pratique) d'ordre coutumier. Il tend à s'identifier au droit non-écrit extra-coutumier, qu'il s'agisse de normes suprêmes ou du simple procédé d'analogie. Cette notion de principe général s'étend aux 'principes constitutionnels', à d'autres règles logiquement nécessaires (par exemple *pacta sunt servanda*), aux principes normatifs suprêmes inhérents à tout droit (par exemple le principe de bonne foi), aux principes exclusivement propres au droit international (par exemple le non-recours à la force, l'autodétermination, etc.), aux principes de technique juridique communs (par exemple *lex posterior derogat legi priori*), aux principes plus ponctuels mais communs à l'expérience juridique (par exemple la force de la chose jugée, la règle sur les preuves indirectes) et jusqu'aux procédés relevant de la simple technique d'analogie.

sorte un assureur (46). Cette responsabilité pour risque alla en s'élargissant : automobiles, aviation, digues, centrales nucléaires, les activités dangereuses se multiplièrent. Dans la deuxième moitié du XX^e siècle, la responsabilité pour risque s'imposa aussi en droit international, notamment pour l'énergie nucléaire, pour l'activité spatiale ou pour la pollution en mer (47). La Commission du droit international s'est occupée de la responsabilité pour des activités non interdites par le droit international, importante notamment pour ce qui est du droit de l'environnement (48). Ce qui compte est de bien se rendre compte que la responsabilité pour risque repose presque complètement, dans ses ressorts profonds, sur notre maxime : celui qui a l'avantage et qui recueille les bénéfices de l'opération de l'activité dangereuse doit en contrepartie en supporter les charges, quand ces activités causent des dommages. D'où le principe de l'assurance, si typique de la responsabilité en la matière.

b) *Qui habet commodum... comme principe normatif.*

(1) *Qui habet...* forme un principe normatif dans le droit de la succession d'Etats, notamment en matière de biens, dettes et archives.

Primo, l'un des principes cardinaux de cette matière est le passage des biens et dettes en proportion égale : c'est-à-dire que le passage des dettes doit se faire en proportion avec le passage des biens. Les articles 37, 40 et 41 de la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, dettes et archives (1983) consacrent ce principe (49). L'article 41 est à cet effet libellé comme suit : « Lorsqu'un Etat se dissout et cesse d'exister et que les parties du territoire de l'Etat prédécesseur forment deux ou plusieurs Etats successeurs, et à moins que les Etats successeurs n'en conviennent autrement, la dette d'Etat de l'Etat prédécesseur passe aux Etats successeurs dans des proportions équitables, compte tenu, notamment, des biens, droits et intérêts qui passent aux Etats successeurs en relation avec cette dette d'Etat ». Les deux autres dispositions mentionnées sont analogues. Le lien avec notre maxime est évident : celui qui obtient les bénéfices en s'appropriant des biens doit également supporter une tranche proportionnelle de dettes en relation avec ces biens. Cette idée est affirmée par exemple par P. Fauchille, quand il écrit : « La dette publique a été contractée dans l'intérêt du territoire entier de l'Etat; la portion aujourd'hui sépa-

(46) Voir les dispositions exemplaires dans les Codes civil italien (article 2050 du Code de 1942) et russe (article 1079 du Code de 1995).

(47) Voir L. OPPENHEIM (éd. R. JENNINGS/A. WATTS), *International Law*, 9^e éd., Londres, 1992, p. 510.

(48) Voir par exemple 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. 291 et s.; et les Rapports à la CDI depuis 1980, publiés au volume II de l'Annuaire, sous la plume des Rapporteurs R. QUENTIN-BAXTER, J. BARBOZA et P. RAÔ.

(49) L'article 37 considère le transfert d'une partie du territoire (la cession), l'article 40 la séparation d'une partie du territoire (la sécession) et l'article 41 la dissolution d'un Etat (le démembrement). La Convention n'est pas encore entrée en vigueur.

rée en a profité comme le reste; il est juste qu'elle continue dans une certaine mesure à en supporter le fardeau; mais comme c'est à l'Etat annexant que vont les produits de la partie cédée, il est équitable qu'il en ait les charges » (50). On notera qu'à l'époque, cette solution n'était guère consacrée en droit positif (51) et qu'elle est avancée sous la bannière de l'équité, fondée directement sur la substance de notre maxime. Cette même règle est consacrée désormais non seulement par la Convention de 1983, mais aussi par l'Institut de droit international dans ses travaux récents ayant abouti à sa résolution relative à la « Succession d'Etats en matière de biens et d'obligations » (52). La pratique récente, relative à la dissolution des Etats à l'Est de l'Europe, s'est inspirée de ce principe (53) : ce fut le cas tout d'abord pour la dissolution de l'URSS (54), mais aussi dans le cas d'unifications, comme celle de l'Allemagne (55); le principe fut appliqué également, quoique avec plus de difficulté, dans le cadre de l'ex-Yougoslavie (56).

Secundo, la succession d'Etats est marquée par le principe *res transit cum onere suo* (57), qui constitue une espèce de généralisation du principe à peine discuté et est tout autant fondé sur notre maxime. Il signifie qu'une chose passe d'une main à l'autre avec toutes les charges qui la grèvent. Il s'agit là encore d'un principe fondé sur l'équité, dont on a même pu dire, au début du XX^e siècle, qu'il constituait le seul principe assuré de la succession d'Etats (58). Dès lors, des servitudes et des obligations quant à des

(50) P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, vol. I (première partie), Paris, 1922, p. 351.

(51) Sur les flottements doctrinaux, cf. A. GRUBER, *Le droit international de la succession d'Etats*, Paris/Bruxelles, 1986, pp. 125 et s. On peut dire que les règles très peu nombreuses admises à l'époque en matière de succession d'Etats étaient fondées toutes sur l'équité. Voir la prise de position extrême de K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 47, 1934-I, p. 479.

(52) *Annuaire IDI*, vol. 69, 2000/1, pp. 119 et s., 152 et s., 226-7, 278-9, 724, 738.

(53) Voir en général : B. STERN, « La succession d'Etats », *R.C.A.D.I.*, vol. 262, 1996, pp. 359 et s.

(54) P. JUILLIARD, dans : G. BURDEAU/B. STERN (éds.), *Dissolution, Continuation et Succession en Europe de l'Est*, Paris, 1994, pp. 212 et s.

(55) Cf. STERN, *op. cit.*, pp. 409-410.

(56) Cf. I. SEIDL-HOHENVELDERN, « Staatennachfolge in Vermögen, Archive und Schulden des früheren Jugoslawien », dans : *Mélanges K.H. Böckstiegel*, R. BRINER (éd.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Cologne e.a., 2001, pp. 727 et s. G. ACQUAVIVA, « The Dissolution of Yugoslavia and the Fate of its Financial Obligations », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30, 2002, pp. 176 et s. M. MRAK, « Partage et succession des dettes extérieures : le cas de la République socialiste fédérative de Yougoslavie », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 30, 1999, pp. 153 et s.

(57) Voir L. OPPENHEIM (éd. R. JENNINGS/A. WATTS), *International Law*, 9^e éd., Londres, 1992, p. 213, 682. En pratique, voir par exemple le Rapport de la Commission des Juristes en l'affaire des îles Aland (1920), *Journal Officiel de la Société des Nations, Supplément spécial* no. 3, pp. 18-9. Voir aussi l'*Ann.CDI*, 1974-II/1, pp. 202 et s. (régimes territoriaux). Le principe *res transit...* est lui-même une ancienne maxime de droit. Elle est discutée pour la première fois, paraît-il, dans l'œuvre consacrée aux brocards de Damasus, *Brocarda sive regulae canonicae* (vers 1230), tit. 93. Elle est applicable aussi en *common law* : cf. H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 10^e éd., Londres, 1939, p. 482.

(58) Cf. K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 47, 1934-I, p. 479.

régimes territoriaux passent à l'Etat successeur. De même, des dettes localisées, c'est-à-dire des dettes contractées pour des objets ou projets dans une région spécifique du territoire, passent en principe avec la partie du territoire qu'elles servent. Il faut tenir compte du fait si ces dettes ont réellement servi au territoire en question, et aussi, le cas échéant, la proportion de passage de biens liés à cette même portion de territoire (59). L'idée équitable de base (reliée à notre maxime) est bien exprimée par I. Seidl-Hohenveldern : « Basically, it appears to be equitable that a successor State shall assume the service of a localized debt if the territory concerned, before independence, had reaped the benefits from such a debt. If such benefits continue to exist why should a successor State, whether old or new, not continue service on such localized debts? » (60).

Une application particulièrement exemplaire de la règle *res transit...* a été donnée en l'affaire *K. c. République socialiste du Vietnam* (1981). K. assigna la République socialiste du Vietnam devant les tribunaux suisses, en l'occurrence la Cour d'appel du canton de Berne. Il chercha par cela à récupérer les impayés de loyers des locaux d'ambassade après la fermeture de celle-ci, pour le reste du temps du bail selon les termes du contrat conclu. La cour d'appel se demanda dans quelle mesure la République socialiste du Vietnam pouvait et devait répondre en lieu et place de l'ancienne République du Vietnam, à laquelle elle avait succédé. A cet égard, elle fit fond sur notre maxime à laquelle elle donna une application exemplaire :

« D'une manière générale, la République socialiste du Vietnam est entrée dans les droits de l'ancienne République du Vietnam. Elle a dû reprendre en même temps les obligations qui correspondent à ces droits (*res transit cum onere suo*). Toute affirmation selon laquelle elle ne serait entrée que dans les droits de son prédécesseur, sans assumer ses obligations — ou n'en assumant celles-ci qu'à bien plaisir —, contredirait le principe de la bonne foi. Il s'ensuit que la défenderesse a automatiquement repris les fonctions [de la République du Vietnam] touchant aux relations diplomatiques » (61).

Dès lors, elle répond des dettes pour le loyer de l'ambassade.

(2) La règle *qui habet...* se trouve comme principe normatif aussi dans la codification relative au droit des traités. L'article 36 § 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) en porte très ouvertement la griffe dans le contexte de l'application de traités à un Etat tiers : « Un Etat qui exerce un droit en application du paragraphe premier [droit conféré par un traité à un Etat tiers] est tenu de respecter, pour l'exercice de ce droit, les conditions prévues dans le traité ou établies conformément à ses dispositions ». Donc : si un Etat tiers se prévaut de l'avantage qui lui a été conféré par une stipulation pour autrui, il faut qu'il supporte la charge de l'exercer

(59) Voir les travaux de l'IDI, *Annuaire IDI*, vol. 69, 2000/1, pp. 281, 738.

(60) I. SEIDL-HOHENVELDERN, « International Economic Law, General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 198, 1986-III, p. 92.

(61) *Annuaire suisse de droit international*, vol. 40, 1984, p. 177.

selon les modalités et les conditions prévues par le traité en cause. Il doit y avoir parallélisme des avantages et des charges; l'un ne saurait aller sans l'autre. C'est, ici encore, une application du volet *res transit cum onere suo* de la maxime, appliquée à un droit de type non réel.

(3) La règle *qui habet...* est parfois aussi proposée comme véritable principe d'une matière par un auteur particulier. Un exemple suffira. En partant du constat opéré par Max Huber en l'affaire de l'*île de Palmas* (1928), selon lequel la souveraineté confère des droits exclusifs sur le territoire mais met en contrepartie aussi des devoirs à la charge du souverain territorial, notamment ceux de protéger sur son territoire les droits d'autres Etats (62) (ce qui est assurément une application acceptée de notre maxime), A. Bleckmann cherche à tirer la conclusion que l'Etat devrait être responsable de manière absolue pour les agissements des individus sur son territoire. Etant donné que l'Etat est identifié à ses individus pour les réclamations internationales (protection diplomatique) et qu'il en a dès lors l'avantage, il ne saurait récuser cette même unité au passif, lorsqu'il s'agit d'endosser la responsabilité pour des actes individuels (63). Cette solution est développée *de lege ferenda*, car Bleckmann admet qu'elle ne cadre pas avec le droit en vigueur. Le lien avec notre maxime est évident : celui qui a les avantages au pétitoire actif doit subir les désavantages au pétitoire passif. Il suffira ici de rappeler que cette conception ne correspond pas à l'opinion très dominante, ni à la pratique internationale, qui récusent toute idée de responsabilité collective. Le système de la responsabilité internationale est basé sur le devoir de l'Etat de ne répondre que pour les actes de ses organes, sauf régime conventionnel spécial. Adopter le principe proposé par Bleckmann signifierait changer de système de responsabilité et revenir à l'idée d'une responsabilité de la collectivité pour tous les actes de ses membres; on mesure le saut qualitatif qui serait accompli et les difficultés qui s'ensuivraient à une époque d'activité individuelle complexe et intense.

c) *Qui habet commodum... comme principe d'interprétation*. Il faut à cet égard rappeler la fameuse règle que l'interprétation d'un texte doit, dans le doute, se faire *contra proferentem*. Il s'agit d'une règle très ancienne qui veut que, dans le doute, l'on interprète au détriment de celui qui a proposé, rédigé ou dicté une clause, car c'est lui qui avait le pouvoir — et donc la

(62) *R.S.A.*, vol. II, p. 839 : « Territorial sovereignty... involves the exclusive right to display activities of a State. This right has as corollary a duty : the obligation to protect within the territory the rights of other States... together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory ».

(63) A. BLECKMANN, *Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre*, Cologne e.a., 1995, p. 408 : « Auf der einen Seite kann man hier die Tatsache heranziehen, dass der Staat wegen der Mediation der Individuen hinsichtlich seiner Rechte mit den Individuen identifiziert wird. Das muss, so könnte man meinen, auch für die Pflichten gelten... Denn der Staat kann sich nicht auf den Gedanken der Staatseinheit nur zu seinen Gunsten berufen, ihn aber bei den Lasten ablehnen... ; ... [da] der die Vorteile einer Zurechnung des Handelns Dritter hat, sich auch deren Nachteile zurechnen lassen muss ».

responsabilité — de plus de clarté (64). Cette règle se pare des expressions latines les plus diverses : règle *contra proferentem*; *verba ambigua accipiuntur contra proferentem*; *obscuritas pacti nocet ei, qui apertius loqui potuit*; *contra eum, qui legem dicere potuit apertius, est interpretatio facienda*. Les juristes romains la connaissaient (65). Le Liber Sextus de Boniface VIII la mentionne comme *regula iuris* (66). Cette règle émane de la bonne foi et d'un partage équitable des risques (67); mais surtout, elle dérive de notre maxime, car celui qui a l'avantage de pouvoir rédiger un texte et dès lors de protéger *prima manu* ses intérêts doit souffrir le désavantage correspondant que dans le doute on interprétera contre lui les clauses du traité qu'il a rédigé. La pratique donne quelque consécration à la règle *contra proferentem*, bien que celle-ci n'ait pas trop d'occasions de s'appliquer, car normalement la rédaction des traités est une œuvre conjointe. On peut rappeler les affaires des *Emprunts brésiliens* (1929) (68) ou l'affaire du *Lusitania* (1923) (69); la règle a aussi été appliquée par les Tribunaux arbitraux mixtes d'après première guerre mondiale (70).

4. *Qui habet commodum... comme maxime d'application ponctuelle*. C'est le propre des maximes d'avoir une flexibilité considérable et de pouvoir dès lors être invoquées dans les contextes les plus divers, sans la pesanteur qui caractérise l'application de normes dotées d'un champ d'application nettement défini. Il ne faut pas s'étonner que notre maxime ait en conséquence été produite dans une série de cas, en dehors de tout cadre préconstitué, en tant qu'argument fort, susceptible parfois de résoudre à lui seul un point déterminé d'un litige, mais plus souvent d'appuyer une argumentation principale distincte. Trois exemples seront ici donnés.

(64) Cfr. H. BARATI, « la règle d'interprétation *contra proferentem* en droit international », *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, pp. 891 et s. Voir aussi H.F. KÖCK, *Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention*, Berlin, 1976, pp. 53-4. R. BERNHARDT, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Cologne/Berlin, 1963, pp. 184-5. V. D. DEGAN, *L'interprétation des accords en droit international*, La Haye, 1963, pp. 114 et s. C. ROUSSEAU, *Droit international public*, vol. I, Paris, 1971, pp. 297-8. Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, pp. 110 et s. A.D. McNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, pp. 464-5. M. JOKL, *De l'interprétation des traités normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationales*, Paris, 1936, pp. 99 et s. J. RALSTON, *The Law and Procedure of International Tribunals*, 1926, § 30. Voir déjà Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. III, cap. XX, para. 26 (à propos des accords d'armistice et de paix). Cfr. aussi l'article 1602 (2) du Code civil français.

(65) PAPINIEN, *Dig.* 2, 14, 39.

(66) *Regula* 57.

(67) Cf. C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, t. III, Paris/Berlin, 1887, p. 394. Cfr. J.P. MÜLLER, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Cologne/Berlin, 1971, pp. 150-1. B. CHENG, *General Principles of Law — As Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1953, p. 108.

(68) CPJI, sér. A, no. 20/1, p. 114.

(69) *R.S.A.*, vol. VII, p. 32.

(70) Voir par exemple l'affaire *David Goldenberg et Fils (Allemagne/Roumanie)*, *R.S.A.*, vol. II, p. 907; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE/P.M. EISEMANN, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, vol. II, Dordrecht/Boston/Londres, 1989, p. 36.

a) *Primo* : en l'affaire *Schufeldt* (1930), le Guatemala faisait valoir l'invalidité d'un contrat de concession en raison de différents chefs, notamment de l'absence d'approbation parlementaire telle que prévue par le droit interne (71). L'arbitre Sisnett (Royaume-Uni) accepta l'argumentation américaine selon laquelle « 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... » (72). Il ne s'agit à strictement parler que d'un *obiter dictum*, puisque l'arbitre avait déjà conclu à la validité de l'approbation parlementaire. Le fait qu'il ait estimé utile, nonobstant cela, de consacrer expressément l'argumentation subsidiaire américaine en renforce plutôt qu'elle n'en diminue la valeur. En même temps que l'estoppel se trouve appliquée notre maxime : le Gouvernement guatémaltèque bénéficia pendant des années des avantages de la concession ; dès lors, en contrepartie, il doit supporter la charge de ne pas pouvoir remettre en cause librement cette concession à sa guise. L'idée juridique à la base de cette construction à mi-chemin entre l'estoppel et *qui habet...* est donc sensiblement la même que celle dans les cas mentionnés de stabilité des frontières (73).

b) *Secundo* : en l'affaire de la flotte volontaire russe (1925), le *British Admiralty Transport Board* fut confronté aux faits suivants. La flotte impériale volontaire russe fut mise au service des forces armées britanniques pour service de guerre, notamment pour le transport de matériels nécessaires à la défense nationale. En 1918, par un décret, le Gouvernement soviétique nationalisa la flotte volontaire russe. Par la suite, le Royaume-Uni fit valoir qu'il était autorisé à compenser (« set off ») la somme due à la flotte russe pour les services rendus contre les créances qu'il estimait tenir vis-à-vis du Gouvernement soviétique. Le *Board* et puis la Cour d'appel tranchèrent en ce sens, en invoquant notre maxime : le Gouvernement russe s'est mis, par son décret, dans la position de jouir de tous les avantages comme propriétaire de la flotte ; il doit dès lors aussi supporter les charges, en l'occurrence celle de souffrir la compensation des sommes dues (74). Comme l'on voit, l'invocation de la maxime est ici assez recherchée, car il aurait suffi, semble-t-il, de s'en remettre directement aux principes juridiques régissant la compensation. Notre maxime y ajoute peut-être une aura équitable, et c'est bien à cet effet qu'elle est sans doute mentionnée.

(71) *R.S.A.*, vol. II, pp. 1088 et s. Sur cette affaire, cfr. *E.P.I.L.*, vol. 2, pp. 257-8. J.W. GARNER, dans : *B.Y.I.L.*, vol. 12, 1931, pp. 170-1.

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

(73) Voir *supra*, p. 22.

(74) *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925/6, p. 210 : « [I]t would be a just assessment for compensation to assess and set the sum due in respect of the Russian Volunteer Fleet against and in satisfaction of the like amount of any debt that may be due by Russia to Great Britain. *Qui sentit commodum sentire debet et onus* ».

c) *Tertio* : en l'affaire de la *Barcelona Traction* (1970), la Cour internationale de Justice a eu à s'occuper de l'argument selon lequel un droit de protection diplomatique devait être admis en équité, du fait que les actionnaires belges ne pouvaient en fait plus jouir d'aucune protection depuis que le Canada, le seul ayant-titre à la protection, avait cessé de protéger diplomatiquement la Société anonyme connue sous le nom de *Barcelona Traction*. La Cour rejette cet argumentation par des moyens qui ne nous intéressent pas ici. Elle ajoute cependant, *ex abundanti* :

« En établissant une société dans un pays étranger, ses fondateurs sont normalement mus par des considérations spéciales; il s'agit souvent de profiter d'avantages fiscaux ou autres offerts par l'Etat hôte. Il ne semble aucunement inéquitable que les avantages ainsi obtenus aient pour contrepartie les risques créés par le fait que la protection de la société et donc de ses actionnaires est ainsi confiée à un Etat autre que l'Etat national de ces derniers » (75).

L'argument *qui habet...* est ici limité à une considération d'équité et constitue un moyen de confirmation à caractère nettement ponctuel.

5. *Qui habet onera debet habere commoda*. Il est admis depuis le droit romain classique (76) et le Moyen Age (77) (aussi dans le *common law*) (78) que notre maxime est réversible : celui qui a les bénéfices doit avoir les charges, mais aussi : celui qui a les charges doit avoir les bénéfices (79). La raison équitable reste la même, dans un sens comme dans l'autre, car il s'agit précisément d'un but d'équilibre et d'égalité. On en trouve en droit international une série d'applications, parfois indirectes. Ainsi, le régime de l'occupation de guerre est axé sur les devoirs de l'occupant d'administrer le territoire. Celui-ci doit respecter le plus possible le *status quo*, jusqu'au retour prochain du souverain dépossédé par les sorts de la guerre. Dès lors, l'occupation de guerre contient surtout des charges pour l'occupant. Mais ces charges ont pour corollaire aussi des droits, connexes aux charges, notamment le pouvoir de taxer les habitants des territoires pour financer l'administration à laquelle le droit oblige (80). Il y a là une réalisation, indirecte, mais efficace, de notre maxime. Elle a, en la matière, selon notre vocabulaire, une valeur structurante.

(75) *CIJ, Rec.*, 1970, p. 50, § 99.

(76) Voir par exemple *Institutiones* 3, 23, 3; *Codex*, 4, 49, 12, etc. Cf. G.C.J.J. VAN DEN BERGH, « *Qui habet commoda ferre debet onera* — Contributions à l'histoire d'une maxime juridique », *Mélanges H. J. Scheltema (Flores Legum)*, Groningue, 1971, p. 27.

(77) Voir les *Brocardica* d'Azon, *supra*, p. 15.

(78) Voir les cas cités par H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 10^e éd., Londres, 1939, pp. 485-6.

(79) D'où la double règle encore valable : *periculum et beneficium sunt emptoris*.

(80) Voir notamment les articles 42 et suivants du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention IV de La Haye de 1907. Pour un commentaire de ces dispositions, cf. H.S. LEVIE, *The Code of International Armed Conflict*, vol. 2, Londres/Rome/New York, 1986, pp. 713 et s. C. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Paris, 1983, pp. 141 et s.

Il y a également des applications ponctuelles de notre maxime. Un exemple est fourni par l'affaire de l'article 3, paragraphe 2, du *Traité de Lausanne* (dite affaire de *Mossoul*) (1925) tranchée par la Cour permanente de Justice internationale. Avant d'en venir au cas particulier pour décider si les voix des parties directement intéressées devaient ou non être prises en compte pour déterminer s'il y avait unanimité, la Cour établit que la règle de l'unanimité devait être respectée par le Conseil de la Société des Nations. En faveur de ce constat, la Cour avance un argument directement fondé sur notre maxime : il est impensable de prendre une décision sans l'assentiment de ceux qui, en raison de leur situation ou importance, devront en supporter les conséquences, notamment en matière de maintien de la paix. En d'autres termes : si vous avez la charge de devoir supporter en premier lieu les conséquences de la résolution du Conseil, vous devez aussi avoir le bénéfice de pouvoir la voter. Voici comment s'exprime la Cour : « D'autre part, il serait difficilement concevable que des résolutions sur des questions affectant la paix du monde puissent être prises contre la volonté de ceux, parmi les membres du Conseil, qui, tout en y étant en minorité, devraient, à raison de leur situation politique, en supporter pour la plus grande partie le poids et les conséquences » (81).

IV. — QUELQUES ASPECTS GÉNÉRAUX DE L'APPLICATION DE LA MAXIME EN DROIT INTERNATIONAL

1. *L'équité comme fondement et comme limite*

a) L'origine et la fonction de la maxime sont équitables ; ce lien a été nettement formulé dès l'Antiquité (82), dans les fragments évoquant le topos *qui habet...* Or, cela signifie en même temps que l'application de la maxime est limitée par des considérations d'équité. Elle ne doit pas être appliquée si le résultat de son application est manifestement inéquitable. En droit interne, il en va autrement lorsque la maxime s'est concrétisée dans des règles positives précises, opérant un partage des risques fixe : c'est le cas par exemple dans le droit de la vente. Au contraire, en droit international la maxime n'a pas donné lieu à des règles rigides ; elle ne s'est incarnée que dans des principes, qui laissent le plus souvent une latitude dans les applications d'espèce. Dès lors, en droit international, la maxime n'intervient généralement que de manière ponctuelle, précisément à des fins équitables ; et elle doit le plus souvent être écartée si son application est insatisfaisante.

(81) CPJI, sér. B, no. 12, p. 29. On ne prend pas ici position sur la question du sens et du non-sens de l'exigence de l'unanimité, controversée déjà à l'époque. Pour une prise de position très hostile à la règle de l'unanimité, voir N. POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, 1927, pp. 27 et s.

(82) Voir par exemple *Dig.*, 17, 2, 29, 2, à propos de la *societas leonina* : « quia iniquissimum... ».

Cette latitude dans le maniement de la maxime se voit dans les régimes peu nombreux qui en constituent la concrétisation la plus nette en droit international. Ainsi, en matière de dettes localisées dans la succession d'Etats, nous avons vu que le passage de la dette doit s'opérer non automatiquement, mais après s'être interrogé si la dette contractée a réellement servi au territoire en question et de plus quelle est la proportion des biens qui ont passé vers l'Etat successeur. Il est difficile d'imaginer plus de souplesse dans l'application de la maxime : précisément, les dispositions relatives aux dettes localisées en appellent, comme les autres dispositions de la succession d'Etats en la matière, à l'équité.

On pourrait aussi imaginer que le lien entre le *commodum* et l'*incommodum* ne conduit pas à l'équilibre équitable recherché par la maxime parce que l'entité respective de l'avantage et du dommage ne sont pas comparables. A un petit avantage, adventice, pourrait correspondre un grand dommage, important. L'opérateur juridique pourra dès lors estimer que l'application de la maxime, qui placerait la charge des deux sur le même sujet, produit un résultat insatisfaisant. Alors, il pourra écarter l'application de la maxime. Une telle situation peut facilement être construite en songeant une fois de plus aux dettes localisées dans la succession d'Etats.

Dans d'autres cas, cette « exception » équitable sera plus difficile à appliquer. Dans les cas qui concernent les équilibres au sein d'une convention (bénéfice de l'exécution d'autrui et devoir d'exécuter soi-même) (83), il est plus difficilement imaginable que l'équité puisse venir écarter le devoir d'exécution. Le changement de la position des parties dans le sens que l'exécution est devenue, par voie de circonstances nouvelles, plus onéreuse pour une partie, ne délie pas celle-ci de ses obligations. La stabilité des traités l'emporte ici sur toute idée de *fine-tuning* équitable. Si toutefois le changement des circonstances est radical par rapport aux prévisions qui ont motivé la conclusion du traité, la doctrine du changement fondamental de circonstances (*rebus sic stantibus*) pourra être mise à contribution (84). Mais on quitte alors le giron de notre maxime.

b) Le *commodum* doit-il être volontaire et libre ? En d'autres termes : notre maxime s'applique-t-elle si un avantage est imposé, voire si un régime (dont découleront certains avantages, prévus ou non) est imposé ? On pourrait argumenter que dès lors qu'une partie vient à jouir de bénéfices, quelle qu'en soit la source et les modalités, il est équitable qu'elle supporte les charges parallèles. Le principe applicable serait exclusivement celui de l'effectivité : en cas de bénéfice effectif, les charges vont automatiquement de pair. On pourrait cependant aussi soutenir qu'il est incorrect de charger une partie des désavantages pour des « bénéfices » imposés par coercition, car

(83) Voir *supra*, intégrité du traité, pp 18 et s.

(84) Voir l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). Cf. *Ann.CDI*, 1966-II, pp. 279 et s.

elle n'a alors pas eu de libre choix ; écarter les désavantages connexes, en les chargeant par exemple sur celui qui a contraint, équivaudrait à une solution plus équitable, cette redistribution des risques équivalant à une espèce de *pretium doloris* pour la coercition. Les deux lignes d'argumentation sont également possibles et il ne sera possible de les départager qu'à travers une analyse attentive (et équitable) des faits toujours particuliers des espèces. Il est impossible, quand il s'agit de maximes ponctuelles, d'opérer ces choix dans l'abstrait, sans le relief enrichissant des circonstances concrètes. On peut dire simplement ceci : plus l'élément de la coercition prédomine et plus les intérêts de l'entité contraignante semblent prévaloir dans la génération du dommage dont il s'agit, et plus l'idée du *pretium doloris* s'imposera. Au contraire, dans la mesure où le lien de causalité s'allonge — ce qui veut dire : c'est le régime qui était imposé, et celui-ci a créé par la suite des situations d'avantage, parfois à travers plusieurs étapes intermédiaires —, l'application de notre maxime se justifie davantage.

2. *Nature du commodum*

Quelle nature le *commodum* doit-il avoir ? Difficile de le dire généralement, car toutes sortes d'avantages peuvent être envisagés. Ainsi, le *commodum* peut être juridique ou factuel ; il peut être politique ou stratégique ; etc. Il faudra en tout cas qu'il soit tangible et qu'il reste relié à une question de droit. Suffira-t-il d'octroyer un espoir d'avantage futur ? Est-ce que cet espoir (*Anwartschaft*) constitue lui-même déjà une forme de *commodum* ? On peut songer par exemple à la promesse d'envisager d'octroyer un libre passage à travers un canal. Il est cependant difficile d'imaginer comment un tel avantage hypothétique puisse générer des charges suffisamment pertinentes, précisément parce l'avantage n'est pas lui-même encore tangible. Le *commodum* peut aussi être complexe, c'est-à-dire ne se cristalliser qu'en additionnant une série d'actes et de situations qui à elles seules ne constitueraient guère un avantage tangible. Il est cependant difficile d'imaginer des situations concrètes, car l'affinement de notre maxime n'a pas été poussé à ce point en droit international.

3. *Lien de qui habet... avec l'estoppel et la bonne foi*

Il a pu être constaté que certaines applications de *qui habet...*, par exemple en matière de stabilité de territoire (85), s'approchent de l'estoppel. C'est le cas à chaque fois que l'avantage dérive d'une conduite propre et délibérée, et que par la suite un sujet tente de remettre en cause son obligation d'appliquer aussi les devoirs issus de sa conduite. Dans ces cas de figure, il est fatal que notre maxime entre dans le champ de gravitation de

(85) Voir *supra*, p. 22.

l'estoppel et le cas échéant aussi de l'acquiescement normatif (cas de passivité prolongée face à un exercice d'autorité d'autrui : *qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset*) (86). C'est dire qu'elle entre de ce fait dans les sphères du principe de bonne foi, qui fonde tant l'estoppel que les conséquences rattachées au silence qualifié. Il est vrai que notre maxime a toujours quelque affinité avec l'estoppel : l'idée de forclusion est proche quand un sujet ne veut pas supporter les charges issues d'un régime ou d'une situation à laquelle il s'est soumis. C'est cet élément de s'être soumis (dans le sens d'y avoir adhéré volontairement) à quelque chose qui appelle l'idée de forclusion.

Il y a toutefois des cas où ce lien avec un régime auquel on s'est soumis se relâche ou disparaît. Dans ces cas, notre maxime paraît plus directement inspirée de l'équité. On peut penser à la maxime d'interprétation *contra proferentem*, à certaines applications de *res transit cum onere suo*, ou encore à l'argumentation des juges en les affaires précitées de Mossoul et de la flotte soviétique russe. Dans ces cas, la maxime est appliquée en dehors d'un régime auquel un Etat s'est soumis. Dès lors, l'idée de forclusion s'éclipse.

En somme, on peut dire que la maxime *qui habet...* se présente parfois davantage comme une application du principe de bonne foi (notamment comme protection de la confiance légitime d'autrui et de l'idée de loyauté) et d'autres fois davantage comme une application directe de l'équité dans le cas d'espèce aux fins de l'établissement d'un équilibre optimal entre les parties.

V. — CONCLUSION

Deux conclusions peuvent être tirées.

En premier lieu, on remarquera l'extraordinaire richesse (voire diversité) de notre maxime : tantôt elle se présente comme force profonde du droit,

(86) Sur ces notions, voir : (1) estoppel : R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 357 et s. ; J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 450 ; (2) doctrine de l'acquiescement normatif ou du silence qualifié : KOLB, *op. cit.*, pp. 339 et s. Les trois éléments essentiels de l'estoppel au sens strict sont : (a) un comportement ou une déclaration initiaux clairs et non équivoques ; (b) 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 ; (c) un dommage résultant de la confiance ou un changement des positions relatives des parties. Quant à l'acquiescement appelé ici normatif, une définition précise en a été donnée par J.P. MÜLLER/B. COTTIER, « Acquiescence », *E.P.I.L.*, vol. 7 (1984), p. 5 : « [Blinding 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 ». L'acquiescement signifie alors le silence prolongé qu'un sujet de droit oppose aux prétentions d'un autre sujet d'une manière telle que son comportement ne peut être *bona fide* appréhendé autrement que comme acceptation concluante. Mais il ne s'agit pas de rechercher une volonté effective. Il s'agit d'interpréter les comportements selon des standards de confiance et de stabilité, afin de protéger les attentes légitimes que cette conduite et l'écoulement du temps ont suscitée chez les tiers.

tantôt comme maxime consolidée en principe juridique régissant certaines matières, et tantôt enfin comme maxime ponctuelle pour la pondération de cas individuels. Sa force normative s'adapte d'une situation et d'une matière à l'autre.

En second lieu, on remarquera qu'à l'instar de la maxime « nul ne peut profiter de son propre tort », déjà commentée dans cette revue, *qui habet...* se présente aussi comme émanation directe de l'idée de justice, en particulier de celle d'égalité. Il semble bien que cela manifeste une empreinte génétique plus générale chez les grandes maximes juridiques, dont la naissance et la vie ont pour but de rapprocher le droit dans ses applications, y compris quotidiennes, du haut idéal de justice dans les affaires humaines. Accurse, le grand glossateur, avait bien formulé cette idée : « Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius » (87). C'est de cette conception que s'inspirent en premier lieu les maximes. Elles constituent des « lieux » (*loci*) de justice concrétisée. Il faut se garder toutefois de les rigidifier, de les dogmatiser. Car alors elles se flétrissent sous le poids d'un autre adage : *summum ius, summa iniuria*.

(87) Glose no. 9 *ad Dig.*, 1, 1, 1.

